



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME
EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

GRANDE CHAMBRE

AFFAIRE ACHOUR c. FRANCE

(Requête n° 67335/01)

ARRÊT

STRASBOURG

29 mars 2006

En l'affaire Achour c. France,

La Cour européenne des droits de l'homme, siégeant en une Grande Chambre composée de :

Luzius Wildhaber, *président*,
Christos Rozakis,
Jean-Paul Costa,
Nicolas Bratza,
Boštjan M. Zupančič,
Loukis Loucaides,
Josep Casadevall,
András Baka,
Rait Maruste,
Kristaq Traja,
Mindia Ugrekhelidze,
Stanislav Pavlovski,
Javier Borrego Borrego,
Renate Jaeger,
Egbert Myjer,
Sverre Erik Jebens,
Dragoljub Popović, *juges*,

et de Lawrence Early, *greffier adjoint de la Grande Chambre*,

Après en avoir délibéré en chambre du conseil les 19 octobre 2005 et 1^{er} mars 2006,

Rend l'arrêt que voici, adopté à cette dernière date :

PROCÉDURE

1. A l'origine de l'affaire se trouve une requête (n° 67335/01) dirigée contre la République française et dont un ressortissant algérien, M. Couider Achour (« le requérant »), a saisi la Cour le 26 avril 2000 en vertu de l'article 34 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (« la Convention »).

2. Le requérant est représenté par M^e F. Thouin-Palat, avocate au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation. Le gouvernement français (« le Gouvernement ») est représenté par son agent, M^{me} E. Belliard, directrice des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

3. Le requérant alléguait en particulier une violation de l'article 7 de la Convention pour avoir été condamné en état de récidive légale.

4. La requête a été attribuée à la première section de la Cour (article 52 § 1 du règlement). Le 11 mars 2004, après une audience portant à la fois sur les questions de recevabilité et sur celles de fond (article 54 § 3), elle a été déclarée partiellement recevable par une chambre de ladite section,

composée des juges Christos Rozakis, président, Jean-Paul Costa, Giovanni Bonello, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Egils Levits, Snejana Botoucharova, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section.

5. Le 10 novembre 2004, une chambre de ladite section, composée des juges Christos Rozakis, président, Jean-Paul Costa, Giovanni Bonello, Françoise Tulkens, Nina Vajić, Anatoly Kovler, Elisabeth Steiner, ainsi que de Søren Nielsen, greffier de section, a rendu un arrêt. A la majorité, elle y constate une violation de l'article 7 de la Convention. Une opinion dissidente du juge Costa, à laquelle se rallient les juges Rozakis et Bonello, a été jointe à l'arrêt.

6. Par une lettre du 4 février 2005, le Gouvernement a demandé le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre, en vertu des articles 43 de la Convention et 73 du règlement. Un collège de la Grande Chambre a accueilli la demande le 30 mars 2005.

7. La composition de la Grande Chambre a été arrêtée conformément aux articles 27 §§ 2 et 3 de la Convention et 24 du règlement.

8. Le requérant a déposé des observations écrites sur le fond de l'affaire, mais non le Gouvernement.

9. Une audience s'est déroulée en public au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 19 octobre 2005 (article 59 § 3 du règlement).

Ont comparu :

– *pour le Gouvernement*

M. J.-L. FLORENT, directeur adjoint des affaires juridiques
au ministère des Affaires étrangères, *agent*,
M^{mes} A.-F. TISSIER, sous-directrice des droits de l'homme,
S. GIL, magistrate,
M. J.-B. BLADIER, magistrat, *conseillers* ;

– *pour le requérant*

M^e F. THOUIN-PALAT, avocate au Conseil d'Etat
et à la Cour de cassation, *conseil*,
M^{lle} P. TAWIL, *conseillère*.

La Cour a entendu en leurs déclarations et en leurs réponses M^e Thouin-Palat et M. Florent.

EN FAIT

I. LES CIRCONSTANCES DE L'ESPÈCE

10. Le requérant est né en 1963 et réside à Lyon.

11. Le 16 octobre 1984, le tribunal correctionnel de Lyon condamna le requérant à trois ans d'emprisonnement ferme, après l'avoir déclaré coupable d'un trafic de drogue portant sur dix kilogrammes de haschich. Il termina de purger sa peine le 12 juillet 1986.

12. Le 1^{er} mars 1994, les dispositions de l'article 132-9 du nouveau code pénal entrèrent en vigueur.

13. Le 7 décembre 1995, dans le cadre d'une information judiciaire ouverte le 30 octobre 1995, le requérant fut arrêté à son domicile. Plusieurs perquisitions, notamment au domicile de l'intéressé, permirent de découvrir deux paquets de résine de cannabis pesant chacun 28,8 kg, outre diverses sommes d'argent en numéraire pour un montant total de plus d'un million deux cent mille francs français.

14. Le requérant fut mis en examen et placé en détention provisoire le 11 décembre 1995.

15. Par un jugement du 14 avril 1997, le tribunal correctionnel de Lyon déclara le requérant coupable d'infraction à la législation sur les stupéfiants et le condamna à huit années d'emprisonnement, ainsi qu'à l'interdiction du territoire français pour une durée de dix ans. Le tribunal motiva sa décision en ces termes :

« De retour de Guadeloupe fin 1993, voilà un garçon, sans profession ou ressources avérées depuis, qui, tour à tour, versé dans l'immobilier, le négoce de linge, de vaisselle, de climatiseurs, de foie gras, accessoirement de faux billets de 200 F (??), se trouve, de quelque façon que l'on puisse l'expliquer – ou tenter de le faire, avec un épisode de « climatiseurs » bénéficiaires qu'on utilise sempiternellement – à la tête d'un magot considérable, de plus de 61 millions d'anciens francs, à son domicile (CF D351), éparpillé et dissimulé dans les endroits les plus invraisemblables (CF Trappe d'accès à la baignoire !!).

Mieux, l'interpellation du 7 décembre 95 au matin permet de saisir en « flagrant délit », deux ballots de drogue, représentant plus de 50 kilos de substances interdites, présentées, conditionnées et emballées dans des circonstances qui n'ont rien à voir avec une activité à caractère artisanal.

Personne ne la revendique : qui de H. ou de Achour a livré l'autre, et vice versa ??

Ce qui demeure, c'est que H. détient, lui, dans son véhicule, 3 kilos de la même résine (voir expertise, D339) et 33 000 F en liquide, dans la boîte à gants.

Voilà, passés en revue, deux éléments, à charge, retenus contre Achour, qui n'ont donné lieu qu'à de vagues et changeantes explications où l'on accuse H. d'être le livreur, on ignore la nature des deux ballots (!!), on met en avant, encore et toujours,

sorte de « jokers judiciaires », les climatiseurs à profit (répétés), et les économies du frère décédé (A.).

Le troisième élément, ce sont les filatures, repérages et les écoutes téléphoniques.

Prudence de Sioux, comportement d'agent secret, avant et après le 30.10.95, Achour bouge beaucoup, de préférence de façon matinale, multiplie tours et détours, manie, accessoirement, la jumelle et reçoit (mais pour si peu de temps) dans son box, les véhicules de ses « contacts »... Alors ??

Alors on dit, du côté de sa défense, relayée ultérieurement par celle de D. et R. qu'on « trafiquait », sans doute, mais sur le linge, le foie gras (les « barres ») le faux billet, les pantalons, et jamais dans le haschich.

Habile stratégie, desservie par les déclarations de G. (D322) voire de V. ou de C.

En outre, et surtout, ni climatiseur, ni foie gras, ni pantalons n'ont été appréhendés le 7 décembre 1995 : du haschich, et en quantité importante, voilà ce qui est matériellement constaté dans ce dossier.

Dès lors, déjà condamné à plusieurs reprises et notamment en octobre 1984, à 3 ans de prison pour infraction à la législation sur les stupéfiants, ACHOUR Couider ne peut prétendre à aucune bienveillance, ne serait-ce qu'au vu du caractère particulièrement bien organisé de son activité (le Tribunal a laissé de côté les tatoo-alphapages et autres téléphones mobiles, utilisés pour les « contacts ») : le Procureur de la République, lui, réclame 8 ans d'emprisonnement à son encontre et le Tribunal se rallie à cette sanction, qu'il adopte, sanction encore modérée quand on se souvient que l'intéressé comparait en récidive légale. Amende en proportion et maintien en détention, en outre, pour assurer l'exécution de la peine et éviter le renouvellement de l'infraction. Peine complémentaire, enfin, d'interdiction du territoire national pour 10 années. »

16. En outre, le tribunal correctionnel condamna la mère et la concubine du requérant à deux ans d'emprisonnement avec sursis pour recel d'argent provenant d'infractions à la législation sur les stupéfiants.

17. Par un arrêt du 25 novembre 1997, la cour d'appel de Lyon porta la peine à douze ans d'emprisonnement et confirma la mesure d'interdiction du territoire français. Elle considéra notamment ce qui suit :

« Attendu qu'aux termes de l'article 132-9 du Code pénal l'état de récidive légale est caractérisé lorsqu'une personne, déjà définitivement condamnée pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement, commet, dans le délai de dix ans, à compter de l'expiration de la prescription de la précédente peine, un nouveau délit puni de la même peine ;

Attendu que tel est bien le cas de Couider ACHOUR-AOUL, qui condamné, le 16 octobre 1984, par jugement contradictoire du tribunal correctionnel de LYON, à la peine de trois ans d'emprisonnement du chef d'infractions à la réglementation sur l'acquisition, la détention, l'emploi, le commerce et le transport de produits stupéfiants, faits réprimés par l'article L. 627 alinéa 1 du Code de la santé publique, alors applicable d'une peine de deux à dix ans d'emprisonnement, et ayant purgé sa peine, le 12 juillet 1986, a commis les faits reprochés, également punis d'une peine de

dix ans d'emprisonnement aux termes de l'article 222-37 du Code pénal, courant 1995 et jusqu'au 7 décembre 1995 ;

Attendu qu'en le retenant dans les liens de la prévention, dans les termes de l'ordonnance de renvoi, le tribunal a fait une analyse exacte des faits de la cause et en a tiré les conséquences juridiques qui s'imposaient ; que le jugement déféré sera donc confirmé sur la déclaration de culpabilité ;

Attendu qu'en dépit de sa condamnation pour infractions à la législation sur les produits stupéfiants portant sur la détention de 10 kilogrammes de résine de cannabis, prononcée le 16 octobre 1984, Couider ACHOUR-AOUL, sans ressources avouées depuis 1993, n'a pas hésité à se livrer, à nouveau, à des infractions à la législation sur les produits stupéfiants, réalisant de substantiels profits partagés avec sa famille et amassant une fortune considérable, habilement placée ;

Attendu que 57 kilogrammes de résine de cannabis, substance hautement nocive pour la santé de la jeunesse et notamment des plus démunis, exposés aux activités illicites et dangereuses d'individus sans scrupules, ont été retrouvés à son domicile et qu'il a proposé à M. H. M., qui sollicitait son aide pour trouver un emploi honnête, de se livrer à la vente de haschich pour son compte ;

Attendu qu'ainsi, tant la nature et la gravité des faits que le comportement du prévenu, qui signe un ancrage profond dans la délinquance à visée lucrative, au mépris de la mise en danger de la vie d'autrui alors que le prévenu a agi en état de récidive légale, commandent de le sanctionner par une peine privative de liberté de douze ans (...) »

18. Le requérant se pourvut en cassation, faisant notamment valoir que le constat de récidive légale était contraire au principe d'application de la loi pénale dans le temps, la cour d'appel ayant procédé à une application rétroactive de dispositions plus sévères de la loi nouvelle.

19. Par un arrêt du 29 février 2000, la Cour de cassation rejeta le pourvoi. Elle estima que la cour d'appel avait valablement retenu l'état de récidive légale, aux motifs suivants :

« (...) lorsqu'une loi institue un nouveau régime de la récidive, il suffit, pour entraîner son application immédiate, que l'infraction constitutive du second terme, qu'il dépend de l'agent de ne pas commettre, soit postérieure à son entrée en vigueur. »

20. Le requérant est libérable le 21 juin 2006.

II. LE DROIT ET LA PRATIQUE INTERNES PERTINENTS

A. Le code pénal

21. Les dispositions pertinentes du code pénal, applicable avant le 1^{er} mars 1994, se lisent comme suit :

Article 57

« Quiconque, ayant été condamné pour crime à une peine supérieure à une année d'emprisonnement, aura, dans un délai de cinq années après l'expiration de cette peine ou sa prescription, commis un délit ou un crime qui devra être puni de la peine de l'emprisonnement, sera condamné au maximum de la peine portée par la loi, et cette peine pourra être élevée jusqu'au double. »

Article 58

« Il en sera de même pour les condamnés à un emprisonnement de plus d'une année pour délit qui, dans le même délai, seraient reconnus coupables du même délit ou d'un crime devant être puni de l'emprisonnement.

Ceux qui, ayant été antérieurement condamnés à une peine d'emprisonnement de moindre durée, commettraient le même délit dans les mêmes conditions de temps, seront condamnés à une peine d'emprisonnement qui ne pourra être inférieure au double de celle précédemment prononcée, sans toutefois qu'elle puisse dépasser le double du maximum de la peine encourue.

(...) »

22. L'article 132-9 du nouveau code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, se lit comme suit :

Article 132-9

« Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni de la même peine, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

Lorsqu'une personne physique, déjà condamnée définitivement pour un crime ou pour un délit puni de dix ans d'emprisonnement par la loi, commet, dans le délai de cinq ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la précédente peine, un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an et inférieure à dix ans, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé. »

B. La jurisprudence de la Cour de cassation

23. Dès 1893, la chambre criminelle de la Cour de cassation a jugé ce qui suit :

« (...) l'aggravation de la peine résultant de la récidive constitue un supplément de peine non pour la première infraction, mais pour la seconde qu'il dépend de l'agent de ne pas commettre ; qu'ainsi la loi nouvelle peut, sans effet rétroactif, déterminer pour l'avenir les pénalités encourues pour les infractions commises sous son empire sans que le délinquant puisse exiger qu'on lui applique la pénalité de la loi ancienne pour un fait commis depuis la loi nouvelle, alors qu'il est en l'état de récidive déterminé par cette loi » (Cass. crim., 31 août 1893, D. 1896.1.137).

24. Cette jurisprudence a été reprise dans d'autres arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass. crim., 14 juin 1945, *Bull. crim.* n° 68 ; 29 janvier 1948, *Bull. crim.* n° 38 ; 23 mars 1981, *Bull. crim.* n° 103 ; 29 février 2000, *Bull. crim.* n° 95).

C. Les travaux parlementaires

25. Au cours des travaux parlementaires sur le projet de loi portant réforme des dispositions générales du code pénal, le rapporteur du Sénat s'exprima notamment comme suit (Rapport du Sénat n° 271, annexe au procès-verbal de la séance du 27 avril 1989) :

« Article 132-9

Récidive de peine criminelle ou de peine correctionnelle de sept ans
à peine correctionnelle de sept ans ou de un à sept ans

(...)

La rigueur plus grande des règles de la récidive qui s'applique lorsque la seconde infraction est un délit puni de sept ans d'emprisonnement réside dans la durée allongée du « délai d'épreuve » (dix ans) au cours duquel le condamné peut se trouver en état de récidive légale. Si la seconde infraction est un délit puni d'une peine d'emprisonnement d'une durée de un à sept ans, les règles de la récidive ne s'appliquent que si la « rechute » intervient dans un délai de cinq ans. Dans les deux cas de récidive, le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé.

Les règles actuelles, en la matière, résultent d'une loi du 26 mars 1891 et figurent à l'article 57 du Code pénal. Elles prévoient une récidive générale mais temporaire (le délai d'épreuve étant de cinq ans) lorsque après avoir été condamné pour crime à une peine supérieure à un an d'emprisonnement (c'est-à-dire soit une peine criminelle soit une peine d'emprisonnement supérieure à un an), le condamné est poursuivi pour un crime ou pour un délit punis de la peine d'emprisonnement. L'aggravation consistera dans une condamnation au maximum de la peine prévue par la loi pour la seconde infraction, cette peine pouvant être élevée jusqu'au double.

(...) »

D. Le casier judiciaire

26. L'article 769 du code de procédure pénale, relatif au casier judiciaire, dispose notamment :

« (...) Sont retirées du casier judiciaire les fiches relatives à des condamnations effacées par une amnistie, par la réhabilitation de plein droit ou judiciaire ou réformées en conformité d'une décision de rectification du casier judiciaire. Il en est de même, sauf en ce qui concerne les condamnations prononcées pour des faits imprescriptibles, des fiches relatives à des condamnations prononcées depuis plus de

quarante ans et qui n'ont pas été suivies d'une nouvelle condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle. (...) »

EN DROIT

SUR LA VIOLATION ALLÉGUÉE DE L'ARTICLE 7 DE LA CONVENTION

27. Le requérant se plaint de ce que les juridictions internes ont retenu l'état de récidive légale en le condamnant après l'entrée en vigueur du nouveau code pénal le 1^{er} mars 1994. Il invoque l'article 7 de la Convention, ainsi libellé :

« 1. 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. De même, il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

A. L'arrêt de la chambre

28. La chambre a estimé qu'il serait vain d'opposer les deux termes de la récidive, notamment dans le cadre d'un débat sur les finalités du système de la récidive, en vue de n'en retenir qu'un ou de minimiser la portée de l'un au profit de l'autre, les dispositions pénales pertinentes du droit français étant exemptes d'ambiguïté : la récidive est constituée de deux termes indissociables, qui doivent être examinés cumulativement. Elle a noté que les deux termes relevaient de lois différentes et qu'il n'existait pas de dénominateur commun entre les deux périodes concernées, la première ayant légalement pris fin le 12 juillet 1991, conformément au régime légal alors applicable, la nouvelle période de dix ans n'étant quant à elle apparue en droit français que près de trois ans après cette date, à savoir le 1^{er} mars 1994. A ses yeux, l'application de la loi nouvelle a nécessairement fait revivre une situation juridique éteinte depuis 1991. Partant, l'antécédent judiciaire, qui ne pouvait plus fonder une récidive à partir du 12 juillet 1991, a produit des effets, non plus dans le cadre du régime légal dont il relevait, mais dans le cadre du nouveau régime légal entré en vigueur des années plus tard et ce alors même que si le requérant avait commis la seconde infraction le lendemain du 12 juillet 1991 (terme du délai légal de récidive)

ou à n'importe quelle date entre le 13 juillet 1991 et le 28 février 1994 (veille de l'entrée en vigueur du nouveau code pénal), soit pendant une période de presque trois ans, le droit français aurait interdit tout constat de récidive à son encontre.

29. Quant à la question de savoir si la loi nouvelle était plus douce ou plus sévère, la chambre a estimé que les juges du fond avaient appliqué une sanction plus sévère, le requérant ayant été condamné à une peine de douze années d'emprisonnement à la suite de la prise en compte de la récidive, alors que le maximum légal de la peine encourue sans récidive était de dix années. La chambre a ainsi jugé que, nonobstant la distinction qui peut légitimement être opérée entre application « immédiate » ou « rétroactive » d'une loi nouvelle, les circonstances de l'espèce portaient en réalité sur une application « rétroactive » de la loi pénale, s'agissant de l'application d'une loi nouvelle alors que le délai de récidive prévu par l'ancienne loi est non pas en cours mais déjà échu.

30. La chambre, après avoir constaté une application rétroactive des dispositions de l'article 132-9 du nouveau code pénal, a conclu que le requérant aurait dû, lors des secondes poursuites, être traité en délinquant primaire et non en récidiviste. Elle a estimé que la question qui lui était soumise renvoyait aux principes généraux du droit et que le principe de sécurité juridique commandait que le délai de récidive légal, apprécié conformément aux principes du droit, notamment d'interprétation stricte du droit pénal, ne soit pas déjà échu en vertu de la précédente loi.

B. Thèses des parties devant la Grande Chambre

1. Le Gouvernement

31. Le Gouvernement rappelle notamment que la récidive est une circonstance aggravante de la peine applicable à la seconde infraction et non pas à la première. Le but de la récidive est de sanctionner la dangerosité manifestée par l'agent qui persévère dans la voie de la délinquance en dépit des mises en garde de la justice. Bien que visant en fait à produire un effet dissuasif, elle n'a aucun caractère probatoire. En cela, elle se distingue d'autres dispositions du droit français destinées soit à lutter contre les possibilités de désinsertion, soit à favoriser la réinsertion des auteurs d'infractions, à l'instar du sursis simple ou avec mise à l'épreuve. Cette différence essentielle explique que, contrairement à ce que soutient le requérant, l'écoulement du délai de récidive prévu par la loi dans sa rédaction de 1984 n'est pas irrévocable, les nouvelles règles devant s'appliquer lorsque le second terme de la récidive est commis après une modification législative.

32. La récidive est composée de deux éléments, que l'on appelle les deux termes de la récidive. Le premier terme de la récidive est une

condamnation pénale à la fois définitive et toujours existante, prononcée par une juridiction française. Le second terme est constitué par la commission d'une nouvelle infraction. La récidive peut être générale ou spéciale, perpétuelle ou temporaire. En l'espèce, il s'agit d'une récidive générale et temporaire. Le requérant a été condamné une première fois le 16 octobre 1984 pour un délit punissable de dix ans d'emprisonnement : cette condamnation constitue le premier terme de la récidive. Le requérant a exécuté sa peine le 12 juillet 1986 : c'est à compter de cette date que court le délai de dix ans de la récidive dite « temporaire » de l'article 132-9 alinéa 1^{er} du nouveau code pénal. La seconde infraction commise en 1995, soit avant l'expiration du délai de dix ans, constitue bien le second terme de la récidive légale relevée à l'encontre du requérant par la cour d'appel de Lyon.

33. Le Gouvernement précise en outre qu'il n'y a pas eu extinction pure et simple du premier terme de la récidive, la condamnation de 1984 n'ayant pas cessé de produire des effets après le 12 juillet 1991 et restant mentionnée au casier judiciaire, lequel a pour objet de permettre de prendre connaissance des antécédents judiciaires d'une personne pour, le cas échéant, en tirer les conséquences. Il ne conteste pas que si le requérant avait commis la seconde infraction entre le 12 juillet 1991 et la veille de l'entrée en vigueur de la nouvelle loi, il n'y aurait pas eu de récidive et, partant, il n'aurait pas pu être condamné aussi sévèrement : mais si un Etat peut instituer de nouvelles incriminations, il peut aussi, *a fortiori*, aggraver les peines encourues par les auteurs d'infractions, le cas échéant en tenant compte des condamnations antérieures.

34. Le Gouvernement constate que le requérant a été condamné à douze années d'emprisonnement pour une infraction commise en 1995. La peine qui lui a été infligée était bien prévue par les textes applicables à cette date, à savoir l'article 222-37 du code pénal relatif à l'infraction à la législation sur les stupéfiants et l'article 132-9 du même code pour la récidive constituée en 1995. La peine infligée, applicable au moment où l'infraction a été commise, est donc conforme aux prescriptions de l'article 7 de la Convention.

35. Reste la question de l'application de la loi pénale dans le temps. Le Gouvernement estime que la Cour de cassation, dans son arrêt du 29 février 2000, a clairement répondu en jugeant que pour l'application immédiate d'un nouveau régime de récidive il suffit que l'infraction constitutive du second terme soit postérieure à son entrée en vigueur. Cette solution jurisprudentielle s'explique par le fait que l'état de récidive résulte de la seconde infraction et l'aggravation de la peine qu'il entraîne est attachée à la commission de cette seule seconde infraction. En conséquence, le requérant a agi en pleine connaissance de cause, lorsqu'il a commis l'infraction en 1995 : il savait ce qu'il risquait, conformément à la loi applicable à ce moment précis. La solution retenue par la Cour dans l'affaire *Coëme et*

autres n'est donc pas transposable en l'espèce (*Coëme et autres c. Belgique*, nos 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII). A la différence du sursis avec mise à l'épreuve, dont les règles sont annoncées par le juge au moment de la condamnation, la récidive est uniquement régie et attachée à la loi, laquelle fixe les conditions d'application. Autrement dit, il n'y a rien de comparable entre la récidive et les sursis avec ou sans mise à l'épreuve. Dans la présente affaire, les conditions d'application de la récidive étaient remplies. Elles excluent également toute idée de récidive perpétuelle.

36. La règle de conflit de lois dans le temps impose d'apprécier l'état de récidive en 1995, ce qui exclut l'idée de rétroactivité. Le Gouvernement souligne que la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation est particulièrement claire et constante en la matière depuis un arrêt du 31 août 1893. En outre, elle ne remet pas en cause le caractère temporaire de la récidive, laquelle arrive à terme à l'expiration du délai de dix ans.

2. *Le requérant*

37. Le requérant estime notamment que si l'aggravation de peine encourue par un récidiviste est justifiée par sa plus grande dangerosité du fait de sa persévérance en dépit des avertissements de la justice, on considère surtout que la récidive est une manière d'imposer une conduite irréprochable à ceux qui ont commis une infraction d'une certaine gravité, par le biais d'une sorte de mise à l'épreuve que constitue le risque de voir la peine encourue aggravée en cas de réitération. Le régime de la récidive est donc censé contribuer à l'amendement du condamné : cette finalité, qui représente une des orientations des politiques criminelles modernes, n'est donc pas sans conséquences sur le règlement des questions d'application de la loi dans le temps. Dans une société démocratique, les nécessités de la défense de l'ordre social doivent se concilier avec la recherche de l'amendement du délinquant. Il relève que l'article 7 de la Convention participe de l'exigence de sécurité juridique.

38. L'article 132-9 du nouveau code pénal a doublé le délai séparant les deux termes de la récidive et, pour le soumettre à ce nouveau régime, plus sévère, de la récidive légale, la Cour de cassation a posé une règle qui, pour être simple, est éminemment contestable au regard de l'article 7 de la Convention, notamment en ce qu'il met exclusivement l'accent sur le second terme de la récidive. Le requérant estime que le premier terme de la récidive, totalement éludé par la Cour de cassation, est pourtant essentiel dans le mécanisme de la récidive. Il critique, d'une part, le fait que la Cour de cassation ait appliqué des dispositions légales, plus sévères, qu'il ne pouvait connaître le jour de sa première condamnation et, d'autre part, la remise en cause de l'extinction pure et simple du premier terme de la récidive par l'application rétroactive du nouveau code pénal.

39. Qu'il s'agisse d'un délai d'épreuve ou de prescription, le condamné peut revendiquer un droit à l'oubli lorsque le délai prévu par les textes relatifs à la récidive est expiré. La loi entrée en vigueur postérieurement à l'expiration du délai d'épreuve ne pouvait faire revivre le premier terme par un allongement de celui-ci, conformément aux exigences de prévisibilité et de sécurité juridique imposées par l'article 7 de la Convention.

40. Le requérant rappelle qu'il a été condamné une première fois en 1984, qu'il a purgé sa peine d'emprisonnement, exécutée le 12 juillet 1986, et que, partant, l'état de récidive potentielle avait donc cessé cinq années plus tard et que telle a d'ailleurs été sa situation pénale pendant plusieurs années. Il ne conteste ni le droit pour les Etats de renforcer la répression, ni la possibilité de modifier le régime de la récidive, notamment en doublant le délai légal comme en l'espèce, mais conteste le fait qu'une loi nouvelle soit venue contredire une loi ancienne aux termes de laquelle le délai de récidive était non pas en cours, mais au contraire déjà échu depuis plusieurs années. Il estime que pour les faits commis en 1995 le délai de récidive était prescrit, à l'instar des règles relatives à la prescription de l'action publique ou aux peines. En conséquence, si la loi nouvelle était applicable aux faits commis en 1995, il aurait dû être traité, pour ces faits, en délinquant primaire et non en récidiviste, sauf à admettre une application extensive de la loi nouvelle à son détriment.

C. Appréciation de la Cour

1. Principes généraux

41. La Cour rappelle que l'article 7 de la Convention consacre, de manière générale, le principe de la légalité des délits et des peines (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) et prohibe, en particulier, l'application rétroactive du droit pénal lorsqu'elle s'opère au détriment de l'accusé (*Kokkinakis c. Grèce*, 25 mai 1993, § 52, série A n° 260-A). S'il interdit en particulier d'étendre le champ d'application des infractions existantes à des faits qui, antérieurement, ne constituaient pas des infractions, il commande en outre de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé, par exemple par analogie. Il s'ensuit que la loi doit définir clairement les infractions et les peines qui les répriment. Cette condition se trouve remplie lorsque le justiciable peut savoir, à partir du libellé de la disposition pertinente et au besoin à l'aide de l'interprétation qui en est donnée par les tribunaux, quels actes et omissions engagent sa responsabilité pénale (voir, notamment, *Cantoni c. France*, 15 novembre 1996, § 29, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-V).

42. La notion de « droit » (« law ») utilisée à l'article 7 correspond à celle de « loi » qui figure dans d'autres articles de la Convention ; elle englobe le droit d'origine tant législative que jurisprudentielle et implique

des conditions qualitatives, entre autres celles de l'accessibilité et de la prévisibilité (voir, notamment, *Cantoni*, précité, § 29 ; *Coëme et autres*, précité, § 145 ; *E.K. c. Turquie*, n° 28496/95, § 51, 7 février 2002).

43. La tâche qui incombe à la Cour est donc de s'assurer que, au moment où un accusé a commis l'acte qui a donné lieu aux poursuites et à la condamnation, il existait une disposition légale rendant l'acte punissable et que la peine imposée n'a pas excédé les limites fixées par cette disposition (*Coëme et autres*, précité, § 145).

2. Application de ces principes

44. Le requérant se plaint d'avoir été déclaré en état de récidive lorsqu'il a été jugé et condamné pour les faits commis en 1995. La Cour doit donc assurément examiner le régime de la récidive et son application dans les circonstances de l'espèce. Elle estime cependant que les questions relatives à l'existence, aux modalités ainsi qu'aux justifications d'un régime de récidive relèvent du pouvoir qu'ont les Hautes Parties contractantes de décider de leur politique criminelle, sur laquelle elle n'a pas en principe à se prononcer. De même, les Hautes Parties contractantes sont libres de modifier, notamment en la renforçant, la répression des crimes et délits, sans que cela ne soulève de problème au regard des dispositions de la Convention, ce que le requérant admet.

45. Le régime juridique de la récidive en France comporte deux termes dont le premier est une condamnation pénale définitive et le second la commission d'une nouvelle infraction, soit identique ou équivalente à la première (récidive spéciale), soit distincte (récidive générale). Elle peut être temporaire, comme en l'espèce, ou permanente.

46. La récidive, qui est prévue par la loi, constitue une circonstance aggravante, *in personam* et non *in rem* puisqu'elle est attachée au comportement du délinquant, de la seconde infraction, ce qui justifie que le récidiviste soit, le cas échéant, condamné plus sévèrement. De l'avis de la Cour, la récidive ne peut résulter que de la commission d'une seconde infraction, mais pour que l'état de récidive soit juridiquement constitué, avec les conséquences qui s'ensuivent sur les peines encourues par le récidiviste, encore est-il nécessaire que, à la date de la seconde infraction, celle-ci entrât dans le champ temporel du délai légal de récidive, tel que fixé par les textes pertinents alors en vigueur.

47. Partant, la question soumise à la Cour concerne bien le respect ou non du principe de légalité des délits et des peines. La Cour doit notamment rechercher si, en l'espèce, le texte de la disposition légale, lue à la lumière de la jurisprudence interprétative dont elle s'accompagne, remplissait les conditions d'accessibilité et de prévisibilité à l'époque des faits.

48. La Cour note que le requérant a été condamné une première fois le 16 octobre 1984 pour trafic de stupéfiants et qu'il a terminé de purger sa peine le 12 juillet 1986. Par la suite, il a été à nouveau condamné en raison

d'infractions à la législation sur les stupéfiants commises courant 1995 et jusqu'au 7 décembre 1995. Dans leurs décisions des 14 avril et 25 novembre 1997, le tribunal correctionnel et la cour d'appel de Lyon ont déclaré le requérant coupable de faits réprimés par l'article 222-37 du code pénal et prononcé une peine conformément à cette disposition, ainsi qu'à l'article 132-9 du code pénal relatif à la récidive.

49. La Cour constate que l'article 132-9 prévoit que le maximum des peines d'emprisonnement et d'amende encourues est doublé en cas de récidive et ce, non plus dans un délai de cinq ans comme le prescrivait l'ancienne loi, mais dans les dix ans à compter de l'expiration ou de la prescription de la peine antérieure. Ce nouveau régime légal étant entré en vigueur le 1^{er} mars 1994, il était applicable lorsque le requérant a commis les nouvelles infractions au cours de l'année 1995, si bien que celui-ci avait juridiquement la qualité de récidiviste du fait de ces nouvelles infractions (paragraphe 46 ci-dessus).

50. Le requérant indique néanmoins que, du 13 juillet 1991 au 1^{er} mars 1994, il n'était pas légalement possible de le considérer en état de récidive s'il avait commis ces infractions. Selon lui, un tel constat attesterait de la prescription de ce délai et de son extinction définitive.

51. La Cour rappelle cependant que la première condamnation du requérant, en date du 16 octobre 1984, n'était pas effacée et demeurerait inscrite à son casier judiciaire. De fait, il était loisible au juge interne de prendre en compte ce premier terme pour retenir l'état de récidive, étant par ailleurs entendu que cette première condamnation et l'autorité de la chose jugée qui y est attachée n'ont aucunement été modifiées ou affectées d'une manière quelconque par l'adoption de la nouvelle loi. A cet égard, la Cour ne peut souscrire à l'argumentation du requérant (paragraphe 40 ci-dessus), selon lequel l'expiration du délai de récidive tel qu'il était prévu au moment de la commission de sa première infraction lui aurait conféré un « droit à l'oubli », un tel droit n'étant pas prévu par les textes applicables. Sa situation aurait, certes, été différente s'il avait été condamné à une peine assortie du sursis car dans ce cas, selon le système juridique de l'Etat défendeur, son absence de condamnation dans le délai légal en vigueur au moment de sa condamnation aurait privé celle-ci d'effet pour l'avenir. Mais rien de tel n'existe pour une condamnation sans sursis sujette au régime de récidive, et, ainsi qu'elle l'a déjà observé (paragraphe 44 ci-dessus), la Cour considère que le choix par un Etat de tel ou tel système pénal échappe en principe au contrôle européen exercé par elle, pour autant que le système retenu ne méconnaisse pas les principes de la Convention.

52. Par ailleurs, la Cour constate que la jurisprudence de la Cour de cassation règle depuis longtemps la question de savoir si une loi nouvelle allongeant le délai entre les deux termes de la récidive peut s'appliquer à une seconde infraction commise postérieurement à son entrée en vigueur. En effet, par une jurisprudence claire et constante depuis la fin du

XIX^e siècle, ce qui n'est pas contesté par le requérant, la chambre criminelle de la Cour de cassation décide que, lorsqu'une loi institue un nouveau régime de la récidive, il suffit, pour entraîner son application immédiate, que l'infraction constitutive du second terme soit postérieure à son entrée en vigueur. Une telle jurisprudence était à l'évidence de nature à permettre à M. Achour de régler sa conduite (voir, parmi d'autres, *Kokkinakis*, précité, § 40 ; *Cantoni*, précité, § 34 ; *Streletz, Kessler et Krentz c. Allemagne* [GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, § 82, CEDH 2001-II).

53. Il ne fait dès lors aucun doute que le requérant pouvait présumer qu'en commettant une nouvelle infraction avant le 13 juillet 1996, échéance du délai légal de dix ans, il courait le risque de se faire condamner en état de récidive et de se voir infliger une peine d'emprisonnement et/ou d'amende susceptible d'être doublée. Il était donc en mesure de prévoir les conséquences légales de ses actes et d'adapter son comportement.

54. En tout état de cause, la condition de « prévisibilité » de la loi peut être remplie lorsque la personne concernée est amenée à recourir à des conseils éclairés pour évaluer, à un degré raisonnable dans les circonstances de la cause, les conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé (voir, parmi d'autres, *Cantoni*, précité, § 35).

55. Eu égard à ce qui précède, la Cour considère que tant le droit d'origine jurisprudentielle que le droit d'origine législative étaient « prévisibles » au sens de l'article 7 de la Convention.

56. En outre, la Cour estime que le grief soulevé par le requérant se rapporte en réalité à une situation d'applications successives de la loi pénale dans le temps.

57. Partant, elle ne relève aucune incohérence dans le fait que le requérant ait pu relever de situations légales différentes, notamment en ce qui concerne la période du 13 juillet 1991 au 28 février 1994 et celle qui a suivi avec l'entrée en vigueur du nouveau code pénal le 1^{er} mars 1994.

58. De même, il ne saurait davantage y avoir un problème de rétroactivité s'agissant d'une simple succession de lois qui n'ont vocation à s'appliquer qu'à partir de leur entrée en vigueur.

59. Certes, les juges internes ont tenu compte de la condamnation prononcée en 1984, constitutive du premier terme, pour retenir la récidive. Néanmoins, la prise en considération rétrospective de la situation pénale antérieure du requérant par les juges du fond, rendue possible par l'inscription au casier judiciaire de la condamnation de 1984, n'est pas contraire aux dispositions de l'article 7, les faits poursuivis et sanctionnés étant quant à eux effectivement apparus après l'entrée en vigueur de l'article 132-9 du nouveau code pénal. En tout état de cause, une telle démarche rétrospective se distingue de la notion de rétroactivité *stricto sensu*.

60. En conclusion, la peine infligée au requérant, déclaré coupable et en état de récidive dans la procédure litigieuse, était applicable au moment où

la seconde infraction a été commise, par application d'une « loi » accessible et prévisible. M. Achour pouvait donc précisément connaître, à l'époque des faits, les conséquences légales de ses actes délictueux.

61. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention.

PAR CES MOTIFS, LA COUR

Dit, par seize voix contre une, qu'il n'y a pas eu violation de l'article 7 de la Convention.

Fait en français et en anglais, puis prononcé en audience publique, au Palais des droits de l'homme, à Strasbourg, le 29 mars 2006.

Lawrence Early
Greffier adjoint

Luzius Wildhaber
Président

Au présent arrêt se trouve joint, conformément aux articles 45 § 2 de la Convention et 74 § 2 du règlement, l'exposé des opinions séparées suivantes :

- opinion concordante du juge Zupančič ;
- opinion dissidente du juge Popović.

L.W.
T.L.E.

OPINION CONCORDANTE DU JUGE ZUPANČIČ

(Traduction)

Je souscris à la solution donnée à cette affaire, mais il me paraît que le raisonnement exposé au paragraphe 46 de l'arrêt peut être développé plus avant. Ce paragraphe clé de l'arrêt est ainsi libellé :

« La récidive, qui est prévue par la loi, constitue une circonstance aggravante, *in personam* et non *in rem* puisqu'elle est attachée au comportement du délinquant, de la seconde infraction, ce qui justifie que le récidiviste soit, le cas échéant, condamné plus sévèrement. De l'avis de la Cour, la récidive ne peut résulter que de la commission d'une seconde infraction, mais pour que l'état de récidive soit juridiquement constitué, avec les conséquences qui s'ensuivent sur les peines encourues par le récidiviste, encore est-il nécessaire que, à la date de la seconde infraction, celle-ci entrât dans le champ temporel du délai légal de récidive, tel que fixé par les textes pertinents alors en vigueur. »

La Cour affirme dans ce paragraphe le caractère crucial de la distinction entre les aspects *in personam* et les aspects *in rem* d'une circonstance aggravante – en l'espèce la récidive du délinquant.

Autrement dit, elle affirme de manière implicite que l'infraction *per se* – par contraste avec la récidive considérée comme un attribut du délinquant – est en quelque sorte un phénomène *in rem*. C'est sans doute également à raison de cette qualité *in rem* qu'une infraction, quelle qu'elle soit, ne peut être punie de manière rétroactive – c'est-à-dire par l'application d'une législation érigeant en infraction un comportement antérieur à son adoption. C'est ce que l'on entend d'ordinaire par la non-rétroactivité des lois pénales, le principe de la légalité des délits et des peines, l'adage *nullum crimen sine lege praevia*, le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention, etc.

Dès lors qu'il est probable que la nécessité de la distinction établie ci-dessus entre les aspects *in rem* et les aspects *in personam* de la responsabilité pénale réapparaisse à l'avenir, il me paraît utile d'approfondir la question.

Le paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention est ainsi libellé :

« 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. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. » (C'est moi qui souligne.)

A priori, le mot « action » renvoie à quelque chose *in rem*. Un texte de loi ne peut dire : « Vous serez puni si vous *êtes* toxicomane. » Il peut dire en revanche : « Vous serez puni si vous commettez un *acte* de consommation de drogue. »

Examinons cette proposition du point de vue du simple bon sens. N'est-il pas évident que telle ou telle personne va en prison parce qu'elle *est* toxicomane ? De surcroît, la plupart des concepts du droit pénal matériel (préméditation, intention, négligence par défaut de diligence raisonnable,

démence, nécessité, contrainte, erreur de fait, etc.) ont à voir avec le principe de la responsabilité *subjective*. En d'autres termes, l'acte doit être une manifestation authentique de la façon d'être de celui qui le commet, de son état mental, de sa personnalité. La préméditation, par exemple, emporte un plus haut degré de responsabilité pénale – parce qu'un acte prémédité constitue une expression plus authentique de la personnalité du délinquant – qu'un acte commis sous l'empire de la passion. L'altération des facultés mentales (démence), en revanche, rompt le lien entre la personnalité (la façon d'être, l'attribut) et l'acte. C'est la raison pour laquelle Shakespeare fait dire à Hamlet :

« Si Hamlet est enlevé à lui-même, et si, n'étant plus lui-même, il offense Laertes, alors, ce n'est pas Hamlet qui agit : Hamlet renie l'acte. Qui agit donc ? Sa folie. »
(Hamlet (Quarto 1) V.2)¹

Il est donc clair qu'en dernière analyse le droit pénal matériel oriente l'ensemble de ses critères de la responsabilité, ainsi que l'ensemble de ses sanctions, non *in rem* mais *ad hominem et in personam*.

Aussi la question n'est-elle *pas* de savoir s'il y a des raisons de considérer la récidive comme un critère *in personam* exceptionnel d'aggravation de la responsabilité pénale. La question est de savoir pourquoi le droit pénal se focalise sur l'acte, alors qu'un acte n'est punissable que s'il constitue une expression adéquate (principe de la responsabilité subjective) de la façon d'être du délinquant (personnalité, attribut). Pourquoi les critères de la responsabilité en droit pénal se concentrent-ils sur un symptôme (l'acte) plutôt que sur la maladie sous-jacente (la personnalité du délinquant) ?

La question s'est posée de manière directe dans la fameuse affaire Robinson c. Californie qui concernait un point de droit constitutionnel². A l'époque, l'Etat de Californie avait une loi qui érigeait en infraction le fait d'être toxicomane. Descendu avec quelques amis du Nevada, Etat dans lequel il avait apparemment commis des actes de consommation de drogue, M. Robinson fut arrêté en Californie. Sa toxicomanie étant manifeste à l'époque, il fut condamné parce qu'il *était* toxicomane. Sa cause gravit ensuite les échelons successifs des pyramides judiciaires de l'Etat de Californie et de la Fédération, pour aboutir finalement devant la Cour suprême des Etats-Unis, qui décida que la loi californienne applicable était inconstitutionnelle dans la mesure où elle érigeait en infraction un attribut de la personne (le fait d'être toxicomane) plutôt que l'acte consistant à consommer de la drogue.

1. Traduction de François-Victor Hugo trouvée sur <http://abu.cnam.fr/cgi-bin/go?hamlet1,3810,3829>

2. *Robinson v. California*, 370 US 660 (1962). Le texte peut être consulté sur <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=US&vol=370&invol=660>

Il est significatif que, tout en aboutissant à la bonne conclusion, la Cour suprême des Etats-Unis fut incapable, même à l'époque, d'expliquer *pourquoi* il était inacceptable d'ériger en infraction un attribut de la personne. La doctrine américaine ne se livra jamais, elle non plus, à une analyse approfondie de la question, qui a en tout cas été beaucoup mieux cernée par la Cour de cassation française. Il suffisait en réalité, comme je l'ai dit ci-dessus, de renverser la question.

En quelque sorte, la charge de la preuve doit résider du côté de la sagesse conventionnelle maintenant la prémisse fausement « évidente » selon laquelle la responsabilité pénale découle de l'acte et non du délinquant. Formulée simplement, la vraie question est la suivante : pourquoi s'attaquer au symptôme de la maladie (l'acte) lorsque l'on peut s'attaquer à la chose réelle, la maladie (la personnalité sous-jacente du délinquant) ?

Une fois la question posée de cette manière, la réponse devient simple.

Bien que cela manque de politesse, on peut facilement répondre à la question en en posant une autre. Combien de fois le délinquant doit-il commettre l'*acte* consistant à consommer de la drogue pour *être* un toxicomane ? Le simple fait qu'il est impossible de donner une réponse claire à la question explique pourquoi le droit pénal matériel n'a pas d'autre choix. Il doit s'attacher au symptôme plutôt qu'à la maladie. Il doit se focaliser sur l'acte, qui se produit à un moment, en un lieu et d'une manière déterminés.

L'explication est d'ordre procédural plutôt que matériel. La nature déterminée du temps, du lieu et des modalités de l'acte (prémisse mineure : les éléments factuels de l'acte) lui permettent de recouper de manière logique les éléments de la définition préexistante de l'infraction telle qu'elle figure dans le code pénal (prémisse majeure : les éléments abstraits de l'infraction dans la règle juridique). Aucune garantie ne peut être offerte par le principe de la légalité des délits et des peines si l'objet d'une infraction n'est pas à la fois défini clairement *in abstracto* et prouvé au-delà de tout doute raisonnable *in concreto*.

Un acte peut être ainsi défini, pas un attribut personnel.

On ne peut avoir un débat judiciaire digne de ce nom à propos d'un attribut personnel. Si l'on parle de l'attribut consistant à « être » un toxicomane, un meurtrier, un braqueur, un incendiaire, etc., tant la majeure que la mineure du syllogisme sont confuses, vagues et indistinctes. Pareille confusion – par exemple parce qu'elle n'est pas sujette à controverse – est tolérée dans un diagnostic médical. En droit, le flou réduit à néant les garanties procédurales aussi bien que les garanties matérielles. On peut définir clairement, de manière à ce qu'un débat judiciaire puisse véritablement avoir lieu à leur sujet, les éléments de l'*acte* consistant à consommer de la drogue, à commettre un meurtre, un vol armé, un incendie, etc. On ne peut définir de manière adéquate les aspects de l'attribut consistant à « être » un toxicomane, un meurtrier, un braqueur, un

incendiaire, etc., et avoir un débat judiciaire à leur propos. Pour cette raison, d'ordre procédural autant que pratique, le droit pénal en est réduit à se focaliser sur l'acte plutôt que sur l'attribut personnel consistant à être tel ou tel type de délinquant, ce qui serait pourtant plus juste et adéquat. Il reste vrai qu'en définitive c'est le délinquant qui va en prison, et pas son acte.

Néanmoins, comme je l'ai dit ci-dessus, la doctrine concernant le principe de la responsabilité subjective fournit le moyen terme entre l'acte et le délinquant. Comme on le dit dans les pays de *common law*, *actus non est reus, nisi mens sit rea*.

Quant à la présente espèce, sa spécificité réside précisément dans le fait que, exceptionnellement, l'attribut du délinquant – le fait qu'il *soit* un récidiviste – se prête à une définition précise et que, ainsi qu'il ressort clairement de l'affaire elle-même, un débat judiciaire pouvait réellement être mené à son sujet. En l'occurrence, la distinction cruciale entre l'acte consistant à commettre une autre infraction, d'une part, et l'attribut consistant à être un récidiviste, d'autre part, concerne l'aspect *temps*.

Un acte est un événement historique unique qui, une fois commis, tombe irrémédiablement dans le passé¹. Il ne peut en être ressuscité, sauf de manière indirecte. D'où toutes les difficultés de la preuve en droit, spécialement en droit pénal.

Par contraste, un attribut personnel (par exemple le fait d'être un récidiviste) est quelque chose qui persiste, qui se maintient dans le temps. Dès lors, si la responsabilité pénale pour un *acte* infractionnel passé, qui continue elle aussi dans le temps, est toujours rétrospective, la responsabilité qui s'attache au fait d'*être* un récidiviste présente un rapport de coïncidence et de simultanéité avec le temps réel et n'est donc pas pareillement rétrospective. De surcroît, la continuité dans le temps de la récidive est soumise à une définition légale précise.

On ne peut donc dire que l'écart temporel au cœur de la présente affaire ait été comblé de manière rétroactive. Le droit pourrait facilement dire : *semel recidivus semper recidivus*.

1. Evidemment, la responsabilité pénale qui s'attache à la manière d'être du délinquant persiste dans le temps. C'est ce qui rend le châtement logiquement raisonnable.

OPINION DISSIDENTE DU JUGE POPOVIĆ

La majorité a jugé qu'il n'y avait pas eu de violation de l'article 7 de la Convention. Pour les raisons exposées ci-après, je ne puis me rallier à ses conclusions.

1. Dans la présente affaire, nous sommes en présence d'un cas de figure de conflit de lois pénales dans le temps.

2. En l'espèce, les deux dispositions légales étaient en conflit, notamment les articles 57 du code pénal applicable avant le 1^{er} mars 1994 et l'article 132-9 du code pénal, entré en vigueur le 1^{er} mars 1994. Selon la législation antérieure, le requérant remplissait les conditions pour être traité comme non récidiviste, ce qui n'était en revanche pas le cas d'après la législation postérieure. La conclusion qui doit en être tirée est que la loi antérieure était la plus clémentine des deux.

3. Il est incontestablement reconnu dans la doctrine que la règle générale d'après laquelle il faut résoudre le conflit des lois de ce genre repose sur le principe de l'application de la loi la plus clémentine¹.

4. Pour aboutir à la même conclusion du point de vue de la jurisprudence de la Cour, je me sens lié avant tout par les règles de précédent des affaires *Kokkinakis c. Grèce* (25 mai 1993, série A n° 260-A) et *G. c. France* (27 septembre 1995, série A n° 325-B).

La règle de l'affaire *Kokkinakis*, telle qu'on la retrouve dans le paragraphe 52 de l'arrêt, est en effet le « [principe] qui commande de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé ».

Dans l'affaire *G. c. France*, la Cour a constaté que les juridictions internes avaient appliqué la loi favorable au requérant en se référant au « principe de l'application de la loi plus douce tant pour l'incrimination que pour la répression », le raisonnement étant la *ratio decidendi* de la décision de la Cour (§ 26, de l'arrêt).

Les deux règles que j'invoque ici sont profondément enracinées dans le vieil adage *in dubio pro reo* et ce, malgré le fait que la Cour n'ait pas traité cet adage sous l'angle de l'article 7 de la Convention.

5. La règle générale de la résolution du conflit des lois pénales dans le temps exige donc tout simplement que la loi plus douce soit appliquée. Cette règle est bien établie dans la jurisprudence de la Cour.

Dans l'arrêt *Jamil c. France* (8 juin 1995, série A n° 317-B), la Cour a constaté au paragraphe 34 « qu'à l'époque des faits pour lesquels M. Jamil a été condamné, celui-ci encourait une contrainte par corps de quatre mois au plus (...). La cour d'appel de Paris a néanmoins appliqué au condamné une nouvelle loi qui portait cette durée à deux ans (...) ». La Cour a constaté une violation de l'article 7 de la Convention.

1. Cf. J.H. Robert, *Droit pénal général*, sixième édition, Paris, 2005, p. 150 ; C. Marie, *Droit pénal général*, Paris, 2005, pp. 46-47.

Dans les affaires *Streletz, Kessler et Krenz c. Allemagne* ([GC], n^{os} 34044/96, 35532/97 et 44801/98, CEDH 2001-II) et *K.-H.W. c. Allemagne* ([GC], n^o 37201/97, CEDH 2001-II), la Cour avait soutenu l'application des lois plus douces ou plus clémentes par les juridictions nationales¹.

Par ailleurs, la Cour a trouvé à plusieurs reprises des violations de l'article 7 § 1 de la Convention en raison du fait que les juridictions nationales n'avaient pas appliqué la loi la plus clément ou la plus douce (*Veeber c. Estonie* (n^o 2), n^o 45771/99, CEDH 2003-I, et *Gabbari Moreno c. Espagne*, n^o 68066/01, 22 juillet 2003)².

6. L'article 7 § 1 de la Convention me semble être violé dans le cas présent parce que la Cour a souscrit au prononcé d'une sanction plus forte que celle qui aurait été infligée si le rôle des précédents, que je trouve liants, n'avait pas été écarté. Ce rôle consiste en effet en l'application de la règle générale de la résolution du conflit des lois pénales dans le temps.

7. Bien que la doctrine soit unanime quant à la règle générale concernant la résolution du conflit des lois pénales dans le temps, il y a pourtant des exceptions à la règle, c'est-à-dire des situations dans lesquelles on est censé appliquer la loi la moins clément. Tel est le cas, par exemple, lorsque l'on applique une loi interprétative ou déclaratoire, les lois de procédure ou d'organisation judiciaire, ainsi que les lois qui concernent l'exécution de la peine (d'ailleurs sous une certaine réserve pour ces dernières). La jurisprudence de la Cour semble parfois être encline à retenir des exceptions de ce genre (voir l'arrêt *Coëme et autres c. Belgique*, n^{os} 32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, CEDH 2000-VII). Dans cette affaire, la Cour a souscrit à l'application immédiate d'une loi de procédure, bien que celle-ci ait été plus sévère que l'autre. Elle a pourtant souligné dans son arrêt (§ 145) sa propre jurisprudence de principe, laquelle a pour idée directrice dans le domaine de l'application de l'article 7 de la Convention « de ne pas appliquer la loi pénale de manière extensive au détriment de l'accusé ». Cependant, il faut noter que la jurisprudence française en la matière demeure hésitante sur ce point en ce qui concerne les mesures de sûreté³.

1. Voir le paragraphe 55 de l'arrêt *Streletz, Kessler et Krenz* : « les peines prononcées à l'encontre des requérants leur étaient même inférieures, grâce au principe d'application du droit le plus clément (...) ». Soutenant cette jurisprudence sur un plan plus vaste, la doctrine parle d'une interprétation « constructive » de l'article 7 de la Convention. Cf. J.-F. Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, Paris, 2002, p. 216.

2. En ce qui concerne le point de vue de la doctrine, cf. D. Gomien, *Short guide to the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, 2005, pp. 70-71. Dans l'affaire *Veeber* « les juridictions internes ont appliqué rétroactivement la modification législative (...) à des activités qui ne constituaient pas auparavant une infraction pénale » (§ 38 de l'arrêt) ; cela signifie que la loi la moins clément a été appliquée. La Cour a constaté une violation de l'article 7 de la Convention.

3. C. Marie, *op. cit.*, p. 48.

8. Un cas spécial de ce genre d'exception en droit français est le conflit des lois concernant la récidive¹. La jurisprudence de la Cour de cassation, qui date de la fin du XIX^e siècle et qui s'est maintenue depuis lors, s'exprime en faveur du non-respect de la règle générale de la résolution du conflit des lois pénales dans le temps au cas de récidive. La doctrine a quant à elle relevé que cette jurisprudence avait « des effets redoutables depuis l'entrée en vigueur du nouveau code pénal »².

La juridiction nationale est certainement mieux placée que la juridiction européenne pour l'appréciation des faits et l'application d'une règle du droit national. Néanmoins, je tiens à souligner que la règle générale de la résolution du conflit des lois pénales dans le temps représente elle aussi une règle du droit national, et que la Cour est liée par sa propre jurisprudence. Je ne vois aucune raison pour la Cour de s'écarter de la jurisprudence précitée, claire et constante, et cela au profit d'une exception jusque-là inconnue au niveau européen.

1. J.H. Robert, *op. cit.*, p. 169.

2. *Eodem loco*.