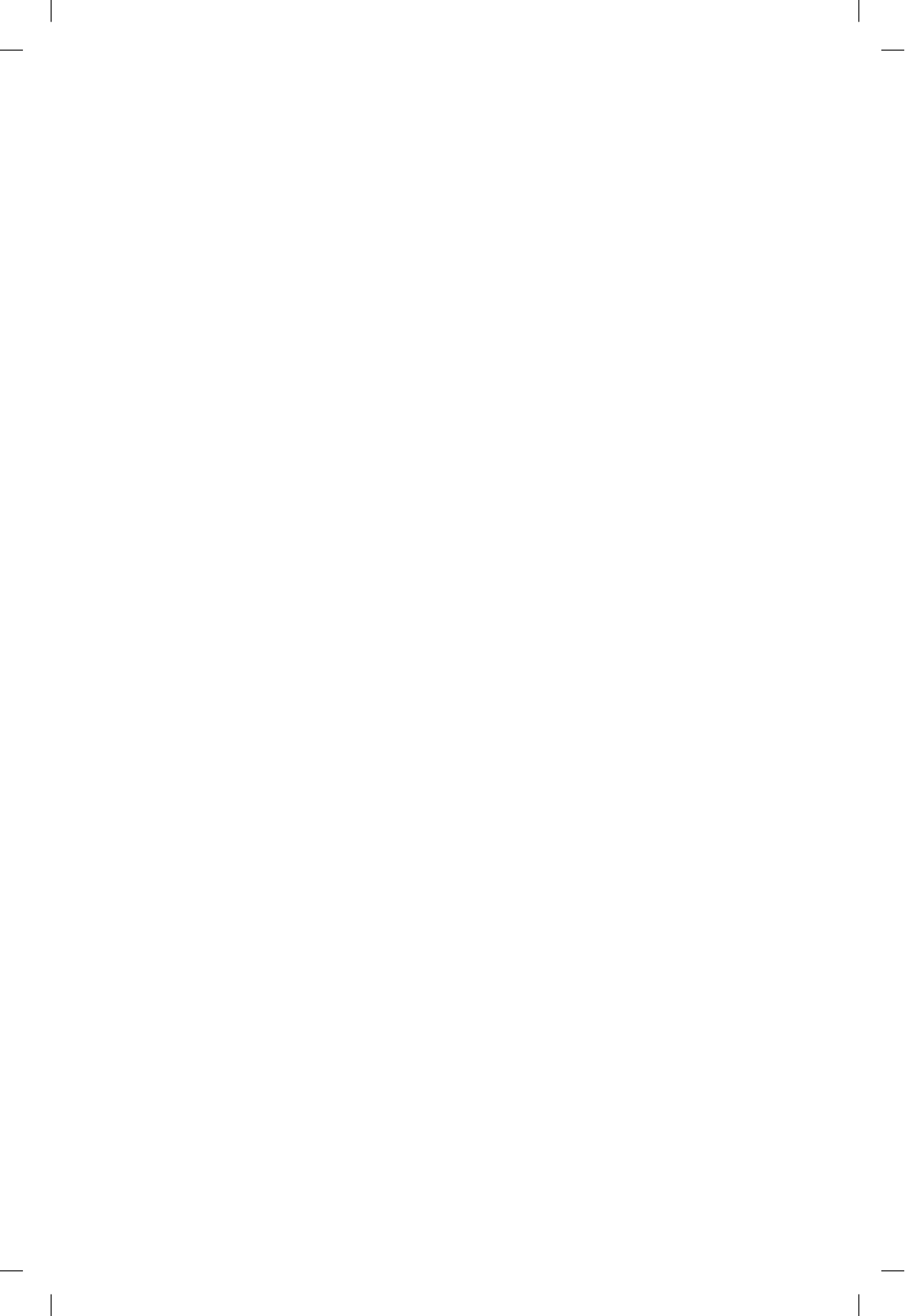


RAPPORTS NATIONAUX



ALLEMAGNE

Priv. Doz. Dr. Petra VELTEN
Priv. Doz. Dr. Wilhelm DEGENER

Universität de Münster

I. INTRODUCTION

La « lutte efficace contre la criminalité » et la « protection de la justice pénale concernant l'État de droit » constituent les deux préoccupations fondamentales de notre politique criminelle. Ces deux positions, entre lesquelles il existe une tension quasi inévitable, doivent être « équilibrées de la meilleure façon possible ». Celles-ci et leurs dérivations particulières que nous présenterons par la suite sont également conçues comme des principes structurels fixés par le droit constitutionnel. En fin de compte, elles remontent aux idées de « liberté, sécurité et justice » mais souvent, l'accentuation mise dans la « synthèse » de ces idées ne peut être justifiée scientifiquement. Elle repose sur un consensus majoritaire au sein d'une communauté, rarement sur une conviction unanime. Ainsi, pour chaque problème politico-judiciaire et pénal particulier, la question de savoir auxquels des différents aspects on se doit de donner la priorité fait l'objet d'une controverse.

La Cour constitutionnelle fédérale a accordé à l'efficacité et à la praticabilité de la poursuite pénale un rang de droit constitutionnel et a ainsi souligné le besoin de sécurité de la communauté et de ses potentielles victimes d'actes criminels. La Cour met en regard de cet objectif comme correctif de même valeur juridique, le devoir de préserver la dignité humaine de l'auteur d'un délit et l'interdiction de le dégrader au rang d'objet d'activité de l'État. Les résultats de cette revendication de l'humanisation du droit pénal furent : l'abolition de la peine de mort et — au cours d'une phase d'accentuation particulière de l'idée de resocialisation — le changement de priorité de la peine privative de liberté en peine d'amende ainsi que les assouplissements de l'exécution de la peine à perpétuité. Font partie des autres correctifs de l'aspiration pénale à la sécurité comme caractéristiques de l'État de droit libéral le caractère

fragmentaire et subsidiaire du droit pénal. Le droit pénal présente délibérément des lacunes, non seulement dans l'intérêt du *nullum crimen/nulla poena sine lege*. Il ne doit être utilisé comme instrument le plus décisif de la politique sociale et législative que là où d'autres mécanismes de protection ne suffisent pas à protéger les valeurs élémentaires de la coexistence et de la coopération humaines. Comme autre correctif, on se doit de nommer le devoir de la rationalité de la poursuite pénale. Pour se faire, les priorités doivent être correctement établies dans le cas d'une poursuite pénale (Exemple : les demandes de peines plus sévères n'indiquent souvent qu'une faiblesse du contrôle de la criminalité dans un certain domaine, mais pas l'insuffisance des moyens pénaux). Afin qu'une politique criminelle soit éclairée, il est également nécessaire de contrôler l'efficacité de la législation de l'État, un contrôle qui remplace la simple croyance par la rationalité empirique.

Depuis 1990, depuis la réunification de l'Allemagne et l'ouverture des frontières vers l'Est, se dessine de plus en plus un changement idéologique en matière de politique criminelle. En est en partie responsable l'augmentation importante des délits en Allemagne, tout particulièrement dans le domaine des délits de violence. Il en résulte que la condamnation à des peines privatives de liberté sans sursis et l'exécution de celles-ci sont devenues beaucoup plus fréquentes. Le nombre de prisonniers a nettement augmenté. En partie parallèlement à cette augmentation de la criminalité, la peur de la criminalité de la population a changé. La crainte d'une situation criminelle générale s'est considérablement accrue. Pour les sentiments de menace, il se pourrait qu'à côté de l'augmentation réelle de la criminalité, les changements profonds que connaît la société actuellement soient également responsables de l'inquiétude. Ce qui est certain, c'est que la volonté de répondre à l'inquiétude par des mesures dans le domaine de la politique criminelle est grande. L'« idée de protection » supprime l'« idée de resocialisation ».

Ceci se retrouve au niveau légal : dans le relèvement de fourchettes de peines, dans l'acceptation de peines privatives de liberté de longue durée ainsi que dans le domaine des mesures d'éducation et de sûreté, pour lequel notamment l'« idée d'épreuve » se voit remplacée partiellement par l'« idée de responsabilité ».

La disposition à une harmonisation européenne au moins partielle du droit pénal est grande en Allemagne. Les praticiens et les théoriciens se penchent beaucoup sur cette question. Elle a fait l'objet de plusieurs congrès pénaux en Allemagne. L'approbation sur le fond d'une harmonisation, en tout cas d'un rapprochement dans le domaine des sanctions pénales, résulte d'abord de la simple idée que les formes de criminalité typiquement transfrontalières (criminalité terroriste, cybercriminalité et criminalité environnementale) ne doivent pas être traitées de façon inégale dans différents pays disposant d'un arrière-plan culturel similaire. Cette approbation se voit renforcée par les développements réels et juridiques depuis 1990. On part du principe qu'il est plus facile de venir à bout de ces développements si les États européens coopèrent davantage dans le domaine pénal, ce qui demande une harmonisation au moins partielle des moyens pénaux.

Toutefois, cet assentiment de principe fait face à de flagrants soucis : les détracteurs craignent que l'eupéanisation renforce davantage les tendances négatives apparues dans la politique criminelle allemande des dernières années. Ces « tendances » sont notamment le renoncement croissant à discuter des valeurs essentielles et à consulter la science, la disposition à abandonner des garanties de l'État de droit et l'augmentation d'irrationalismes en matière de politique criminelle. Font partie de ces dernières la politique journalistique émotionnelle au lieu d'un travail conceptuel à long terme, une législation pénale purement symbolique, la surestimation des possibilités de contrôle social dans le domaine pénal, la négligence de légitimations empiriques de la législation pénale. Les auteurs de ce rapport partagent une partie de ces soucis.

II. LA NATURE ET LA MESURE DES PEINES APPLICABLES

Le Code pénal allemand (*Strafgesetzbuch, StGB*) distingue comme moyens de réaction du droit pénal pour adultes les peines (*Strafen*) principales, les conséquences accessoires (*Nebenfolgen*) et lesdites mesures d'éducation (*Besserung*) et de sûreté (*Sicherung*).

Les peines principales sont la peine privative de liberté (*Freiheitsstrafe*, § 38 f. StGB) et la peine d'amende (*Geldstrafe*, §§ 40 ff.). Comme peine complémentaire (*Nebenstrafe*), une interdiction de circuler (§ 44) entre en ligne de compte.

Les conséquences accessoires sont la perte de la capacité d'exercer une fonction publique, de l'éligibilité et du droit de vote (§ 45 StGB) et — comme conséquences accessoires au « caractère mixte » — : la confiscation (*Verfall*, § 73), la saisie (*Einziehung*, § 74) et le fait de rendre quelque chose inutilisable (*Unbrauchbarmachung*, § 74d al. 1 S. 2). Des mesures d'éducation et de sûreté sont, selon le § 61 StGB, le placement en hôpital psychiatrique, en centre de désintoxication, en détention à titre de mesure de sûreté, les mesures de contrôle, d'aide et d'éducation (*Führungsaufsicht*), le retrait du permis de conduire et l'interdiction d'exercer sa profession.

A. — La peine privative de liberté

A la différence du droit antérieur qui distinguait différentes peines de prison d'après la gravité du délit, le Code pénal ne connaît aujourd'hui que l'unique « peine privative de liberté » (*Freiheitsstrafe*). Avec la suppression des différentes formes légales de prison, la distinction d'après la durée de la peine gagne en importance pratique. Il existe désormais la courte peine privative de liberté, d'une durée maximale de six mois, la moyenne peine privative de liberté, de six mois à deux ans, et la peine privative de liberté de longue durée. La peine minimale privative de liberté s'élève à un mois, conformément au § 38 alinéa 2 du Code pénal. La peine maximale absolue du droit allemand est selon le § 38 alinéa 1 StGB la réclusion à perpétuité.

B. — *La peine d'amende*

L'un des principaux objectifs de la réforme pénale décidée en 1969 et entrée en vigueur en 1975, était de favoriser la peine d'amende au détriment de la peine privative de liberté. Le législateur exprime cette idée, entre autres, dans le § 12 alinéa 1 de la loi introductive au Code pénal (*Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch, EGStGB*). De plus, le § 47 StGB prévoit qu'une courte peine privative de liberté (de six mois maximum) ne peut être qu'exceptionnellement prononcée. Ce changement de priorités légales dans le spectre des sanctions se reflète aussi dans la pratique. Selon certaines estimations, la peine d'amende représenterait plus de 80 % de toutes les condamnations. En principe, la peine d'amende et la peine d'emprisonnement s'excluent l'une l'autre. Cependant, dans certains cas particuliers, la peine d'amende peut être prononcée en plus de la peine de prison, selon le § 41, lorsque cela paraît indiqué au regard des conditions économiques et personnelles de l'auteur.

L'amende pénale, au contraire de l'amende forfaitaire du droit des contraventions administratives (*Ordnungswidrigkeiten*), n'est pas infligée sous la forme d'une somme globale mais, d'après le § 40 StGB, sous la forme de jours-amendes, c'est-à-dire que le montant effectif de l'amende est calculé à partir d'une combinaison (multiplication) du nombre de jours avec un taux journalier.

La véritable mesure pénale est le nombre des jours-amendes qui doit être fixé en fonction de critères généraux de culpabilité. Le nombre des jours-amendes est compris entre 5 et 360 (§ 40 al. 1 phrase 2 StGB).

Le montant du taux journalier est fixé en fonction des données personnelles et économiques de l'auteur, étant entendu qu'il faut, en principe, partir du revenu net perçu ou pouvant être perçu. Le taux journalier correspond au revenu net que l'auteur touche en un jour. Ici aussi, il existe des limites minimale et maximale. Le taux minimal d'un jour-amende s'élève à un euro, tandis que le taux maximal est de 5 000 € (§ 40 al. 2 phrase 3 StGB).

C. — *Peines complémentaires (Nebenstrafen) — interdiction de circuler, § 44 StGB*

Avec cette sanction seulement accessoire, sont frappés des délits que son auteur a commis en relation avec la conduite d'un véhicule ou en contrevenant aux obligations d'un automobiliste. La durée de l'interdiction s'étend de un à trois mois.

D. — *Conséquences accessoires (Nebenfolgen, en français : peines accessoires)*

Les conséquences accessoires surviennent automatiquement (d'office), selon le § 45 alinéa 1, lorsque l'auteur est condamné, pour crime à une peine privative de liberté d'au moins un an. La durée de l'interdiction est de cinq ans. Il n'est nécessaire de prononcer expressément les conséquences accessoires seulement là où la perte des capacités mentionnées

dans les délits particuliers est prévue. Pour ces cas, le Tribunal doit décider selon sa propre appréciation, conformément aux § 45 alinéa 2 et § 45 alinéa 5. La durée de l'interdiction s'étend ici de deux à cinq ans.

E. — *Conséquences accessoires au « caractère mixte »*

La classification dogmatique des conséquences accessoires au caractère mixte est controversée en doctrine. On dit, en général, que le but de ces mesures consiste à ôter à l'auteur les avantages de son fait, de retirer de la circulation produits et moyens du délit. Ainsi se révèlent la confiscation, la saisie et le fait de rendre quelque chose inutilisable comme un intermédiaire entre la peine et les dites mesures d'éducation et de sûreté.

F. — *Mesures d'éducation (Besserung) et de sûreté (Sicherung)*

Les mesures « d'éducation et de sûreté », tout comme les mesures décrites au point e) et à la différence des autres sanctions, sont des mesures indépendantes de la culpabilité (*schuldunabhängig*), motivées exclusivement par la dangerosité de l'auteur. Pour ce qui est de la durée de ces mesures, le placement en centre de désintoxication ne doit pas dépasser deux ans (§ 67d al. 1 StGB). La limite maximale d'une détention à titre de mesure de sûreté est normalement de dix ans (§ 67d al. 3). Les mesures de contrôle, d'aide et d'éducation durent au minimum deux et au maximum cinq ans (§ 68c al. 1). La durée de retrait du permis de conduire peut s'étendre de six mois à cinq ans (§ 69a al. 1). L'interdiction d'exercer sa profession va selon le § 70 alinéa 1 de un an à cinq ans.

III. MARGE D'APPRÉCIATION DU JUGE EN MATIÈRE DE PRONONCÉ DE LA PEINE PAR RAPPORT AU DEGRÉ DE PRÉCISION DE LA LOI

Le prononcé de la peine est réglé dans le Code pénal par certains types de peines et par les fourchettes de peines des éléments constitutifs de l'infraction correspondants. Une « *poena extraordinaria* » n'existe pas. La possibilité d'une atténuation ou d'une aggravation de peine est aussi fixée légalement. La marge d'appréciation du juge ne commence que lorsqu'il a à décider des conditions et de l'étendue de la modification. Cette marge diffère selon qu'il s'agit d'une atténuation ou d'une aggravation de peine.

A. — *Atténuations de peine*

Le Code pénal ne règle que la *manière* d'atténuer la peine (§ 49), et non pas les *conditions* d'une telle atténuation de manière globale, c'est-à-dire pour tous les types d'infraction. Il ne connaît que des normes d'atténuation particulières qui se répartissent dans le droit pénal général et le droit pénal spécial.

1. Atténuations de peine dans le droit pénal général (*Allgemeiner Teil*)

Des atténuations obligatoires et des atténuations facultatives sont prévues dans la partie générale du Code pénal : pour les délits d'omission (§ 13 al. 2), pour l'erreur de droit (*Verbotsirrtum* § 17), pour la tentative (§ 23 al. 2), pour la complicité (§ 27 al. 2), pour l'état de nécessité en cas d'un danger causé par soi-même (§ 35 al. 1) ou encore pour l'état de nécessité putatif évitable (§ 35 al. 2). Dans ce cas, il existe les deux types d'atténuation déjà connus : l'atténuation générale selon le § 49 alinéa 1 et l'atténuation selon l'appréciation du § 49 alinéa 2.

Dans le premier cas (§ 49 al.1), des fourchettes de peine moindres sont déterminées d'après des règles spécifiques. La peine maximale de la réclusion à perpétuité est remplacée par la limite supérieure pour la réclusion à temps (donc quinze ans). Les mesures maximales des peines privatives de liberté à temps sont réduites aux trois-quarts (§ 49 al. 1 chiffre 2). Les mesures minimales sont sensiblement réduites elles aussi. La réclusion à perpétuité est remplacée par une peine privative de liberté de trois ans minimum (§ 49 al. 1 chiffre 1) ; la peine minimale de 10 à 5 ans (par exemple pour un meurtre) est remplacée par une peine minimale de deux ans ; une peine de 3 à 2 ans est remplacée par une peine de six mois et une peine d'un an par une peine de trois mois. Dans tous les autres cas, la peine minimale est réduite à trois mois (§ 49 al. 1 chiffre 3).

Dans le second cas (§ 49 al. 2), le juge dispose d'une libre marge de manœuvre vers le bas : il peut aller jusqu'à la peine minimale encourue et décider d'une peine d'amende au lieu d'une peine privative de liberté.

L'atténuation générale selon le § 49 alinéa 1 est obligatoire dans les cas suivants : complicité (§ 27), tentative d'instigation (§ 30 I), manque de traits personnels particuliers caractéristiques du participant (par exemple, le fait d'être titulaire d'une fonction publique, disposition d'esprit particulière répréhensible, etc. ; § 28 al. 1). Elle est facultative dans le cas du délit d'omission (§ 13 II), de l'erreur de droit (*Verbotsirrtum* § 17), de l'imputabilité morale atténuée (§ 21), de la réparation du dommage par une transaction entre l'auteur et la victime (§ 46a). L'atténuation selon appréciation d'après le § 49 alinéa 2 est prévue pour la tentative réalisée de manière très grossière (§ 23 III).

2. Atténuations de peine dans le droit pénal spécial (*Besonderer Teil*)

Le Code pénal (*StGB*) connaît, en outre, de nombreuses possibilités d'atténuations de peine en fonction du type d'infraction pour lesdits cas moins graves. Elles sont prévues, en général, lorsque le délit fondamental présente une fourchette de peines relativement étendue. Le législateur se limite cependant, dans ces cas, à mettre à disposition une fourchette de peines moindre pour les « cas moins graves », c'est-à-dire qu'une systématisation relative au contenu du cas moins grave n'est pas faite, il s'agit de réductions de peines dites « innommées » (*unbenannt*). Il existe des possibilités d'atténuations dites « nommées » (*benannt*), dans lesquelles le législateur systématise la situation à privilégier. Un exemple est constitué par le cas de la provocation à homicide volontaire (§ 213 StGB).

B. — *Aggravations de peine*

Au préalable, il faut mentionner que valent, ici aussi, les règles exposées pour les atténuations. Il n'existe pas de normes générales pour les conditions matérielles d'augmentation des peines en raison de circonstances aggravantes. De plus, il n'existe pas non plus, contrairement à l'atténuation des peines, de normes réglant de manière générale comment la fourchette des peines de départ peut être augmentée, dans les cas où l'aggravation des peines est prévue. La problématique « aggravation des peines » reste ainsi du ressort du droit pénal spécial et de ses infractions respectives.

1. *Caractérisation des circonstances aggravantes*

Le législateur distingue trois formes de circonstances aggravantes.

Dans lesdits délits de qualification (*Qualifikationstatbestände*), il caractérise de manière définitive et obligatoire dans quelles conditions le fait délictuel doit être sanctionné plus sévèrement. Des exemples en sont les coups et blessures corporels dangereux (par exemple, les coups et blessures à l'aide d'une arme ou d'un autre outil dangereux, § 224 StGB) et le vol à main armée (§ 244 al. 1 chiffre 1).

Dans d'autres normes d'aggravation de peines, le législateur se limite à donner des exemples de circonstances aggravantes. Ces exemples ne règlent l'aggravation de la peine de façon ni définitive, ni obligatoire (lesdits exemples-types). Cela signifie que l'auteur de l'application de la loi peut s'en tenir à la fourchette de peines normale, même en présence d'un des cas donnés en exemple. A l'inverse, il peut donc appuyer l'aggravation des peines sur un fait qui n'est pas énuméré par le législateur dans la loi. Parmi les normes d'exemples-types, on peut citer, par exemple, « Vol d'une chose importante pour la science, l'art ou l'histoire » (§ 243 al. 1 phrase 2 chiffre 5) ou « l'escroquerie qui met une autre personne en grande difficulté » (§ 263 al. 3 phrase 2 chiffre 3).

Par ailleurs, la loi connaît aussi pour l'aggravation des peines — tout comme pour l'atténuation de celles-ci —, des motifs innommés pour déroger à la fourchette normale. L'élaboration de cas-types relève entièrement de l'appréciation du juge.

2. *Type d'aggravation des peines*

Dans tous les cas nommés, le législateur a fixé une nouvelle fourchette de peines, c'est-à-dire en même temps, donné une peine maximale et minimale particulière. Dans des cas spéciaux, on en arrive à une aggravation allant jusqu'à la peine maximale (réclusion criminelle à perpétuité), notamment en cas d'homicide volontaire particulièrement grave (§ 212 al. 2) ou bien de vol avec violence ayant entraîné la mort (§ 251). Souvent, la fourchette normale des peines est étendue jusqu'au maximum de la peine privative de liberté à temps, par exemple dans le cas de vol aggravé (§ 250 al. 2). Un dépassement de la peine maximale prévue en général (réclusion à perpétuité) n'est pas réglementé.

IV. L'AMÉNAGEMENT DES PEINES PRIVATIVES DE LIBERTÉ

Le Code pénal allemand connaît comme modifications de peine dans le domaine de la peine privative de liberté, l'amnistie (par ex. art. 59 al. 1 de la Constitution du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie), la grâce (art. 60 al. 2 Loi fondamentale), le renoncement à la peine (§§ 60, 46a StGB), le sursis avec mise à l'épreuve, en deux formes : le sursis originaire (§ 56 StGB) et le sursis avec mise à l'épreuve de la peine restant à subir (§ 57), le renvoi ou l'interruption de l'exécution (§§ 455 Code de procédure pénale, *Strafprozeßordnung, StPO*), l'ajournement de l'exécution pour cause de dépendance (Loi sur les stupéfiants, *Betäubungsmittelgesetz, BtMG*).

A. — *Amnistie* (Amnestie)

L'amnistie se distingue de la grâce, qui lui est proche, par sa forme législative et son extension à des faits, qui n'ont pas encore fait l'objet de décisions, qui n'ont même pas besoin d'avoir été découverts. Toutes les constitutions des Länder indiquent la nécessité d'une loi, ce que la Loi fondamentale (*Grundgesetz*), elle, ne mentionne pas parce que c'est considéré comme évident.

Les lois d'amnistie peuvent être adoptées aussi bien par l'État fédéral que par les Länder. La compétence législative pour l'effacement de la peine résulte de la même source que la compétence législative pour le droit pénal matériel. Dès lors que l'État fédéral a posé des règles de droit pénal matériel, il peut amnistier. Dès lors que les Länder ont adopté des lois pénales du Land dans le domaine qu'il leur reste, ils peuvent également amnistier.

B. — *Grâce* (Gnadenentscheidung)

Le droit de grâce comprend le pouvoir de dispenser, de réduire, de transformer des peines définitives, des peines accessoires, des peines complémentaires et des mesures de sûreté, ou bien d'en suspendre l'exécution. Sont possibles concrètement (cela diffère selon les Länder) : sursis de peines privatives de liberté ou de reste de peines privatives de liberté avec mise à l'épreuve ; dispense totale ou partielle de peines privatives de liberté ; transformation d'une peine privative de liberté en une peine d'amende ; sursis à l'exécution de la peine et interruption de la peine ; dispense, réduction ou facilités de paiement de peines d'amende.

Le titulaire du droit de grâce est le plus haut représentant du pouvoir exécutif. Pour l'État fédéral, le Président de la République est compétent (art. 60 al. 2 Loi fondamentale), pour les Länder, l'est le Ministre-président du Land (v. par ex. art. 59 al. 1 de la Constitution du Land de Rhénanie du Nord-Westphalie).

C. — *Renonciation à la peine*

Le Code pénal allemand (*StGB*) règle à plusieurs endroits la possibilité de la « renonciation à la peine » : dans deux paragraphes de la partie

générale, sinon essentiellement dans les délits du droit pénal spécial. Les deux formes de renonciation dans la partie générale sont : la renonciation à la peine eu égard aux conséquences de l'acte pour l'auteur (§ 60 StGB) et la renonciation à la peine eu égard à la transaction entre la victime et l'auteur (§ 46a StGB).

Par ailleurs, la partie spéciale du code pénal connaît quelques délits pour lesquels le tribunal peut renoncer à la peine sous certaines conditions. De nombreux exemples proviennent du domaine des délits contre la sûreté de l'État, de la criminalité en matière de terrorisme, des délits en matière d'administration de la justice, des délits sexuels, des délits environnementaux et du droit pénal des stupéfiants. Les bases matérielles pour la renonciation à la peine sont avant tout soit le caractère insignifiant de l'injustice concrète, soit le repentir actif de l'auteur ou encore l'empêchement de la transformation d'un danger en un dommage considérable.

La décision de renoncer à la peine relève entièrement, dans les règlements mentionnés, de l'appréciation du tribunal saisi. Si les conditions dans lesquelles le tribunal peut renoncer à la peine sont remplies, le Parquet peut, avec l'accord du tribunal compétent au principal, renoncer à l'exercice de la plainte publique (§ 153b StPO).

D. — *Sursis de peines privatives de liberté avec mise à l'épreuve*

Comme évoqué ci-dessus, le Code pénal a prévu, avec l'introduction du sursis avec mise à l'épreuve (introduit en 1953, élargi en 1969), une modification de la peine privative de liberté qui ne pouvait être atteinte autrefois que par la voie juridique de grâce déjà décrite.

1. *Le sursis originare*

Si la peine privative de liberté ne doit pas dépasser un an au plus, le tribunal peut en suspendre l'exécution, quand on peut s'attendre à ce que le condamné prenne la condamnation comme une mise en garde et à ce que, même sans l'influence de l'exécution de la peine, il ne commette plus de délit (§ 56 al. 1). Pour un emprisonnement de moins de deux ans, un sursis avec mise à l'épreuve peut entrer en ligne de compte lorsque l'appréciation générale du fait délictueux et de la personnalité du condamné fait apparaître des circonstances particulières (§ 56 al. 2). Dans le cas du § 56 alinéa 1, le sursis s'impose tandis que dans le cas du § 56 alinéa 2, il relève de l'appréciation du tribunal.

Certaines mesures (§ 56a) ou instructions (§ 56 b) particulières (à observer par le condamné pendant le délai d'épreuve) peuvent être décidées. Le respect des mesures ou instructions est contrôlé par un agent de probation (§ 56 d Abs. 3), en général un éducateur de profession. Il existe aussi des agents de probation bénévoles. Le tribunal saisi, en d'autres termes celui qui prononce la condamnation, décide du sursis avec mise à l'épreuve et des mesures ou instructions. Le tribunal saisi peut après coup, c'est-à-dire après avoir rendu le jugement, décider de mesures ou d'instructions, les modifier ou les annuler (§ 56e). Il peut aussi confier cette décision au Tribunal d'instance — c'est-à-dire au juge d'instance

—, dans le ressort duquel le condamné a son domicile. Le Tribunal prend cette décision ultérieure par une ordonnance sans débat oral (*Beschluß ohne mündliche Verhandlung*). Le Procureur et le condamné doivent être entendus au préalable (§ 453 StPO).

2. *Sursis avec mise à l'épreuve de la peine restant à subir*

La loi prévoit dans le § 57 la possibilité d'accorder le bénéfice d'un sursis pour la partie restant à purger d'une peine privative de liberté à temps. C'est obligatoire lorsque les 2/3 (mais au moins deux mois) de la peine d'emprisonnement ont été exécutés et que la mesure peut être justifiée au regard de la sécurité du public (§ 57 al. 1). Dans certains cas exceptionnels, l'exécution de la peine restante peut faire l'objet d'un sursis avec mise à l'épreuve alors que seule la moitié de la peine d'emprisonnement à temps a été purgée.

Pour les mesures de mise à l'épreuve, instructions et leur surveillance, il est reporté aux développements sous le point 1. La Chambre d'exécution des peines (*Strafvollstreckungskammer*) est compétente pour la décision de sursis ainsi que ses conditions (§ 462a StPO en relation avec § 454 StPO). Il s'agit d'une chambre spéciale du Tribunal correctionnel (*Landgericht*) qui, conformément au § 78a de la loi portant sur l'organisation judiciaire (*GVG*), est compétente pour tous les problèmes juridiques touchant à l'exécution des peines (en particulier pour les décisions complémentaires), pour autant que le Code de procédure pénale (*StPO*) n'en décide pas autrement. Cette Chambre décide des sursis ultérieurs, la plupart du temps d'office, en fait lorsqu'un certain délai (2/3, 1/2 de la peine) expire bientôt. Sinon, elle statue aussi sur demande. Elle juge par une ordonnance sans débat oral. Doivent être entendus l'établissement pénitentiaire (*Justizvollzugsanstalt*) et le Ministère public. Le condamné doit aussi être entendu.

La loi, conformément au § 454 alinéa 2 StPO, impose au Tribunal, dans les exceptions suivantes, de recourir à une expertise sur le condamné : dans le cas d'une peine de réclusion à perpétuité ; dans le cas d'une peine privative de liberté à temps de plus de deux ans prononcée pour un délit sexuel (§§ 174 ff. StGB), une blessure corporelle aggravée ou dangereuse (§§ 224, 225) ou bien pour une intoxication aiguë produite par la drogue ou l'alcool (*Vollrausch*, §323a StGB). Le recours immédiat est possible contre la décision relative au sursis (§ 454 al. 3 StPO).

E. — *Renvoi ou interruption de l'exécution*

Les jugements pénaux sont exécutoires dès qu'ils ont force de chose jugée. Dans les §§ 455 et s. StPO, le législateur permet le renvoi ou l'interruption de l'exécution, pour différentes raisons (voir le tableau n° 25).

F. — *Ajournement de l'exécution pour cause de dépendance*

La loi sur les stupéfiants (*Betäubungsmittelgesetz, BtMG*) prévoit, en son § 35, sous certaines conditions la possibilité d'ajourner l'exécution de la peine. Selon le § 36 alinéa 1 phrase 1 BtMG, le temps de la thérapie

est pris en compte pour la période de la peine. Si les deux tiers de la peine ont été décomptés et dans le cas d'un pronostic favorable, le tribunal accorde un sursis avec mise à l'épreuve pour le temps de la peine restant à purger.

L'administration chargée de l'exécution des peines (*Vollstreckungsbehörde*), c'est-à-dire le Ministère public, décide de l'ajournement sur demande du condamné. Elle doit auparavant en demander l'accord au Tribunal de première instance. Cet accord peut avoir été donné préalablement par le Tribunal dès les motifs du jugement.

V. LA PRISE EN COMPTE DES DÉCISIONS PÉNALES ÉTRANGÈRES

A. — *Appréciation de la personnalité du délinquant (notamment pour la récidive)*

Le droit pénal allemand ne connaît plus d'aggravations formelles en cas de récidive (*formelle Rückfallverschärfung*). Le § 48 StGB, qui prévoyait une peine minimale aggravée de six mois, après deux condamnations antérieures, dont une au moins privative de liberté, a été abrogé par la loi de modification du droit pénal de 1986. Cependant, au sein de la fourchette normale des peines, les antécédents judiciaires, selon le § 46 alinéa 2, aggravent la peine, lorsqu'ils étaient pertinents pour le cas à juger et auraient pu ou auraient dû servir d'avertissement à l'auteur. La mésestime de la part de l'auteur de cet avertissement, constituée par la condamnation, est donc le point décisif. Vu sous cet angle, les condamnations à l'étranger peuvent, foncièrement, être aussi prises en compte. Pour cela, il faut distinguer entre les condamnations étrangères figurant au casier judiciaire et celles qui n'y sont pas inscrites.

1. — *Condamnations étrangères inscrites*

Les condamnations étrangères doivent être inscrites, selon le § 54 de la loi sur le casier judiciaire central fédéral (*Bundeszentralregistergesetz, BZRG*) lorsque le condamné est allemand, né en Allemagne ou y réside ; la condamnation en Allemagne devrait également avoir lieu pour le fait qui est l'objet de la condamnation à une peine par une juridiction étrangère ; la décision a l'autorité de la chose jugée.

Il est procédé à une telle inscription après communication de l'information par l'État qui a condamné et après avoir entendu l'auteur (§ 55 *BZRG*). Si une peine étrangère antérieure est inscrite de cette manière, le § 56 *BZRG* prescrit que celle-ci est « traitée comme une condamnation par des tribunaux allemands dans le domaine de validité de cette loi ». Selon le § 56 alinéa 1 page 2 *BZRG*, les conséquences juridiques étrangères sont assimilées à celles qui, en Allemagne, leur correspondent le plus. Cela signifie en particulier que l'utilisation en tant que peine antérieure à charge est licite de façon illimitée, conformément aux prescriptions du § 46 alinéa 2 du Code pénal. La prise en considération n'est exclue que lorsque la peine antérieure est radiée, (le *BZRG* prévoit, dans les §§ 45

et s., que les inscriptions de condamnations doivent être effacées après certains délais. Ceux-ci vont de cinq à quinze ans).

2. — *Condamnations étrangères non inscrites*

Au fond, les mêmes principes devraient être applicables pour des condamnations non inscrites. A ce propos, il existe peu, jusqu'à maintenant, de décisions de justice en la matière. Une exception cependant se trouve dans un arrêt de la Cour d'appel bavaroise (*Bayerisches Oberstes Landesgericht*) de l'année 1978 (*BayObLG, Juristenzeitung* 1978, page 449). Elle a développé quelques règles pour une exploitation de condamnations étrangères non inscrites, dans le but d'aggraver la peine :

1. le Tribunal saisi doit fixer la date de la condamnation étrangère ainsi que le type de peine et sa quotité ;

2. une aggravation de peine n'entre en ligne de compte que lorsque l'acte réprimé à l'étranger constitue aussi, en droit allemand, un fait délictueux (« *rechtswidrige Tat* ») ;

3. la question de savoir si les peines étrangères doivent être considérées comme des condamnations pertinentes (« *einschlägige Verurteilungen* »), dépend de l'égalité ou de la ressemblance du type de délit ;

4. il n'y a pas de prise en compte de la peine étrangère lorsque la condamnation devrait être effacée d'après les critères allemands (§ 49 *BZRG*).

Pour les deux groupes de cas (a/b), il faut mentionner qu'il n'est pas fait de différence de fond entre les décisions des États membres de la Communauté européenne et celles d'autres pays étrangers. Toutefois, *de facto*, là où ces règles tiennent au caractère comparable des conditions de l'infraction et des sanctions, la plus forte homogénéité juridique, culturelle et sociale des États membres, au regard du standard de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), va obliger, à quelques détails près, à une reconnaissance de 1 : 1.

B. — *Exécution de la peine dans un État autre que celui de l'État de jugement*

On prend en considération les peines infligées par un autre État membre afin d'éviter que le délinquant ne soit puni deux fois pour le même fait (*ne bis in idem*). Toutefois, selon la doctrine en vigueur jusqu'à maintenant, les décisions d'États membres de la communauté européenne, comme les jugements pénaux étrangers en général, n'acquièrent pas l'autorité de la chose jugée. Il n'y a pas d'« extinction, de l'action pénale » (*Strafklageverbrauch*) (Cour constitutionnelle fédérale, *Bundesverfassungsgericht*, Recueil officiel, t. 12, p. 66 ; t. 75, p. 18).

Un pas vers l'internationalisation de la règle *ne bis in idem* est cependant réalisé dans le § 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 19.6.1990. Selon ce Traité, l'auteur, qui a été condamné licitement par une partie contractante, ne peut pas être poursuivi à cause du même délit par une autre partie contractante. Cette conséquence juridique est placée sous la condition que, dans le cas d'une condamnation, la

sanction ait déjà été exécutée, qu'elle soit en train d'être exécutée ou, conformément au droit de l'État ayant prononcé le jugement, qu'elle ne puisse plus être exécutée.

La Convention d'application de l'Accord de Schengen est en vigueur en Allemagne depuis mars 1996. Certes, l'Allemagne a déclaré, selon l'article 55 al. 1 a), 1^{re} moitié de phrase du Traité, ladite réserve territoriale contraire au § 54. Toutefois, celui-ci n'est pas applicable lorsque le délit a été en partie commis dans le territoire souverain de l'État membre, dans lequel le jugement a été prononcé. A l'intention et au contenu des §§ 54 et suivants du Traité de Schengen, correspond le Traité du 25 mai 1987, conclu entre les États membres des Communautés européennes, sur l'interdiction de la double poursuite des peines, que l'Allemagne a approuvé par la loi du 7 septembre 1998. Certes, le Traité CE *ne bis in idem* n'est pas encore entré en vigueur, du fait qu'il n'a pas été ratifié par tous les États membres. Cependant, il est applicable, de manière anticipée, pour l'Allemagne en relation avec les autres États qui ont aussi donné leur accord.

Pour les autres cas de « doubles décisions matérielles » (*doppelter Sachentscheidung*), il existe le § 51 Abs. 3 StGB pour éviter une trop grande dureté. D'après ce texte, la privation de liberté subie à l'étranger doit être prise en compte dans le calcul de la peine en Allemagne. Cela peut cependant être exclu, selon le § 450a III StPO (Code de procédure pénale), eu égard au comportement du condamné après le dernier jugement du juge du fond. Ce sont les cas dans lesquels le condamné s'échappe de l'établissement pénitentiaire, en recourant à la violence, ou dans lesquels il a emmené le butin du crime à l'étranger.

VI. LES OBSTACLES DANS NOTRE SYSTÈME A UNE HARMONISATION EN LA MATIÈRE AU NIVEAU EUROPÉEN

Des obstacles apparaissent en particulier au niveau des types de peine ainsi que dans le domaine des aménagements de peine. Non seulement le spectre des types de peine mais aussi celui des aménagements de l'exécution de la peine sont plus étroits que dans beaucoup d'autres codes pénaux européens. S'y ajoute la limitation de la peine à des personnes physiques. Notre droit pénal ne connaît pas la responsabilité de personnes morales. Dans le débat de réforme actuel, la palette des sanctions et des aménagements pénaux présentés aux points 2. et 4. est ressentie comme insuffisante et pauvre en différenciations, en particulier pour ce qui est des « peines principales ». Ceci vaut d'autant plus que la peine patrimoniale, qui avait seulement été introduite dans le Code pénal allemand par la Loi sur la répression de la criminalité organisée du 15.7.1992 (§ 43a), a été déclarée le 20 mars 2002 comme étant anticonstitutionnelle par la Cour constitutionnelle fédérale.

Les partisans d'un élargissement (Ministère fédéral de la Justice) exigent des alternatives permettant de mieux adapter la sanction pénale aux conditions particulières du délinquant. Le spectre des propositions va du placement sous surveillance électronique et des peines de travaux et

services d'intérêt général en passant par le réhaussement de l'interdiction de conduire, jusqu'alors peine complémentaire, en peine principale (libérée des limitations du § 44) jusqu'à ladite peine d'argent (*Strafgeld*) pour de plus petits délits de la criminalité quotidienne, qui peut être prononcée par la police.

Ces propositions, qui concernent en partie tant le spectre des peines que celui des aménagements de peine, sont controversées. On craint le manque de clarté du système de sanctions et l'augmentation de l'inégalité des punitions. S'y ajoutent des réserves particulières émises sur certains types de peine comme le placement sous surveillance électronique et les peines de travaux et services d'intérêt général. Cependant, il faut s'attendre à ce qu'au moins certaines de ces propositions d'élargissement s'imposent. En effet, le changement d'idéologie décrit au point 1. contribue à ce qu'une pression énorme soit exercée sur le système pénitentiaire. Cette pression pour sa part provoque le développement de stratégies pour essayer de remédier aux problèmes que ce système rencontre. On cherche donc des sanctions alternatives qui sont : 1. des formes de privation de liberté devant être mises à disposition à la place de toute peine privative de liberté de courte durée, 2. des sanctions ambulantes recourant à des positions dont peut aussi disposer un auteur sans ressources.

Bibliographie

- JAKOBS, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2. Auflage, Berlin 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich et WEIGEND, Thomas, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 5. Auflage, Berlin 1996.
- JUNG, Heike, Zur « Internationalisierung » des Grundsatzes « *ne bis in idem* », in : *Festschrift für Schüler-Springorum*, 1993, S. 493.
- LK, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 11. Auflage, hrsg. von Burkhard Jähnke, Heinrich Wilhelm Laufhütte, Walter Odersky, §§ 44-51, Berlin 1995 ; §§ 52-55, Berlin 1999 ; §§ 56-60, Berlin 1993 ; §§ 61-67, Berlin 1992 ; §§ 73-76a, Berlin 2000.
- Löwe-Rosenberg, *Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Kommentar, 6. Band, §§ 374-495, hrsg. von Peter Rieß, 25. Auflage, Berlin u.a. 2001.
- MAURACH, Reinhart, GÖSSEL, Karl-Heinz, ZIPF, Heinz, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Lehrbuch, Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat, 7. Auflage, Heidelberg 1989.
- SCHÄTZLER, Johann-Georg, *Handbuch des Gnadenrechts*, München 1992.
- SK-StGB, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, hrsg. von Hans-Joachim Rudolphi, Eckhard Horn, Erich Samson, Band 1, Allgemeiner Teil, §§ 1-79b, 8. Auflage, Stand : 36. Lieferung, April 2001.
- SK-StPO, *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung*, hrsg. von Hans-Joachim Rudolphi, Wolfgang Frisch, Helmut Frister, Hans-Ullrich Paeffgen, Klaus Rogall, Ellen Schlüchter, Petra Velten, Jürgen Wolter, Edda Weßlau, Wolfgang Wohlers, Stand : 29. Lieferung, Dezember 2002.
- STRENG, Franz, Modernes Sanktionenrecht?, in : *ZStW* 111 (1999), S. 827 ff.