

كلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس



# كراس الدروس مسيرة

السنة الثانية إجازة في القانون

الملف عدد 4

النظرية العامة للقاعدة الجزائية

نطاق القاعدة الجزائية في الزمان

الأستاذة المشرفة : رشيدة الجلاصي

الفريق البيداغوجي :

عايدة البكري – ريم قايجي – محمود يعقوب – منير العش – حياة العرفاوي

أمل الشماخي – مالك بن جعفر

السنة الجامعية : 2022-2023

## قائمة في بعض المراجع

### I- المراجع باللغة العربية

#### • المؤلفات العامة:

- جندي عبد المالك، الموسوعة الجنائية، دار العلم للجميع بيروت، د.ت. موسوعات 12.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1965. جنائي 5.
- فرج القصير، القانون الجنائي العام، مركز النشر الجامعي، تونس، 2006. جنائي 804.
- محمد عوض، القانون الجنائي، المطبعة العالمية، القاهرة، 1964. جنائي 4.
- مصطفى العوجي، القانون الجنائي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006. جنائي 948.
- يوسف بن المكي عبيد، القانون الجزائي العام، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2009. جنائي 951.
- محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية القاهرة، 1989. جنائي 472.

### II- Références en langue Française

- BOULOC (B), Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2017. DCP 945.
- DREYER (E), Droit pénal général, LexisNexis, Paris, 2016. DCP 948.
- LEROY (J), Droit pénal général, L.G.D.J. Paris, 2014. DCP 956.
- LEVASSEUR (G), GASTON (S) et BOULOC (B), Droit pénal général, Dalloz, Paris, 2000. DPC 795.
- Paul (R), Les conflits de lois dans le temps, Recueil Sirey : Paris : 1933. DPH 90.
- PRADEL (J), Droit pénal, tome 1, introduction générale, droit pénal général, Cujas, Paris, 1981. DPC 392.
- RENOUT (H), Droit pénal général, Larcier, Bruxelles, 2012. DCP 923.
- Rassat (M-L), Droit pénal général, Presses universitaires de France, 1999. DCP 744.

## التشريع

### 1- التشريع الوطني

- الفصل 34 من دستور 25 جويلية 2022: "العقوبة لا تكون إلا بمقتضى نص قانوني سابق الوضع، عدا حالة النص الأرفق بالمتهم".

- الفصل الأول من المجلة الجزائية: "لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع".

- الفصل 03 من المرسوم عدد 13 لسنة 2022 المؤرخ في 20 مارس 2022 المتعلق بالصلح الجزائي وتوظيف عائداته: "... تنسحب أحكام هذا الفصل على الجرائم المرتكبة المذكورة قبل سنة 2011 وإلى حد تاريخ نشر هذا المرسوم بالمراند الرسمي للجمهورية التونسية".

- الفصل 2 من مشروع مراجعة المجلة الجزائية: "لا يسري القانون الجزائي على الماضي".

### 2- التشريع الدولي

- المادة 8 من إعلان حقوق الإنسان والمواطن لسنة 1789: "لا يجوز أن يعاقب أحد إلا بموجب نظام مسنون قبل الجرم ومعمول به قانونيا قبله".

- المادة 11 فقرة ثانية من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان: "لا يدان أي شخص بجريمة بسبب أي عمل أو امتناع عن عمل لم يكن في حينه يشكل جرما بمقتضى القانون الوطني أو الدولي، كما لا توقع عليه أية عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية في الوقت الذي ارتكب فيه الفعل الجرمي".

- المادة 15 من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية: "لا يدان أي فرد بأية جريمة بسبب فعل أو امتناع عن فعل لم يكن وقت ارتكابه يشكل جريمة بمقتضى القانون الوطني أو الدولي. كما لا يجوز فرض أية عقوبة تكون أشد من تلك التي كانت سارية المفعول في الوقت الذي ارتكبت فيه الجريمة. وإذا حدث، بعد ارتكاب الجريمة أن صدر قانون ينص على عقوبة أخف، وجب أن يستفيد مرتكب الجريمة من هذا التخفيف".

- المادة 24 فقرة أولى من نظام روما الأساسي: "لا يسأل الشخص جنائيا بموجب هذا النظام الأساسي عن سلوك سابق لبدء نفاذ هذا النظام. في حالة حدوث تغيير في القانون المعمول به في قضية معينة قبل صدور الحكم النهائي، يطبق القانون الأصلح للشخص محل التحقيق أو المقاضاة أو الإدانة".

### 3- التشريع الإقليمي

- المادة 49 من ميثاق الحقوق الأساسية للاتحاد الأوروبي: "... لا تفرض عقوبة أشد من التي كانت واجبة التطبيق وقت ارتكاب الجريمة".

- المادة 09 من الاتفاقية الأمريكية لحقوق الإنسان: "... لا يجوز فرض عقوبة أشد من تلك التي كانت سارية عند ارتكاب الجرم الجزائي، ويستفيد المذنب من أية عقوبة أخف قد يفرضها القانون على الجرم بعد ارتكابه".

- المادة 15 من الميثاق العربي لحقوق الإنسان: "لا جريمة ولا عقوبة إلا بنص تشريعي سابق، ويطبق في جميع الأحوال القانون الأصلح للمتهم".

#### 4- التشريع المقارن

- المادة 95 من الدستور المصري: "... لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لتاريخ نفاذ القانون".

- الفصل الرابع من القانون الجنائي المغربي: "لا يؤخذ أحد على فعل لم يكن جريمة بمقتضى القانون الذي كان ساريا وقت ارتكابه".

- **L'article 112-1 du code pénal Français:** «Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. »



## LE PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ DES LOIS PÉNALES PLUS DOUCES : UNE RUPTURE DE L'ÉGALITÉ DEVANT LA LOI ENTRE DÉLINQUANTS ?

Ibrahim MOUMOUNI\*

### Introduction<sup>1</sup>

Tantôt présenté comme un principe tendant à protéger la liberté de l'homme contre les lois<sup>2</sup>, tantôt considéré comme un moyen efficace destiné à assurer la sécurité juridique dans une perspective d'intérêt général<sup>3</sup>, le principe de non-rétroactivité des lois suppose que la loi (ou les lois) ne peut disposer que pour l'avenir<sup>4</sup>. Elle ne régira que les situations juridiques postérieures à son entrée en

\* Docteur en droit public, Université de Bourgogne

<sup>1</sup> L'étude se focalise sur le droit français et européen.

<sup>2</sup> Notamment pour les auteurs se réclamant de l'individualisme. Ils estiment que l'objectif de la loi est de protéger la liberté de l'homme. Il en serait autrement si une nouvelle loi incriminerait les actes posés ou passés par les individus sous l'empire d'une ancienne loi qu'ils ont valablement respectée.

<sup>3</sup> V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, Dalloz, Paris, 2009, p.436, par. 513.

<sup>4</sup> La question de l'application de la loi pénale dans le temps a fait l'objet de nombreuses études et commentaires dont on peut noter quelques uns : D. AI BACHERAOUI, « Du caractère plus doux ou plus sévère de certaines dispositions du nouveau code pénal », *JCP* 1994. I. 3767. R. BERAUD, « La non-rétroactivité des lois nouvelles plus douces », *Rev. sc. crim.* 1949.7. J. BORRICAND, « La non-rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale », *D.* 1978, chron. 275. R. COMBALDIEU, « À propos d'un conflit entre la raison et l'interprétation restrictive en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1966.67. M. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit pénal », *Rev. sc. crim.* 2000.1. A. DEKEUWER, « La rétroactivité in mitius en droit pénal. Un principe encore et toujours contesté », *JCP* 1997. I. 4065. - F. DESPORTES, « Le contrôle de la légalité des actes administratifs par le juge pénal au regard de l'article 111-5 du code pénal », *Rapp. C. cass.* 1997-1998, La Documentation française, p. 93 et s. A. HUET, « La rétroactivité in mitius des textes réglementaires en matière économique », *JCP* 1989. I. 3378 ; « Pour une application limitée de la loi pénale étrangère », *JDJ* 1982.265 ; « Une méconnaissance du droit international. À propos de la rétroactivité in mitius », *JCP* 1987. I. 3293. - W. JEANDIDIER, « La correctionnalisation législative », *JCP* 1991. I. 3487. M. KILLIAS, « Y a-t-il une inflation pénale ? », *RICPT* 1994.22. - R. KOERING-JOULIN, « Terrorisme et application de la loi pénale dans le temps », *Rev. sc. crim.* 1987.621 ; « Un cas de

vigueur. *A contrario*, le principe signifie que les actes ou les faits juridiques passés antérieurement à l'entrée en vigueur d'une loi échappent à l'emprise juridique de cette dernière.

Néanmoins, ce principe recèle des exceptions<sup>5</sup>, parmi lesquelles on peut invoquer celle des lois pénales « plus douces » ou « moins sévères »<sup>6</sup>. Cette exception

rétroactivité de la loi pénale. L'article 215 du code des douanes appliqué à la détention d'or », *D.* 1985, chron. 285. - J. LARGUIER et A.-M. LARGUIER, « Le rejet de l'analyse rétroactive en droit pénal », *Rev. sc. crim.* 1972.759. J. Le CALVEZ, « Le droit pénal et la Convention européenne des droits de l'Homme », *Rev. pénit.* 1989.19 ; A. LEGAL, « Localisation internationale du délit commis partiellement en France », *Rev. sc. crim.* 1971. G. LEVASSEUR, « Le domaine d'application dans le temps des lois relatives à l'exécution des sanctions répressives », *Mélanges Vitu*, 1989, Cujas, p. 349 et s. G. MATHIE, « L'application de la loi dans le temps (dans la perspective du nouveau code pénal) », *Rev. sc. crim.* 1995.257. G. STEFANI, « Le domaine de la loi et du règlement en matière pénale », *Mélanges Julliot de La Morandière*, 1965, Dalloz, p. 581 et s. S. V. DROOGHENBROEK, « Interprétation jurisprudentielle et non-rétroactivité de la loi pénale », *RTDH* 1996.463. R. VIENNE, « Le principe de la rétroactivité de la loi pénale plus douce doit-il être considéré comme absolu ? », *JCP* 1947. I. 618. Note ss. Civ. 1<sup>re</sup>, juillet 1997 : interdiction légale : J. MASSIP, *D.* 1998, p. 564. P.-Y. GAUTIER, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *Mélanges B. BOULOC*, Dalloz, 2006, p. 379. J.-CH. GALLOUX, « Abrogation de la loi pénale et principe de continuité des poursuites », *D.* 2008, Chron. p. 302. CH. ATIAS, *D.* 2000, Note ss. Civ. 1<sup>re</sup>, 21 mars 2000. X. LAGARDE, « Jurisprudence d'insécurité juridiques », *D.* 2006, Chron. p. 678. B. DE LAMY, « La légalité de l'article 11-2 du code pénal : la préservation par la Cour de cassation de sa propre jurisprudence », *Revue de science criminelle* 2011 p. 177. Aussi, *Crim.*, 11 juin 2010, n° 09-87.884, 2010. 1712 ; *ibid.* 2732, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARE, et S. MIRABAIL, art. 12074.

<sup>5</sup> Parmi les exceptions, on peut citer les lois pénales plus douces ou moins sévères ; lois déclarées rétroactives par le législateur ; les lois interprétatives ; les lois de validation législatives et les lois de rétablissement.

<sup>6</sup> Par loi, il faut entendre les textes pénaux stricts, ce qui exclut la jurisprudence, en sens qu'un délinquant ne pourra pas invoquer devant le juge pénal le bénéfice d'un revirement jurisprudentiel qui lui est favorable. Telle est la position de la jurisprudence française et une grande partie de la doctrine, Voir D. ROETS, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *Rec. D.* 2000, n° 28, p. 1991. Toutefois la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme prend le contre pied d'une telle approche. En effet, dans l'interprétation qu'elle se fait de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme notamment du tenon « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national applicable » - elle désigne, par ce terme, tant la norme écrite que les interprétations jurisprudentielles des cours et tribunaux. Voir Cr.E.D.H, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*

été confirmée tant par les textes du droit interne que par ceux du droit international. En droit français, c'est l'article 112. 1 al. 3 du code pénal qui confirme ladite exception. Il dispose que « les lois pénales moins sévères, qui suppriment ou adoucissent une pénalité, s'appliquent aux délinquants qui ne seront pas jugés d'après la loi en vigueur au moment où l'infraction a été commise, dès lors qu'une condamnation définitive n'était pas intervenue ».

Il y a lieu de préciser que le principe a été dégagé bien avant la nouvelle disposition du code pénal par la Cour de cassation dès le début du XIX<sup>e</sup> siècle. Ce qui a permis à la haute juridiction judiciaire de combler la lacune de l'ancien code pénal de 1810. Elle a estimé à cet effet que « lorsque dans l'intervalle d'un délit au jugement, il a existé une loi pénale plus douce que celle qui existait soit à l'époque du délit, soit à l'époque du jugement, c'est cette loi plus douce qui a dû être appliquée »<sup>7</sup>.

En droit international, l'exception au principe de la non-rétroactivité des lois pénales plus douces est confirmée par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 en son article 15 § 1 et par la Convention européenne des droits de l'homme en son article 7 § 1. Toutefois, la rédaction de ces deux textes est sensiblement différente de celle de l'article 112-1 du code pénal français. Bien qu'elle introduise une dérogation au principe de non-rétroactivité, la disposition de l'article 112-1 du code pénal n'est pas conforme aux textes internationaux – article 15 § 1 du Pacte international sur les droits civils et politiques de 1966<sup>8</sup> – et à la jurisprudence du Conseil constitutionnel<sup>9</sup>. En effet, les énoncés des deux premiers aînées de l'article 112-1 du code pénal, présentent le principe de la rétroactivité *in mitius* comme une dérogation au principe général de non-rétroactivité des lois, alors que le Conseil constitutionnel place les deux principes au même niveau.

Le principe de la rétroactivité *in mitius* puise ses racines dans la philosophie humaniste qui a donné naissance aux droits de l'homme. Le rapport entre le droit pénal et les droits humains<sup>10</sup>, loin d'être antinomique est caractérisé par une

par. 52, *Rev. Sc. Crim.*, 1994, p. 362 obs. R. KOERING-JOULIN ; C.E.D.H., 8 juillet 1999, *Baskaya et Okguoglu c/ Turquie*, par. 36.

<sup>7</sup> *Crim.*, 1<sup>ère</sup>, Octobre 1813, S., 14, I, p. 16.

<sup>8</sup> L'article 15-1 du Pacte international du 19 décembre 1966 relatif aux droits civils et politiques dispose que « Si, postérieurement à l'infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ». La France a autorisé l'adhésion au Pacte de 1966 par la loi du 25 janvier 1980 publiée par le décret n° 81-76 du 29 janvier 1981.

<sup>9</sup> F. DESPORTES et F. LE GUENEHC, *Droit pénal général*, Economica, 2009, 16<sup>e</sup> éd., Paris, p. 293.

<sup>10</sup> Certains auteurs préfèrent utiliser le terme des droits humains pour déconnecter les droits de l'homme de toute tendance masculine. Voir à propos de ce débat, E. PICARD,

interdépendance et une complémentarité<sup>11</sup>. Dès lors, on peut affirmer que le principe de la rétroactivité *in mitius* n'est qu'une des conséquences de l'influence des droits de l'homme sur le droit pénal<sup>12</sup>. Si le fondement juridico-philosophique du principe de la rétroactivité *in mitius* s'avère humaniste et cohérent dans la logique (1), il recèle une injustice dans son application concrète entre délinquants en ce qu'il ne respecte toujours pas le principe de l'égalité des citoyens délinquants – devant la loi (II).

### 1. Un principe « juste »<sup>13</sup> dans sa philosophie

Dès 1789, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen stipulait que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires », ce qui suppose que la suppression ou l'adoucissement d'une incrimination par la loi n'entraîne pas des peines antérieures non nécessaires et en pareil cas cet adoucissement cette suppression doit bénéficier au délinquant qui n'a pas été définitivement condamné. Le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces ou moins sévères s'inscrit alors dans la philosophie humaniste, en ce qu'il permet à l'individu délinquant – qui est vu avant tout, comme un être humain – de bénéficier, mais son écart de comportement, des faveurs d'une nouvelle loi pénale favorable à son égard. C'est d'ailleurs sur la base de la Déclaration de 1789 que le Con-

<sup>11</sup> « L'émergence des droits fondamentaux en France », *Ad.*, juillet-août 1998, n° spéc. « Droits fondamentaux », pp. 5-42.

<sup>12</sup> R. KOERING-JOULIN, J.-F. KERCHOVE, « Droits fondamentaux et droit criminel »,

juillet-août 1998, n° spéc. « Les droits fondamentaux », p. 106. M. DELMAS-MAR-

« Justice pénale et droits de l'homme », in G. BRAIBANT, G. MARCOU (dir.), *Les droits*

*de l'homme : universalité et renouveau 1789-1989*, Paris, L'Harmattan, 1990, p. 341.

LEVASSEUR, « Les grands principes de la Déclaration des droits de l'homme et le

répressif français » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ses*

*origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 241. R. DE GOUTT

« Droit pénal et droits de l'homme », *Revue de science criminelle et de droit pé-*

*comparé*, 2000, n° 1, p. 134.

<sup>13</sup> A. PIREZ a raison de dire que « la théorie des droits de l'homme a influencé différentes conceptions de la peine qui ont prévalu au cours de l'histoire ». A. P. PIREZ « La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII<sup>e</sup> siècle », in C. DEBIVEST-DIGNEFFE, A. P. PIREZ, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*, Tome 2, *rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 21-254.

<sup>14</sup> Le terme juste ou injuste que nous utiliserons tout au long de notre réflexion doit être compris comme un moyen d'évaluer la substance de la norme, par opposition à la doctrine positiviste légaliste qui réduit son évaluation à la seule forme d'élaboration. L'on sait d'ailleurs que certains auteurs acquis au positivisme légaliste n'admettent pas que le contenu d'une norme quelle qu'elle soit, soit remis en cause autrement que par les procédures juridiques qui ont présidé à sa formation. Le terme juste ou injuste ne traduit pas simplement la conformité de forme, mais désigne plus globalement une méthode d'évaluation d'une conformité substantielle.

constitutionnel se fonde pour conférer au principe de la rétroactivité *in mitius* une valeur constitutionnelle<sup>14</sup>, ce qui donne au principe une valeur supérieure à celle des lois. Toutefois, la consécration du principe de la rétroactivité *in mitius* par les textes internationaux pousse à s'interroger sur la portée juridique d'un tel principe différemment interprété par les juridictions internes et internationales (B).

#### A. Le fondement humaniste du principe de la rétroactivité *in mitius*

Les droits de l'homme ont été irrigués par la philosophie humaniste, car l'humanisme incarne « une théorie de la grandeur et de la dignité de l'homme qui tire de cette dignité humaine des conséquences éthiques et juridiques »<sup>15</sup>. Bien qu'il soit devenu de nos jours un fourre-tout invoqué pour se donner bonne conscience<sup>16</sup>, « l'humanisme juridique »<sup>17</sup> place la dignité de l'être humain au

<sup>14</sup> La valeur constitutionnelle du principe de la rétroactivité *in mitius* a été reconnue par le Conseil constitutionnel sur le fondement du principe de nécessité des peines énoncé à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen : Cons. Const. Déc. n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981 (Sécurité et liberté). Le principe s'étend désormais au-delà du droit pénal, à l'ensemble de la matière répressive et, notamment, aux sanctions administratives : Cons. const., déc. n° 90-277 DC du 25 juill. 1990, RFDA 1991, p. 345, note J. DOUENCE; CE 17 mars 1997, *Office des migrations internationales*, Lebon 86, n° 124588.

<sup>15</sup> C. BOURIAU, *Qu'est ce que l'humanisme ?* Librairie philosophique J. Vrin, Mayenne, 2007, p. 8. L'auteur distingue cinq types d'humanismes apparus en occident : 1. l'humanisme chrétien ; 2. l'humanisme de la renaissance ; 3. l'humanisme marxiste ; 4. l'humanisme pragmatique (initié par Ferdinand Schiller) et enfin l'humanisme de Jean-Pic de la Mirandole repris et aménagé par Montaigne. De ces cinq types d'humanisme, le dernier semble être plus proche de l'humanisme qui caractérise les droits de l'homme en ce qu'il reconnaît à l'homme sa dignité proprement humaine et inhérente à ce dernier indépendamment de sa race, de sa couleur de peau, de sa religion ou de son origine. Voir l'excellente analyse de Julien PIERRET, « La subsidiarité du droit pénal et les droits de l'homme : la mouche et la bouteille à mouches ? (première partie) », *Revue de droit pénal et de criminologie*, Mai 2011, Bruxelles, pp. 552-576. L'auteur met en évidence le revirement de la fonction qu'exercent les droits de l'homme sur le droit pénal. Historiquement, les droits de l'homme étaient considérés comme un obstacle à l'accroissement du champ du droit pénal, ce qui leur conférerait une fonction « humanisante ». Mais depuis lors, l'auteur constate qu'un retournement de situation s'est opéré, et les droits fondamentaux deviennent de plus en plus un levier amplificateur des interventions punitives étatiques.

<sup>16</sup> Le philosophe NAVILLE disait que l'« Humanisme est malheureusement aujourd'hui un terme qui sert à désigner les courants philosophiques, pas seulement en deux sens, mais en trois, quatre, cinq, six. Tout le monde est humaniste à l'heure qu'il est. », P. NAVILLE, *Dans Sartre, L'existentialisme est un humanisme*, Paris, Gallimard, 1996, p. 94. L'auteur remet en cause la théorie de la liberté de l'homme développée par Sartre. Pour NAVILLE l'existentialisme sartrien refuse de voir la vérité historique et naturelle. Les individus sont conditionnés de par même leur nature, en témoigne le déterminisme génétique. Voir aussi

centre des préoccupations législatives. La loi est d'abord faite pour punir l'humain, souvent contre la loi elle-même. C'est ce qu'exprime le principe non-rétroactivité des lois en général et celui de la rétroactivité *in mitius* particulier. Si les individus pouvaient être inquiétés du fait de leur respect ou violation d'un ordre législatif antérieur par une nouvelle législation qui en cause l'ordre ancien, en pareil cas, la sécurité juridique pour les parties serait remise en cause.

Le principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces ou moins s'commandant à ce que la nouvelle loi pénale qui abroge<sup>18</sup> une incrimination profiter aux délinquants ayant commis des faits antérieurs à son entrée en vigueur et non définitivement jugés révèle une volonté clémentine du législateur qui, par humanisme juridique considère que dès lors qu'il supprime ou que l'incrimination, il suppose que les peines antérieures n'étaient nécessaires<sup>19</sup>. Le principe protège ainsi la dignité des délinquants en ce qu'il suppose que la nouvelle loi pénale clémentine apporte un progrès à la législation pénale d'où l'importance de consacrer par le biais du principe de la rétroactivité *in mitius* son effet immédiat devant les cours et tribunaux. Les raisons d'équité et d'humanité exigent à ce qu'on n'applique plus une peine reconnue injuste et excessive<sup>20</sup>. En cela, il s'apparente au principe de la subsidiarité en droit pénal – différente de la subsidiarité du droit pénal – qui consiste à choisir par

R. DE GOUTTES, « L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à « l'humanisation procédurale », *Justices et droit du procès : du droit procédural à l'humanisme procédural*, Mélanges en l'honneur de Serge GUINÉ, Paris, Dalloz, 2010, pp. 927-937 ; C. BRENNER, « Pour un humanisme respectueux de l'autonomie procédurale », *Justices et droit du procès*, op. cit., pp. 175-187.

<sup>17</sup> V. J.-L. THIREAU, *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF 2003, pp. 795-800. Il n'est pas nécessaire que cette abrogation de l'incrimination ancienne soit expressément prévue dans la loi nouvelle, même non expressément abrogées, dès lors qu'elle apparaît incompatible avec celle-ci.

<sup>18</sup> Le raisonnement du Conseil constitutionnel va exactement dans ce sens. Il est évident dans la décision précitée (supra), que la loi ne peut établir des peines qui pas strictement nécessaires, et dès lors que cette évidence de nécessité disparaît, l'abrogation de la loi pénale antérieure, le délinquant devra en profiter et ce même s'il a été antérieurement à l'entrée en vigueur de la nouvelle loi pénale condamné.

<sup>19</sup> G. MATHIEU, « L'application de la loi pénale dans le temps », *Revue de droit pénal* 1995, p. 257, pour cet auteur la rétroactivité *in mitius* consacrée par l'article 1, al. 3 du code pénal offre une solution d'équité juridique, par opposition à la déduction juridique.

<sup>20</sup> M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK, « La subsidiarité en droit pénal : aspects nouveaux d'une question ancienne », in F. DELPERÉE (dir.), *Le droit de subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 153.

peines celles qui sont moins sévères. La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 consacre la subsidiarité du droit pénal en son article 8 « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

Pour certains auteurs, le principe de la rétroactivité *in mitius* n'est en réalité qu'une rétroactivité apparente. Ainsi, pour le professeur ROUBIER, la peine « ne peut pas exister sans un jugement qui la prononce », ce qui fait passer le rôle du juge d'une activité déclarative, à celle qui est « constitutive d'une situation juridique »<sup>22</sup>. C'est donc l'application concrète du juge qui rend une loi pénale plus douce rétroactive. L'auteur estime que la rétroactivité *in mitius* devrait être appréciée au regard de la conduite du juge, alors que le principe devrait en toute logique s'appliquer au regard des actes du délinquant. L'acte du délinquant est commis sous l'empire de la loi ancienne et devra être jugé conformément à la loi en vigueur au moment de la commission de l'acte. Mais la rétroaction permet d'intégrer l'acte sous l'empire de la nouvelle loi pénale plus douce.

Toutefois il y a lieu de noter que dans l'application du principe il existe un fossé qui sépare l'interprétation des juridictions françaises de celle de la Cour européenne des droits de l'homme notamment en ce qui concerne les dispositions qui doivent être vues comme « plus douces ou moins sévères ». Là où la Cour de Strasbourg élargit le champ d'application des textes pénaux plus doux – tant à la norme écrite qu'à l'interprétation de cette dernière par les cours et tribunaux<sup>23</sup> – le juge judiciaire français limite le champ d'application du principe de la rétroactivité *in mitius* aux seuls textes législatifs pénaux. L'humanisme juridique en matière de la rétroactivité *in mitius* de la Cour européenne des droits de l'homme est beaucoup plus englobant que celui des cours et tribunaux judiciaires français.

Cependant, il y a lieu de remarquer que l'étirement de la notion de textes pénaux à la jurisprudence des cours et tribunaux semble imposer une obligation insurmontable de la connaissance de la jurisprudence aux justiciables. En effet, la Cour de Strasbourg estime que « le justiciable [devra connaître], à partir du libellé de la disposition périmée, et, au besoin, à l'aide de son interprétation par les tribunaux, quels actes et omissions engage sa responsabilité pénale »<sup>24</sup>. La Cour va plus loin dans l'affaire *S. W. c/ Royaume-Uni*, en estimant que dès lors que le revirement jurisprudentiel est prévisible et aboutit à un résultat qui épouse la

substance de l'infraction, le justiciable ne pourra invoquer la méconnaissance de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme<sup>25</sup>.

Les conséquences de l'humanisme juridique de la Cour de Strasbourg posent des sévères difficultés dans l'application du principe qu'on pourra désormais appeler, la rétroactivité *in mitius* des revirements jurisprudentiels favorables au délinquant. Comme le confirment, les professeurs SUDRE et MARGUENAUD « l'affaire [S. W. contre Royaume-Uni] soulève moins le problème de la rétroactivité de la loi pénale que celui de la rétroactivité de l'interprétation de la loi par le juge »<sup>26</sup>. En définitive, la question revient à se demander la place qu'occupe l'interprétation judiciaire de la loi pénale notamment en matière de principe de la rétroactivité *in mitius* ? L'on sait qu'en matière pénale – du moins en droit français –, le principe de la légalité des délits et des peines impose une interprétation stricte de la loi pénale, « Le législateur ne doit point trapper sans avertir » se disait PORTALIS. La définition claire et précise des infractions pénales limite le pouvoir d'interprétation des juges. Ce qui constitue un rempart contre l'arbitraire pour les délinquants.

Pour la Cour européenne des droits de l'homme, l'interprétation de la loi pénale ne peut provenir que du juge, en ce qu'elle estime que « la fonction de décision confiée aux juridictions sert précisément à dissiper les doutes qui pourraient subsister quant à l'interprétation des normes, en tenant compte des évolutions de la pratique quotidienne »<sup>27</sup>. La Cour assigne ainsi à la jurisprudence un rôle de contribution à l'évolution progressive des règles de la responsabilité pénale à la double condition que cette « interprétation soit cohérente avec la substance de l'infraction » et « raisonnablement prévisible »<sup>28</sup>. Cette jurisprudence de la Cour se base sur l'interprétation de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme selon lequel « nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international ». Par droit, la Cour entend

<sup>22</sup> Cr. E. D. H. S. W. c/ Royaume-Uni du 22 novembre 1995, série A, n° 335-B, AJDA, 1996, 445, note J.-P. COSTA ; JDI, 1996, 267, obs. P. TAVERNIER ; RTDf, 1996, 459, obs. S. VAN DROOGHENBROEK. Dans cette affaire le sieur S. W. avait été condamné pour viol contre sa femme, alors qu'au moment des faits, le viol entre époux n'était pas punissable par la *Commun law*. Le requérant avait invoqué en appui à son recours la violation de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Ce que la Cour récusait en estimant que le requérant devra en toute logique anticipé l'évolution jurisprudentielle dans ladite affaire.

<sup>23</sup> F. SUDRE, et J.-P. MARGUENAUD, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 5<sup>e</sup> édition, Paris, PUF, 2009, p. 406.

<sup>24</sup> Cr. E. D. H. *Cantoni c/ France*, par. 32, D. 1997, somm. p. 202, obs. C. HENRY.

<sup>25</sup> S. W. c/ Royaume-Uni, op. cit., par. 36. V. *Actour c/ France*, 29 mars 2006, Gr. Ch., D. 2006, note de D. ZEROUKI-COTTIN.



autant la norme écrite que les interprétations des cours et tribunaux internes. Ce qui exclut non seulement l'application de la rétroactivité des lois pénales sévères, mais aussi tout revirement jurisprudentiel pénal défavorable aux délinquants<sup>29</sup>. Cependant cette approche de la Cour n'est pas partagée par la Cour de cassation française parce que sa Chambre criminelle estime que « le principe de non-rétroactivité [de la loi pénale] ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle »<sup>30</sup> prenant ainsi le contre-pied de l'interprétation que se fait la Cour de Strasbourg de l'article 7 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Pour le professeur THIERRY BONNEAU, « la décision de justice présente un caractère déclaratif qui imprègne l'interprétation retenue sans que l'on puisse, malgré son application à des faits antérieurs, considérer qu'elle est appliquée rétroactivement. Affirmer le contraire revient à confondre l'effet déclaratif de la décision de justice et la rétroactivité alors que ces deux notions sont distinctes »<sup>31</sup>.

On peut certes comprendre qu'en droit français la fonction du juge n'est pas celle de créer un droit, mais de l'interpréter, mais il lui arrive souvent d'adapter la loi à l'évolution et la circonstance du moment, en pareil cas, il produit une interprétation « créatrice » du droit qui est susceptible d'emporter la conviction des justiciables qui peuvent la considérer comme une jurisprudence établie. Naturellement ces justiciables de bonne foi s'estimeront induit en erreur si le juge revient sur sa propre jurisprudence.

Nous notons ici que le pragmatisme de la Cour de Strasbourg emporte conviction en ce qu'il concilie la sécurité juridique et l'évolution du droit. L'humanisme pragmatique de la Cour relatif au principe de la rétroactivité *in mitius*, l'a conduit à estimer qu'« On ne saurait interpréter l'article 7 de la convention comme proscrivant la clarification graduelle des règles de la responsabilité pénale par l'interprétation judiciaire d'une affaire à l'autre, à condition que le résultat soit cohérent avec la substance de l'infraction et raisonnablement prévisible »<sup>32</sup>. Cette interprétation de la Cour impose aux juges internes de repenser la question de la conciliation entre l'intérêt des justiciables et l'efficacité du droit pénal<sup>33</sup>. Dès lors, on ne peut pas affirmer que la jurisprudence est par essence rétroactive, en ce que le juge a l'obligation de juger et de toujours juger. En cela son interprétation

<sup>29</sup> Cr. ED.H, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, par. 52, *Rev. Sc. Crim.* 1994, p. 362, Obs. KOERING-JOULIN, R.

<sup>30</sup> Crim. 30 janvier 2002, D. 2003, Somm, Obs. B. De LAMY, p. 173 ; *Rev. Sc. Crim.* 2002, Obs. B. BOULLOC, p. 581.

<sup>31</sup> T. BONNEAU, « Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et les arrêts de revirement », D. 1995, Chron. p. 24.

<sup>32</sup> Cr. E. D. H. S. W. c/ *Royaume-Uni*, *op. cit.*

<sup>33</sup> D. ZEROUKI, « La légalité criminelle, enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle », thèse, Lyon III, 2001.

actuelle de la loi pénale donnée proportionnellement aux faits qui lui sont exposés ne sera sans doute pas la même dans l'avenir, encore que les faits changeraient<sup>34</sup>. C'est d'ailleurs la position de la Cour de cassation en ce qu'elle estime qu'une « interprétation jurisprudentielle d'une même norme à un moment donné ne peut être différente selon l'époque des faits considérés et nul ne peut se prévaloir d'un droit acquis à une jurisprudence figée »<sup>35</sup>.

La Cour européenne des droits de l'homme a récemment élargi le champ d'application de l'article 7 § 1 de la Convention en procédant à un revirement jurisprudentiel tant attendu dans l'affaire *Scoppola*<sup>36</sup>. Dans ladite affaire, la Cour a estimé qu'« il convient désormais de considérer que l'article 7 § 1 de la Convention garantit non seulement le principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères mais aussi, implicitement, le principe de rétroactivité de la loi pénale plus douce. Par conséquent, si la loi pénale en vigueur au moment des faits et les lois pénales postérieures adoptées avant le jugement définitif sont différentes, le juge doit appliquer celle dont les dispositions sont les plus favorables au prévenu »<sup>37</sup>. La Cour s'est fondée à la fois sur la consécration du principe de l'application de la loi pénale plus douce par les différents instruments de protection des droits de l'homme – la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, le statut de la Cour pénale internationale et la Convention américaine des droits de l'homme – et sur sa mise en œuvre de la part de la Cour de justice de l'Union européenne. C'est ce qui a sans doute motivé ce revirement jurisprudentiel de la part de la Cour de Strasbourg<sup>38</sup>. La portée juridique du principe de la rétroactivité *in mitius* devient alors un critère d'évaluation de la mise en œuvre des principes des droits de l'homme.

<sup>34</sup> W. DROSS, « La jurisprudence est-elle seulement rétroactive ? », D. 2006, chron. 472 et s.

<sup>35</sup> Cass. 1<sup>re</sup> civ. 9 oct. 2001, Bull. civ. I, n° 249, D. 2001. 3470, rapp. P. SARGOS, note de D. THOUVENIN, *RTD civ.* 2002. 176, obs. LIBCHABER et *RTD civ.* 2002. 507, obs. J. MESTRE et B. FAGES.

<sup>36</sup> CEDH, gr. ch., 17 sept. 2009, *Scoppola c. Italie* (n° 2), § 92 s., n° 10249/03, D. 2010. 2732, obs. G. Roujou de Boubée, T. Garé et S. Mirabail ; *Rev. science crim.* 2010. 234, obs. J.-P. Marguénéaud ; *Rev. pénit.* 2009 p. 888 obs. J.-F. Renucci, *RDP* 2010 p. 871, obs. G. Gonzalez, *Dr. Pénal* 2010 n° 4, Chron. n° 3 obs. E. Dreyer

<sup>37</sup> J.-F. RENUCCI, « Application de la loi pénale dans le temps », *Rev. Sc. Crim.* 2010, p. 941.

<sup>38</sup> Il y a lieu de noter qu'un consensus se fait de plus en plus jour parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe sur l'importance juridique du principe visant à mettre en œuvre la loi pénale plus douce.

### B. L'application de la rétroactivité *in mitius* : un moyen de mise en œuvre des droits de l'homme

L'application de la rétroactivité *in mitius* en matière pénale, pose deux questions juridiques fondamentales : à partir de quel moment doit-on parler d'une entrée en vigueur de d'une loi pénale plus douce et comment doit-on apprécier le caractère plus doux ou plus sévère de ces dites lois ?

Le principe de rétroactivité *in mitius* exclut de son champ d'application les infractions définitivement jugées, en ce qu'il ne peut être invoqué qu'à l'encontre des « infractions n'ayant pas données lieu à une condamnation passée en force de chose jugée »<sup>39</sup>. Les juges du fond appliquant une loi pénale sévère en vigueur au moment où ils statuent, se voient leur décision annulée et non cassée par la Cour de cassation au motif que la loi qu'ils ont appliquées est bien en vigueur et n'ont pas de ce fait commis une erreur d'interprétation du droit<sup>40</sup>. Ceci s'explique par un souci de sécurité juridique. En effet, si une nouvelle loi pénale imposerait aux juges le réexamen de toutes les décisions antérieurement rendues, s'en suivrait un désordre juridique considérable qui remettrait en cause le principe de la sécurité juridique et celui de l'autorité de la chose jugée<sup>41</sup>.

Concernant la date d'entrée en vigueur de la loi pénale plus douce, le Conseil constitutionnel estime qu'il n'appartient pas au législateur de reporter l'adite entrée en vigueur de la loi pénale plus douce, à défaut il s'expose à sa censure. Le Conseil considère à cet effet que « dans les domaines de sa compétence, il est du pouvoir du législateur organique, sous réserve de l'application immédiate de mesures répressives plus douces, de fixer les règles d'entrée en vigueur des dispositions qu'il édicte »<sup>42</sup>. Là où les juridictions répressives refusent de contrôler le respect par le législateur du principe de la rétroactivité *in mitius* au motif qu'elles ne sont pas compétentes pour juger de la constitutionnalité d'une loi<sup>43</sup>, le

<sup>39</sup> Il y a lieu de préciser qu'il en est ainsi même si l'affaire est pendante devant la Cour de cassation. V. Crim. 5 septembre 2000 : 15 mars 2001 et 9 octobre 2001.

<sup>40</sup> Crim. 5 septembre 2000.

<sup>41</sup> Sur ce point, certains auteurs en concluent que l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* épouse celui de la séparation des pouvoirs législatifs et judiciaires en ce qu'il interdit au législateur de porter atteinte à l'autorité de la chose jugée. Toutefois il y a lieu de remarquer qu'une telle explication s'estompe face à l'argument de l'amnistie présidentielle qui annule carrément une décision judiciaire. V. F. DESPORTES, F. LE GUENNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit. p. 297

<sup>42</sup> Cons. Const. n° 92-305, Déc. Du 21 février 1992, J.O du 29 février 1992, p. 3122, note, 3128.

<sup>43</sup> Cette position de la Cour de cassation a fait l'objet d'énormes critiques doctrinales au motif qu'elle viole l'application du droit international en ce que la France est partie au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 depuis 1981 (l'adhésion de la France a été autorisée par la loi du 25 juin 1980, publiée par le décret n° 81-76 du 20

Conseil constitutionnel prend pour sa part toutes ses responsabilités qui le mènent à censurer le législateur s'il venait à empêcher l'application de la loi nouvelle<sup>44</sup>.

Historiquement, le juge constitutionnel est passé par plusieurs étapes pour que la prohibition de la rétroactivité des lois pénales puisse s'imposer au législateur. Cela s'expliquait par le fait que le préambule constitutionnel qui renvoie à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (art. 8 relatif au principe de non-rétroactivité des lois pénales moins sévères) était jusqu'en 1971 dépourvu de toute valeur constitutionnelle. Ce qui ne permettait pas au juge constitutionnel de tirer la conséquence de ce renvoi pour l'imposer au législateur. Ce qui laissait à ce dernier le libre choix de donner ou non un effet rétroactif aux lois qu'il édictait<sup>45</sup>. Mais depuis que le juge constitutionnel a reconnu au préambule une valeur constitutionnelle<sup>46</sup>, le principe s'imposait désormais au législateur en matière pénale – les lois pénales de fond plus sévères – à tel enseigne que le non respect de cette règle par le législateur lui fait courir le risque de la censure du juge constitutionnel<sup>47</sup>. Cette position du Conseil constitutionnel a certes comme inconvénient de décourager le législateur à procéder à toute réforme pénale de grande importance allant dans le sens de l'adoucissement des peines mais elle participe par ses effets au respect des droits de l'homme.

Toutefois il y a lieu de préciser que des limites s'imposent dans ce domaine. Ainsi les dispositions pénales visant à l'application dans le temps des lois temporaires et des règlements économiques en sont exclues du fait même de leur caractère évolutif et instable qui pourrait entraver l'effet dissuasif des sanctions pénales.

janvier 1981), l'article 15-1du Pacte dispose que « si postérieurement à une infraction la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier ». V. A. HUET, « Une méconnaissance du droit international : à propos de la rétroactivité *in mitius* », J.C.P. 1987, I, 3293 ; A. DEKEUWER, « La rétroactivité *in mitius* en droit pénal : un principe encore et toujours contesté », Semaine juridique, 1997, n° 48, Etude, 4065.

<sup>44</sup> E. DREYER, « Limitation constitutionnelle de la rétroactivité *in mitius* », La Semaine juridique, *Édition générale*, n° 4, 24 janvier 2011, p. 167-169. X. MAGNON, « Premières réflexions sur les effets des décisions de censure du Conseil constitutionnel : Que(s) bénéfice(s) pour le citoyen de la question prioritaire de constitutionnalité ? RFDA 2011 pp. 761-771.

<sup>45</sup> Cass. crim. 15 mars 1956, Gaz. Parl. 1956, 1, 426.

<sup>46</sup> Décis. Cons. const. n° 71-44 DC du 16 juill. 1971, D. 1972, 685.

<sup>47</sup> Décis. Cons. const. n° 76-75 DC du 12 janv. 1977, JO 12 janv. D. 1978, 173, note Hamon et Léauté ; Décis. Cons. const. n° 79-109 du 9 janv. 1980, D. 1980, 249, note J.-B. Auby, Gaz. Parl. 1980, 2, 532, note Hamon ; Décis. Cons. const. n° 80-126 du 30 déc. 1980, Rec. Cons. const., p. 53, D. 1981, IR 359, obs. L. Hamon ; Décis. Cons. const. n° 84-183 du 18 janv. 1986, D. 1986, 425, note T. Renoux ; addé Décis. Cons. const. n° 86-215 du 3 sept. 1986, Rec. Cons. const., p. 130 ; Décis. Cons. const. n° 93-325 du 13 août 1993, Rec. Cons. const., p. 224.

Enfin, pour ce qui est toujours du caractère plus doux ou plus sévère de ces dites lois, il y a lieu de distinguer les lois pénales plus douces intégrales des cas où coexistent celles-ci avec des lois pénales plus sévères. Dans le premier cas, il peut s'agir des lois pénales qui suppriment une incrimination<sup>48</sup>, ou celles qui réduisent son champs d'application<sup>49</sup>, ou celles qui introduisent des nouvelles causes d'irresponsabilités. Ici les Juges ne rencontrent aucune difficulté quant à l'application du principe de la rétroactivité *in mitius*. Toutefois dans les cas où il y a coexistence des lois pénales plus douces et celles qui sont plus sévères, les Juges du fond procèdent soit par l'élevation du maximum<sup>50</sup>, soit par la distinction des lois divisibles de celles qui sont indivisibles. Si les dispositions de la loi nouvelle sont divisibles, seules les plus douces doivent être appliquées rétroactivement<sup>51</sup> - exemple de la loi BERANGER du 26 mars 1891. Dans le cas contraire, les Juges s'attachent dans la pratique à dégager une solution unique en considérant la tendance dominante - douce ou sévère - du texte dans sa globalité<sup>52</sup>.

La philosophie du principe de la rétroactivité *in mitius* est profondément humaniste et épouse parfaitement celle des droits de l'homme qui tend à placer l'humain au cœur de toute activité normative. Mais la protection de l'Homme peut souvent s'avérer contre productive si les principes qui y concourent ne sont pas protégés d'éventuelles instrumentalizations que laissent apparaître, très souvent, le dysfonctionnement judiciaire.

## II. Un principe « injuste » face aux aléas de la procédure judiciaire

Le principe de la rétroactivité *in mitius* qui se veut humaniste, n'est pas - comme d'ailleurs tout principe juridique - à l'abri d'éventuelles manipulations, ou instrumentalisation de la part des justiciables qui ont les moyens de le détourner à d'autres fins. C'est en somme l'une des raisons qui fait qu'il en soit exclu en matière économique. Toutefois il y a lieu de remarquer que dans la très majeure partie des cas où ce principe est détourné à d'autres fins autres que celles qui ont été conçues à son édification, c'est le dysfonctionnement de la procédure judiciaire qui offre un terrain fertile à ladite instrumentalisation (A). Les délinquants jugés par les tribunaux et cours surchargés ont plus de chance de se voir appliquer le principe de la rétroactivité *in mitius*, au cas où une nouvelle loi

<sup>48</sup> Crim. 19 juillet 1966, Crim. 22 janvier 1997.

<sup>49</sup> Crim. 15 mai 2001, Crim. 14 mars 2006.

<sup>50</sup> Crim. 14 avr. 1883, S. 1885, 1, 401, note E. VILLEY.

<sup>51</sup> Crim. 13 mai 1965, Gaz. Pal. 1965, 2, 166, Rev. sc. crim. 1966, 341, obs. Legat : application immédiate de l'Ord. n° 58-1299 du 23 déc. 1958, D. 1959, 105

<sup>52</sup> Crim. 10 mai 1961, Bull. crim. n° 248, Rev. sc. crim. 1962, 92. Pour la Cour « le système pénal instauré par l'ordonnance du 4 juin 1960 (...) forme un tout dont les éléments sont inséparables et qui, considérés dans son ensemble, est plus favorable à l'accusé ».

pénale clémentement venait à être adoptée par rapport à leur situation spécifique. Les autres délinquants se situant dans une circonscription judiciaire dont les dossiers sont traités rapidement ne pourront pas avoir la chance de bénéficier d'une loi pénale plus douce en ce que leur jugement passera très vite en force de chose jugée. En pareil cas, l'égalité de traitement des délinquants voire celle des citoyens devant la loi est rompue (B).

### A. Les conséquences du retard judiciaire sur l'application du principe de la rétroactivité *in mitius*

L'article premier de la constitution française du 4 octobre 1958, al 2, dispose que : « Elle (la République) assure l'égalité devant la loi de tous les citoyens sans distinction d'origine, de race ou de religion. ». De même, l'article 7 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme de 1948, stipule que tous les êtres humains « sont égaux devant la loi et ont droit sans distinction à une égale protection de la loi ». Aussi, le principe d'égalité des citoyens devant la loi de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789, implique une égalité des citoyens devant l'application de la loi par l'institution judiciaire. Ce principe est reconnu comme un principe à valeur constitutionnelle. Ce qui signifie que tous les justiciables, quelle que soit notamment leur nationalité, doivent être traités de la même manière devant les juridictions françaises.

Toutefois, il y a lieu de constater que face au retard judiciaire qui est dû à la massification du contentieux<sup>53</sup> liée aussi au manque de moyens financiers, humains et logistiques<sup>54</sup>, le juge n'a d'autre choix que de faire avec les moyens mis à sa disposition, ce qui ne lui permet toujours pas de traiter avec diligence et

<sup>53</sup> Le terme est défini par le Professeur Yves GAUDEMET comme un phénomène d'accroissement du contentieux. Y. GAUDEMET, « Approche doctrinale : définition, origines, essai d'explication et perspectives des contentieux de masse », in *Dix ans de croissance du contentieux : quelles réalités ? Quelles réponses ?* Colloque organisé le 24 novembre 2010, à l'occasion de son dixième anniversaire par le tribunal administratif de Cergy-Pontoise en association avec l'Université de Cergy-Pontoise, R.F.D.A. mai-juin 2011, (pp. 459-494), p. 465. L'auteur note qu'en 1989, les affaires enregistrées devant les tribunaux administratifs en France s'élevaient à 68 074 contre 172 195 cas en 2009. Soit une augmentation de 50 % en une décennie.

<sup>54</sup> De plus, le fait que l'application soit « verrouillée » empêche de préparer à l'avance les procès verbaux d'homologation et les trames des jugements. Auparavant en effet, les trames étaient préparées à l'avance, ne nécessitant que d'y insérer les propositions de peine faites le jour même par le procureur de la République juste avant l'audience d'homologation. Désormais, il faut attendre la proposition de peine pour préparer les trames, ce qui prend énormément de temps, alors que les procès verbaux doivent être écrits à l'audience. Pour restreindre ces délais, la solution serait la saisie en temps réel de la proposition de peine faite par le procureur de la République, et donc la présence d'un greffier à ce stade, ce que l'état des effectifs interdit. « CASSIOPEE », in *Le nouveau pouvoir judiciaire* - n° 392 Livre blanc bilan 2010 p.45.



prudence les dossiers qui sont soumis. L'affaire *Laëtitia Perrais*, en dit long sur le désarroi des magistrats qui, faute de moyens, n'ont pas mis *Tony Meïthon* – le présumé meurtrier de la jeune fille *Laëtitia* –, sous contrôle judiciaire afin de traiter des dossiers plus graves. Le manque d'effectif au sein des juridictions pénales provoque soit une lenteur dans le traitement des dossiers, soit un traitement expéditifs.

Cette situation qui taraude l'institution judiciaire française, permet à certains délinquants de bénéficier du principe de la rétroactivité *in mitius* du fait de la lenteur de traitement des dossiers tandis que d'autres se situant dans une autre circonscription judiciaire moins chargée se voient appliquer une peine qui ne sera plus appliquée dans le futur à aucun autre délinquant. Le manque des moyens dont souffrent les institutions judiciaires françaises ces derniers temps peut donc conduire à des résultats inéquitables. En faisant dépendre le bénéfice de la loi la plus douce aux aléas inhérents à la procédure, l'application de la rétroactivité *in mitius* produit un traitement inégalitaire entre les délinquants au sein d'un même pays. Ainsi, comme le font remarquer certains auteurs, « plusieurs personnes ayant commis des faits similaires le même jour pourront ou non tirer profit de la nouvelle loi selon que leur condamnation sera ou non devenue définitive avant l'entrée en vigueur de celle-ci. Certaines d'entre elles se trouveront soumises à une peine qui ne pourra plus être infligée à quiconque. Jusqu'au nouveau code pénal, seule la grâce ou l'amnistie permettrait de remédier à de telles inéquités »<sup>56</sup>.

En pareil cas peut-on juridiquement parler de rupture d'égalité dans l'application de la loi pénale plus douce entre délinquants sachant que cette rupture d'égalité dans les faits est occasionnée par un dysfonctionnement de l'institution judiciaire extérieure à la volonté des magistrats ? La Cour de cassation a eu à se pencher sur cette question, et a estimé que l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* selon la distinction que les personnes aient été ou non jugées définitivement ne constitue pas une discrimination au sens de l'article 14 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme<sup>57</sup>. Elle précise à

<sup>55</sup> Dans l'affaire *Laëtitia Perrais*, seuls trois juges d'application de peines aidés de 17 agents de probation pour s'occuper des dossiers de 3300 détenus. Ce qui les pousse à mettre de côté le quart des dossiers. Voir l'article de T. De CABARRUS, « Justiciables, attention : la machine judiciaire s'arrête ! », sur le site-web <http://www.suile101.fr>, article publié le 6 février 2011.

<sup>56</sup> F. DESPORTES et F. LE GUNNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 297.

<sup>57</sup> *Crim.*, 22 novembre 2000, n° 350. V. *Crim.*, 22 novembre 2000, Bull. crim. 2000, n° 350, pourvoi n° 00-82.051, 14 mars 2001 (*Crim.*, 14 mars 2001, pourvoi n° 00-85.686) et 25 avril 2001 (*Crim.*, 25 avril 2001, pourvoi n° 00-82.013). Ces trois décisions de la Cour « ont jugé non contraire à l'article 14 de la Convention européenne et au Protocole n° 7 à cette Convention la condamnation de l'accusé en dernier ressort par un arrêt de cour d'assises prononcé antérieurement à la publication de la loi du 15 juin 2000 n° 1 instituant l'annulatioe

cet effet qu'il « n'est contraire ni à l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme ni au Protocole n° 7 à ladite Convention ni à aucune disposition pénale » que le justiciable se plaignant d'une discrimination dans le traitement des dossiers « ait été condamné en dernier ressort par un arrêt de la cour d'assises prononcé antérieurement à la publication de la loi du 15 juin 2000 »<sup>58</sup>.

En réalité la situation dépasse les compétences du pouvoir judiciaire et législatif, elle est du domaine de l'exécutif qui devra mettre tous les moyens possibles pour permettre aux institutions judiciaires de bien fonctionner. L'accumulation du retard judiciaire dans le traitement des dossiers, ne relève-t-il pas aussi d'un choix politique relatif à la prolifération des normes pénales ? L'on sait que la prévention et la dissuasion en matière pénale, sont des moyens très efficaces et très pédagogiques pour parvenir à une sécurité sociale. C'est la raison pour laquelle le criminologue BECCARIA, face à la prolifération des normes pénales, estime que de nos jours le droit pénal est privé de l'outil de dissuasion utilisé dans les autres branches du droit. Il écrit à cet effet, « la difficulté, voire la contradiction, provient plutôt du fait qu'on a amputé le droit pénal : on l'a dépouillé des ressources qu'ont les autres branches du droit : on l'oblige à punir au sens fort. A quoi bon alors introduire le principe de la dernière instance, s'il ne peut pas le rendre opérationnel ? A quoi sert de dire que la sanction la plus juste est celle qui conserve la plus grande part de liberté à ses sujets, si on prive le droit pénal de la possibilité de préserver ladite part requise de liberté ? C'est ce dilemme, cette contradiction, qui va affliger la rationalité pénale moderne et la contraindre à se rabattre, en désespoir de cause, sur les théories utilitaristes et rétributives afin d'y trouver une forme d'autojustification »<sup>59</sup>.

La prolifération des lois répressives anéantit toute efficacité au droit pénal l'empêchant de jouer son rôle dissuasif. Face à la recrudescence des actes

arrêts des cours d'assises, dès lors que les dispositions des articles 79 à 86 de la loi du 15 juin 2000, ayant instauré un appel en matière criminelle, ne sont entrées en application que le 1<sup>er</sup> janvier 2001. En conséquence, si l'article 140 de cette loi prévoit que les personnes ayant été condamnées par une cour d'assises postérieurement à la publication de la loi et dont la condamnation ne sera pas définitive le 1<sup>er</sup> janvier 2001 pourront, dans les 10 jours suivant cette date, transformer leur pourvoi en appel, il ne saurait en résulter de discrimination à l'égard des personnes qui ont été condamnées antérieurement, sous l'empire de la loi ancienne. Il peut arriver cependant qu'en déclarant une distinction ou une discrimination hors du champ d'application de l'article 14 de la Convention européenne, la Cour de cassation se mette en contradiction avec la jurisprudence de la Cour européenne et suscite ensuite une condamnation de la France par les juges européens ». Bull. crim. 2000, n° 350, pourvoi n° 00-82.051

<sup>58</sup> *Ibid.*

<sup>59</sup> A. P. PIREZ, « La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII<sup>e</sup> siècle », in C. DEBUSTY, F. DIGNEFFE, A. P. PIREZ, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine*. Tome 2, *La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, op. cit., pp. 122-124.



délictuels ou criminels, voire des récidives, seule une solution globale désengorgera les tribunaux. Cette solution – au-delà des moyens financiers et humains dont ils ont besoin – doit en notre sens être, s'orienter vers une conciliation entre les droits fondamentaux et le droit pénal.

Considérés pendant longtemps comme un obstacle à la mise en œuvre du droit pénal, les droits fondamentaux sont devenus de nos jours « un épée de la répression, contribuant ainsi au déploiement et à la légitimation du droit pénal »<sup>60</sup>, on assiste donc à un retour de la pénalisation des droits de l'homme<sup>61</sup>. Cette doctrine qui conçoit la relation du droit pénal et des droits de l'homme comme antithétique, freinant l'action étatique, s'appuie sur une vision philosophique libérale. Elle puise ses racines dans la théorie de l'Etat de nature du philosophe Thomas HOBBS<sup>62</sup>. Cependant des auteurs comme John LOCKE (1632-1704), vont s'appesantir sur les limites au pouvoir exorbitant de l'Etat afin d'empêcher tout abus absolutistes<sup>63</sup>, c'est la base d'une théorie des droits de l'homme protectrice des citoyens contre la puissance de l'autorité étatique.

La philosophie de la Déclaration de 1789 a consisté à protéger l'individu face au rouleau compresseur de l'appareil pénal étatique, en cela « les droits de l'homme sont pour l'essentiel ceux du citoyen mis en accusation, qu'il s'agit de protéger dans ce duel inégal qui l'oppose aux appareils d'Etat »<sup>64</sup>. Dès le départ, on se rend à l'évidence que le droit pénal et les droits de l'homme sont conçus pour être complémentaires, ils « s'aménagent des espaces sémantiques exclusifs et construisent, par contingence, une manière à la fois d'entrer en conflit et de collaborer l'un avec l'autre »<sup>65</sup>. Il serait donc vain de vouloir les mettre en conflit

<sup>60</sup> F. OST, « Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénal et des droits de l'homme », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?* Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saini-Louis, 2007, pp. 8-9.

<sup>61</sup> *Ibid.*

<sup>62</sup> T. HOBBS, *Le Léviathan*, traduit de l'anglais par Gérard MAIRET, aux éditions FOLIO, Paris, 2000, 1027 p.

<sup>63</sup> Préférant la théorie de John Locke à celle de HOBBS, certains philosophes sont allés très loin dans la critique de l'absolutisme étatique de HOBBS. Ainsi, comme le rapporte GOYARD-FABRE, MONTESQUIEU et ROUSSEAU disaient de Thomas HOBBS, « l'horrible Monsieur Hobbes », S. GOYARD-FABRE, *Les principes philosophiques du droit politique moderne*, Paris, Presses universitaires de France, 1997, p. 81.

<sup>64</sup> Y. CARTUYVELS, « Les droits de l'homme, frein ou amplificateur de criminalisation ? », in D. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 394.

<sup>65</sup> A. PIRES, M. GARCIA, « Les relations entre les systèmes d'idées : droits de la personne et théories de la peine face à la peine de mort », in Y. CARTUYVELS, H. DUMONT, F.

en ce qu'ils « luttent ensemble contre toute idée qui cherche à les amener à confronter directement »<sup>66</sup>.

L'apparente injustice dans le traitement judiciaire des dossiers des délinquants qui permet à certains de bénéficier de la douceur de loi plus que d'autre s'estompe dès lors que le législateur adopte l'attitude conciliatrice entre droits fondamentaux et droit pénal qui n'est plus centrée sur une relation antithétique entre ces deux ordres. Ce qui permettra au droit pénal de jouer tant son rôle dissuasif, et permettre au juge d'avoir moins de législations pénales à interpréter et donc plus de temps dans le traitement des dossiers.

A l'heure actuelle, une telle solution n'est pas plausible dans la politique criminelle française où le vecteur de l'efficacité semble prendre le dessus sur l'orientation d'évaluation qualitative<sup>67</sup>. La tendance à l'imitation du modèle anglo-saxon se ressent dans les nouvelles législations pénales en France. A l'adoption de la loi du 9 mars 2004<sup>68</sup> relative à la procédure de comparution préalable de culpabilité renvoie systématiquement au modèle américain « guilty plea » où la négociation remplace le principe fondamental de la recherche de vérité. Pour palier les insuffisances matérielles et humaines, on fait des recours à un mode de règlement pénal contractuel et rapide, où la négociation entre les parties permet de simplifier la procédure. Ainsi, la décision adoptée d'accord des parties ne peut plus être remise en cause par ces derniers, ce qui lui impose une collaboration dans son exécution. Le temps judiciaire n'est pas temps politique d'autant plus que les juges sont tenus de veiller à ne pas faire une quelconque instrumentalisation des principes adoptés par le législateur notamment en matière pénale.

### B. L'instrumentalisation du principe de la rétroactivité *in mitius* par les délinquants

L'instrumentalisation du principe de la rétroactivité *in mitius* se révèle plus clairement vis-à-vis des textes pénaux de circonstances c'est-à-dire ceux qui ne s'appliquent que pendant une période limitée<sup>69</sup> notamment dans le domaine fiscal économique relevant de l'autorité réglementaire. Ce qui fait dire le professeur PRADEL que « l'application immédiate d'une mesure plus douce en

OST, M. VAN DE KERCHOVE, S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal ?*, op. cit. p. 297.

<sup>66</sup> *Ibid.*

<sup>67</sup> P. JEAN-PAUL, « Politique criminelle et nouvelle économie du système pénal », *pénal* 2006, p. 473.

<sup>68</sup> La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de criminalité entrée en vigueur le 1er octobre 2004, parue au JO n° 59 du 10 Mars 2004.

<sup>69</sup> G. EVEILLARD, « Permis de conduire à points et rétroactivité de la loi pénale douce », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel* 2011 p. 206.

domaines, paraît de nature à priver certains textes de toute véritable efficacité, les délinquants pouvant par quelques artifices de procédure obtenir de n'être jamais jugés qu'après la disparition du texte »<sup>70</sup>. C'est en cela que l'arrêt *Von Saldern*<sup>71</sup> avait posé depuis 1970, le principe d'exception en matière de la rétroactivité *in mitius* excluant la rétroactivité des textes réglementaires en matière économique et fiscale<sup>72</sup>. Dans ces domaines où la législation est particulièrement instable – le domaine économique et fiscal – les délinquants peuvent très bien jouer sur la procédure par cadence de recours dans le but de bénéficier d'une modification des textes pénaux avant leur condamnation définitive<sup>73</sup>. Mais pour la Cour de cassation, « en l'absence de dispositions contraires expresses, une loi nouvelle, même de nature économique, lorsqu'elle abroge une incrimination pénale, s'applique aux faits commis avant son entrée en vigueur et non définitivement jugés »<sup>74</sup>. Ici, les juges tendent à généraliser l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* en l'étendant jusque dans le domaine économique<sup>75</sup>.

Toutefois, il y a lieu de remarquer une forte vigilance des juges sur l'instrumentalisation du principe de la rétroactivité *in mitius* par les pouvoirs publics lors de l'entrée en vigueur de la loi pénale plus douce. Il en est ainsi de l'affaire dite « du délit de favoritisme »<sup>76</sup> sur l'accès aux marchés publics. Dans cette affaire, un fonctionnaire d'un Conseil général avait été poursuivi pour atteinte à la liberté d'accès et à l'égalité des candidats dans les marchés publics, pour avoir passé des marchés de gré à gré, alors qu'il doit recourir eu égard au montant à la procédure d'appel d'offre. Entre temps – c'est-à-dire avant que la décision ne soit définitivement passée en force de chose jugée –, un décret avait modifié le seuil du montant à partir duquel les marchés publics devraient être soumis à la procédure d'appel d'offre de sorte que le prévenu ne pourra plus être poursuivi sur la base du principe de la rétroactivité des lois pénales plus douces. La chambre criminelle a considéré que le principe de la rétroactivité *in mitius* ne peut pas s'appliquer et que le prévenu devrait être jugé au regard de l'ancien

<sup>70</sup> J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7<sup>e</sup> édition, Dalloz, Paris 2009, p. 156.

<sup>71</sup> Crim. 10 novembre 1970, *Von Saldern*, *Bull. Crim.*, n° 293, D.1971, Jur. 509, note Mazard.

<sup>72</sup> La Chambre criminelle estimait qu'« il est de principe que les textes réglementaires en matière économique ou fiscale ne rétroagissent pas à moins de dispositions contraires formellement exprimées », *ibid.*

<sup>73</sup> L'avant projet de code pénal de 1978, excluait du principe de la rétroactivité *in mitius* les dispositions législatives temporaires par nature.

<sup>74</sup> Cass. crim., 9 mars 1987, *Bull. crim.*, n° 114.

<sup>75</sup> J.D. BRETZNER, « L'application rétroactive du règlement CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales », *Recueil Dalloz* 2001 p. 1603.

<sup>76</sup> Crim. 28 janvier 2004, *Gaz. Pal.* 2004, 2541 et suivants.

seuil pour la bonne raison que la loi qui réprime la méconnaissance de procédures d'appel d'offre pour ces types de marchés publics n'a pas été supprimée. En pareil cas, la modification du montant par un décret n'enlève pas le caractère obligatoire de la procédure d'appel d'offre imposée par la loi. Peut-on pour autant conclure que le législateur peut empêcher l'application du principe de la rétroactivité *in mitius* ? L'actualité juridique dans ce domaine est féconde<sup>77</sup>. Très récemment le Conseil constitutionnel a été saisi sur renvoi de la Cour de cassation d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à la possibilité pour le législateur, sans contradiction avec les principes garantis par la Constitution, d'écarter expressément la rétroactivité d'une loi nouvelle plus douce<sup>78</sup>. Le Conseil, en réponse à la Cour de cassation, a estimé que « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne la loi pénale nouvelle plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires ; des lors, sauf à ce que la répression antérieure plus sévère soit inhérente aux règles auxquelles la loi nouvelle s'est substituée, le principe de nécessité des peines implique que la loi pénale plus douce soit rendue immédiatement applicable aux infractions commises avant son entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à des condamnations passées en force de chose jugée »<sup>79</sup>.

Les demandeurs à la question de priorité de constitutionnalité estiment être contraire aux droits et libertés garantis par la constitution, tout refus du législateur d'appliquer le principe de la rétroactivité *in mitius* aux faits commis avant l'entrée en vigueur de la loi pénale plus douce et qui ne sont pas définitivement jugés. Ces nouvelles questions renvoient aux domaines respectifs de compétences entre le Conseil constitutionnel et la Cour de Cassation. On ressent une certaine réticence de cette dernière « à admettre que son interprétation de la loi puisse être a posteriori contrôlée par le Conseil constitutionnel »<sup>80</sup>.

#### SUMMARY

The principle of retroactivity *in mitius* - "less severe criminal laws that eliminate or soften a penalty apply to offenders who will not be judged by the law in force at the time the offense was committed, from when a final conviction had not intervened" is rooted in the humanist

<sup>77</sup> B. DE LAMY, « L'érosion du principe de rétroactivité des lois pénales plus douces », *Revue de science criminelle* 2011 p. 180.

<sup>78</sup> Crim. 22 sept. 2010, n° 10-90.094 ; Cons. const., 3 déc. 2010, n° 2010-74 QPC, *AJ pénal* 2011, 30, obs. J.-B. FERRIER ; *RSC* 2011, 180, obs. B. de LAMY ; *Dr. pénal* 2011, Com. 38, obs. J.-H. ROBERT ; *Cah. Lamy dr. pén. aff.*, janv. 2011, 6). Voir aussi : Corinne

MASCALA, *Droit pénal des affaires*, *Recueil Dalloz* 2011 p. 1859.

<sup>79</sup> Cons. Const. 3 déc. 2010, *op. cit.*

<sup>80</sup> C. MASCALA, *op. cit.*, p. 1859.

philosophy which gave birth to human rights. The relationship between criminal law and human rights, far from being antithetical, is characterized by interdependence and complementarity. Therefore, we can say that the principle of retroactivity *in mitius* is a consequence of the influence of human rights on criminal law. However, if the basis of the legal-philosophical principle of retroactivity *in mitius* is humanist and consistent in its logic, it nevertheless contains an injustice in its practical application between offenders. It still does not respect the principle of equality citizens - criminals - before the law.

## RÉSUMÉ

Le principe de la rétroactivité *in mitius* - « les lois pénales moins sévères, qui suppriment ou adoucissent une pénalité, s'appliquent aux délinquants qui ne seront pas jugés d'après la loi en vigueur au moment où l'infraction a été commise, dès lors qu'une condamnation définitive n'était pas intervenue »<sup>81</sup> - puise ses racines dans la philosophie humaniste qui a donné naissance aux droits de l'homme. Le rapport entre le droit pénal et les droits humains<sup>82</sup>, loin d'être antinomique, est caractérisé par une interdépendance et une complémentarité<sup>83</sup>. Dès lors, on peut affirmer que le principe de la rétroactivité *in mitius* n'est qu'une des conséquences de l'influence des droits de l'homme sur le droit pénal<sup>84</sup>. Toutefois, si le fondement juridique-philosophique du principe de la rétroactivité *in mitius* s'avère humaniste et cohérent dans sa logique, il recèle une injustice dans son application concrète entre délinquants en ce qu'il ne respecte toujours pas le principe de l'égalité des citoyens - délinquants - devant la loi.

## RESUMEN

El principio de la retroactividad *in mitius* - "Las leyes penales menos graves que eliminan o suavizan una pena se aplican a los delincuentes que no van a ser enjuiciados de acuerdo

<sup>81</sup> Article 112. 1 al. 3 du code pénal français.

<sup>82</sup> Certains auteurs préférèrent utiliser le terme des droits humains pour déconnecter les droits de l'homme de toute tendance masculine. Voir à propos de ce débat, E. PICARD, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *Ad*, juillet-août 1998, n° spéc. « Les droits fondamentaux », pp. 6-42.

<sup>83</sup> R. KOERING-JOULIN, J-F. KERCHOVE, « Droits fondamentaux et droit criminel », *Ad*, juillet-août 1998, n° spéc. « Les droits fondamentaux », p. 106. M. DELMAS-MARTY, « Justice pénale et droits de l'homme », in G. BRAIBANT, G. MARCOU (dir.), *Les droits de l'homme : universalité et renouveau 1789-1989*, Paris, L'Harmattan, 1990, p. 341. G. LEVASSEUR, « Les grands principes de la Déclaration des droits de l'homme et le droit répressif français » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789. Ses origines, sa pérennité*, Paris, La Documentation française, 1990, p. 241. R. DE GOUTTES, « Droit pénal et droits de l'homme », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2000, n° 1, p. 134.

<sup>84</sup> A. PIREZ a raison d'écrire que « la théorie des droits de l'homme a influencé les différentes conceptions de la peine qui ont prévalu au cours de l'histoire », A. P. PIREZ, « La formation de la rationalité pénale moderne au XVIII<sup>e</sup> siècle », in C. DEBUST, F. DIGNEFFE, A. P. PIREZ, *Histoire des savoirs sur le crime et la peine. Tome 2. La rationalité pénale et la naissance de la criminologie*, Bruxelles, Larcier, 2008, pp. 21-254.

con la ley vigente en el momento de comisión del delito, en la medida en que no existiera una sentencia condenatoria firme", hunde sus raíces en la filosofía humanista que dio origen a los derechos humanos. La relación entre el Derecho penal y los derechos humanos, lejos de ser antitética, se caracteriza por la interdependencia y la complementariedad. Por lo tanto, se puede afirmar que el principio de retroactividad *in mitius* es una consecuencia de la influencia de los derechos humanos en el Derecho penal. Sin embargo, si la base jurídico-filosófica del principio de retroactividad *in mitius* es humanista y coherente en su lógica, contiene una injusticia en su aplicación concreta entre los delincuentes puesto que no siempre respeta el principio de igualdad entre ciudadanos - delincuentes - ante la ley.

## فقه القضاء

### مبادئ قرارات تعقيبية

#### ❖ قرار تعقيبي جزائي عدد 1484 مؤرخ في 8 جويلية 1999 نشرية محكمة التعقيب - القسم الجزائري - لسنة 1999 ص 72

حيث أنه وإن انطلقت وقائع قضية الحكم المطعون فيه خلال شهر ماي 1992 فإنها حول تهمة كان السند القانوني للتبوع فيها الفصلان 16 و 18 من القانون عدد 51 لسنة 1987 المؤرخ في 2 أوت 1987 وتمت المحكمة من أجلها ابتدائها حضوريا في جويلية 1996 و نهائيا حضوريا في 9 فيفري 1999 بموجب الحكم المطعون فيه.

وحيث أنه وقبل صدور حكم نهائي بات صدر القانون عدد 12 لسنة 1993 المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 و المتعلق بإصدار مجلة تشجيع الإستثمارات وهو القانون الذي ألغى بموجبه الفصل الخامس من القانون عدد 51 المؤرخ في 2 أوت 1987 المتعلق بمجلة الإستثمارات وهو القانون الذي كان سند لإحالة المتهم على المحكمة.

وحيث أن القانون المؤرخ في 27 ديسمبر 1993 تضمن في فصله الثاني أنه يطبق ابتداء من غرة جانفي 1999 كما تضمن الفصل 66 منه عقوبات أخف وطأة من القانون سند لإحالة الأمر الذي يحمل تمسك المتهم بالقانون الأرحم متماشيا ومصلحته الشرعية وأحكام الفصل الأول من القانون الجبائي وهو ما يعرض الحكم المطعون فيه للنقص من هاتاه الناحية.

#### ❖ قرار تعقيبي جزائي عدد 1170 مؤرخ في 11 أكتوبر 1999 نشرية محكمة التعقيب - القسم الجزائري - لسنة 1999 ص 51

حيث أنه بمراجعة أوراق القضية يتبين بصورة جلية أن الأفعال المنسوبة ارتكابها إلى الطاعن يرجع تاريخ ارتكابها إلى ما قبل تاريخ صدور القانون المنظم لمهنة العدول المنفذين عدد 29 لسنة 1995 المؤرخ في 13 مارس 1995

وحيث أنه وبناء على ذلك فإنه من الواجب التعرض بصورة جلية هل أن هذا القانون له صفة رجعية أو أنه كان أرفق بالمتهم حتى يمكن أن يطبق في صورة قضية الحال وحيث أن الحكم المطعون فيه لما لم يتعرض لذلك يكون قاصر السبب ومستهدفا للنقص.

#### ❖ قرار تعقيبي جزائي عدد 47892 مؤرخ في 04 فيفري 2004 نشرية محكمة التعقيب - القسم الجزائري - لسنة 2004 ص 274

حيث تبين بمراجعة الحكم المنتقد وأوراق القضية أن الشيك موضوع التبوع في إطارها كان سحب بمعين قدره تسعة عشر دينارا (19د) بتاريخ 30 جوان 1994 وعرض على البنك قصد استخلاصه في 06 جويلية 1994 وبالتالي في ظل أحكام قانون الشيكات المدرج بالمجلة التجارية قبل تنقيحه الأخير بموجب القانون عدد 28 لسنة 1996 المؤرخ في 03 أفريل 1996.

وحيث أوجب الفصل 374 من المجلة التجارية بعد تنقيحه على المصرف أن يدفع كل شيك مسحوب عليه بواسطة صيغة سلمها للساحب إذا كان معينه يقل أو يساوي عشرين دينارا ولو كان الرصيد منعدما أو ناقصا

وحيث جاء الفصل الأول من القانون الجنائي أنه لا عقاب إلا بموجب نص سابق الوضع غيره أنه ومن المبادئ قانونية المسلم بها أن النص القانوني الأرفق بالمتهم هو الذي ينطبق على الفعل المحرم السابق في الزمن شريطة أن لا يصبح الحكم الصادر بشأنه باتا

وحيث أن الفصل 411 جديد من المجلة التجارية لا يعتبر إصدار شيك بذلك المعين من المال دون أن يكون لصاحبه رصيذا كافيا لخلاصه جريمة ويعني الصير في من القيام بالإجراءات المستوجبة في هاته المادة وإنما هو مطالب بدفع العشرين دينارا أو الفارق وله أن يسترجع ذلك من حساب حريفة متى توفر فيه المال وعليه فإن الحكم المنتقد لما ... بإعتبار أن تلك الأفعال تشكل جريمة على معنى الفصل 411 من م ت تكون قد جازيت الصواب وخرقت القانون فأضحى المطعن الموجه إليه سديدا وتعين منه النقص.

قرار تعقيبي جزائي عدد 19292  
مورخ في 3 نوفمبر 2007  
صدر برئاسة السيد الطاهر بوغارقة

اصدرت محكمة العقاب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ  
22 نوفمبر 2007 من طرف وكيل الجمهورية  
بقرمبالية.  
مُصد : (1) نور الدين.  
(2) إلياس.

طعنا في القرار الاستثنائي ع. 27595. دد  
والصادر عن المحكمة الابتدائية بقرمبالية بوصفها  
محكمة إستئناف لأحكام محاكم النواحي التابعة لها  
بالنظر بتاريخ 2007/2/15 والقاضي نهائيا غيابيا  
بغيرول الإستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم  
الإبدائي.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل  
من كافة الإجراءات في القضية.

وبعد الاطلاع على طلبات الإذعاء العام لدى  
هذه المحكمة والإستماع لشرحها بالجلسة.  
وبعد المناوضة القانونية صرح بما يلي :  
من حيث الشكل :

حيث إستوفى مطلب التعقيب موجباته الشكلية  
وصيغه القانونية طبق أحكام الفصول 261 وما بعد  
من م.أ.ج. وأتجه قبوله من هذه الناحية.  
من حيث الأصيل :

حيث يستفاد من أوراق القضية وبالاطلاع على  
الحكم المنقذ وعلى الرقائع التي إنبنى عليها حسب  
المحضر عدد 324 المحرز بواسطة أعوان مركز  
الأمن الوطني ببابل بتاريخ 14 مارس 2005 أنه  
أثناء قيام الأعوان بدورية أمنية على مستوى شارع  
محمد الخامس شاهدوا المتهمين داخل مئارة بصدد  
إحتساء الجعة وهي راسية بالمكان، وبقتيشهم عثر  
على عدد 7 قوارير جعة فارغة وعدد 3 قوارير

عقاب من رفض الخضوع لإجراءات إثبات الحالة  
الكحولية فقط وألغيت تماما جريمة تناول مشروبات  
كحولية داخل عربة التي كانت ضمن الفقرة  
الخامسة للفصل 87 من م.ط. ونشر نص التتبع  
بالرأند الرسمي للجمهورية التونسية عدد 61  
بتاريخ 1 أوت 2006 صفحة 2525.

وحيث أن النصوص القانونية والتربئية، عملا  
بأحكام القانون عدد 64 لسنة 1993 المؤرخ في 5  
جويلية 1993 المتعلق بنشر النصوص القانونية  
بالرأند الرسمي للجمهورية التونسية وبنفاذها، تكون  
نافذة المفعول بعد مضي خمسة أيام عمل على  
إيداع الرأند الرسمي المدرجة به بمقر ولاية تونس  
العاصمة ولا يعتبر في حساب الأجل يوم الإيداع.

وحيث أن القرار المطعون فيه صدر بتاريخ  
2007/2/15، أي بعد نشر النص التفتيحي وفوات  
أجل نفاذه.

وحيث نص الفصل الأول من المجلة الجزائية  
على أنه لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نص من قانون  
سابق للوضع لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل  
وقبل الحكم البات وكان نصه أرفق بالمتهم فالحكم  
يقع بمنتهضه دون غيره.

وحيث رغم أن الفصل 87 من م.ط. كان أرفق  
للمتهم يوم صدور الحكم إلا أن محكمة القرار  
المنقذ لم تعتمد، فكان قضاؤها خارقا للقانون  
وتعين نقضه.

#### ولماته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا  
وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية  
لمحكمة الابتدائية بقرمبالية بوصفها محكمة إستئناف  
لأحكام محاكم النواحي التابعة لها لإعادة النظر فيها  
من جديد بواسطة هيئة أخرى.

وصدر هذا القرار بحج رة الشورى يوم  
3 نوفمبر 2007 عن الدائرة العاشرة المترتبة من  
رئيسها السيد الطاهر بوغارقة وعضوية المستشارين  
السيد عبد المجيد بوسلامة وعلي كلون  
وبمحضر المدعي العمومي السيدة سامية بالرحومة  
وبمساعدة كاتب المحكمة السيد توفيق المناصري.

وحرر في

تاريخه

وحيث بعد إنهاء الأبحاث الضرورية أحيل  
المتهمان نورالدين وإلياس على ناحية قرمبالية  
لمقاضاتهما من أجل تناول مشروبات كحولية داخل  
عربة طبق للفصل 87 من م.ط. فقضت المحكمة  
إبدائيا حضوريا بسجن كل واحد من المتهمين مدة  
شهرين إثنين وحمل المصاريف القانونية عليهما

واستصفاء المحجوز لفائدة صندوق التولية وإسعاد  
المتهم إلياس فقط بتأجيل تنفيذ العقاب البدني وتحذيره  
مغية العود في بحر المدة القانونية.

وباستئناف المتهمين قضت المحكمة بالحكم  
الوارد نصه بالطلع، فتعقبه وكيل الجمهورية  
بالمحكمة الابتدائية بقرمبالية ناسبا له ما يلي :

حيث بالإطلاع على أسانيد الحكم الإستئنافية  
المطعون فيه يتضح أنه علل حكمه بالإدانة على  
أساس أن الواقعة قد تمت في ظل الفصل 87 من  
قانون الطرقات قبل تنقيحه بموجب القانون عدد 54  
لسنة 2006 المؤرخ في 28 جويلية 2006.

وحيث أتضح أن الفصل 87 من م.ط. بعد  
تنقيحه بموجب ذلك القانون طرح جريمة تناول  
مشروبات كحولية داخل عربة، وكان القانون  
الجديد أرفق بالنسبة إلى المتهمين وتعين الأخذ  
بأحكامه.

وحيث أن صدور القرار الإستئنافية دون الأخذ  
بعين الإعتبار لذلك التغيير في نص الفصل 87 من  
م.ط. فيه خرق واضح للقانون وتعين نقضه وإحالة  
القضية على المحكمة الابتدائية بقرمبالية بوصفها  
محكمة إستئناف لأحكام محاكم النواحي لإعادة  
النظر فيها بهيئة أخرى.

#### المحكمة

عن هذا المظن الوحيد في خرق القانون :  
حيث أصبح الفصل 87 من م.ط. في فقرته  
الخامسة بعد تنقيحه بموجب القانون عدد 54 لسنة  
2006 المؤرخ في 28 جويلية 2006 يلص على



مسؤوخ في 9 جانفي 1982

صادر برئاسة السيد علي بن جعفر

اصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 26 ماي 1981 من طرف الاستاذ حسن الصيادي وبوبكر .

طعنا في الحكم الجنائي عدد 2963 الصادر حضوريا بتاريخ يوم 25 ماي 1981 من الدائرة الجنائية لدى محكمة الاستئناف بسوسة بثبوت ادانتهما بما نسب اليهما وعقاب كل واحدة منهما بالاشغال الشاقة المؤبدة من اجل القتل وبالسجن مدة خمسة عشر يوما من اجل السكر الواضح وضم العقاب الاخير للاول وحصل المصاريف القانونية عليهما واعدام المحجوز اداة الجريمة وارجاع ما عداه لمستحقه .

وبعد الاطلاع على تقرير السيد المدعى العام لدى محكمة التعقيب والاستماع لشرحته بالجلسة .

وبعد الاطلاع على الحكم المطعون فيه والتامل من كافة الاجراءات .

وبعد الاطلاع على القرار عدد 6375 الصادر من هاته الدائرة بجلسة اليوم الواقع ضمنه لهاته القضية .

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يأتي :

حيث تبين من الحكم المنتقد ومن الوقائع التي انبنى عليها ان الطاعنين حسن المولود في 17 مارس 1961 وبوبكر المولود في 26 ماي 1961 تربطهما مع بعضهما رابطة الجوار بالسكنى ببلدة حاجب العيون زيادة على رابطة الزمالة بالمدرسة الابتدائية بالبلدة المذكورة وبموجب ذلك تكونت بينهما صداقة متينة وفي مساء يوم 26 جوان 1977 التقيا مع بعضهما بمحل زفاف بمنزل السيد العباسي ببلدة الحاجب اين تناولا كمية وافرة من الخمر حتى سكروا وحدثا تشويشا تولى اثناء حسن الاقتاب من البنت فضيلة وقال لها ماشي نجى نبات خدام فصدته عن غيبه ثم اختلى بصديقه بوبكر باشارة من هذا الاخير الذي اشعره بانه بلغه ان جارتها مباركة التي هي والدة فضيلة المذكورة تملك مبلغا ماليا ورد لها من زوجها المتضيب منذ مدة كبيرة بليبيا وعرض عليه سرقة مهما كانت الظروف ولو ادى الي قتلها قصد الاستحواذ عليه فوافق علي ذلك ومن حينها خططا لتنفيذ ما اعتزما عليه وبحشا على آلة موسى لاستعمالها في الغرض لكن بدون جدوى فقررنا الذهاب الي منزلها دون سلاح ومهاجمتها ان وجدت به وفملا توجهنا اليه فشاهداها من خلال سياج المنزل وعلى ضوء المصباح الكهربائي الموجود بالشارع والقريب من منزلها جالسة امام بيتها اترجيد من بابها وتسلا اليها بسرعة وانقضا عليها عن حين

غفلة وتولى حسن خنقها بيده اليسرى وسلم فمها بيده اليمنى بينما تولى بوبكر مسكها من يدها ورجليها حتى لا تصيح ولا تقاوم وبقيا هكذا حتى خارت قواها وبعدها تولى بوبكر ضربها بقوة على ام راسها بحجرة التفتها بالقرب منها وقفل مثله حسن وكررا ذلك مرارا حتى خمدت انفاسها وتدفق منها دم كثير ثم جراها الى داخل بيتها الذي يلفه الظلام الدامس وقتش عن عود كبريت لانهارة البيت فلم يجدا ذلك ثم توليا البحث عن المال فلم يجدا شيء منه وعندها خرج حسن من المنزل وبقي خارجه يترقب صاحبه اما بوبكر فجرد الهالكة من ثيابها والقها بجانبها ثم لوى على عنقها محرمة راس وجدها هناك للتضليل ولايهام ان الفعلة كانت للمتشفى والانتقام ثم اوصد باب المنزل وخرج من الزريبة الموجودة بالمحل والتقى بصاحبه حسن الذي اتفق معه على الكتمان ثم رجع كل منهما الى منزله

وتولى حسن ازالة ما لحق به من دم الهالكة بالحنفية القريبة من هناك ثم ارتقى فوق سطح منزل والده اين اختفى حتى لا يتفطن به اقاربه ولما احس بخروج والده واخيه حاتم من المنزل نزل من مكانه وابدل ثيابه المملوطة بالدم بثياب اخيه ثم تولى اخفاء ثيابه المذكورة بسانية والده وبعدها استغرق في النوم باحد بيوت المنزل اما فضيلة ابنة الهالكة فعندما انتهى حفل الزفاف عادت الى منزل والدتها وطرقت بابه فلم يجدها احد فتسلقت السياج ونزلت به وبدخلها للبيت عثرت على والدتها قتيلة مضرجة بدماها فاخذت تصيح وتستنجد حتى اقبل عليها الاجوار اللذين شاهدوا الحالة واسرعوا الى اعلام الحرس الوطني بالامر وهؤلاء اعلموا السيد وكيل الجمهورية بالمحكمة الابتدائية بالقيروان بالحادثة وهذا افتتح بحثا تحقيقيا وعلى ضوء الارشادات التي ذكرتها فضيلة ابنة الهالكة وقع التعرف على الجانيين وهما الطاعنان اللذان اعترفا بما نسب اليهما ودل حسن عن المكان الذي اخفى به ثيابه المملوطة بالدم فوقع حجزها كما وقع حجز آلة الجريمة وهما الحجران المعثور عليهما بمكان الواقعة .

وبعد اتمام التحقيقات والابحاث اللازمة احال قلم التحقيق بالمحكمة الابتدائية بالقيروان المتهمين على دائرة الاتهام لدى المحكمة الاستئنافية بسوسة التي بدورها احالتهم على الدائرة الجنائية بها لمقاضاتهم من اجل قتل نفس بشرية عمدا لتسهيل ارتكاب جريمة موجبة للعقاب بالسجن ومن اجل السكر الواضح طبق احكام الفقرة الثانية من الفصل 204 والفصل 317 من ق ج - وقضت الدائرة المذكورة بحكمها المبين آنفا فتعقبه الطاعنان وهو محل نظر هاته المحكمة الآن .

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية ولذا فهو مقبول شكلا .

حيث انه ولئن اقتصر الطاعنان على تقديم مطلبهما دون ان يشفعاها باى مطعن من المطاعن الواردة بالفصل

258 من ق ج الا ان القانون عدد 55 لسنة 82 المؤرخ في 4 جوان 82 وخاصة الفصل 43 منه جاء بتخفيف العقاب على الاحداث الذين لم يتجاوزوا سن الثامنة عشر عاما في تاريخ الواقعة اذ ان حسن ولد في 27 مارس 61 وبوبكر في 26 مائة من نفس السنة حسب بطاقتي ولادتهما المظروفيتين بالملف وحيث اقتضى الفصل الاول من المجلة الجنائية ما يلي نصه :

لا يعاقب احد الا بمقتضى نص قانون سابق الوضع لكن اذا وقع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم البات وكان نصه ارفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره .

وحيث ان القضية لم يصدر فيها حكم بات الى الآن ولذا فان النص 43 الجديد هو المنطبق عليها .

وحيث ان الحكم المنتقد لما قضى بالاشغال الشاقة المؤبدة على الطاعنين ولم يتسنى لقضائه تطبيق النص السالف الذكر لوروده متأخرا عن تاريخ القرار المطعون فيه فان الابقاء على مفعول هذا القرار يشكل طرق احكام الفصل 43 المشار اليه وهو امر يهمل النظام العام .

#### ولهاته الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلبى التعقيب شكلا وموضوعا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على الدائرة الجنائية بمحكمة الاستئناف بسوسة للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى وارجاع المال المؤمن لمن امنه .

وقد صدر هذا القرار عن الدائرة الثامنة المجتمعة بحجرة الشورى طبق القانون بتاريخ يوم السبت وفق التاسع من اكتوبر 1982 المتألفة من رئيسها السيد على بن جعفر ومستشاريها السيدين حسن العشاش وعبد القادر الصافي بمحضر المدعى العام السيد احمد الزين البرهمي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد عبد الحميد النخلى - وحرر في تاريخه .

مؤرخ في 25 أكتوبر 2001

صدر برئاسة السيد جمال التركي

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتى :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم صحبة بطاقة خلاص المعاليم القانونية بتاريخ 2001/3/13.

من طرف : علي نائبه الأستاذ أحمد بدر.

ضد : الحق العام.

طعنا في الحكم الجزائى عدد 7820 الصادر عن محكمة ناحية المكناسى بتاريخ 2001/2/7 والقاضى نهائيا معتبرا حضوريا بسجن المتهم مدة 7 أيام وحمل المصاريف القانونية عليه وذلك من أجل جريمة مخالفة للقرارات الصادرة ممن له النظر مناط الفصل 2231.

وبعد الاطلاع على ملحوظات السيد المدعى العام لدى هاته المحكمة والاستماع لملاحظاته بالجلسة.

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه والتأمل من كافة الإجراءات.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغته القانونية ولذلك فهو مقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث يستفاد من القرار المطعون فيه ومن الأبحاث التي ائبني عليها أن النيابة العمومية بسيدى بوزيد أحالت المتهم على محكمة ناحية المكناسى بعد ضبطه متلبسا ببيع مرطبات ومشروبات باردة على قارعة الطريق يوم 1998/20 فقضت المحكمة حكمها المضمن نصه بالطالع والذي تعقبه المتهم بواسطة محاميه ناسبا إليه ضعف التعليل ومخالفة القانون بمقولة خلو الملف من أي قرار صادر من بلدية الصخيرة في تجريم ما قام به المتهم وأن الأمر مسموح به أيام الأسواق الأسبوعية ولا تتوفر معها أركان جريمة الإحالة وطلب النقص بدون إحالة والإعفاء.

## المحكمة

حيث تبين بمراجعة الحكم المنتقد وباقي مظروفات الملف أن المحكمة قضت بثبوت ادانة المتهم وتسليط عقاب سالب للحرية عليه بدعوى اعترافه بالجرم المنسوب إليه المتمثل في عرضه للبيع على قارعة الطريق لاطعمة ومبردات خلافا للقرارات الصادرة ممن له النظر .

وحيث تبين ان المحكمة لم تتعرض لاي قرار صادر في موضوع الاحالة ولا لمضمونه ولا للسلطة التي اصدرته والواقع مخالفته من طرف المعقب.

وحيث نص الفصل الأول من المجنة الجنائية بأنه لا يعاقب أحد ما إلا بمقتضى نص من قانون سابق الوضع بحيث أنه لا جريمة بدون قانون نص عليها صراحة استنادا إلى القاعدة الأصولية المعروفة والقائلة بأن الأصل في الأمور الإباحة وأن المنع أو الحظر أو التجريم هو خلاف للأصل وأنه لا عقاب يوقع جزاءا لفعل معين أو للامتناع عن فعل ما بدون نص قانوني صريح مسبق الوضع وهذا المبدأ في عمومته هو ما يعبر عنه بمبدأ شرعية الجرائم والعقوبات والذي كرسه الدستور في فصله الثالث عشر بتقريره شخصية العقوبة وأنها لا تكون إلا بنص سابق الوضع.

وحيث يتضح ان ما ذهب إليه محكمة الحكم المطعون فيه من مواخذة المعقب من أجل ما نسب إليه بدون تحديد القرار موضوع المخالفة من شأنه أن يجعل حكما بتلك الصورة فاقدا للأساس القانوني الذي يجب أن يبنى عليه وضعيف التعليل ومخالفا للقانون ويضحى الطعن فيه في طريقه ومنع من القبول.

### لهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة ناحية المكناسي للنظر فيه من جديد بواسطة قاضي ناحية آخر واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع مآلها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار عن الدائرة الخامسة عشر بتاريخ يوم الخميس 25 أكتوبر 2001 المتركة من رئيسها السيد جمال التركي ومستشاريها السيدين

النوري الغربي وهشام الظريف بمحضر المدعي العام السيد كمال بن جعفر ومساعدة كاتبه الجلسة السيدة منيرة بالعربي.

وحرر في تاريخه



التاريخ: الجمعة 10 جوان 2022

المدة: 3 ساعات

المادة: القانون الجزائي العام

**عَلِّقْ عَلَى الْقَرَارِ التَّعْقِيبِيِّ الْجَزَائِيِّ عَدَدَ 94147 الْمَوْرُخِ فِي 18 مَآي 2020 (بِتَصْرُفٍ):**

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ 19/06/2020 من طرف الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف بالمنستير ضد ا.ع. طعنا في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بسوسة بوصفها محكمة إحالة تحت عدد 8322 بتاريخ 11/06/2019 القاضي نهائيا حضوريا بالإدانة من أجل جريمة الاغتصاب على معنى الفصل 227 م. ج. وتعديل العقاب وذلك بالنزول بمدة السجن المحكوم بها إلى عشرة أعوام وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه...

وبعد المفاوضة طبق القانون صرح بما يلي:

**من حيث الشكل:**

حيث استوفي مطلب التعقيب أوضاعه وصيغته القانونية فهو حري بالقبول شكلا.

**من حيث الأصل:**

حيث اوضح بالاطلاع على الحكم المنتقد والوقائع التي انبني عليها حسب المحضر عدد 21 بتاريخ 16/04/2016، والذي جاء فيه أن أعوان شرطة إقليم المنستير تلقوا مكالمة هاتفية من المرشدة الاجتماعية للصحة بمركز التوليد وطب الولادة بالمنستير مفادها مباشرتها لحالة ولادة خارج إطار الزواج لطفلة تدعى ن.د. والتي وضعت بنتا ونسبت أبوتها بادئ الأمر إلى شقيقها أ.د.، ثم أنكرت ذلك لاحقا مدعية أنها تعرقت على شخص يدعى م. مارست معه الجنس مما أدى إلى حملها. وبإنهاء الأبحاث أذنت النيابة العمومية بفتح بحث تحقيقي ثم أحيل المتهم أ.د. على الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بالمنستير من أجل جريمة موقعة أنثى دون رضاها طبق أحكام الفصل 227 م. ج.

وحيث أصدرت الدائرة الجنائية بالمحكمة الابتدائية بالمنستير حكمها عدد 83 بتاريخ 04/05/20217 والقاضي نصه: "قضت المحكمة ابتدائيا حضوريا بثبوت إدانة أ.د. فيما نسب إليه وسجنه من أجل ذلك مدة ثلاثين عاما، وحمل المصاريف القانونية عليه".

وحيث تم استئناف ذلك الحكم من قبل المتهم.

وحيث صدر القرار الاستئنافي بتاريخ 13/07/2017، والقاضي نهائيا حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الابتدائي مع الحط من العقاب إلى عشرة أعوام.

وحيث تعقب الوكيل العام لدى محكمة الاستئناف ذلك القرار الجنائي ناعيا عليه الخطأ في تطبيق القانون حيث اعتمدت المحكمة على الفصل 227 قديم والحال أن هذا الفصل قد تم تعديله بمقتضى القانون الأساسي عدد 58 وائجه تطبيق الفصل 227 الجديد في فقرته الثالثة باعتباره الأرفق بالمتهم... وطلب

على ذلك الأساس قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة ملف القضية على الدائرة الجنائية بمحكمة الاستئناف للنظر فيه مجدداً بهيئة أخرى.

## المحكمة

عن جملة المطاعن لاتحاد القول فيها:

حيث أنّ تعليل الأحكام وتسببها هو من الأمور اللازمة لصحتها وأنّ التعليل ينبغي أن يكون مستوعبا لكامل عناصر القضية الواقعية منها والقانونية...

وحيث تقتضي سلامة التعليل ضرورة استعراض الوقائع ومطابقتها على الأركان القانونية توصلا إلى بيان أركان الجريمة وثبوت إسنادها ضده وخاصة ركن الشرعية.

وحيث نصّ الفصل الأول من المجلة الجزائية "لا يعاقب أحد إلا بمقتضى نصّ من قانون سابق الوضع. لكن إذا وضع قانون بعد وقوع الفعل وقبل الحكم بالبراءة وكان نصّه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره".

وحيث بالرجوع إلى الأبحاث ومستندات القرار المنتقد ائضح أنه تمت إحالة المعقب ضده من أجل جريمة موقعة أنثى دون رضاها طبق أحكام الفصل 227 م. ج. وكانت أقصى العقوبة المنصوص عليها هي الإعدام. وحيث تمّ تنقيح ذلك الفصل بمناسبة صدور القانون الأساسي المتعلق بالقضاء على العنف ضدّ المرأة المؤرخ في 11 أوت 2017 وحيث نصّ الفصل الجديد على ما يلي: "يعدّ اغتصابا كلّ فعل يؤدّي إلى إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته والوسيلة المستعملة ضدّ أنثى أو ذكر بدون رضاه. ويعاقب مرتكب الجريمة بالسجن مدّة عشرين عاما. ويعتبر الرضا مفقودا إذا كان سنّ الضحية دون السادسة عشر عاما كاملة. ويعاقب بالسجن بقية العمر مرتكب جريمة الاغتصاب الواقعة: 1- باستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به أو باستعمال موادّ أو أقراص أو أدوية مخدرة أو مخدرات -2- ضدّ طفل ذكرا كان أو أنثى سنّه دون السادسة عشرة عاما كاملة -3- سفاح القربى باغتصاب طفل المرتكب من الأصول وأن علوا أو الفروع وإن سفلوا والإخوة والأخوات الخ...".

وحيث ثبتت علاقة المعقب ضده بالضحية بموجب القرابة العائلية إذ أنه شقيق هذه الأخيرة وثبت أن عمرها في تاريخ الواقعة كان أربعة عشر عاما ممّا يجعل نطاق التجريم مناط أحكام الفصل 227 جديد من المجلة الجزائية ضرورة أنه حين انطلاق الأبحاث كان الفصل المنطبق هو الفصل 227 من المجلة الجزائية إلا أنه تمّ سنّ القانون الأساسي المذكور أعلاه لسنة 2017 وقبل صيرورة الحكم في الأصل باتا وكان نصّه أرفق بالمتهم فالحكم يقع بمقتضاه دون غيره على معنى أحكام الفصل الأول من المجلة الجزائية.

وحيث تكون المحكمة التي لم تُعمل القاعدة الأصولية المتعلقة بالقانون الأرفق بالمتهم مناط الفصل الأول المذكور أورتت قرارها ضعفا وخرقا للقانون وائج لذلك نقضه بقطع النظر عن بقية المطاعن التي وردت بمذكرة الطعن والتي كانت ترمي إلى مناقشة محكمة الأصل فيما اعتمده لتبرير قضائها وهو عبارة عن جدل موضوعي بخصوص تقدير العقاب متى كان معللا مما له أصل ثابت الملف.

لذا، ولهاته الأسباب قرّرت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإرجاع ملف القضية إلى محكمة الاستئناف بالمنسّتر للنظر فيه مجدداً بهيئة أخرى.

صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ 18/05/2020 عن مجلس الدائرة السادسة والثلاثون برئاسة السيدة زكية الماجري وعضوية المستشارين السيدين عادل الأخضر وفيصل بن عامر بحضور المدعي العام السيدة لطيفة العرفاوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيد علي العمراوي. وحرر في تاريخه

### الفصل 227(قديم): "يعاقب بالإعدام،

- 1- كل من واقع أنثى غصباً باستعمال العنف أو السلاح أو التهديد به.
  - 2- كل من واقع أنثى سنّها دون العشرة أعوام كاملة ولو بدون استعمال الوسائل المذكورة.
- ويعاقب بالسجن بفترة العمر كلّ من واقع أنثى بدون رضاها في غير الصور المتقدمة. ويعتبر الرضا مفقودا إذا كان سنّ المجني عليها دون الثلاثة عشر عاما كاملة".

**الفصل 227(جديد):** "يعد اغتصابا كل فعل يؤدي إلى إيلاج جنسي مهما كانت طبيعته والوسيلة المستعملة ضد أنثى أو ذكر بدون رضاها. ويعاقب مرتكب جريمة الاغتصاب بالسجن مدة عشرين عاما. ويعتبر الرضا مفقودا اذا كان سنّ الضحية دون السادسة عشر عاما كاملة. يعاقب بالسجن بفترة العمر مرتكب جريمة الاغتصاب الواقعة:

- 2- ضد طفل ذكرا كان أو أنثى سنه دون السادسة عشرة عاما كاملة،
  - 3- سفاح القربى باغتصاب طفل المرتكب من:
    - الأصول وإن علوا،
    - الإخوة والأخوات،
- "...

ملاحظة: دخل القانون الأساسي عدد 58 لسنة 2017 حيّز النفاذ في 28 فيفري 2018.