

Volume n° 1 / 2020

Annales de l'Institut de criminologie et de sciences pénales Roger Merle

Les grands pénalistes toulousains

Dossier

Le produit de l'infraction en droit pénal

Actes du colloque du 20 février 2018

Les travaux de l'ICRM

Veilles juridiques et mémoires



PRESSES DE L'UNIVERSITÉ TOULOUSE 1 CAPITOLE

Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole
2 rue du Doyen-Gabriel-Marty, 31042 Toulouse cedex 9

ISBN : 978-2-36170-212-0

SOMMAIRE

Propos introductifs ————— 7

1. LE DOSSIER : les grands pénalistes toulousains ————— 9

À propos de Panayottis Argyriadès.
La peine de mort considérée aux points de vue philosophique, moral, légal et pratique, éd. Ernest Leroux, Paris, 1875

Éloi JOSEPH ————— 13

Félix Barthe et la loi du 28 avril 1832

Thomas REBIERE ————— 21

Adolphe Chauveau pénaliste

Guillaume BEAUSSONIE ————— 31

Ernest Constans et sa loi. *Réflexions sur le mouvement d'expansion des droits de la défense en procédure pénale*

Sébastien PELLÉ ————— 35

Jean Cruppi, un juriste toulousain réinventeur de la Cour d'assises du XIX^e siècle. *Commentaire de l'essai, J. CRUPPI, La Cour d'assises, Lévy frères, 1898*

Hélène CHRISTODOULOU — 45

Le Doyen Maurice Hauriou et sa note au recueil Sirey à propos des infractions objectives

Fabien ROMÉY ————— 53

La mort civile de Gustave Humbert.
Contribution tirée de G. A. HUMBERT, Des conséquences des condamnations pénales, relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français, éd. Durand, Paris, 1855

Eddy ACCARION ————— 63

Les Preuves de Jean Jaurès

Guillaume BEAUSSONIE — 71

De l'association des magistrats à l'exécution des peines : punir et surveiller ? *Commentaire de la thèse de Joseph Magnol, De l'administration pénitentiaire dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et de son rattachement au ministère de la Justice, Toulouse, V. Rivière, 1900*

Alice MORNÉY ————— 77

À propos de Victor Molinier.
Pourquoi il faut lire et relire celui qui inspira Georges Vidal

Adèle TOURNÉ ————— 87

Georges Vidal et les doctrines pénales du XIX^e siècle

Floriane MIGNON ————— 97

2. LE COLLOQUE :

Le produit de l'infraction en droit pénal ————— 107

Le produit de l'infraction en droit pénal

Guillaume BEAUSSONIE et
Marc SEGONDS ————— 109

À la recherche d'une définition du produit de l'infraction (selon la loi pénale)

Marc SEGONDS ————— 115

Le produit de l'infraction et le principe de la personnalité des délits et des peines

Guillaume BEAUSSONIE — 133

Le produit de l'infraction et le principe d'individualisation

Muriel GIACOPELLI ————— 145

Le rôle du produit de l'infraction dans l'application spatiale de la loi pénale : de l'attribution à la prorogation de compétence

Amane GOGORZA ————— 157

La chambre criminelle face à la confiscation : orientations actuelles

Didier GUÉRIN ————— 171

La détection du produit de l'infraction par le banquier

Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE
—————177

La saisie du produit de l'infraction

Éric CAMOUS ————— 189

La confiscation du produit de l'infraction

David SENAT ————— 197

La privation du produit de l'infraction et le droit à un recours juridictionnel

Antoine BOTTON ————— 205

3. LES AUTRES TRAVAUX ————— 215

LES VEILLES ————— 217

Conseil de l'Europe et droit pénal

Hélène CHRISTODOULOU — 221

Droit constitutionnel et droit pénal

Leslie NARDARI ————— 233

Droit des biens et droit pénal

Guillaume BEAUSSONIE — 247

Droit du travail et droit pénal

Floriane MIGNON ————— 255

Droit local et droit pénal

Éloi JOSEPH ————— 261

Droit routier et droit pénal

Fabien ROMÉY ————— 267

Expertise et droit pénal

Adèle TOURNÉ ————— 273

Union Européenne et droit pénal

Alice MORNET ————— 285

LES MÉMOIRES ————— 301**La prison à perpétuité**

Pierrick CALIMACHE ————— 303

**Les conséquences contractuelles
d'un fait de corruption**

Jean-Baptiste LORIOT ————— 319

Propos introductifs

Antoine BOTTON

*Professeur de droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*

Directeur de l'IEJ / Codirecteur de l'Institut Roger Merle

« Ce que nous devons aux anciens ». Cette formule empruntée à Nietzsche et son *Crépuscule des idoles* traduit assez bien le travail remarquable accompli par les professeurs et doctorants à propos de nos glorieux prédécesseurs. Quel immense honneur d'introduire un si bel exemple de dialogue doctrinal au-delà des ans, illustrant si besoin était la puissance des écrits. Tous les auteurs, auxquels les membres – parfois très jeunes – de l'ICRM rendent ainsi hommage, auraient-ils imaginé qu'on parlerait d'eux – et de leur œuvre – en 2020 ? Pour les plus confidentiels, certainement pas. C'est néanmoins chose faite, grâce à la volonté d'un professeur co-directeur de l'Institut, mon collègue et ami Guillaume Beaussonie, et au travail des collègues et doctorants l'ayant – brillamment – suivi dans son projet.

Comme le lecteur pourra s'en assurer, ces auteurs ont rendu des hommages éclairants à de fameux « anciens » tels qu'Ernest Constans (Pr. Sébastien Pellé), Jean Jaurès (Pr. Guillaume Beaussonie) ou encore Maurice Hauriou (Fabien Romey). Ils ont également su remettre en lumière de grands pénalistes toulousains qui, malgré l'importance indéniable de leur travail, sont néanmoins méconnus du plus grand nombre. Aussi rendent-ils justice à la vie et à l'œuvre des plus connus parmi ces méconnus, Adolphe Chauveau (Pr. G. Beaussonie), Joseph Magnol (Alice Mornet), Victor Molinier (Adèle Tourne) et Georges Vidal (Floriane Mignon), mais aussi à celles de véritables « oubliés » tels que Panayottis Argyriadès (Éloi Joseph), Felix Barthe (Thomas Rebière), Jean Cruppi (Hélène Christodoulou) ou encore Gustave Humbert (Eddy Accarion).

Aussi le travail présenté est-il doublement révélateur de l'existence d'une École toulousaine de droit pénal ; École au passé glorieux et à l'avenir radieux.

À cet égard et au-delà de l'intérêt indéniable de ces contributions, leur publication même au sein d'Annales de l'Institut marque une étape importante pour les pénalistes toulousains d'aujourd'hui. S'inscrivant dans une tradition locale malheureusement interrompue, ces Annales, qui comprennent d'autres éléments que les hommages évoqués, forment à la fois un témoignage et une promesse.

Témoignage, d'abord, du travail accompli par le professeur Beaussonie et l'ensemble des doctorants de l'Institut en vue de lui redonner vie, vie qui jusque-là et depuis quelques années se résumait à la gestion du diplôme universitaire de criminologie – au demeurant, d'une santé insolente pour un centenaire ! –. En effet, grâce à eux, l'Institut est dorénavant un lieu de recherches où les doctorants pénalistes de la maison, issus du Master de droit pénal, font mûrir leur travail doctoral sous le regard bienveillant de leurs pairs et de leurs professeurs. Lieu également de connaissance pour ces derniers qui, à l'occasion des veilles juridiques organisées régulièrement, peuvent enrichir leur réflexion et, le cas échéant, leurs travaux individuels ; veilles d'autant plus utiles qu'elles sont aujourd'hui publiées dans le présent ouvrage, permettant ainsi aux – malheureux – absents de ces sessions de combler leurs lacunes.

Les présentes annales constituent ensuite la promesse d'un avenir remarquable pour le droit pénal toulousain. Bien évidemment, la très grande qualité des contributions publiées par les doctorants comme les étudiants de Master (mémoires) nous laisse entrevoir de nombreuses carrières universitaires. Mais au-delà de ce vivier aujourd'hui identifié, bien appréhender l'avenir suppose d'en saisir dès maintenant les principaux thèmes. La publication, au sein des annales, des contributions au colloque consacré au « produit de l'infraction » s'inscrit dans cette perspective. Imaginé et conçu par les professeurs Guillaume Beaussonie et Marc Segonds, ce colloque fut effectivement l'occasion d'éprouver l'importance de comprendre la « fin » pour mieux envisager les « moyens ». Le « produit de l'infraction » constituera, comme la lecture des contributions suffira à le démontrer, l'un des enjeux principaux de la lutte contre la criminalité, notamment terroriste.

Au terme de ces quelques lignes introductives, nous est alors naturellement venue l'envie de compléter la formule du philosophe pour exprimer le plaisir que nous avons eu à lire ces nouvelles « annales » : « Ce que nous devons aux anciens... et aux contemporains ». Bonne lecture à tous et vive la recherche toulousaine en droit pénal !

1. LE DOSSIER :

les grands pénalistes toulousains

Les grands pénalistes toulousains

Guillaume BEAUSSONIE

*Professeur de droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole
Codirecteur de l'Institut Roger Merle*

Le premier dossier des *Annales de l'Institut de criminologie et de sciences pénales Roger Merle* ne pouvait être consacré qu'à ceux qui, au cours des XIX^e et XX^e siècles, ont précédé ce dernier. À cet égard, rassurons tout de suite le lecteur : un dossier ultérieur portera exclusivement sur celui qui a donné son nom à notre Institut, son œuvre originale, substantielle et diverse justifiant qu'il ne partage pas l'affiche avec d'autres.

Pour le moment et, finalement, parce qu'il apparaît de bonne méthode de commencer par le début, place est faite à ceux que nous avons qualifié de « grands pénalistes toulousains », dans une approche néanmoins compréhensive. Dans le choix des personnages et des œuvres qui vont suivre, en effet, nous avons volontairement privilégié, non pas tant une réussite académique, qu'une incidence sur le droit pénal dans son sens le plus large. Ce qui n'exclut bien sûr pas les universitaires mais autorise, le cas échéant, à nous asseoir sur d'autres bancs que ceux des Facultés.

Le résultat permet donc de mêler des juristes au sens strict, magistrats, avocats comme universitaires (Adolphe Chauveau, Maurice Hauriou, Joseph Magnol, Victor Molinier et Georges Vidal), avec des hommes politiques (Panayottis Argyriadès, Félix Barthe, Ernest Constans, Jean Cruppi, Gustave Humbert et Jean Jaurès), certains – la plupart d'ailleurs – cumulant même plusieurs de ces qualités (Argyriadès, Barthe, Chauveau, Constans, Cruppi, Humbert, Magnol et Molinier par exemple).

Tous n'en ont pas moins en commun, en sus d'être toulousains, d'avoir, par leur carrière ou dans leur carrière, joué un rôle marquant en droit pénal. C'est, en conséquence, plutôt sur cette implication dans notre discipline, plus ou moins évidente selon l'auteur considéré, que nous avons insisté. Sans hiérarchie aucune, ils se succéderont dans les pages qui suivent selon l'ordre alphabétique.

À propos de Panayottis Argyriadès

La peine de mort considérée aux points de vue philosophique, moral, légal et pratique, éd. Ernest Leroux, Paris, 1875

Éloi JOSEPH

*Doctorant en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*



« Il se trouve que la France aura été, en dépit de tant d'efforts courageux, l'un des derniers pays, presque le dernier – et je baisse la voix pour le dire – en Europe occidentale, dont elle a été si souvent le foyer et le pôle, à abolir la peine de mort. Pourquoi ce retard ? » Ce questionnement retentit de la voix de l'ancien Ministre de la Justice et garde des Sceaux, Robert Badinter, lors de son discours pour l'abolition de la peine capitale devant l'Assemblée nationale le 17 septembre 1981. Cet étonnement se conclut le lendemain par le vote de plus des trois quarts des députés en faveur de la loi

venant prohiber à l'Etat d'user de l'homicide comme punition. Un des *efforts courageux* hissés à la tribune vaudrait la peine d'être présenté dans cette étude sur *les grands pénalistes toulousains* ; plus d'un siècle avant la loi, Panayottis Argyriadès (1849-1901) s'interrogeait ainsi dans un essai : « Doit-on abolir la peine de mort ? »

Son nom trahit ses origines helléno-macédoniennes. Issu d'une famille paysanne, il immigra à Paris au lendemain de la Commune où il entreprit des études juridiques pour devenir avocat. Apprenant les subtilités de la langue française dans les cercles socialistes, il s'engagea rapidement dans un militantisme au travers des causes qu'il plaida ou par des écrits comme un *Essai sur le socialisme scientifique* (1891). Pragmatique plutôt qu'idéaliste, il s'engagea rapidement en politique ; ses mandats le menèrent dans notre région où il se battit pour devenir député de Gaillac dans le Tarn. De sa naissance au lendemain des insurrections parisiennes de 1871 et jusqu'à sa mort à la veille de l'unité socialiste de 1905, sa vie fut consacrée à l'élaboration de l'idéologie socialiste et à la promotion de ces valeurs.

Le texte analysé, rédigé en 1875 à l'occasion de la Conférence Vergniaud au Palais de Justice de Paris, rentra dans le contexte d'une proposition de loi (n° 2101) déposée par Victor Schoelcher afin d'abolir la peine de mort. Cependant, et malheureusement comme tant d'autres sur le même sujet, ce projet législatif avorta.

C'est donc sous cette question, « doit-on abolir la peine de mort ? », délicate pour ses contemporains, que l'auteur ose entreprendre son raisonnement qui aura l'audace d'être soutenu par un vaste panel d'arguments philosophiques, moraux, légaux et pratiques. Il va prendre soin d'analyser les principaux arguments adverses avant de présenter sa propre vision sur ce thème clivant pour l'époque. Nous garderons cette même problématique pour l'étude de ce texte afin d'estimer si le juriste, dont la trentaine d'années n'était pas encore dépassée, aborde cette controverse de manière convaincante.

Nous suivrons alors son raisonnement qui débute en décrédibilisant les arguments en faveur de la peine capitale (I) avant d'exposer sa dialectique prônant l'abolition (II).

I. Le discrédit des idées en faveur du maintien de la peine capitale

En prémisses de son raisonnement, Argyriadès adresse une simple question afin de savoir si les peines doivent être justes. L'interrogation pouvait paraître désuète mais une réponse négative le mènerait naturellement à clore son discours ; quant à la réponse positive, elle lui permettrait de poursuivre car, selon ses convictions, la peine de mort est substantiellement injuste. Pour appuyer sa pensée, il se tourne vers le juriste milanais qui écrit au même âge que lui le fameux *Des délits et des peines*¹. Beccaria soulignait que « la société ne peut pas enlever à l'homme une chose qu'elle ne peut lui donner ». La vie humaine serait indisponible, inviolable, ce serait un droit sacré. Dans les sociétés occidentales du XIX^e siècle, la vie est appréhendée comme un don divin ; puisque personne ne peut décider de donner la vie, personne ne peut dicter la mort.

De plus, la société considère le meurtre comme un des crimes les plus odieux et condamne cette infraction des peines les plus sévères ; le fait que l'Etat réalise l'homicide relève d'une profonde contradiction avec les valeurs sociétales. La Justice se rabaisse alors à l'humain en répondant de manière violente là où le justiciable espère assister à un jugement rempli de recul et de tempérance.

Par ailleurs, certains défenseurs de cette peine avançaient l'idée selon laquelle il existerait un droit de légitime défense appartenant à la société lorsqu'elle agit en faisant tomber le couperet. Cependant, dans ce cas précis,

¹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, chap. XV, Livourne, 1764.

ce n'est pas un homme qui se protège, mais la société. N'aurait-elle pas, dans l'arsenal des pouvoirs étatiques, les forces suffisantes afin de lutter de manière plus éclairée ? Le criminel arrêté se retrouve désarmé, « sans la moindre puissance », dans les mains de la Justice. Il serait alors cruel d'étêter cette personne subissant déjà l'opprobre général.

L'avocat continue ses citations en visant l'ironie de Victor Hugo : « On n'est pas méchant pour le plaisir de l'être ». L'auteur de *Claude Gueux*² et *Le dernier jour d'un condamné*³ était un célèbre promoteur de l'abolition ; il prononça même un discours à l'Assemblée nationale dans cette optique, en qualité de simple citoyen invité, le 15 septembre 1848.

Dans le même sens, le présent texte précise, par l'intermédiaire de l'école socratique, que « ceux qui font le mal, sont malades par leur ignorance du bien, parce que, si les malfaiteurs comprenaient le bien, ils n'auraient pas commis le mal ». Cela va à l'encontre des thèses positivistes prônant le déterminisme. Il suffirait alors d'éduquer sur la morale afin de rendre meilleures les consciences. Argyriadès soutient l'idée du libre arbitre, de l'apprentissage du bien et du mal. L'humain n'est pas figé et peut progresser vers le bon. Sur ce point, l'auteur reste dans la philosophie hellénique pour se pencher sur Platon qui attribuait à la peine un caractère moralisateur. La Justice devrait être perçue comme sacrée ; si la peine ne cherche pas l'amendement du condamné et préfère être une expression de la férocité étatique, la Justice serait humanisée et descendrait de son piédestal.

Après avoir révoqué les arguments adverses aux travers de parades philosophiques, Argyriadès s'aventure dans une étude empirique afin de présenter les abus historiques concernant la peine de mort.

Ouvrant la liste des exemples de condamnations à mort par le plus absurde, celles consécutives au crime de sorcellerie, il souhaite montrer l'« imbécile » issue de « la raison humaine ». Les croyances populaires menèrent de nombreuses personnes à être exécutées afin de laver la communauté de ses pêchés. De grandes « chasses aux sorcières » étaient entreprises en Europe et en Amérique du Nord. Des dizaines de milliers de personnes étaient tuées sur de simples dénonciations sans aucune preuve tangible ; une simple querelle de voisinage pouvait aboutir à l'échafaud.

Cette absence de faute du condamné est aussi démontrée par l'usage des pires instruments de torture qui menait l'innocent à s'auto-incriminer durant le déroulement de la fameuse « question ». Sur le registre de la barbarie, l'auteur rappelle les terribles exécutions comme celle de Damiens qui fut lacéré, ébouillanté, écartelé et brûlé ou celle du *Dernier jour d'un condamné* où le couperet mal aiguisé ne faisait qu'entailler le cou à cinq reprises. Il insiste sur le fait que les échafauds, autrefois spectacles publics, sont dorénavant construits de nuit pour éviter toutes protestations populaires qui les détruisaient

² V. HUGO, *Claude Gueux*, Evréat, Paris, 1834.

³ V. HUGO, *Le dernier jour d'un condamné*, Charles Gosselin, Paris, 1832.

régulièrement⁴. Il pointe par cette occasion l'idée selon laquelle la peine de mort ne ferait pas l'unanimité dans l'opinion publique et, par voie de conséquence, que cette loi devrait alors disparaître. Pour autant, sans statistiques fiables, il lui est difficile de maintenir cet argument ; il va alors habilement rappeler que l'esclavage, les privilèges et la torture furent abolis bien qu'ils fussent des lois générales depuis la création des sociétés. L'argument de l'acquiescement d'un peuple relèverait alors de la démagogie, voire du sophisme.

Cependant, une analyse plus approfondie permet d'avancer que les protestations populaires auraient d'autres origines : l'arbitraire du juge dans les condamnations et, surtout, les garanties de procédure et les privilèges de juridiction dont bénéficiaient la noblesse et le clergé⁵ sur cette question. En effet, « selon que vous serez puissant ou misérable, les jugements de cour vous rendront blanc ou noir »⁶. Si le condamné est riche, il pourra agiter l'opinion publique et faire fonctionner ses relations afin d'obtenir une grâce ; de telles démarches seraient impossibles pour un condamné pauvre.

Ensuite, l'essayiste ne fait que survoler rapidement l'argument avançant la vengeance comme finalité de la peine, car il admet que même les défenseurs actuels les plus convaincus pour le maintien de la sentence ne se réfèrent plus à cette logique primitive. Cela les rabaisserait à la loi du talion et mettrait le législateur au même niveau que le scélérat. Cette idée du talion avait vécu un renouveau par les écrits de Kant ou Maistre ; le premier notamment, tendant vers l'idée d'exemplarité, avançait son fameux « impératif catégorique » afin d'imposer l'ordre par tous les moyens, même dans le domaine de la morale.

Concernant les pensées à tendance utilitariste, soutenues à l'époque par les classiques et néoclassiques comme Guizot qui écrit le traité *De la peine de mort en matière politique*⁷, Argyriadès souhaite contrer l'idée selon laquelle la peine capitale serait utile à la société⁸. Il se questionne sur les dangers encourus par la société si ce « monstre [...] qui tue sans passion » venait à cesser de faire « rouler dans la poussière la tête du condamné ».

Serait-elle nécessaire à la société afin d'intimider le criminel ? L'intimidation individuelle et collective du châtement par sa sévérité fut soutenue par Hobbes (*Léviathan* en 1651), Locke (*Du gouvernement civil* en 1651) et Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel* en 1713) ; quant à l'intimidation par la promptitude et la certitude de la peine, elle fut promue par

⁴ Par ailleurs, notons qu'il arrivait aux juges d'inscrire un *retentum* dans leurs condamnations afin d'étrangler secrètement le mis à mort avant la fin du supplice afin d'abrèger ses souffrances.

⁵ B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd, Paris, 2019, n° 70.

⁶ J. DE LA FONTAINE, *Les animaux malades de la peste*, Paris, 1678.

⁷ F. GUIZOT, *De la peine de mort en matière politique*, Béchet, Paris, 1822.

⁸ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, chap. XV, Livourne, 1764 : « Les châtements n'ont pour but que d'empêcher le coupable de nuire désormais à la société et de détourner ses concitoyens de la voie du crime ».

Montesquieu (*L'esprit des Lois* en 1748) et Bentham (*Traité de législation civile et pénal* en 1801)⁹. Sur ce point, l'auteur s'attriste que certains rabaissent le peuple français aux animaux, sans conscience, où seule la crainte d'un mal physique pourrait le dissuader de tuer. Le criminel n'aurait pas peur de la mort ; « c'est juste un mauvais quart d'heure à passer » disait Cartouche. Certains préféreraient commettre d'autres crimes, comme tuer leur gardien ou voisin de cellule, afin d'être condamné à mourir au lieu de languir de nombreuses années dans des geôles.

Ayant abouti dans sa réfutation des principaux arguments en faveur du maintien de la hache sanglante, Argyriadès continua par la présentation de ses convictions en faveur de l'abolition.

II. La dialectique au soutien de l'abolition de la peine de mort

Comme pour aborder les principes adverses, l'auteur se demande de nouveau si la peine de mort est juste. Il va analyser les caractères de ce châtement.

En premier lieu, il souligne que cette sanction est « indivisible » ; cela mène à réaliser le même acte, la même finalité, sur un panel large d'infractions et une pluralité de personnalités délinquantes. La loi mène à tuer sans distinction l'assassin, le meurtrier, le voleur de grands chemins ou le père qui voyage pour aller soigner son fils qui réside dans un pays où se propage la peste.

Par ailleurs, il note que la peine doit être « correctionnelle », rétributive. Quant à la mort, elle est « irréparable et irrémédiable ». Rossi, décédé l'année de naissance de l'auteur, déplorait ce caractère dans son *Traité de droit pénal* de 1829. Il se peut qu'une erreur judiciaire soit commise et qu'un innocent soit condamné injustement. L'infailibilité n'appartient qu'au pape¹⁰ et non aux juges ironise l'auteur. Charles Lucas, qui consacra de grandes études sur le sujet pénitentiaire, avait compté huit condamnations à mort contre des innocents sur le premier semestre de l'année 1823. Argyriadès se permet alors de relater de nombreux exemples de sentences faussées. Par cet exposé, il souhaite montrer la funeste dangerosité du maintien d'un tel châtement.

Ensuite, l'auteur se tourne vers les philosophes des Lumières. Rappelant Montesquieu et Voltaire, qui avançaient que dans les pays où les peines sont globalement douces, les citoyens en seraient frappés et commettraient moins d'infractions ; tandis que dans les États où règne la sévérité, la cruauté

⁹ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, 10^e éd., Paris, 2018, n° 13.

¹⁰ V., en ce sens, Concile Vatican I du 18 juill. 1870, Constitution *Pastor aeternus*.

populaire semblerait s'accroître¹¹. « L'échafaud n'est qu'une école de férocité », s'exclama le Macédonien pour détailler par la suite, dans des exemples précis, comment la vue d'une exécution attise les funestes penchants au lieu de les refouler.

En effet, de nombreux néo-meurtriers déclaraient avoir assisté à une exécution quelques heures ou quelques jours avant leurs crimes. Participer à l'acte, même comme simple témoin, le banalise. C'est une question qui est d'ailleurs très actuelle : maints auteurs de fusillades jouaient à des jeux-vidéo de guerre ; des enfants violents à l'école ont assisté à des scènes brutales au sein de leur famille ou devant la télévision ; des violeurs reproduisent les actes dont ils ont été victimes plus jeunes. Bien évidemment, ces éléments ne sont pas des déclencheurs systématiques d'une volonté criminelle, et encore moins la seule origine, l'homme étant non déterminé et ayant toujours son libre arbitre. Entre la pensée criminelle et la résolution criminelle, l'*iter criminis* est long et tortueux.

De nombreux exemples de législations douces sont relatés par l'écrivain. Concernant la France, en 1825, il y eut 125 exécutions ; la loi pénale du 28 avril 1832 vint globalement adoucir la législation répressive et les mœurs en auraient pris conscience, ce qui mena à seulement 5 exécutions en 1864. Fait notable aussi à Boston où la juridiction criminelle condamna à mort un incendiaire tandis qu'il n'y avait plus eu d'exécution depuis de nombreuses années ; dès lors, les incendies se multiplièrent et une enquête gouvernementale démontra que tous les pyromanes avaient assisté à l'exécution du premier condamné.

Néanmoins, cette observation est à relativiser. Les analyses actuelles des statistiques criminelles françaises de la seconde partie du XIX^e révèlent que la criminalité augmenta durant cette période et que les infractions étaient souvent réalisées en état de récidive légale¹². Cela démontre l'échec de cette politique pénale visant à adoucir les peines pour combattre la criminalité. Néanmoins, il est largement avéré que la criminalité n'a pas augmenté dans les États ayant aboli la peine de mort¹³.

Ainsi, l'auteur souhaite démontrer que ce n'est pas par la sévérité que les personnes éviteront de commettre des infractions mais que c'est par l'instruction que les individus seront éclairés. « Oui Messieurs, ce sont les écoles qui remplaceront les prisons ». Avec l'appui de statistiques, il soutient que 96% des condamnés étaient illettrés.

L'auteur, avant de clore son développement, se permet de faire encore quelques remarques, peut-être secondaires mais pas moins pertinentes.

¹¹ V. en ce sens : J. POUMARÈDE, *Montesquieu, Voltaire, Beccaria, in La Révolution de la justice* (dir. par Boucher), Jean-Pierre de Monza, Paris, 1989, p. 103.

¹² B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 26^e éd, Paris, 2019, n° 75.

¹³ *Ibid.*, n° 558.

Premièrement, l'homme n'est pas figé, il dispose d'un libre arbitre, bien que les positivistes italiens aient soutenu le contraire. L'auteur se réfère au directeur du bague de Toulon à qui il paraissait impossible de ne jamais désespérer de l'amélioration d'un condamné bien encadré. Toutefois, l'argument est ennuyeux car les méthodes coercitives qui y étaient employées étaient d'une franche rigueur et, en conséquence, il valait mieux y avoir une attitude irréprochable.

Deuxièmement, il écrit dans une époque suivant de nombreuses révolutions et soulèvements populaires. Il souligne le fait que beaucoup de personnes furent injustement sacrifiées au cours de ces événements ainsi que le fait que l'abolition permettrait de réaliser les changements politiques futurs sans le déploiement de passions dévastatrices.

Troisièmement, la peine de mort fut écartée pour les crimes politiques depuis 1848. Néanmoins, une difficulté subsistait lorsque l'infraction politique était réalisée en concurrence avec une infraction de droit commun. Dans le même sens, il y eut le célèbre cas de Gorguloff qui assassina le Président de la République, Paul Doumer, et qui fut condamné à mort. Son pourvoi fut rejeté par la Cour de cassation¹⁴ au motif que « l'assassinat, par sa nature et quels qu'en aient été les mobiles, constitue un crime de droit commun ». En effet, la jurisprudence a plutôt une conception objective de l'infraction politique : les infractions de droit commun ne revêtent pas la qualification politique bien que le mobile l'ait été.

Sur ce point, l'auteur rappelle que, en plus de l'abolition pour les crimes objectivement politiques, de nombreux États ont fait le choix de la supprimer pour les femmes, les mineurs et les personnes âgées. De plus, ce sont aussi les infractions punies d'une telle sanction qui se restreignent de façon croissante. Il prend l'exemple de l'Angleterre où, au lendemain de la Révolution française, il y avait 240 chefs d'accusation qui étaient sanctionnés de la peine capitale dont, par exemple, le vol de 40 *shelling* pour lequel les juges faussaient régulièrement les jugements en ne dépassant pas le 39^e *shelling* afin d'éviter une telle punition. Au moment où Argyriadès rédige son essai, il ne reste plus que deux infractions sanctionnées ainsi, à savoir la haute trahison et l'assassinat. L'essayiste fait alors l'éloge de la Roumanie qui fut la première nation à abolir définitivement cette peine en 1864. Ce pays fut suivi du Portugal en 1865, de la Suisse en 1874 bien que les régimes totalitaires et les guerres du XX^e siècle aient réenclenché un tel supplice.

Enfin, l'auteur soulève le paradoxe des situations où le condamné est malade. Ce dernier est alors soigné aux frais de l'État et ensuite tué lorsqu'il est rétabli...

¹⁴ Cass. crim., 20 août 1932, *Bull. crim.* n° 207.

Avec l'appui de l'ensemble de cette argumentation, Argyriadès lance un dernier appel au législateur et au peuple français. Ils déclarèrent les droits de l'Homme moins d'un siècle auparavant et durent verser leur sang pour obtenir ces libertés fondamentales. Leur approbation dans l'abolition de la peine de mort permettrait de continuer avec cohérence cette histoire française qui alimente son rayonnement à l'internationale. L'auteur conclut par une formule puissante qui laisse le lecteur dans un certain émoi : « le mort doit être une étoile de gloire pour les héros de la liberté et de la patrie et non pas un châtiment pour les assassins ».

Rappelons, pour conclure, que la peine capitale est toujours autorisée dans 93 États bien que certains aient réalisé des moratoires afin de ne plus l'appliquer. Néanmoins, en 2018, il y eut 690 exécutions confirmées dans le monde tout en ayant conscience que certains États, comme la Chine, ne présenteraient pas des statistiques fiables. Hormis ce pays, 78 % des exécutions ont été réalisées uniquement dans quatre États, à savoir l'Arabie saoudite, l'Irak, l'Iran et le Vietnam¹⁵.

¹⁵ Sources : Ministère des affaires étrangères et Amnesty international.

Félix Barthe et la loi du 28 avril 1832

Une réforme majeure pour une pénalité *in mitius*

Thomas REBIERE

*Doctorant en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*



« Le jour où cet avocat louche s'est ennuyé d'être toujours carbonaro sans devenir consul d'une république, il s'est métamorphosé séide d'une royauté pour devenir ministre d'une monarchie. Maintenant le voilà président de la Cour des comptes, en attendant qu'il rende les siens »¹. Si ce portrait n'est guère flatteur et doit être lu avec toutes les précautions que réclame sa source, il présente néanmoins l'intérêt d'offrir une rapide vue d'ensemble du parcours paradoxal et méandreux emprunté par Félix Barthe, au gré des changements de régimes politiques, jusque dans les plus hautes fonctions de l'État, ainsi que du peu d'estime qu'il inspira – à tort ou à raison, le lecteur en jugera – à certains de ses contemporains.

Né le 28 juillet 1795 à Narbonne et mort à Paris le 28 février 1863, Félix Barthe fit ses études au collège Saint-Rémy de Toulouse avant d'intégrer la Faculté de droit de cette même ville. Il vint ensuite achever son stage d'avocat à Paris en 1817, où il s'affilia aux *carbonari*². Il se fit rapidement une place et une réputation au sein du parti libéral en prononçant un discours aux funérailles du jeune Lallemand³ et en attaquant son meurtrier devant le conseil de guerre, qui refusa de l'entendre.

Il plaida par la suite dans de nombreux procès politiques. S'érigeant en véritable défenseur de la liberté d'expression et d'opinion, il défendra

¹ *Le Rivarol de 1842, Dictionnaire satirique des célébrités contemporaines*, par FORTUNATUS, p. 22.

² « Carbonarisme : Courant politique issu d'une société secrète formée par les *carbonari*. Cette société secrète, dérivée de la franc-maçonnerie, se forma pour lutter contre la domination napoléonienne dans le royaume de Naples (1806-1815) puis contre les souverains italiens restaurés après 1815. Elle organisa soulèvements et attentats (Naples, 1820-1821 ; Piémont, 1821) restés sans lendemain. Répandu en France, à partir de 1818, le carbonarisme ou charbonnerie gagna les milieux bonapartistes ou libéraux. Organisés en sociétés secrètes (ventes), ses affiliés montèrent contre les Bourbons restaurés de nombreux complots (1818-1822) qui échouèrent ». Consulté sur <http://larousse.fr/encyclopédie>

³ Jeune homme tué par un garde royal en juin 1820, en criant: « Vive la Charte ! » dans une émeute.

notamment trois accusés de la conspiration de Belfort⁴ ou encore, devant la Chambre des députés, le « Journal du Commerce », coupable d’avoir apprécié trop librement les élections, et qui fut condamné au minimum de la peine.

Félix Barthe prit une part active à la Révolution de 1830, à la protestation des journalistes⁵ et aux travaux de la commission municipale⁶, et fut alors nommé procureur du roi près le tribunal civil de la Seine. Il fut élu député, le 21 octobre 1830, dans le 7^e arrondissement électoral de Paris, et entra dans le ministère de M. Laffitte, le 27 décembre 1830, à l’Instruction publique.

Le 12 mars 1831, il échangea, dans le nouveau cabinet Casimir Périer, le portefeuille de l’Instruction publique contre celui de la Justice, fonctions qu’il conserva jusqu’au 4 avril 1834, date à laquelle il fut nommé Premier Président de la Cour des comptes. Il démissionna de ce poste, ayant été rappelé à ses fonctions de Garde des Sceaux, le 15 avril 1837, qu’il garda jusqu’au 31 mars 1839⁷, et revint à la présidence de la Cour des comptes par la suite.

Félix Barthe fut révoqué comme Premier Président en 1848, mais réintégré en 1849, et fut enfin nommé sénateur du Second Empire, le 31 décembre 1852, et membre de l’Académie des Sciences morales et politiques, le 14 avril 1855⁸.

Comme auteur, Félix Barthe n’aura pas marqué la science pénale d’une empreinte durable. En effet, quoiqu’ayant plaidé dans de nombreux procès politiques et été un ardent défenseur de la liberté d’expression et d’opinion à ces occasions, il ne fut pas à l’origine d’une œuvre doctrinale abondante en cette matière – et c’est là un euphémisme⁹.

Il serait toutefois faux de penser que Félix Barthe ne lègue rien à la postérité. En tant que Garde des Sceaux, « il [a] fait adopter quelques modifications au Code pénal, dont la nouvelle édition fut promulguée par ses soins, le 28 avril

⁴ Également appelée « complot du Bazar français », la conspiration de Belfort « regroupait un certain nombre d’officiers et de sous-officiers en demi-solde au Bazar français, rue Cadet à Paris. Ces derniers songèrent à s’emparer du pouvoir selon un processus qui avait réussi en Espagne : soulèvement de garnisons et prise du pouvoir. Le complot militaire du 19 août 1820 fut leur tentative maladroite et vite dénoncée ». Consulté sur <http://senat.fr/histoire>

⁵ Protestation rédigée le 26 juillet 1830, en réaction aux ordonnances prises la veille par le Roi Charles X, dont la première suspend la liberté de la presse périodique et semi-périodique, et prescrit de nouvelles dispositions pour la publication des journaux et écrits politiques. Cette protestation sera publiée le lendemain, 27 juillet 1830, premier jour des Trois Glorieuses.

⁶ Nom donné au gouvernement provisoire, composé de cinq députés, établi en raison de la fuite de Charles X et de ses ministres, ayant quitté Paris pour se rendre au château de Saint-Cloud.

⁷ Date du renversement du deuxième ministère Molé par la coalition formée par Adolphe Thiers, François Guizot et Odilon Barrot.

⁸ Pour ces informations biographiques : A. ROBERT et G. COUGNY, *Dictionnaire des parlementaires français*, Bourloton, 1889, t. 1, p. 182.

⁹ Outre de nombreux travaux parlementaires et plaidoiries, Félix Barthe est l’auteur d’ouvrages ayant plutôt trait à la politique qu’à la matière juridique, tel *De l’esprit de notre révolution, de celui de la Chambre et du Premier Ministère*, Paris, 1831, ou encore *De l’esprit des lois faites et présentées*, Paris, 1831.

1832 »¹⁰. Le *Dictionnaire des parlementaires français* ne rend pas ici justice à l'importance de la loi du 28 avril 1832 contenant des modifications au Code d'instruction criminelle et au Code pénal, qualifiée de « troisième révolution que notre législation voit s'accomplir dans son sein depuis 1790 » par Adolphe Chauveau et Faustin Hélie dans leur *Théorie du Code pénal*¹¹.

S'agissant de la loi du 28 avril 1832, le terme de « révolution » n'est ici en rien galvaudé. En effet, bien qu'« on se tromperait sans doute si on voulait y voir un Code nouveau substitué à l'ancien », ladite loi fut « dirigé[e] par une pensée d'humanité »¹² dans laquelle réside l'esprit présidant aux modifications qu'elle apporta au Code d'instruction criminelle de 1808 et au Code pénal de 1810.

Cette réforme répond – comme bien souvent en pareille situation – à un besoin social de plus en plus prégnant, « la marche progressive de l'esprit humain, l'amélioration apportée par quinze ans de paix dans toutes les situations, et par l'expérience des garanties constitutionnelles, l'adoucissement des mœurs, les discussions philosophiques, manifesta[nt] à tous les yeux la trop grande sévérité du Code de 1810 »¹³.

Frappé de cette rigueur pénale hypertrophiée, le législateur, dans l'exposé des motifs de la loi du 28 avril 1832, a « reconnu qu'il était urgent d'effacer de nos Codes des cruautés inutiles [...] et [qu']un besoin impérieux de protection pour les intérêts légitimes de la société ne les rendait pas indispensables »¹⁴. L'idée qui se fait jour au cœur de ces lignes est que les dispositions des codes napoléoniens contrevenaient de manière patente au principe de nécessité, celle-ci n'étant « plus celle que le despotisme avait pu juger convenable au soutien de son pouvoir »¹⁵.

Afin d'assurer une sanction plus juste, plus humaine, des infractions – essentiellement des crimes – la loi du 28 avril 1832 a opéré deux séries de modifications majeures du système pénal. Ces modifications se traduisent, dans le texte, par un recul de l'inutile sévérité des peines (I) auquel répond une expansion du mécanisme des circonstances atténuantes (II), ces mouvements tendant vers un objectif identique de nécessité et proportionnalité des peines.

I. Le recul de la sévérité des peines

Ce qui heurte avec le plus de force les esprits de l'époque, et justifie par conséquent cette réforme, est la question des peines établies par le Code pénal

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *Théorie générale du Code pénal*, 5^e éd., Imprimerie et librairie générale de jurisprudence, 1872, t. 1, p. 23.

¹² *Ibid.*

¹³ *Recueil des lois et ordonnances d'un intérêt général, depuis le 7 août 1830*, 1832, t. 2, p. 106.

¹⁴ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, p. 24.

¹⁵ *Ibid.*

de 1810, lesquelles portent la marque du régime politique pour lequel elles ont été prévues et étant, dès lors, d'une sévérité confinant parfois à la barbarie. Ainsi, afin d'adoucir cette rigueur inutile, la loi du 28 avril 1832 procède à une atténuation de l'échelle des peines en réduisant certaines d'entre elles (A), allant même jusqu'à en supprimer d'autres purement et simplement (B).

A. La réduction frileuse de l'échelle des peines

L'atténuation proposée par la loi du 28 avril 1832 couvre une grande partie du Code pénal. Cette dernière « réduit différentes peines, notamment en matière de vol, de meurtre et d'incendie »¹⁶, de sorte que sont emportées par cet élan d'adoucisement des peines prévues tant pour les atteintes aux personnes que les atteintes aux biens, démontrant l'étendue du mal rongant le Code pénal ainsi que celle de la tâche à accomplir. Cependant, l'étude des dites réductions laisse apparaître une réalité plus nuancée, celles-ci s'avérant plus timides qu'auraient pu l'espérer certains esprits de l'époque.

Prenons l'exemple frappant du meurtre. Sous l'empire de la loi nouvelle, l'article 304, alinéa 1^{er}, du Code pénal prévoit que « le meurtre emportera la peine de mort lorsqu'il aura précédé, accompagné ou suivi un autre crime », là où la version abrogée ajoutait « ou délit ».

Ainsi, avec la réforme, le meurtre suivi d'un délit ne semblait plus devenir qu'un cas de concours réel d'infractions, et non un meurtre aggravé, et était dès lors réprimé par la peine de travaux forcés à perpétuité prévue pour le meurtre simple. Cette modification s'imposait en raison de l'évolution de la société et de l'augmentation du nombre de consciences acquises à la cause abolitionniste. En effet, « le port d'une arme prohibée étant un délit, le meurtre commis avec cette arme, quoique sans préméditation, eût été puni de mort »¹⁷ sous l'empire de la loi ancienne.

Toutefois, l'ajout, par la loi du 28 avril 1832, d'un nouvel alinéa à l'article 304 du Code pénal énonçant que « le meurtre emportera également la peine de mort, lorsqu'il aura eu pour objet, soit de préparer, faciliter ou exécuter un délit, soit de favoriser la fuite ou d'assurer l'impunité des auteurs ou complices de ce délit », vient nuancer l'affirmation précédente. Il apparaît en réalité que le meurtre « précédé, accompagné ou suivi » d'un délit reste puni de la peine de mort, la loi ajoutant simplement la nécessité de la démonstration de l'existence d'une connexité entre le meurtre et le délit. Cette atténuation n'est pas des moindres puisqu'elle fait en pratique subsister la peine de mort pour le meurtre accompagné, précédé ou suivi d'un délit dans certains cas.

¹⁶ *Recueil des lois et ordonnances d'un intérêt général, depuis le 7 août 1830, op. cit.*, p. 107.

¹⁷ *Ibid.*

Par ailleurs, le premier alinéa de l'article 304 du Code pénal modifié par la loi du 28 avril 1832 n'est pas non plus exempt de critiques, celui-ci « punissant de mort la réunion de deux faits, qui n'ont aucun rapport nécessaire, et qui, séparément, ne sont pas frappés de cette peine »¹⁸.

Il semble dès lors que les véritables apports de la loi du 28 avril 1832 ne doivent pas être recherchés dans la réduction de l'échelle des peines, celle-ci opérant de manière trop peu significative, et ce texte aggravant par ailleurs d'autres peines pour d'autres infractions¹⁹.

B. L'abolition de peines barbares

La volonté du législateur d'adoucir la sévérité des sanctions prévues par le Code pénal de 1810 se fait ici plus sensible. En effet, avec la réforme du 28 avril 1832, certaines peines disparaîtront de l'arsenal répressif français.

C'est avant tout à la disparition de ces « cruautés inutiles »²⁰ évoquées dans l'exposé des motifs, à laquelle a entendu s'attaquer le législateur. Pour y parvenir, la loi du 28 avril 1832 procède à l'abolition définitive – ou presque – de peines d'un autre temps et que les consciences de l'époque ne pouvaient plus supporter. Ainsi, furent notamment retirées du Code pénal « trois peines barbares, la mutilation du poing, la marque et le carcan »²¹.

L'adjectif « barbare » sied particulièrement bien à ces trois peines et leur disparition était d'autant plus justifiée que « la civilisation progressive de la société, en adoucissant les mœurs »²² ne les rendait plus nécessaires. La première d'entre elles, la mutilation du poing, consistait en effet en l'amputation du poing droit du parricide condamné à mort, avant son exécution²³. La marque, ou flétrissure était, quant à elle, une marque au fer rouge réalisée sur l'épaule droite du condamné. Enfin, le carcan²⁴ était un collier métallique servant à entraver le condamné au niveau du cou et des poignets et à l'attacher à un mur ou un poteau afin de l'exposer à une humiliation publique.

¹⁸ *Ibid.*, p. 119.

¹⁹ « Particulièrement vis-à-vis des les fonctionnaires publics, et en ce qui concerne les violations de domicile, le crime de corruption et l'ouverture des lettres confiées à la poste ». *Ibid.*

²⁰ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, p. 24.

²¹ *Recueil des lois et ordonnances d'un intérêt général, depuis le 7 août 1830, op. cit.*, p. 107.

²² A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, p. 23.

²³ Art. 13 du Code pénal de 1810.

²⁴ Aboli en tant que peine principale, le carcan survécut en réalité à la réforme du 28 avril 1832 en tant que peine accessoire.

Il n'est pas possible de parler d'abolition sans que notre esprit soit naturellement porté à s'interroger sur l'abolition de la peine de mort, et la loi du 28 avril 1832 ne fit pas exception à ce principe. En effet, si l'étude antérieure de l'infraction de meurtre a démontré que cette peine avait survécu à cette réforme, les débats parlementaires montrent que la question fut soulevée et discutée²⁵. Toutefois, malgré tous les arguments élevés contre la peine capitale, celle-ci ne fut pas supprimée.

Justifiant ce maintien, le Garde des Sceaux, Félix Barthe, présentait sa réforme en ces termes : « la question de l'abolition de la peine de mort est la première et la plus haute qui s'offre à la pensée [...]. Le projet de loi a été conçu dans la pensée qu'une abolition totale et immédiate n'est pas praticable [...] la peine de mort pourra peut-être disparaître plus tard [...]. Le projet de loi a pour objet de rendre beaucoup plus rare le recours à cette dernière et lamentable ressource de la société contre le crime ».

Ce discours révèle une sorte d'abolitionnisme tiède, embarrassé et inquiet des éventuelles conséquences d'une suppression immédiate de la peine de mort, mais tout à la fois conscient de l'augmentation du nombre des voix s'élevant, dans la société, contre la barbarie et les dangers de celle-ci.

Pour tenter de concilier aux mieux l'élan abolitionniste continuant de poindre au sein du corps social et les craintes des répercussions d'une abolition totale, le législateur a, dans un premier temps, supprimé la peine de mort dans neuf cas principaux²⁶.

Cette volonté de réduire les cas de condamnation à la peine de mort à la portion congrue conduisit le législateur à accompagner la réforme du Code pénal d'une modification essentielle du Code d'instruction criminelle dont la nécessité se faisait déjà sentir dans les cours d'assises, avant même la loi du 28 avril 1832 : l'augmentation des possibilités de retenir des circonstances atténuantes.

²⁵ « La Chambre des Députés a rejeté un amendement qui proposait la suppression totale et immédiate de la peine de mort », *Recueil des lois et ordonnances d'un intérêt général, depuis le 7 août 1830, op. cit.*, p. 111.

²⁶ Les complots non suivis d'attentats ; la fabrication ou émission de fausse monnaie d'or ou d'argent ayant cours légal en France ; la contrefaçon ou l'usage des sceaux de l'État, effets du trésor public ou billets de banque ; plusieurs cas d'incendie ; le meurtre joint à un délit quand la relation de cause à effet n'existe point entre ces deux faits ; le vol avec les circonstances aggravantes ; le recel d'objets volés quand le vol est puni de mort ; l'arrestation exécutée avec faux costume, sous un faux nom, ou sous un faux ordre de l'autorité publique ; l'arrestation illégale avec menace de mort.

II. L'expansion des circonstances atténuantes

L'article 341 du Code d'instruction criminelle, dans sa rédaction telle qu'issue de la loi du 28 avril 1832 prévoyait, en son premier alinéa, qu'« en toute matière criminelle, même en cas de récidive, le président, après avoir posé les questions résultant de l'acte d'accusation et des débats, avertira le jury, à peine de nullité, que s'il pense à la majorité de plus de sept voix, qu'il existe, en faveur d'un ou plusieurs accusés reconnus coupables, des circonstances atténuantes, il devra en faire la déclaration [...] ».

Il s'évince de cet article deux apports essentiels en matière de circonstance atténuantes, témoignant de l'élan humaniste guidant cette réforme. Il apparaît en effet que la possibilité de les reconnaître est non seulement étendue à tous les crimes (B), mais que ce pouvoir est également – et enfin – conféré au jury populaire (A) lequel se trouvait auparavant cantonné à la déclaration de culpabilité.

A. Un pouvoir étendu au jury populaire

« Si la déclaration des circonstances atténuantes était dévolue à la cour, l'incertitude du jury sur le point de savoir si la cour les déclarerait, en le laissant dans l'inquiétude sur les conséquences de sa décision, le jetterait dans un excès d'indulgence, parce qu'il ne serait pas certain d'échapper à un excès de sévérité ». C'est en ces termes que, s'expliquant à la Chambre des députés sur la faculté nouvelle offerte au jury de prononcer les circonstances atténuantes, le Garde des Sceaux, Félix Barthe, la justifiait.

Cette affirmation du Ministre de la Justice traduit en réalité la volonté – au-delà de la diminution des condamnations à mort – d'éviter des acquittements jugés scandaleux, tels ceux survenus dans les années précédant la loi du 28 avril 1832, dans lesquels le jury cherchait en réalité à faire échapper l'accusé à une peine jugée trop cruelle et dont il ne pouvait avoir la garantie qu'elle ne serait pas prononcée.

Ainsi, sous l'empire de la loi nouvelle, lorsque le jury reconnaissait l'existence de circonstances atténuantes, la cour d'assises devait descendre d'un degré dans l'échelle des peines. Si l'énoncé des conséquences de ce nouveau pouvoir du jury peut les faire paraître dérisoires, il n'en est rien en pratique. En effet, « le droit attribué au jury de déclarer, dans tous les cas les circonstances atténuantes, et le résultat de cette déclaration [...] revêtent en réalité ce jury d'un pouvoir immense, celui de laisser subsister ou d'abolir à son gré la peine capitale »²⁷.

²⁷ A. CHAUVEAU et F. HELIE, *op. cit.*, p. 107.

Qu'une telle faculté soit laissée à la libre appréciation du jury populaire fait dire à Adolphe Chauveau et Faustin Hélie que la loi aurait ici abdiqué sa puissance²⁸. Force est de reconnaître que le législateur, n'ayant pas voulu endosser la responsabilité d'une abolition totale de la peine de mort, se retranche derrière « douze hommes pris au hasard dans la foule »²⁹, lesquels, « selon leur conviction du moment, [...] vont effacer la peine ou la maintenir »³⁰.

Le législateur du 28 avril 1832 – et le Gouvernement ayant proposé le projet de loi, avec lui – ne fait pas montre d'un grand courage politique en évitant purement et simplement de choisir lui-même entre abolition et maintien véritable de la peine. Cependant, il convient de noter que « les jurés ont plus de tendance à empreindre leurs décisions d'humanité que de rigueur ; et s'ils doivent abuser de la puissante faculté qui leur est donnée, il est permis de croire que ce sera plutôt pour affaiblir les peines que pour les aggraver ».

Il serait par ailleurs malvenu de tenir une trop grande rigueur à cette réforme dès lors que la peine capitale restera dans l'arsenal répressif français pendant encore près d'un siècle et demi.

B. Une possibilité étendue à tous les crimes

Le nouvel article 341 du Code d'instruction criminelle, précédemment cité, permettait de retenir les circonstances atténuantes « en toute matière criminelle, même en cas de récidive ».

Associée à la faculté nouvelle offerte au jury de reconnaître l'existence de circonstances atténuantes, cette extension du champ d'application matérielle de ces dernières conduisait inévitablement à porter un coup véritable à l'application de la peine de mort.

Cette évolution est particulièrement importante – et nouvelle – en matière de récidive en raison de ce que la loi, en pareille situation, substituait à la peine de travaux forcés à perpétuité celle de mort. Ce cas d'aggravation – quoique le terme ne soit pas adéquat, la peine de mort n'étant pas un simple degré supérieur des travaux forcés, même à perpétuité – de la peine au cas de récidive, déjà prévu par le Code pénal de 1810, avait étonnamment subsisté dans la réforme issue de la loi du 28 avril 1832 et était qualifiée d'*anomalie*³¹ par Adolphe Chauveau et Faustin Hélie.

Pourtant, l'article 13 du premier projet de loi disposait que « en aucun cas, l'aggravation de peine, résultant de la circonstance de la récidive, ne pourra donner lieu à l'application de la peine de mort ». Cette disposition aurait rendu

²⁸ *Ibid.*, p. 108.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ *Ibid.*

³¹ *Ibid.*, p. 313.

inutile, ou presque, la mention de la récidive dans l'article 341 et il faut ici reconnaître au projet de loi du gouvernement – et peut-être également à Félix Barthe – une initiative courageuse, bien mal récompensée puisque ce texte ne se retrouvera pas dans la version adoptée au terme des échanges parlementaires.

Subsiste donc, en matière de récidive, la substitution – puisqu'il est plus juste d'employer ce terme que celui d'aggravation – de la peine de mort à la peine des travaux forcés à perpétuité, justifiant la possibilité de retenir les circonstances atténuantes en cas de récidive. Il est déplorable de voir, encore une fois, qu'il appartenait ainsi toujours au jury « de choisir [...] entre deux peines qu'un abîme sépare »³².

En définitive, il apparaît que la réforme du 28 avril 1832 mérite moins l'appellation de « révolution » en raison de sa lettre que de l'esprit qu'elle porte. En effet, si cette loi ne fut pas aussi loin qu'il eut été possible d'espérer dans l'abolition des tourments excessifs pouvant être infligés au condamné, notamment en maintenant pour plusieurs infractions la peine de mort, pourtant conspuée par une partie grandissante de la population, il doit être reconnu qu'elle fut influencée par le profond sentiment humaniste animant ses rédacteurs.

Ainsi, si elle ne changea pas fondamentalement l'économie du système pénal hérité des codes napoléoniens, la loi du 28 avril 1832, portée notamment par Félix Barthe, imprima son esprit aux réformes futures, esprit guidé par la volonté de ne conserver dans le droit pénal français que des peines nécessaires et être proportionnées – et donc personnalisées – à raison de la nature de l'infraction et de son auteur.

Rien n'est moins sûr que la réponse à la question de savoir si cet esprit a toujours été respecté mais l'histoire retiendra que l'élan avait été donné.

³² *Ibid.*, p. 109.

Adolphe Chauveau pénaliste

Guillaume BEAUSSONIE

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

Codirecteur de l'Institut Roger Merle



À l'instar du doyen Carbonnier, le doyen Chauveau – également passé par Poitiers ! – se serait bien vu pénaliste. Le portrait de ce dernier ayant déjà été parfaitement dressé par notre collègue, le professeur Mathieu Touzeil-Divina, nous renvoyons, à cet égard, tant à ses écrits qu'à sa bibliographie¹. Retenons-en simplement que, administrativiste faute de mieux, Adolphe Chauveau n'en a pas moins consacré une partie de son temps à l'étude du droit pénal, livrant quelques travaux encore précieux aujourd'hui à la maîtrise de cette discipline. Au premier rang d'entre eux figure bien sûr sa *Théorie du Code pénal*, ouvrage impressionnant coécrit, à compter de 1837, avec le grand Faustin Hélie ; huit volumes qui contiennent l'ensemble du droit pénal de l'époque et, au-delà, des réflexions intemporelles sur l'exercice étatique de la répression. C'est à ces ouvrages et, faute de place suffisante, au projet des auteurs tel qu'ils l'exposent dans leur préface à cette somme, que ces quelques lignes seront consacrées.

Dans un premier temps, les auteurs se situent au sein de ceux qui, avant eux, ont écrit sur le droit pénal. Ainsi distinguent-ils « les uns qui, foulant aux pieds les lois existantes et les regardant comme menacées d'une ruine plus ou moins prochaine, ont édifié sur leurs débris futurs, des systèmes nouveaux, de nouvelles théories (Beccaria, Filangieri, Bentham, Scipion Bexon, Guizot, de Broglie, Patoret, Bérenger, Comte, Charles Lucas et Rossi) ; les autres qui se sont enfermés dans les travaux moins brillants, mais non moins utiles peut-être, de l'interprétation et du commentaire (Jousse, Lacombe, Muyart de Vouglans, Bourguignon, Mars, Carnot et Legraverend) »². À la suite de l'un de leurs maîtres, Boncenne, Chauveau et Hélie suivront plutôt une autre

¹ V. *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2016, Histoire(s) – Chauveau [TOUZEIL-DIVINA Mathieu] ; Art. 14. L'image d'Adolphe Chauveau est également issue de cet article, disponible à l'adresse : <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=128>.

² *Théorie du Code pénal*, t. 1, éd. Legrand et Descauriot, 1837, p. VII-VIII.

voie qui consiste à « réunir les études de la théorie aux explications du commentaire, embrasser à la fois la philosophie de la loi et son application, la doctrine et la pratique ». Autrement dit, poursuivant le but « d'éclairer l'application de la loi pénale par sa théorie »³ – le titre de l'ouvrage est expliqué –, ils ne feront aucune concession dans leur analyse du droit pénal d'où, sans doute, le besoin d'y consacrer autant de pages.

L'ouvrage est écrit peu de temps après l'adoption et l'entrée en vigueur du code pénal de 1810. Cela n'empêche, selon les auteurs, qu'au temps du commentaire doit succéder celui de la « théorie de la loi », « étude [qui] ne se traîne pas après la loi ; elle plane sur les textes, elle remonte aux règles élémentaires, elle les prend à leur berceau, dans les temps éloignés, elle les suit dans leur développement, dans leurs déviations, elle leur restitue leur sens propre et leur énergie. Elle fait alliance avec les sciences morales : elle s'appuie de l'histoire, de la philosophie, de la morale, des législations comparées »⁴.

Notons que, quelques années plus tard, Ortolan suivra une méthode similaire pour ses fameux *Éléments de droit pénal*⁵, de même que les civilistes, fascinés par le Code Napoléon, n'abandonneront l'exégèse qu'à la toute fin du XIX^e siècle, encouragés en cela par la doctrine allemande et les travaux de François Gén⁶. C'est dire comme Chauveau et Hélie faisaient figure de précurseurs.

La « science des lois », poursuivent-ils, « après avoir posé les règles, [...] s'occupe à les appliquer, elle descend dans l'arène de l'interprétation. Elle examine avec leur appui les arrêts de la jurisprudence, elle les place en face des textes, elle en fait rayonner la lumière. C'est le commentaire tel que l'état actuel des esprits et des connaissances semble l'exiger, le commentaire qui domine la loi et la soumet à sa critique avant de l'expliquer »⁷.

Cette approche voulue exhaustive du droit pénal explique également l'association de deux bourreaux de travail, les œuvres respectives de Chauveau et Hélie s'associant avec leurs autres tâches – ils étaient aussi avocats, et plus encore, ayant de la sorte abordé le droit sous tous ses angles – à démontrer leur immense capacité de labeur.

³ *Idem*, p. X.

⁴ *Idem*, p. X-XI.

⁵ *Éléments de droit pénal. Pénalité, Juridictions, Procédure. Suivant la science rationnelle, la législation positive et la jurisprudence, avec les données de nos statistiques criminelles*, Paris, Plon, 1855.

⁶ V. not. *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, Pichon et Durand-Auzias, 1899.

⁷ *Théorie du Code pénal*, t. 1, préc., p. XI-XII.

Pour autant, ils n'ont pas souhaité sacrifier la pédagogie, le plan retenu consistant à « traiter les matières du Code pénal dans une suite de chapitres qui puisent dans la diversité même de ces matières une division toute naturelle ». Mais c'était déjà innover, puisqu'il s'agissait, dans la continuité de ce qui a été souligné précédemment, d'éviter « la forme du commentaire par articles qui conduit à des répétitions inévitables et s'oppose au développement des théories » ainsi que la forme du traité dogmatique qui crée des divisions et des classifications plus propres à fatiguer le lecteur qu'à l'éclairer »⁸.

En définitive, « chaque chapitre renferme un traité complet, non pas seulement de la théorie de la matière qui en fait l'objet, mais de toutes les questions pratiques qu'elle a fait naître, l'interprétation des textes, et l'examen critique soit des arrêts par lesquels la jurisprudence les a expliqués, soit des opinions des auteurs »⁹.

On ne résiste pas au plaisir de citer les premiers vrais développements de l'ouvrage, que des auteurs sérieux et courageux doivent nécessairement consacrer au droit de punir. Le chapitre premier de la *Théorie du Code pénal* d'Adolphe Chauveau et Faustin Hélie débute ainsi :

« Si le droit que le pouvoir social exerce dans la distribution des peines n'est point en lui-même contesté, il n'en est pas de même des limites dans lesquelles ce droit peut s'exercer, et des règles qui doivent diriger son application. Les systèmes ont succédé aux systèmes. Chaque publiciste est venu, une théorie à la main, tracer un nouveau cercle autour du législateur, ou offrir à son pouvoir une base nouvelle. Les limites laissées à son action répressive, tantôt presque indéfiniment étendues, tantôt resserrées et plus étroites, toujours indécises et vagues, sont aujourd'hui encore l'objet des disputes de la science. »

⁸ *Idem*, p. XII-XIII.

⁹ *Idem*, p. XIV.

Ernest Constans et sa loi

Réflexions sur le mouvement d'expansion des droits de la défense en procédure pénale

Sébastien PELLÉ

*Professeur de droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*



Ernest Constans a laissé son nom à la célèbre loi du 8 décembre 1897 ayant pour objet de modifier certaines règles de l'instruction préalable en matière de crimes et de délits¹. Cette loi, dont les éléments ont été intégralement repris dans notre actuel code de procédure pénale aux articles 114 et suivants, est aujourd'hui considérée comme l'amorce d'un vaste mouvement en faveur des droits de la défense dans la phase préparatoire du procès². Pourtant, il n'est pas certain que le caractère historique du texte ait été si évident pour son concepteur, comme pour son époque. Ce n'est qu'au regard de l'évolution ultérieure de notre procédure pénale que cette dimension de la loi Constans s'est progressivement imposée.

Il n'est dès lors pas inintéressant de s'interroger sur le processus ayant conduit à faire de la loi Constans un élément de notre culture juridique générale, comme le sont, par exemple, les réformes Carbonnier du droit de la famille dans les années 1970. À cet égard, la loi Constans n'est pas à un paradoxe près.

Tout d'abord, son principal artisan, Ernest Constans, n'est pas un grand réformateur du droit, pas plus qu'il n'est spécialiste de droit criminel. Ernest Constans est né à Béziers le 3 mai 1833 et mort à Paris le 7 avril 1913, après une vie largement consacrée à la carrière politique malgré un parcours peu linéaire. Sa famille s'est installée à Toulouse peu de temps après sa naissance où il fait ses études de droit jusqu'au doctorat qu'il obtient en 1857³. Par la suite, il se livre à des affaires commerciales, peu fructueuses, qui le mèneront

¹ *JORF* 10 déc. 1897, p. 6907.

² V. J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375 s.

³ Sur le sujet : « Des transactions en droit romain et en droit français ».

jusqu'à Barcelone (entrepreneur de vidanges). En 1866, il rentre à Toulouse pour se consacrer au concours d'agrégation qu'il obtient en 1867. Il débute sa carrière universitaire à Douai, puis à Dijon avant d'être affecté à la faculté de droit de Toulouse en juillet 1870, où il exerce une chaire d'État de droit romain⁴. Dès son arrivée à Toulouse, il fonde un groupe politique, le Cercle de l'Association républicaine et entre très rapidement au conseil municipal de la ville. Il quitte définitivement l'enseignement en 1876 pour se consacrer à la vie politique lorsqu'il est élu député. Il sera réélu à plusieurs reprises à la Chambre jusqu'en 1889, avant d'entrer au Sénat jusqu'en 1906. Il sera également ministre de l'intérieur, à deux reprises, entre 1889 et 1892⁵.

Ensuite, la loi du 8 décembre 1897, elle-même, se présente bien plus comme le fruit d'une opportunité politique que comme l'expression d'une conviction idéologique. Elle résonne comme une leçon de sagesse pour le législateur contemporain en livrant le spectacle d'une vie réussie malgré une confection chaotique. Au-delà, elle manifeste que dans l'art législatif, comme en toute autre chose, la création échappe bien souvent à son créateur. Une conjonction de facteurs favorables, dont certains n'étaient pas maîtrisables, a finalement contribué à la qualité de la réception de la loi Constans par l'ordre juridique. Parmi ceux-ci, le mouvement en faveur des droits de la défense qui a pu s'engager dans le sillage de la loi, a manifestement exercé une influence décisive. La loi a posé le germe d'une catégorie juridique, dont la pleine conceptualisation se poursuit jusqu'à nos jours.

L'ensemble de ces paradoxes se retrouvent dans l'opposition qui s'expriment entre la genèse de la loi – pour le moins imparfaite (I), et le destin de la loi – à bien des égards exceptionnel (II).

I. La genèse de la loi Constans

Replacée dans son contexte, la loi Constans ne fait sans doute pas figure de « grande loi ». Elle prend les traits d'une réforme urgente, adoptée en réaction aux critiques récurrentes portées contre le système de l'instruction adoptée en 1808 (A). Par ailleurs, elle s'inscrit dans la tradition des réformes ponctuelles et traduit l'échec d'une réforme d'ensemble du code d'instruction criminelle (B).

⁴ Sur ces éléments, v. le portail *Siprojuris* (Système d'information des professeurs de droit, 1804-1950), <http://siprojuris.symogih.org/>

⁵ Sur ces éléments de biographie, v. B. FULTON, « Ernest Constans et la vie politique toulousaine (1870-1876), *Annales du midi : Revue archéologique, historique et philologique de la France méridionale*, t. 107, n° 209, 1995 (www.persee.fr/doc/anami_0003-4398_1995_num_107_209_2459) et le dictionnaire des parlementaires français de 1789 à 1889 : base de données des députés français ([http://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/\(num_dept\)/1942#onglet_bio0](http://www2.assemblee-nationale.fr/sycomore/fiche/(num_dept)/1942#onglet_bio0)).

A. Une réforme de circonstance

À la fin du XIX^e siècle, la réforme de l'instruction, héritée de l'ordonnance criminelle de 1670, apparaissait comme une absolue nécessité. Elle est la conséquence d'un fort mouvement d'hostilité à l'encontre de la figure du juge d'instruction, qui naît dans l'opinion publique sous la double impulsion des lettrés⁶ et de la presse. Cette dernière se fait l'écho des excès d'un système inquisitoire poussé à l'extrême, qui légitime toutes les intimidations et n'offre aucun contrepoids face aux prérogatives du juge d'instruction dans la recherche des preuves. Deux grands scandales ont notamment accéléré le processus législatif ayant conduit à la loi de 1897. En 1888, la révélation de l'affaire du juge Vigneau crée un véritable émoi dans l'opinion publique. Le juge d'instruction avait ici imité la voix d'un inculpé pour obtenir, par téléphone, des informations auprès d'un complice présumé⁷. Plus encore, en 1897, l'affaire Pélissier joue le rôle de déclencheur immédiat et enflamme les débats parlementaires. Cette fois, un juge d'instruction avait « prêché le faux » auprès d'un inculpé puis de sa complice (sa maîtresse) pour obtenir leurs aveux, avait maintenu au secret l'inculpé pendant quatre mois et privé un autre de nourriture pendant près de trente-deux heures. Tous les aveux avaient été rétractés ensuite⁸. C'est dans ce contexte que le sénateur Constans prit la parole en séance publique et s'exprima en ces termes pour répondre au garde des Sceaux : « Vos juges d'instruction sont comme tous les hommes ; ce sont des fonctionnaires comme les autres, qui ont besoin d'être surveillés ; j'emploie l'expression à dessein [...]. C'est la présence de l'avocat seule qui viendra exercer sur le magistrat une influence, une action suffisamment efficace pour l'empêcher de faire, s'il pouvait en être tenté, autre chose que son devoir »⁹.

La recherche des causes de la loi du 8 décembre 1897 aboutit à un résultat mitigé. Il s'agit d'une réforme contrainte, adoptée dans une certaine urgence, pour répondre à une opinion publique devenue plus exigeante, à mesure du progrès des idées républicaines et de la liberté de la presse. Loin de toute idéalisation des droits de la défense – dont l'expression n'apparaît pas une seule fois dans le texte de la loi Constans –, la réforme poursuit un objectif

⁶ Critiques que l'on retrouve notamment sous la plume de Balzac. Selon la célèbre formule, extraite de *Splendeurs et misères des courtisanes* : « Aucune puissance humaine, ni le roi, ni le garde des Sceaux, ni le premier ministre, ne peuvent empiéter sur le pouvoir d'un juge d'instruction, rien ne l'arrête, rien ne lui commande. C'est un souverain soumis uniquement à sa conscience et à sa loi ».

⁷ Le juge Vigneau fera par la suite l'objet d'une condamnation disciplinaire. Sur cette affaire et ses suites, v. J. PRADEL, *L'instruction préparatoire*, Cujas, 1991, p. 33.

⁸ Sur cette affaire, v. J. PRADEL, *op. cit.*, p. 33 et P. DESSAIGNE, *Sanctions de la loi sur la réforme de l'instruction criminelle (8 décembre 1897)*, thèse, Paris, 1900, p. 4 s.

⁹ Séance au Sénat du 24 mai 1897, cité par P. DESSAIGNE, thèse préc., p. 16.

pragmatique. Il ne s'agit pas tant de renforcer la défense que de lutter contre les excès d'une procédure trop inquisitoire, directement inspirée de régimes politiques – la monarchie absolue ou l'empire – incompatibles avec les institutions républicaines. L'introduction – ou devrait-on dire *l'irruption* au regard de la rupture que cela représente par rapport au droit antérieur – de l'avocat dans le cabinet du juge d'instruction faisait alors figure de contre-pouvoir pertinent. Pourtant, l'idée ne s'est pas imposée facilement si l'on en juge par la controverse qu'elle a suscitée. La Cour de cassation, elle-même, émit en 1896 un avis marqué par le sceau du conservatisme, dans lequel elle se montra hostile à la plupart des innovations contenues dans le projet de loi, dont la présence de l'avocat à tous les actes de procédure et la communication du dossier à ce dernier avant chaque interrogatoire¹⁰. De même, Émile Garçon s'avéra opposé à la réforme entreprise, estimant que celle-ci allait constituer une gêne importante pour la défense de la société et aboutir, de fait, à la disparition de l'interrogatoire¹¹. En sens inverse, une pratique *contra legem*, encouragée par certaines circulaires de parquets généraux, s'était développée en faveur d'une assistance de l'inculpé par un conseil dès le début de l'instruction¹².

Cette opposition idéologique explique finalement que la « grande » loi du 8 décembre 1897 ne fut adoptée qu'à la faveur d'une conjonction de facteurs favorables, et dans une version finalement minimaliste par rapport à l'esprit novateur qui l'a inspiré.

B. Une réforme incomplète

La loi Constans ne comporte aucune réforme d'ensemble, ni du code d'instruction criminelle, ni de la procédure d'instruction. En effet, la loi de 1897 se présente comme l'épilogue de près de trente années de travaux préparatoires et parlementaires, ayant donné lieu à plusieurs projets destinés à concevoir une réforme de la procédure pénale, dont le projet de loi tendant à réformer le code d'instruction criminelle rédigé par une commission installée en 1878 et présidée par Faustin Hélie¹³. C'est la raison pour laquelle, la loi Constans fait figure, en son temps, de contribution bien maigre qui traduit l'échec de toutes les entreprises antérieures d'une refonte globale et ambitieuse de l'instruction qui aurait été destinée à faire pénétrer « dans la loi un esprit

¹⁰ Cité par P. DESSAIGNE, thèse préc., p. 4 et 5.

¹¹ V. E. GARÇON, *RPDP*, 1899, p. 20 s. Arguments qui ne sont pas sans rappeler ceux récemment brandis à l'occasion de l'introduction du droit à l'assistance par un avocat en garde à vue.

¹² Sur ce point, v. J. PRADEL, *op. cit.*, p. 33 et 34.

¹³ Sur la présentation de ces différents projets, v. P. DESSAIGNE, thèse préc., p. 1 s.

nouveau », et à entraîner « un changement de système »¹⁴. On ne peut s'empêcher de relever l'écho contemporain d'un tel constat... L'objectif initial était effectivement extrêmement ambitieux puisqu'il s'agissait de rendre cette phase totalement contradictoire afin d'organiser largement la défense : « Tout en écartant le système anglais comme impraticable, il est permis de se demander s'il n'est pas possible d'en dégager et d'en retenir un élément important, celui de la contradiction organisée entre la poursuite et la défense »¹⁵.

Dans un tel contexte, l'apport d'Ernest Constans fut de donner l'impulsion pour sortir de l'enlisement politique suscité par l'ampleur d'une telle discussion. Pour ce faire, il décida de détacher du projet global une proposition de loi contenant seulement six articles – contre deux-cent-trente-six contenus dans le texte initial –, pour aboutir rapidement à une réforme concrète de l'instruction répondant aux critiques du moment¹⁶. Ce texte, très abrégé, a été déposé en 1894 et consacrait trois innovations essentielles : tout individu arrêté devait être interrogé dans les vingt-quatre heures, l'inculpé pouvait être assisté par un avocat dans le cabinet du juge d'instruction (avec présence aux interrogatoires), et l'inculpé devait pouvoir communiquer librement avec son défenseur dès le début de la procédure. Après un vote au Sénat le 10 juin 1897 puis à la Chambre le 12 novembre de la même année, le texte est définitivement adopté et contiendra, dans sa version finale, quatorze articles.

De l'avis unanime des commentateurs, la loi de 1897 est présentée comme une loi timide ou modeste, en raison de son caractère partiel par rapport aux avancées qui étaient proposées dans le cadre d'une réforme plus globale de la matière. Ainsi, par exemple, la présence de l'avocat n'a été prévue que devant le juge d'instruction, pas devant la chambre des mises en accusation. De même, la surveillance de l'avocat ne s'applique pas à tous les actes de la procédure, et est exclue, par exemple, pour les dépositions des témoins. À cela s'ajoute le fait que la Cour de cassation, en se fondant sur une interprétation stricte du texte, a très tôt limité le champ d'application des dispositions novatrices de la loi Constans. Le résultat pratique est bien connu, et s'est traduit par un renforcement de l'enquête officieuse afin de contourner les nouvelles garanties offertes lors de l'instruction¹⁷.

¹⁴ V. A. EISMEN, *Histoire de la procédure criminelle en France*, 1882, rééd. Verlag Sauer et Auvermann Kg, 1969, p. 581.

¹⁵ *Projet de loi tendant à réformer le code d'instruction criminelle. Exposé des motifs*, cité par A. EISMEN, *op. cit.*, p. 582.

¹⁶ Sur lesquelles, v. *supra* IA.

¹⁷ Sur ce point, v. not. J. LÉAUTÉ, « Les principes généraux relatifs aux droits de la défense », *RSC* 1953, p. 47 s.

Pourtant, l'imperfection de la loi Constans fut paradoxalement le gage de son efficacité, en amorçant une réforme de notre procédure pénale qui se poursuit encore aujourd'hui : « elle est le premier coup de pioche dans le roc désagrégé du code de 1808 »¹⁸.

II. Le destin de la loi Constans

Comment expliquer l'extraordinaire destin de la loi Constans ? En réalité, celui-ci est lié au développement des droits de la défense que la loi de 1897 précède et accompagne tout à la fois. Pour le comprendre, deux hypothèses peuvent être avancées. Soit ce mouvement s'expliquerait par une extension progressive, au fil du temps et des mentalités, du domaine des droits de la défense (A). Soit, tirant profit de l'imprécision de la notion elle-même, l'évolution exprimerait un renouvellement de la conception des droits de la défense (B).

A. L'extension du domaine des droits de la défense

Les changements de culture prennent du temps. La loi Constans, bien que modeste dans son contenu, constituerait ainsi la première étape d'une mutation profonde de notre procédure pénale qui se traduirait par une extension du domaine des droits de la défense. Plus exactement, le texte de 1897 est aujourd'hui considéré comme étant à l'origine d'un vaste mouvement d'expansion des droits de la défense à toutes les phases de la procédure pénale. En ouvrant les vannes de la contradiction, la loi Constans a favorisé une sorte « d'écoulement » des droits de la défense, d'abord, du jugement vers l'instruction, puis plus récemment, de l'instruction vers l'enquête policière.

Dans un premier temps, la loi Constans s'est essentiellement caractérisée par l'introduction de certaines garanties en faveur de l'inculpé : droit au silence et droit de choisir un conseil (art. 3, loi du 8 déc. 1897) ; participation de l'avocat aux interrogatoires et confrontations avec une clause de réserve en cas d'urgence, autorisant le juge d'instruction à procéder en son absence (art. 7 et 9, loi du 8 déc. 1897) ; principe de participation passive de l'avocat (celui-ci ne pouvant prendre la parole qu'après y avoir été autorisé par le magistrat, art. 9 al. 2, loi du 8 déc. 1897) ; droit pour l'inculpé détenu de communiquer librement avec son conseil après la première comparution (art. 8, loi du 8 déc. 1897) ; principe de mise à disposition de la procédure au conseil la veille de chaque interrogatoire (art. 10, loi du 8 déc. 1897) ; le tout à peine des nullités prévues par le texte (art. 12, loi du 8 déc. 1897). En matière d'instruction, la loi Constans a été, par la suite, complétée par d'autres interventions du

¹⁸ P. DESSAIGNE, thèse préc., p. 14.

législateur afin de prévoir, notamment, des droits au profit de la partie civile, de régler le cas des suppléments d'information, d'instaurer le débat contradictoire en matière de détention provisoire et de prévoir la possibilité de solliciter des actes¹⁹. Bien qu'importantes au fond, ces évolutions ne font que prolonger le sillon tracé en 1897. Par ailleurs, et le cap paraissait plus difficile à franchir, le mouvement d'expansion des droits de la défense s'est récemment poursuivi en amont de l'instruction, dans la phase d'enquête. Ce nouveau territoire annexé par les droits de la défense résulte de la conjonction de trois grandes lois : du 4 janvier 1993²⁰, du 15 juin 2000²¹ et du 14 avril 2011²². En trois grandes étapes (également complétées par des lois intermédiaires), ces textes ont introduit l'avocat en garde à vue, puis posé le principe d'une intervention dès la première heure, et enfin transformé sa présence en une véritable assistance²³. Il n'est pas nécessaire d'examiner longuement les textes pour retrouver dans ces dernières extensions des droits de la défense la filiation de la loi Constans. En effet, le cas réservé de l'accès au dossier qui suscite encore des difficultés, les principaux droits reconnus au gardé à vue correspondent à ceux qui avaient été initialement attribués à l'inculpé (devenu mis en examen), avec une rédaction des textes très poches : droit au silence, droit à un avocat (avec une même conception passive du rôle du défenseur devant les enquêteurs), participation de l'avocat aux interrogatoires et aux confrontations... Autant d'éléments qui suffisent à convaincre de l'empreinte laissée par la loi Constans dans la recherche d'un équilibre opérant entre les modèles inquisitoire et accusatoire.

Pour autant, cette première explication n'est pas pleinement satisfaisante. Si le constat de l'extension du champ des droits de la défense est irréfutable, il ne permet pas de comprendre *pourquoi* un tel mouvement est intervenu. Il n'est pas en mesure de justifier le rayonnement vers la phase préparatoire du procès de certaines prérogatives qui étaient réservées, à l'origine, à la phase de jugement.

¹⁹ Sur ces évolutions ultérieures en matière d'instruction, v. not. J. PRADEL, « Centenaire de la loi du 8 décembre 1897 sur la défense avant jugement pénal : essai d'un bilan », *D.* 1997, p. 375 s., spéc. n° 2s.

²⁰ Loi n° 93-2 du 4 janv. 1993 portant réforme de la procédure pénale.

²¹ Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.

²² Loi n° 2011-392 du 14 avr. 2011 relative à la garde à vue.

²³ Pour une vision d'ensemble depuis 2011, v. not. J. LEROY, *La garde à vue après la réforme*, Lexisnexis, 2011 et S. Pellé, « Garde à vue et audition libre : acte final ?, Bilan d'un cycle de réformes (lois du 14 avril 2011, 27 mai 2014 et 3 juin 2016) », *D.* 2017, p. 359 s.

B. Le renouvellement de la conception des droits de la défense

La question cruciale de la définition des droits de la défense a, jusqu'à présent, été volontairement passée sous silence. Entre le jugement et la phase préparatoire, est-ce la même conception des droits de la défense qui se propage ?

La question mérite d'être posée puisque traditionnellement, les droits de la défense – qui ne concernent pas que la matière pénale²⁴ – sont cantonnés au procès *stricto sensu*. Les droits de la défense sont classiquement définis comme « l'ensemble des prérogatives qui garantissent à l'inculpé la possibilité d'assurer effectivement sa défense dans le procès pénal et dont la violation constitue une cause de nullité de la procédure »²⁵, ou comme « les droits que possède toute personne pour se protéger contre la menace que constitue pour elle un procès »²⁶. Au-delà, la notion est particulièrement difficile à saisir, quant à sa nature juridique²⁷ et quant à son contenu précis, de telle sorte que la doctrine en vient, le plus souvent, à retenir une définition par énumération des garanties. Les droits de la défense renvoient à une liste non limitative de droits, inspirées des garanties du procès équitable. Il est question du droit à l'assistance par un avocat, du droit d'accès au dossier, du droit à l'information, du droit de se taire et de ne pas s'auto-incriminer, ou encore du droit de préparer sa défense et de prendre la parole en dernier²⁸.

À vrai dire, la définition des droits de la défense ne soulevait pas de véritable difficulté dès lors qu'il s'agissait de déterminer les garanties applicables à l'audience devant un juge, afin de permettre à l'accusé de préparer sa défense en toute connaissance de cause. L'ouverture des droits de la défense en amont de l'instruction, qui demeure une phase juridictionnelle, pose avec plus d'acuité la question de la définition des droits de la défense, et par voie de conséquence du critère qui doit déclencher leur application. Le glissement est important puisque l'on passe d'une garantie du procès au sens

²⁴ Sur cette controverse, v. not. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Dalloz, coll. NBT, vol. 122, 2013, n° 132 s.

²⁵ *Vocabulaire juridique G. Cornu (Association Henri Capitant)*, PUF, 12^e éd., 2018. On retrouve une définition similaire en matière civile : « ensemble des garanties fondamentales dont jouissent les plaideurs dans un procès civil pour faire valoir leurs intérêts ».

²⁶ M.-A. FRISON ROCHE, « Les droits de la défense en matière pénale », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 6^e éd., 2000, p. 439 s.

²⁷ V. F. SAINT-PIERRE, « La nature juridique des droits de la défense dans le procès pénal », *D.* 2007, Chron., p. 260 s.

²⁸ V. part. sur cette démarche C. GINESTET, « Les droits de la défense en procédure pénale », in *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 25^e éd., 2019, p. 745 s., spéc. n° 751.

strict à une garantie de la procédure, et de plus en plus aujourd'hui de toute procédure, juridictionnelle ou non²⁹.

Cette mutation de la conception des droits de la défense est en grande partie le résultat de la fondamentalisation des droits de la défense. Si ces derniers ont depuis longtemps été identifiés comme un principe premier de la procédure, souvent rattaché au droit naturel³⁰, le droit français a toujours été réticent lorsqu'il s'agissait de donner aux droits de la défense leur plein potentiel. C'est sous l'effet de la constitutionnalisation, et bien plus de la conventionnalisation des droits de la défense, que ceux-ci se sont développés. La Cour européenne des droits de l'homme a progressivement élargi sa définition de la notion d'accusation en matière pénale afin que les garanties du procès équitable ne soient pas limitées à la phase de jugement³¹. Ce redéploiement des droits de la défense, en amont et parfois en dehors du procès, devenait incompatible avec son absence de cadre théorique. Les efforts de la doctrine se concentrent désormais davantage sur une approche notionnelle des droits de la défense. Tirant les leçons de ces changements, certains ont pu estimer que les droits de la défense ne s'appliquent pas aux parties à l'instance, mais plus largement aux parties à un acte juridique (l'acte d'enquête pouvant, dans cette analyse recevoir cette qualification)³². Ainsi, les droits de la défense devraient s'appliquer au profit de toute personne soumise à un pouvoir unilatéral de décision modifiant la situation juridique substantielle de la personne³³. D'autres ont pu rattacher cette évolution à la notion de suspicion qui, dans une conception élargie, permettrait d'offrir un critère opérant pour l'application des droits de la défense. Le suspect serait

²⁹ Puisque les droits de la défense ont vocation à s'étendre aux procédures non-juridictionnelles, y compris aux modes amiables de règlement des différends.

³⁰ V. en ce sens, la célèbre et ancienne formule de la Cour de cassation : « la défense étant de droit naturel, personne ne peut être condamné sans avoir été en mesure de se défendre », Cass. civ., 7 mai 1828, S. 1828. 329. V. également, H. MOTULSKY, « Le droit naturel dans la pratique jurisprudentielle. Le principe du respect des droits de la défense en procédure civile », *Mélanges Roubier*, T. II, Dalloz-Sirey, 1961, p. 175 s.

³¹ V. pour une présentation de cette évolution, S. GUINCHARD et alii, *Droit processuel. Droit commun du procès et droit comparé du procès*, Dalloz, 10^e éd., 2019, n° 170 s. V. également, J. BEAUME (dir.), *Rapport sur la procédure pénale*, juill. 2014, p. 18 et 19.

³² V. Y. CAPDEPON, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, op. cit., n° 324 s.

³³ Avec la définition suivante des droits de la défense : « norme contenue dans un principe fondamental, qui impose que toute partie à un pouvoir décisionnel unilatéral potentiellement défavorable à ses intérêts soit en mesure de soutenir ou de contester la prétention formulée par elle ou contre elle antérieurement à la prise de décision », Y. CAPDEPON, op. cit., n° 482. L'auteur propose une approche normative des droits de la défense qui consiste à distinguer le principe de défense, en tant que norme de droit positif qui irrigue l'ensemble des procédures, et les garanties de défense, qui dans leur diversité peuvent avoir un contenu différent selon les procédures considérées. Néanmoins, ces garanties se résumeraient à quatre garanties essentielles : le contradictoire, un temps suffisant pour préparer sa défense, l'assistance par un avocat et le droit à la preuve.

ainsi le titulaire des droits de la défense, tout au long de la procédure, de la notification du soupçon jusqu'au complet jugement de l'affaire. La suspicion deviendrait ainsi une véritable notion juridique transversale, et le suspect pourrait être défini comme « la personne qui, avant jugement et alors qu'elle est toujours couverte par la présomption d'innocence, est supposée avoir participé, en qualité d'auteur ou de complice, à la commission d'une infraction »³⁴. En procédure pénale, seraient ainsi visés : le prévenu ou l'accusé devant la juridiction de jugement, le témoin assisté et le mis en examen devant le juge d'instruction, mais également le gardé à vue et la personne entendue librement devant l'officier de police judiciaire.

À ce stade, une question reste ouverte : doit-on admettre un contenu variable des droits de la défense selon les phases de la procédure et le degré de suspicion ? Tel est, semble-t-il, l'enjeu des évolutions à venir. C'est dire que le destin de la loi Constans n'est sans doute pas encore pleinement accompli...

³⁴ V. notre proposition, « Le suspect, entre audition libre et garde à vue », *La garde à vue : vers un nouveau renforcement des droits de la défense ?* (dir. S. Pellé), Presses Universitaires de Pau, 2015, vol. 4, p. 25 s., spéc. p. 28.

Jean Cruppi, un juriste toulousain réinventeur de la Cour d'assises du XIX^e siècle

Commentaire de l'essai, J. CRUPPI, *La Cour d'assises*,
Lévy frères, 1898

Hélène CHRISTODOULOU

*Docteur en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*



Avocat et homme politique toulousain, Jean Cruppi, s'est longuement interrogé sur la justice pénale de son temps, celle du XIX^e siècle. L'exercice de ses différentes fonctions au sein des trois pouvoirs politiques, durant la III^e République, a forgé son esprit critique face aux institutions. Le pouvoir judiciaire est le premier à avoir suscité son intérêt lorsqu'il était magistrat à la Cour de cassation ; il a ensuite longtemps représenté la volonté du peuple, d'abord en tant que député puis en tant que sénateur de la Haute-Garonne ; et il s'est concomitamment dévoué à des missions exécutives en étant titulaire, pendant de courtes durées, de divers portefeuilles ministériels. Pour autant, par l'écriture d'un essai visionnaire, en 1898, relatif à la Cour d'assises, il témoignait d'une âme révolutionnaire avant le début de cette carrière riche d'expériences.

Cet écrit se retrouve aux confins du roman et du documentaire au sein duquel il dépeint avec un pinceau affûté un tableau impressionniste de la juridiction criminelle de la fin du XIX^e siècle. Influencé par son expérience de la magistrature, il pose un décor romancé lui permettant, en réalité, de dénoncer les problématiques concrètes de son temps au sein des Cours d'assises et plus particulièrement de celle de Paris, faisant parfois échos à certaines difficultés actuelles. Il ne se contentera pas de descriptions et d'analyses superficielles puisqu'il rapportera, en tant que parlementaire, de nombreux textes de loi en lien avec ses propositions dont certaines sont désormais renfermées au sein du droit positif. Les deux difficultés prégnantes qu'il met en relief, au travers d'un argumentaire vif, portent tant sur son

fonctionnement que sur ses organes ; une fois identifiées et étudiées, notamment à l'aide d'une analyse comparative, il propose, sous une forme plus académique, des réformes afin d'y remédier. La lecture de ses écrits laisse transparaître sa volonté inépuisable de changements avec pour seule finalité : une justice respectueuse des droits de l'Homme. Pour autant, il ne berce pas le lecteur d'illusions, il s'avère parfaitement réaliste en affirmant que la France mettra du temps « à adopter les idées nouvelles¹ ».

Ainsi, la manière dont Jean Cruppi présente et *réinvente* la Cour d'assises de son temps doit être étudiée afin de cerner l'homme visionnaire qu'il était. À cette fin, l'identification des critiques émises par l'auteur à l'égard de la juridiction (I), laissera place à ses idées réformatrices (II).

I. Jean Cruppi, un détracteur de la Cour d'assises du XIX^e siècle

Dans son essai, Jean Cruppi, dénonce le fonctionnement de la Cour d'assises (A) et de ses organes² (B), avant de tenter d'y remédier.

A. Le fonctionnement de la Cour d'assises en perdition

Il débute son essai par la critique d'un phénomène « au nom barbare »³ : la correctionnalisation⁴ qui a pour effet de transformer la Cour d'assises en une juridiction exceptionnelle⁵ – cette dernière étant désormais dessaisie par l'appréciation discrétionnaire de l'autorité de poursuite – au profit du tribunal correctionnel⁶. Partant « la France n'a pas en réalité de juridiction criminelle, mais il lui en reste le décor, où se jouent, pour le plus grand profit de l'éloquence judiciaire, quelques représentations de gala »⁷. Dès lors, il dénonce l'apparition d'une « justice à toute vapeur » où des infractions d'une gravité certaine se retrouvent devant un juge « contraint à statuer en quelques

¹ J. CRUPPI, *La Cour d'assises*, Lévy frères, 1898, p. 291.

² V. pour une description du fonctionnement de la Cour d'assises au début du XX^e siècle, venant appuyer les propos de l'auteur, A. GIDE, *Souvenirs de la Cour d'assises*, Folio, 1914.

³ *Ibid.*, p. 4.

⁴ La correctionnalisation consiste à disqualifier des faits qui relèvent objectivement du crime pour les requalifier en délit afin qu'il soit jugé par le tribunal correctionnel au détriment de la cour d'assises.

⁵ *Ibid.*, p. 3 et s.

⁶ Il affirme au sujet du tribunal correctionnel qui est une juridiction qui : « dans la matière immense des délits, et investie de pouvoirs considérables par plusieurs lois récentes (notamment par la loi du 27 mai 1885 sur la relégation), tend à devenir dans notre droit pénal la juridiction universelle », *Ibid.*, p. 5.

⁷ J. CRUPPI, *La Cour d'assises*, Lévy frères, 1898, p. 13.

secondes, sans documents qui puissent l'éclairer, sur des questions qui engagent souvent les plus délicats problèmes de criminalité⁸ ».

Le second effet pervers du phénomène de correctionnalisation qu'il rejette repose sur la peine prononcée et notamment sur « ces journées de prison, jetées presque au hasard »⁹ qui « ne peuvent aboutir qu'à l'augmentation de la récidive¹⁰ » ! En effet, il considère que les tribunaux correctionnels distribuent culturellement de courtes peines automatiques « loin de contribuer à la défense sociale ou au relèvement du coupable¹¹ ». En définitive, c'est une justice expéditive qu'il évoque au moment où les principes directeurs du droit pénal comme l'individualisation des peines, défendue par Saleilles la même année¹², émergent dans les esprits les plus éclairés. À l'inverse, il souhaite décriminaliser les infractions de presse dont il dépeint un tableau très critique¹³.

Parallèlement, il décortique la procédure devant la juridiction criminelle avec la volonté de mettre en exergue les effets néfastes qu'elle a sur le justiciable. Selon lui, de nombreux usages sont devenus des règles au détriment d'une bonne administration de la justice. « Avant de songer à réformer nos codes condamnons donc de semblables pratiques, qui viennent exagérer si gravement leurs imperfections¹⁴. » Il illustre son propos à l'aide de divers exemples comme celui relatif aux règles entourant le témoignage du suspect. Ce dernier doit être fourni librement, mais dans les faits le président de la juridiction, en s'éloignant des prescriptions de la loi, interroge le suspect, endossant ainsi un rôle non pas de départiteur, mais d'accusateur¹⁵.

Par ailleurs, il critique, à l'instar du système anglo-saxon, les témoignages « par ouï-dire » qui constituent des preuves admissibles, alors qu'elles ne reposent sur rien de tangible¹⁶.

Enfin, concernant le délibéré il dénonce, une nouvelle fois, les faiblesses du système. Les pièces communiquées au jury sont sélectionnées par le magistrat, laissant planer le doute quant à l'impartialité dans le choix des éléments fournis¹⁷. De surcroît, le fait de résoudre des questions de droit, alors que la loi fait d'eux des juges exclusifs du fait, suscite la réflexion, car selon

⁸ *Ibid.*, p. 6.

⁹ *Ibidem.*

¹⁰ *Ibidem.*

¹¹ *Ibidem.*

¹² R. SALEILLES, *L'individualisation de la peine – Étude de criminalité sociale*, 3^e éd., la BNF et Hachette Livre, 1927.

¹³ Pour de plus amples développements V. *Ibid.*, p. 171 et s.

¹⁴ *Ibid.*, p. 78.

¹⁵ *Ibid.*, p. 80.

¹⁶ *Ibid.*, p. 82.

¹⁷ *Ibid.*, p. 97.

l'auteur les jurés maîtrisent mal leur rôle¹⁸ ; ils ont « une attention novice¹⁹ » et ils demeurent « bien confus de se voir tout à coup et sans aucun apprentissage chargés de faire le plus grand des métiers sans doute : celui qui consiste à rendre la justice, à distribuer les peines, la vie, la délivrance et peut-être la mort²⁰ ». D'autant que « la loi ne demande pas compte aux jurés des moyens par lesquels ils se sont convaincus²¹ », faisant naître « l'arbitraire absolu²² » dans leur âme. Par ailleurs, les rapports entre le président de la juridiction et les jurés interrogent l'auteur. En effet, lorsque la majorité n'est pas obtenue, le magistrat est appelé à les rejoindre. Ainsi, « comment, ici, dans le mystère, en l'absence de l'accusé et de l'accusateur, pourraient-ils faire sans contrôle ce qu'ils n'ont pu faire en public²³ » ? Cette situation constituerait, selon lui, une « dangereuse pratique²⁴ » qui remettrait en cause l'indépendance du jury ; d'autant que le vote demeure secret²⁵. Pour autant, il relativise, plus globalement son propos, en relevant l'existence d'un « progrès immense que représente, malgré tout, ce système, si on se reporte au temps si voisin où l'accusé n'avait point de défenseur, où la justice criminelle était rendue en secret²⁶ ».

À la fin de son argumentaire critique, il affirme, plus largement, ses différentes volontés à l'égard du système pénal de son temps : le respect du principe de l'égalité entre les différentes parties dans la loyauté et la sagesse permises par la présence d'un juge indépendant et impartial²⁷. Dès lors les deux organes principaux occupant la Cour d'assises, ayant donné lieu à de nombreux développements de sa part, doivent être étudiés.

B. Les organes de la Cour d'assises en quête de sens

Après une analyse documentée, il va remettre en cause : d'une part, le mode de détermination des jurés qui se fait par un tirage au sort parmi un panel très restrictif de citoyens qu'il considère mal formés à la mission temporaire qui leur incombe ; et d'autre part, la composition du jury qui ne compte dans ses rangs presque que des négociants²⁸, les classes populaires, les « hauts

¹⁸ *Ibid.*, p. 103.

¹⁹ *Ibid.*, p. 70.

²⁰ *Ibid.*, p. 29.

²¹ *Ibid.*, p. 31.

²² *Ibid.*, p. 33.

²³ *Ibid.*, p. 105.

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ *Ibid.*, p. 107.

²⁶ *Ibid.*, p. 151-152.

²⁷ *Ibid.*, p. 152-153.

²⁸ *Ibid.*, p. 20.

représentants de la nation » et « tout homme ayant besoin de son travail manuel et journalier pour vivre » étant dispensés de cette fonction.

La méfiance à l'égard des deux magistratures est, également, abordée. Selon lui, tant le siège que le parquet manquent d'impartialité en disposant tous deux d'une fonction d'accusateur²⁹. À ce sujet, le portrait du président de la juridiction qu'il dépeint, sur fond d'un dialogue, probablement romancé, entre un jeune stagiaire et un « individu curieux », va dans ce sens³⁰. Deux critiques sont émises par l'auteur : la première a trait à ses garanties statutaires puisque le juge est en définitive soumis à l'accusateur qui a un rôle déterminant dans sa gestion de carrière³¹, tant concernant sa nomination³² que l'état d'avancement de ses fonctions ; la seconde est liée à son manque de spécialisation, car ce sont des juges civils, la matière étant regardée, à l'époque, comme plus prestigieuse que le droit criminel³³. Pour autant, malgré cette pensée dominante, l'auteur affirme, au contraire, que « le magistrat civil ne sera donc pas apte à les juger *savamment*³⁴ ». Plus largement, c'est à la fois ses garanties statutaires et de plus amples compétences techniques, de sa part, qui sont exigées.

Il considère la Cour criminelle de Londres plus exemplaire que le système français avec des magistrats plus « sérieux » et des jurés formés et « expérimentés³⁵. » Il va alors proposer dans son essai des réformes tendant vers ces objectifs anglo-saxons.

II. Jean Cruppi, un réformateur de la Cour d'assises du XIX^e siècle

Après la critique, Jean Cruppi, en vient à la réforme de la Cour d'assises qui passe d'abord par la remise en cause de ses organes (A) puis par leurs concours respectifs afin de la sceller (B).

²⁹ *Ibid.*, p. 39.

³⁰ *Ibid.*, p. 109.

³¹ *Ibid.*, p. 110 et s.

³² *Ibid.*, p. 123 ; il conclut donc en ces termes : « Nous savons donc par qui est désigné le président d'assises : le Parquet l'apprécie, le ministre le nomme ».

³³ *Ibid.*, p. 126 et s.

³⁴ *Ibid.*, p. 129.

³⁵ *Ibid.*, p. 52.

A. La remise en cause des organes de la Cour d'assises au centre de l'idée réformatrice

L'indépendance du juge est l'une des idées directrices de la volonté réformatrice de Jean Cruppi. À cet égard, il souhaite que le parquet retrouve sa place afin qu'il ne soit plus soupçonné « de tenir en aucune façon le juge sous sa dépendance³⁶ ». En somme, il préconise, sans considérer que ce soit une volonté chimérique³⁷, d'éloigner « le ministère public de toute ingérence dans le choix du président »³⁸. À cette fin, il propose de revenir à la première rédaction du code criminel, c'est-à-dire à sa désignation « par la Cour elle-même³⁹ ». De surcroît, il exige qu'il soit un pénaliste d'expérience qui nécessite une maîtrise particulière de la matière permise par « un enseignement actif et vivant du droit criminel et des sciences qui s'y attachent⁴⁰ ».

La modification du « profil » des jurés est, également, ardemment préconisée. Il évince l'idée d'un tirage au sort, préférant un choix non pas entre une catégorie resserrée de personnes, mais parmi « les hommes capables d'être juges parmi tous les groupes sociaux⁴¹ ». Il apparaît optimiste, « cette idée d'admettre parmi les jurés quelques représentants de la classe ouvrière est d'ailleurs en train de faire son chemin dans le monde⁴² ». Il rajoute, pour ne pas les mettre en difficulté, l'idée de légiférer pour les indemniser et les protéger d'un éventuel licenciement ; ce qui constitue pour son époque une réflexion sociale très novatrice⁴³. Pour autant, il prévoit certaines exclusions : d'abord, les condamnés considérés comme indignes ; ensuite les ministres, les députés et certains fonctionnaires dont les missions sont jugées incompatibles avec le rôle de juré⁴⁴ ; enfin, sans l'aborder explicitement, les femmes exclues de fait par la société.

De surcroît, il propose un nouveau système afin de déterminer les futurs jurés. Ils seraient choisis par deux commissions « composées d'éléments électifs et d'éléments judiciaires, et présidées, comme aujourd'hui par des

³⁶ *Ibid.*, p. 156-157.

³⁷ *Ibid.*, p. 330 : « Non, il n'est pas chimérique de vouloir pour la France une magistrature affranchie à jamais de la politique, véritable point fixe d'une démocratie qui sera bien longtemps encore agitée par les passions et les querelles ».

³⁸ *Ibid.*, p. 277-278.

³⁹ *Ibid.*, p. 279.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 328.

⁴¹ *Ibid.*, p. 255 et s.

⁴² *Ibid.*, p. 263 : « Une application de cette idée a été tentée en France en 1848, et, si nous en croyons un publiciste qui a consulté avec soin les comptes d'assises, elle aurait donné à ce moment de forts bons résultats. Les Hommes du peuple se seraient montrés "plus exacts, plus attentifs... d'une fermeté plus consciencieuse" que les membres du jury "censitaire et bourgeois" ».

⁴³ *Ibid.*, p. 264.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 255-256.

magistrats⁴⁵ », afin de préserver leur indépendance. La première proposerait une liste avec les noms des futurs jurés, qui serait susceptible de recours, et la seconde les sélectionnerait⁴⁶. Selon lui, cette dernière devrait avoir la possibilité d'étendre la liste, dans la limite d'un quart, afin « d'élever son niveau »⁴⁷.

« Nous supposons donc nos jurés mieux recrutés, notre président d'assises parfaitement choisi et préparé en vue de sa tâche ; un grand pas sans doute aura été fait, mais l'œuvre sera-t-elle accomplie ? Pas encore⁴⁸ » ; il préconise alors un meilleur concours entre les divers organes.

B. Le concours des organes de la Cour d'assises scellant la réforme

Il réfute les arguments de certains « criminalistes » qui affirmaient « que l'expert succédera au jury comme le jury a succédé à la torture et la torture aux ordalies...⁴⁹ », car pour lui il n'est pas question du remplacement d'un organe au détriment d'un autre, mais plutôt d'une coopération entre les différents protagonistes de la juridiction criminelle qui devrait améliorer son fonctionnement. En effet, « l'expert, le magistrat et le juré sont des forces dissemblables dont le concours est nécessaire⁵⁰ ». À cette fin, il rappelle ce que chacun apporte dans le procès : « l'expert sa science sur des points donnés ; le juge sa connaissance des lois et son expérience des affaires ; le juré sa fraîcheur de conscience, son impression juste du sentiment public⁵¹. » Plus précisément, il consacre d'amples développements concernant l'expertise, qu'il faut selon lui faire évoluer. Afin qu'elle devienne plus « crédible » il faut donc « qu'elle le mérite : elle ne peut le mériter qu'en devenant contradictoire. Cela signifie que, dans toute expertise, il faut que les intérêts de l'accusation et les intérêts de la défense soient séparément représentés. Deux experts seront désignés, l'un par le juge, l'autre par l'inculpé, et leurs conclusions seront prises en commun, après avoir été discutées contradictoirement⁵² ».

Il souhaite, en outre, que le président prenne de la hauteur par rapport au débat afin de laisser la charge de l'interrogatoire aux avocats et au ministère public. Selon lui, « plus ses interventions seront rares et discrètes, plus grande sera son autorité morale⁵³ ». Il veut mettre en lumière son rôle non pas

⁴⁵ *Ibid.*, p. 257.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 266 et s.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 272.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 288.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 251.

⁵⁰ *Ibidem.*

⁵¹ *Ibidem.*

⁵² *Ibid.*, p. 299.

⁵³ *Ibid.*, p. 298.

« d'enquêteur », mais de départiteur afin qu'il exerce pleinement sa fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher un litige⁵⁴.

Quant au délibéré, il propose d'officialiser l'intervention du président afin d'aider les membres du jury à statuer sur la culpabilité de l'accusé. Pour autant, il conditionne cette présence à l'immixtion de l'ensemble des parties : l'accusateur, la partie civile, l'accusé et son défenseur pour que la procédure ne prenne pas une tournure occulte⁵⁵.

En définitive, ce sont certains principes du procès pénal moderne qu'il esquisse avec justesse tout au long de son essai, ce qui fait de ce juriste toulousain du XIX^e siècle un homme véritablement visionnaire. Il renvoie parfois le lecteur à la situation actuelle de la Cour d'assises qui constitue, au XXI^e siècle, malgré les réformes entreprises, une juridiction encore perfectible⁵⁶.

⁵⁴ D. D'AMBRA, *L'objet de la fonction juridictionnelle : dire le droit et trancher les litiges*, Bibliothèque de droit privé, LGDJ, t. 236, 1994.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 294.

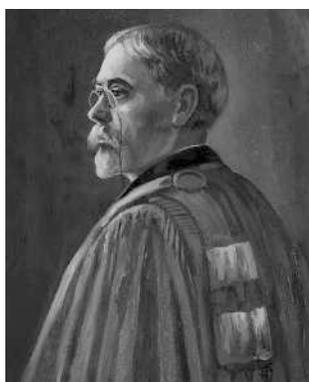
⁵⁶ V. not. sur la Cour d'assises, H. ANGEVIN, *La pratique de la Cour d'assises*, 6^e éd, Lexisnexis, 2016 ; P.-M ABADIE et M. DOSE, *Cour d'assises : quand un avocat et un juré délibèrent*, D., 2014 ; A. JELLAB et A. GIGLIO, *Des citoyens face au crime – Les jurés d'assises à l'épreuve de la justice*, PUM, 2012 ; F. CHAUVAUD, *La chair des prétoires – Histoire sensible de la Cour d'assises 1881-1932*, PUR, 2010 ; J. PRADEL (dir.), *Quelle participation des citoyens au jugement des crimes ? À propos de la réforme de la Cour d'assises*, Travaux de l'institut de sciences criminelles de Poitiers, Cujas, 1997.

Le Doyen Maurice Hauriou et sa note au *recueil Sirey* à propos des *infractions objectives*¹

Fabien ROMEY

ATER

Doctorant en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole



1. Le Doyen Maurice Hauriou. Le Doyen Hauriou n'était pas pénaliste. Destiné à accueillir un dossier sur les grands pénalistes toulousains, la place attribuée à cet auteur pourrait être considérée, de prime abord, comme intrusive. Pour autant, était-il réellement possible de passer sous silence un auteur auquel tout étudiant en droit a eu à faire face dès son premier cours de droit constitutionnel ou de droit administratif ? L'auteur de ces lignes a ainsi entendu parler de cette fameuse « école de Toulouse » dès son premier cours de droit constitutionnel à Nice. Si ce maître du droit administratif dispose d'un portrait logeant dans les plus belles et honorables salles de l'Université de Toulouse, qui comprend aujourd'hui un centre de recherche portant son nom et a eu l'occasion d'écrire un commentaire d'arrêt touchant à la matière pénale, ne serait-il pas l'occasion de lui offrir cette place au sein des grands auteurs pénalistes (publicistes ?) de la ville rose ?

2. Droit administratif & droit pénal. Après tout, existe-t-il un antagonisme entre le droit administratif et le droit pénal ? En tant que déclinaisons du droit public, le droit administratif et le droit pénal peuvent tous deux participer à la représentation d'une personne publique contre une personne privée ; bref, ils empruntent des « rapports verticaux »². D'ailleurs, le droit pénal n'ignore pas les actes administratifs : bien que le juge pénal soit un juge judiciaire et que la loi des 16 et 24 août 1790 séparant l'ordre judiciaire de l'ordre administratif ne permette pas à un ordre d'empiéter sur les

¹ M. HAURIOU, note sous CE, 8 mai 1896, *Gilotte*, S. 1897, III, p. 113.

² J.-P MARGUÉNAUD, « La *summa divisio* et les concours d'agrégation de droit public et de droit privé », in *De l'intérêt de la summa divisio droit public-droit privé ?*, Dalloz, Coll. Thèmes et commentaires, 2010, p. 241.

compétences du second, le juge pénal demeure compétent pour apprécier la légalité d'un tel acte si l'issue du procès en dépend³. Par la même occasion, il peut être compétent pour apprécier si une collectivité territoriale pouvait, dans le cadre d'une activité en régie, effectuer une convention de délégation de service public⁴. Ces exemples illustrent donc l'absence d'antagonisme manifeste du droit pénal avec le droit administratif : ces deux droits apparaîtraient même aujourd'hui au sein d'une mouvance « d'attraction réciproque »⁵. Pourtant, le droit administratif domanial participe des aspects singuliers échappant au droit pénal commun⁶, puisque la répression des contraventions de grande voirie relève non de la compétence du juge judiciaire, mais du juge administratif. Ce faisant, si la répression des contraventions de grande voirie échappe au droit pénal, elle s'inscrit néanmoins sans doute au sein la matière pénale, ce qui justifie l'insertion de cet aspect dans ce dossier.

3. Arrêt *Gilotte* & note du Doyen Maurice Hauriou. Le Doyen Hauriou a effectué un commentaire d'un arrêt du Conseil d'État du 8 mai 1896, dit arrêt *Gilotte*⁷, dans lequel il qualifie d'infraction « objective » la contravention de grande voirie à l'aune du défaut d'appréhension des éléments d'imputabilité dans la caractérisation de cette infraction. En l'espèce, un navire manœuvré par un préposé avait occasionné des avaries à une écluse sur un canal appartenant à l'État. Le propriétaire de ce navire se verra condamné solidairement avec son préposé par le conseil de préfecture. Contestant cette condamnation en précisant que la peine est censée être personnelle et que seul le préposé devait supporter cette charge, il perdra néanmoins, le Conseil d'État rejetant son pourvoi aux motifs que le requérant aurait occasionné l'atteinte du fait de sa propriété du navire. Le Doyen Hauriou explique alors « qu'en matière de contravention de grande voirie, peuvent être condamnés à l'amende, non seulement les auteurs de l'accident, mais encore ceux pour le compte desquels ils agissent » ; formulation prophétique des conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales résultant de la réforme du code pénal 1994 mais déjà admise par droit pénal domanial⁸.

4. La contravention de grande voirie : notion et régime. La contravention de grande voirie participe de la conservation du domaine public en ayant pour objet de sanctionner toute atteinte qui y est portée, qu'il s'agisse de son intégrité ou de sa mauvaise utilisation. Les professeurs Philippe Godfrin

³ Art. 111-5 C. pén.

⁴ Art. 121-2 al. 2 C. pén.

⁵ P. COMBEAU et J. LEBLOIS-HAPPE, « Droit pénal et droit administratif », in *Droit pénal et autres branches du droit*, Cujas, Coll. Actes et études, 2012, p. 379, *spéc.*, p. 382.

⁶ J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, Coll. Thémis, 6^e éd. 2006, p. 247.

⁷ CE, 8 mai 1896, *Gilotte*.

⁸ J. MORAND-DEVILLIER, P. BOURDON et F. POULET, *Droit administratif des biens*, LGDJ, Coll. Cours, 10^e éd. 2018, p. 205.

et Michel Degosse la définissent comme « tout fait de nature à compromettre la conservation ou l'état matériel du domaine ou nuire à l'usage auquel il est destiné »⁹. Toutefois, il convient de souligner que l'application de cette infraction ne concerne pas l'intégralité du domaine public, à l'instar du domaine public routier¹⁰, donnant lieu à des contraventions de voirie routière, *ex* contraventions « de petite voirie », qui ressortit au juge judiciaire. Sont ainsi comprises au sein des « grandes voiries », les atteintes aux voies de communication autres que routières, soit les domaines maritime¹¹, fluvial¹², ferroviaire¹³, aéronautique¹⁴ et militaire¹⁵, ainsi que leurs servitudes¹⁶. Concernant l'appréhension de l'élément moral, le thème apparaît ici sujet à débat, puisque la contravention de grande voirie serait perçue, selon le Doyen Hauriou, comme une *infraction objective* à laquelle l'élément intentionnel n'appartiendrait pas. Enfin, concernant le régime répressif, si la contravention de grande voirie dispose d'une particularité issue des lois du 28 pluviôse an VIII et du 29 floréal an X attribuant leur répression non pas au juge judiciaire, mais au juge administratif¹⁷, les originalités ne s'arrêtent pas là. En effet, nombre de spécificités remarquables peuvent surprendre le pénaliste, à l'instar d'un régime juridique propre à l'action publique¹⁸ ou encore à la peine, celle-ci pouvant être prononcée *in solidum* et même être transmissible aux héritiers. Le Doyen Hauriou considère ici que « l'amende de grande voirie aurait complètement perdu son caractère de pénalité, que, par conséquent, la contravention de grande voirie aurait cessé d'être une infraction pour devenir un simple quasi-délit civil », ce qui lui permet d'affirmer que cette amende serait une forme « de dommages-intérêts ».

5. La théorie de l'infraction objective. C'est à l'aune de la théorie de l'*infraction objective* proposée par le Doyen Hauriou que cette étude entend

⁹ P. GODEFRIN et M. DEGOSSE, *Droit administratif des biens*, Sirey, Coll. Université, 10^e éd. 2012, n° 308.

¹⁰ Art. L. 2132-1 CG3P qui renvoie aux conditions fixées par le chapitre VI du titre 1er du livre 1er du code de la voie routière.

¹¹ Arts. L. 2132-3 et s. CG3P.

¹² Arts. L. 2132-5 et s. CG3P.

¹³ Art. L. 2132-12 CG3P.

¹⁴ Art. L. 2132-13 CG3P.

¹⁵ Art. L. 2132-14 CG3P.

¹⁶ Arts. L. 2135-15 et s. CG3P.

¹⁷ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 248.

¹⁸ Alors que l'enclenchement d'une procédure pénale est régi par le principe d'opportunité des poursuites, la contravention de grande voirie est quant à elle régie par le principe d'automatisme des poursuites. De même, le caractère répressif et réparateur de l'action principale doit également être distinguée d'une action publique au sens du code de procédure pénale. V. not. D. LEDAIN, « Une infraction pénale atypique : la contravention de grande voirie », in *L'infraction pénale en droit public*, L'Harmattan, Coll. BibliothèqueS de droit, 2010, p. 62, *spéc.*, p. 69 et s.

poser analyse et critique. Si ce maître du droit administratif oppose *l'infraction objective* du traitement juridique réservé aux contraventions classiques sur la base d'une démonstration minimale de l'imputabilité pour ces secondes et inexistante pour cette première, il considère toutefois que cette théorie s'insère à l'ensemble des contraventions de police, elle serait même leur « saine notion ». C'est pourquoi la théorie de *l'infraction objective* proposée par le Doyen Hauriou sera examinée à l'aune de sa constitution (I.) et de sa répression (II.).

I. La constitution de l'infraction objective

6. Éléments matériel et moral. L'infraction objective est décrite par le Doyen Hauriou comme « un fait puni à raison de sa seule matérialité ». Cette affirmation se retrouve fréquemment sous le prisme du domaine contraventionnel. Aussi, si la matérialité apparaît effectivement comme le nœud gordien répressif (A) ; l'examen de la place réduite de l'élément moral permet de révéler un débat quant à son existence (B).

A. L'élément matériel dominant

7. In limine. Le Doyen Hauriou a écrit que « si les règles de police ont pour unique objectif le maintien de l'ordre de fait, les infractions à ces règles doivent aussi pouvoir être constituées par de simples faits matériels, car les faits matériels ou les accidents viennent déranger l'état de fait autant que les faits imputables » ; ce faisant, l'auteur oppose les contraventions aux crimes et délits en considérant pour ces derniers qu'ils sont « des infractions à l'ordre juridique et à l'ordre moral » tandis que les contraventions répondent à une « nécessité sociale ». La constatation de cette infraction résulterait donc exclusivement « du fait ». Cela étant, qu'en est-il de ce « fait » ? La lecture de la note ne laisse guère entrevoir une réelle représentation de celui-ci.

8. Le résultat et (est) le fait. Le résultat est-il inclus au sein de la constitution de l'infraction ? La réponse semble être positive, le Doyen Hauriou affirmant que la contravention de grande voirie contredit un « ordre de fait ». Concrètement, cette contravention, à l'inverse des infractions pénales classiques, n'impliquerait pas de s'intéresser principalement au comportement de l'agent, mais davantage à l'intégrité du domaine public. Toutefois, si cette première appréhension du résultat permet de mettre en exergue une atteinte matérielle, la contravention de grande voirie ne saurait se limiter à ce seul résultat. En effet, l'atteinte constitutive de l'infraction peut également revêtir une approche « juridique » en présence d'une mauvaise utilisation du bien sans qu'il résulte par la suite une quelconque déprédation de celui-ci. Autrement dit, l'atteinte au domaine public constitutif de l'infraction correspondrait à une

compromission de l'affectation d'un bien du domaine public. L'affaire *Gilotte* ne laissait guère de place à une quelconque difficulté dans la caractérisation de ce résultat, puisqu'un navire avait occasionné des dégradations à une écluse, venant ainsi déranger, selon la plume du Doyen Hauriou, cet « état de fait ». Ainsi, ce « fait » apparaît comme l'appréhension principale du résultat alors que le droit pénal saisit davantage le « fait » sous le prisme comportemental.

9. Le comportement et le (ou le participant au) fait. Si l'atteinte à l'affectation du domaine apparaît comme l'élément permettant de fonder la répression, encore faudrait-il qu'il puisse être relié à un comportement l'ayant occasionné afin de pouvoir établir qui est l'auteur du comportement et, par déclinaison, de l'infraction. Sous couvert d'une certaine évidence dans cette affirmation, la constitution d'une contravention de grande voirie ne semble guère s'associer à une telle considération et permet de soulever l'un des attraits les plus remarquables des spécificités qu'elle offre au regard du droit pénal. L'affaire *Gilotte* est un révélateur dans la détermination de(s) auteur(s) de l'infraction, puisque le propriétaire du navire a été qualifié, au même titre que son préposé, d'auteur de l'infraction, alors qu'il n'avait ni le commandement ni l'usage du navire sujet de l'atteinte. Le Conseil d'État ayant retenu sa qualité d'auteur uniquement sur la base de *la propriété qu'il détenait sur la chose objet de l'atteinte*. Quant au préposé, celui-ci est également reconnu comme auteur pour avoir eu *l'usage de cette même chose*. Autrement dit, l'appréhension du comportement apparaît indifférente afin de qualifier un agent d'auteur. Il importe davantage de relever un sujet de participation à l'atteinte et de baser la qualité d'auteur, lorsque le sujet est une chose, sur la démonstration d'un droit réel. Les contraventions de grande voirie admettraient-elles une responsabilité du fait des choses¹⁹ ?

10. La démonstration du « fait » de l'infraction objective a permis de révéler la prédominance du résultat constitutif de l'infraction. Aussi, si les contraventions sont généralement perçues comme des « infractions de comportement », l'infraction objective apparaît davantage comme fondée sur le seul constat d'une atteinte. Si cette logique relève plus de la responsabilité civile que de la responsabilité pénale, l'examen de l'élément moral permet d'en arriver à la même conclusion.

¹⁹ Une question pourrait également être envisagée sous par une éventuelle responsabilité pénale du fait d'autrui : *quid* si le sujet de participation était un mineur ; envisagerait-on de reconnaître la qualité d'auteur aux parents ?

B. L'élément moral dominé

11. La contravention de police et la « nouvelle » contravention pénale. La contravention de police n'existe plus en droit positif. Cette ancienne dénomination, généralement associée à l'amende contraventionnelle, correspondait à l'idée que ces contraventions reflétaient une atteinte aux autorités de police administrative, justifiant leur traitement hors du sentier du droit pénal²⁰ et impliquant l'inexistence de l'élément moral. Les évolutions de la matière ont aujourd'hui inclus les contraventions au droit pénal ; ce faisant, l'appréhension de l'élément moral au sein de celles-ci nécessitait d'être posée. Si l'infraction objective au sens du Doyen Hauriou semble ressusciter le régime juridique des contraventions de police concernant l'élément moral, le débat sur la place de celui-ci au sein des contraventions demeure vivace.

12. L'inexistence affirmée de l'élément moral. Afin de justifier sa théorie consistant à reconnaître l'existence d'une *infraction objective*, le Doyen Hauriou relève qu'il n'y aurait qu'une seule matérialité dans la constatation de cette infraction : soit le résultat. Ainsi, l'élément moral du sujet de participation serait, tout simplement, inexistant. L'auteur considère en effet que ces infractions ne seraient contraires qu'aux règles de police, celles-ci n'ayant qu'un rapport très éloigné avec l'ordre juridique et la morale. De même, le Doyen Hauriou considère que l'étendue de l'application des questions d'imputabilité aux contraventions de police correspond à une catégorisation artificielle du législateur ayant étendu, par la codification, les grands principes du droit pénal aux contraventions. Cette affirmation tendrait à assimiler les questions relatives à culpabilité avec l'imputabilité pour les exclure totalement *des infractions objectives* afin d'établir un système répressif que le commissaire du Gouvernement Philippe Dondoux qualifia de « bête et méchant »²¹.

13. Aussi, si ce système demeure concernant les contraventions de grande voirie, l'évolution accordée à la répression contraventionnelle a permis de lutter quelque peu contre cette répression archaïste. Il convient alors de s'intéresser à la place de l'élément moral au sein des contraventions afin d'opposer leur constitution à celle de l'*infraction objective*.

14. L'existence présumée de l'élément moral. La question de l'existence d'un élément moral aux contraventions divise la doctrine pénaliste.

²⁰ J.-H. ROBERT, *op. cit.*, p. 86 et p. 110 et s.

²¹ P. DONDOUX, conclusions sur CE, 26 juillet 1982, *Boissier et Palanque*, 28307, *Rec.* p. 306.

Entre partisans de son inexistence²² ou de son existence²³, le législateur n'a pas entendu apporter une réponse explicite à cette interrogation, faisant preuve d'une certaine retenue. Si le siège de l'intention pénale est établi par l'article 121-3 du code pénal, l'unique inscription légale de la contravention est posée par l'article 121-3 alinéa 5 du code pénal qui dispose qu'il « n'y a point de contravention en cas de force majeure ». Il apparaît que cette disposition admet implicitement l'existence de cet élément. Ainsi, si sa démonstration apparaît facilitée, ce n'est pas du fait de son absence au sein de l'incrimination, mais uniquement par ses aspects probatoires²⁴.

15. Cela étant, si l'exonération d'une contravention de grande voirie peut-être également accueillie par la démonstration d'une force majeure, le Doyen Hauriou relève que l'intégralité des éléments d'imputabilité sont, contrairement aux contraventions pénales, exclus de possibilités exonératoires d'une contravention de grande voirie. Ainsi, si l'élément moral de l'infraction objective est censé être inexistant, une seule appréhension pourrait résulter d'un événement de force majeure ayant contraint le participant. Si la constitution de l'infraction objective apparaît, dans de nombreux aspects, dérogoratoire vis-à-vis du droit pénal commun et même des contraventions classiques, les spécificités résultant de sa répression témoignent également des distinctions.

II. La répression de l'infraction objective

16. Répression solidaire et administrative. La répression de l'infraction objective ainsi décrite par le Doyen Hauriou souligne deux aspects de la répression tout à fait originaux, une répression solidaire (A) et administrative (B) prenant ainsi le pas sur le juge pénal.

A. La répression solidaire

17. Deux auteurs et une amende. L'arrêt *Gilotte* expose une condamnation solidaire du préposé et du commettant « non seulement aux dommages-intérêts pour la réparation et dégradation commise et aux frais de procès-verbal, mais encore au paiement d'une amende ». Afin d'expliquer cette répression solidaire de l'amende, le Doyen Hauriou relève une souplesse

²² R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t.1, *Droit pénal général*, Cujas, 7^e éd. 1997, n° 592.

²³ P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, Coll. U, 7^e éd. 2004, n° 212.

²⁴ J. LAGOUTTE, *Les conditions de la responsabilité en droit privé : éléments pour une théorie générale de la responsabilité juridique*, thèse, Bordeaux, dir. J.-C SAINT-PAU, 2012, n° 405.

du droit administratif impliquant son émancipation au droit commun par l'institution de ses propres règles justifiant ainsi cette atteinte au principe de la peine personnelle. L'auteur relève, pour ce faire, le caractère objectif de l'infraction, mais aussi les caractères mêmes de l'amende représentant pour l'État « un profit, une indemnité » censée être la « contrepartie du travail qu'on lui impose en le contraignant à juger une contravention ». Cette vision de l'amende n'apparaît guère adaptée. En ce sens une peine n'a pas vocation à indemniser ou à compenser, mais à punir. Ce mélange des genres utilisé pour justifier la répression solidaire nécessite de proposer une autre analyse basée sur des techniques juridiques existant dans l'arsenal normatif, afin d'envisager, *in fine*, des réformes prospectives.

18. Le mécanisme de l'attributaire de l'amende. La solidarité répressive, telle qu'elle semble consacrée par la jurisprudence administrative vis-à-vis des contraventions de grande voirie, devrait davantage être assimilée aux différentes techniques, de droit positif, permettant au commettant de supporter tout ou partie du poids d'une amende contraventionnelle pesant à l'encontre d'un de ses préposés lorsque celui-ci agit en tant que tel. Ces mécanismes sont posés, notamment, par les articles L. 121-1 alinéa 2 du code de la route et L. 263-2-1 du code du travail qui prévoient, pour chacun d'eux, la possibilité de ventiler tout ou partie du paiement de l'amende entre le préposé et le commettant²⁵, compte tenu des circonstances ayant occasionné l'infraction. Dans ces perspectives, le commettant n'est pas considéré comme auteur de l'infraction, celui-ci devenant uniquement (*co*)*débiteur* de l'amende prononcée contre son préposé.

19. Ce mécanisme opère une distinction avec la condamnation solidaire relevée par l'arrêt *Gilotte*, puisque le commettant serait ici considéré comme auteur de l'infraction. Pour autant, une telle qualification aurait dû entraîner le prononcé d'une amende personnelle à son égard et non le prononcé d'une unique amende aux deux auteurs. Par là même, la justification posée par le Doyen Hauriou consistant à admettre le caractère intéressé de cette peine ne serait-elle pas mieux fondée avec une amende prononcée contre chaque auteur, en admettant alors une solidarité dans le paiement de chacune d'elles ? Cette quête d'autonomie à outrance ne réalise-t-elle pas une complexification juridique entraînant des sanctions difficilement fondées ?

20. La sanction de l'attributaire de l'amende. Les différents mécanismes d'attribution de l'amende ont un point commun : le commettant *n'est pas responsable pénalement* ; mais il est exclusivement *débiteur* de tout

²⁵ Les dispositions de l'article L. 263-2-1 du code du travail, contrairement à l'article L. 121-1 alinéa 2 du code de la route, n'attribuent pas le paiement de l'amende au commettant, mais à l'employeur. De plus, l'amende prononcée ici entre dans le cadre délictuel.

ou partie du montant de l'amende prononcée contre l'auteur de l'infraction. La nature de cette sanction demeure mystérieuse²⁶. Si certains considèrent qu'il s'agit d'une responsabilité civile du fait pénal d'autrui²⁷, d'autres relèvent une responsabilité *sui generis*²⁸. Aussi, il apparaît que la nature de cette sanction relève, avant tout, du droit public, le créancier étant l'État. On ne saurait dès lors lui attribuer une quelconque qualité civile. Toutefois, au lieu d'être prononcée par le juge administratif, cette sanction est prononcée par le juge répressif. C'est pourquoi on pourrait affirmer que cette sanction relève d'une *responsabilité administrative du fait pénal d'autrui*. Cette vision serait, à première vue, contraire au principe de séparation des juridictions judiciaires et administratives. Pour autant, elle pose la place singulière que le juge et le droit pénal occupent au sein de la *summa divisio* et justifie l'analyse de la répression administrative subséquente.

B. La répression administrative

21. Diviser pour mieux réprimer ? La contravention de grande voirie dispose de cette particularité faisant d'elle une infraction réprimée non pas par le juge judiciaire, mais par le juge administratif. Cette atteinte au monopole répressif du juge pénal est une originalité remarquable de la faculté pour le juge administratif de disposer d'une vocation répressive. Cette autonomie revendiquée et soulevée par le Doyen Hauriou engendre une disparité de traitement entre les contraventions « de petite voirie », relevant de la compétence du juge judiciaire, avec les contraventions de grande voirie. En outre, cette place singulière a été instituée afin de garantir une réparation rapide et effective du préjudice du domaine. Autrement dit, la justification principale admettant la répression par le juge administratif de ces contraventions relève non d'un aspect propre à celle-ci, mais uniquement des garanties de réparation. Ce mélange des genres est regrettable par la discordance qu'il provoque entre les aspects punitifs et réparateurs dans l'engagement de la responsabilité des agents. Aussi, la lecture de note du Doyen Hauriou comparant ces infractions aux quasi-délits civils permet, en filigrane, de poser cette interrogation : cherche-t-on à punir ou à réparer ?

22. Le retour du droit administratif-pénal ? Cette spécificité a permis à une doctrine pénaliste de revendiquer une place prospective des contraventions relevant des anciennes contraventions de police au sein du droit

²⁶ M. SEGONDS, « Règlementation routière : responsabilité, sanctions », *JCI Transport*, Fasc. 792, n° 25.

²⁷ J.-Y LASSALLE, « La responsabilité civile du fait pénal d'autrui », *RSC* 1993, p. 19.

²⁸ B.-H. DUMORTIER, *L'attribution de la responsabilité en droit pénal des affaires*, thèse, Lille, dir. M. DELMAS-MARTY, 1977, p. 67.

administratif²⁹. Si l'argument principal tient aux facilités permettant d'engager la répression, il n'en demeure pas moins que le droit administratif ne saurait se soustraire au premier impératif propre à la matière pénale : la légalité de l'infraction, mais aussi, et surtout, des peines !

²⁹ J.-H. ROBERT, « Le code des délits et de peines du 3 brumaire an IV et sa marque dans le droit pénal actuel », in *Code pénal et Code de l'instruction criminelle. Livre du bicentenaire*, Dalloz, 2010, p. 37 ; S. DÉTRAZ, « Doit-on maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, Coll. Colloques et débats, 2011, p. 39.

La mort civile de Gustave Humbert

Contribution tirée de G. A. HUMBERT, Des conséquences des condamnations pénales, relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français, éd. Durand, Paris, 1855

Eddy ACCARION

*Doctorant en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*



1. La bataille des idées juridiques n’use pas seulement les bancs de l’Université. Indissociable des tribunaux et des assemblées, elle en emprunte tout aussi fréquemment les sentiers battus. Il n’est dès lors pas rare qu’un professeur devienne élu de la Nation ou magistrat. Peu de parcours égalent cependant celui de Gustave Humbert. Emblématique des métamorphoses qui frappèrent les institutions du XIX^e siècle, son *cursus honorum* démarre sous la monarchie constitutionnelle, se poursuit pendant la très éphémère deuxième République puis sous l’Empire pour s’achever, proche du sommet, au cours de la troisième République. Né à Metz en 1822, Gustave Amédée Humbert accède au doctorat de droit en 1844 et devient professeur agrégé en 1859. Titulaire de la chaire de droit romain de l’Université de Toulouse dès 1864, il est le secrétaire perpétuel de son Académie de Législation de 1867 à 1879. Privé de sa Moselle natale par la défaite de Sedan, un nouveau front s’ouvre lorsqu’en 1871, l’universitaire est élu représentant de la Haute-Garonne, puis sénateur inamovible, fonction qu’il occupera de 1875 à sa mort, en 1894. En outre, Gustave Humbert est nommé procureur général près la Cour des comptes en 1877. Il devient ensuite ministre de la Justice et des cultes, le temps d’une demi-année, de janvier à juillet 1882, et enfin, premier président de la Cour des comptes de 1890 à 1894. C’est en cette ultime qualité qu’il trône, immortalisé par la peinture, en salle Maurice Hauriou de l’Université Toulouse 1-Capitole.

2. Tour à tour enseignant, législateur, agent du pouvoir exécutif et magistrat, la carrière de Gustave Humbert embrasse l'entièreté du droit. C'est néanmoins à la matière répressive que ses premières armes le rattachent. Son étude consacrée aux « conséquences des condamnations pénales, relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français » lui permit de remporter le premier prix du concours de doctorat de la faculté de droit de Paris, en 1845. Ce travail initial, très favorable à la disparition de la mort civile, fut enrichi à sa publication, dix ans plus tard, d'un commentaire de la loi en portant abolition. « Justement proscrite de nos Codes, et reléguée dans l'histoire avec la torture, la roue, la mutilation, le carcan, la marque, l'exposition, la confiscation et autres restes du passé, bien peu dignes de panégyrique et encore moins de regrets »¹, c'est à l'objet de cet heureux dénouement que nous nous attacherons. Pour cause, la mort civile, archétype de sanctions incapacitantes, se situe au croisement fort opportun du droit civil des personnes, de l'histoire du droit et du droit pénal. Loin d'être une banale peine perdue, elle prête encore sa lumière sépulcrale à la politique criminelle et au droit des incapacités. Les développements que l'auteur toulousain y consacre sont donc l'occasion d'une contribution pluridisciplinaire renouvelant quelques-unes des interrogations inhérentes à cette institution disparue.

3. La structure adoptée par l'ouvrage ne sera que partiellement suivie. La section consacrée à la mort civile envisage sa nature, d'abord, ses cas d'ouverture et le moment de son effectivité, ensuite, et ses effets, enfin. Or, la pertinence contemporaine imprègne trop inégalement ces subdivisions ; seules la qualification et les implications seront, à ce titre, retenues. L'étude de la nature de la mort civile selon Gustave Humbert (I) précèdera donc celle de ses effets (II).

I. La nature de la mort civile selon Gustave Humbert

4. La mort civile est une sanction dont le souvenir est très antérieur aux codifications du siècle de Gustave Humbert. Déjà familière du droit romain – pour qui veut bien admettre l'analogie avec la *capitis deminutio*² –, elle accompagnait également certaines entrées en religion, jusqu'en 1790³. Entendue dans son sens répressif, « la mort civile est une peine accessoire, consistant dans la privation perpétuelle des droits politiques et d'un certain nombre de droits civils et de famille, indiqués implicitement ou explicitement

¹ G. A. HUMBERT, *Des conséquences des condamnations pénales, relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français*, éd. Durand, Paris, 1855, n° 424.

² *Idem*, n° 118.

³ *Idem*, n° 198.

par un texte de loi »⁴. À première vue peu discutable, cette qualification est pourtant « contraire aux idées dès longtemps accréditées en cette matière. Ainsi, l'on a souvent répété que la mort civile n'est pas une peine, mais la conséquence d'une peine »⁵. L'opinion persiste d'ailleurs. Selon une définition encore communément admise, la mort civile est une sanction frappant les condamnés aux peines les plus graves⁶, formule dont on peut déduire qu'elle n'est pas elle-même une peine. La mort civile serait donc la sanction civile d'une sanction pénale. Vraisemblablement accréditée par les articles 22 et 23 du code civil originel⁷, cette exclusion du champ des peines est néanmoins combattue par l'auteur. Selon lui, « la mort civile n'est point une peine principale ; elle n'a pas besoin d'être prononcée expressément, mais elle n'en a pas moins un caractère pénal analogue à celui des peines accessoires »⁸. Sept quarts de siècle plus tard, le doute demeure quant à la nature, civile ou pénale, de cette mise au ban de la société. Les arguments de l'auteur, enrichis de quelques observations rétrospectives, devraient toutefois l'emporter.

5. D'une part, que la mort civile ne soit pas prononcée par la juridiction pénale ne renseigne effectivement pas sur sa nature. La répression tacite des peines accessoires n'a d'ailleurs pas disparu⁹. Bien qu'elle paraisse contraire à l'impératif d'individualisation¹⁰, leur existence persiste en marge du code pénal, à l'instar de l'indignité successorale et de certaines interdictions professionnelles. Ainsi est-il concevable, en 2019 comme en 1845, qu'une peine échappe à la bouche de la loi. Dès lors, « qu'importe qu'elle ne soit pas écrite textuellement dans l'arrêt de la cour d'assises ? La mort civile y est implicitement renfermée par la loi ». D'autre part, la dégradation civique, sanction incapacitante de bien moindre gravité que la mort civile, est ostensiblement qualifiée de peine par le code pénal de 1810¹¹. Toutes deux étant des réponses répressives, appliquées au condamné à raison d'une infraction, il ne paraît pas envisageable que la moins sévère soit une peine et pas l'autre. Un anachronisme autorisé permet d'appuyer la position de Gustave Humbert puisque d'évidence, la Cour européenne des droits de l'Homme et le

⁴ *Idem*, n° 206.

⁵ *Idem*, n° 207.

⁶ G. CORNU, *V^{ts} Mort civile, Vocabulaire juridique. Association Henri Capitant*, PUF, coll. *Quadrige*, 12^e éd., 2018.

⁷ Art. 22 : « les condamnations à des peines dont l'effet est de priver celui qui est condamné, de toute participation aux droits civils ci-après exprimés, emporteront la mort civile. »
Art. 23 : « La condamnation à la mort naturelle emportera la mort civile. »

⁸ G. A. HUMBERT, *op. cit.*, n° 207.

⁹ E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, coll. *Manuel*, 4^e éd., 2016, n° 1572.

¹⁰ Not. porté par les art. 132-1 et 132-17 c. pén.

¹¹ Art. 8 (« les peines infamantes sont, 1° Le carcan ; 2° Le bannissement ; 3° La dégradation civique ») et 34 (« La dégradation civique consiste dans la destitution et l'exclusion du condamné de toutes fonctions ou emplois publics, et dans la privation de tous les droits énoncés en l'article 28. »).

Conseil constitutionnel ne pourraient qu'y voir une sanction relevant de la matière pénale ou ayant le caractère d'une punition.

6. La définition de l'auteur doit, en cela, être approuvée : la mort civile est une peine. Il appert que ce conflit de qualification n'est de surcroît « pas de pure théorie ; il offre, sous plusieurs points de vue, un intérêt pratique ». Car pénale par sa nature, la mort civile en emporte aussi le régime. Que décider, notamment, « à l'égard d'un étranger frappé de mort civile, à la suite d'une condamnation pénale prononcée dans son pays ? Si la mort civile était résultée d'un pur statut personnel, comme dans le cas de profession religieuse, nous admettrions qu'elle suit l'étranger en France ; mais, hors de ce cas, nous croyons qu'il conserve, à notre égard, sa capacité tout entière. En effet, il est de principe que les peines ne peuvent être exécutées que dans les limites du territoire soumis au souverain au nom duquel elles ont été prononcées. C'est là une règle salubre, que l'on doit observer rigoureusement »¹².

7. L'effort définitionnel de l'auteur doit être salué mais c'est bien davantage aux effets de la mort civile que notre siècle témoigne de l'attachement. Pour ses vertus didactiques, la plus grave des peines frappant la capacité du condamné reste un objet d'étude incontournable.

II. Les effets de la mort civile selon Gustave Humbert

8. La mort civile, toujours selon Gustave Humbert, est une icône dangereuse – et nous ajouterons décevante, car ses effets ne sont pas à la hauteur de leur écrin. Véritable épouvantail du droit civil des personnes et du droit pénal, elle marquerait une limite à ne pas franchir : celle de l'anéantissement de la personnalité juridique par la peine. Cette présentation, fort didactique, est pourtant erronée. La mort civile est une fiction n'emportant qu'un retranchement partiel de la vie juridique. Fiction, car la privation de droits imite – ou anticipe – certaines des conséquences traditionnelles du décès, dont l'ouverture de la succession et la dissolution du mariage. Retranchement partiel, puisque la mort civile n'emporte pas la personnalité juridique. À l'invitation de Gustave Humbert, cette petite vérité doit être rétablie.

9. En tout état de cause, la mort civile affecte la capacité du condamné. Définie par l'auteur comme « l'aptitude à faire des actes juridiques »¹³, la capacité est habituellement appréhendée par le biais de ses restrictions, les

¹² G. A. HUMBERT, *op. cit.*, n° 209.

¹³ *Idem*, n° 7.

incapacités¹⁴, d'où la survivance universitaire de la mort civile. Mais il y aurait, d'après lui, « autant de capacités distinctes que d'espèces de droits ». Cette lecture, éparpillée et peu expressive, sera écartée. La capacité juridique, concrétisation de l'aptitude à avoir des droits et, plus largement, des biens¹⁵, doit être pensée comme un tout, décomposable en deux branches : la capacité d'exercice, d'une part, et la capacité de jouissance, d'autre part. La première intéresse la mise en œuvre des prérogatives du sujet tandis que la seconde correspond à la possibilité même d'être titulaire – ou plutôt propriétaire – de ces différents pouvoirs. À l'aune de ces distinctions, la mort civile s'analyse en incapacité de jouissance. Mieux, elle en serait l'expression la plus extrême. Ainsi peut-on lire qu'il « n'existe plus d'incapacité générale absolue depuis l'abolition de la mort civile, mesure qui anéantissait la personnalité juridique »¹⁶. Cette caricature, utilisée par d'éminents contemporains pour décrire les limites de l'incapacité de jouissance, est abusive. Il est certes vrai que la mort civile affecte l'aptitude à avoir. En ce sens, le premier aliéna de l'article 25 du code civil, dans sa version en vigueur au temps de Gustave Humbert, dispose que « par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait ». Ils ne sont pas confiés à un tiers administrateur chargé d'exercer la propriété du condamné mais dévolus à ses héritiers, « de la même manière que s'il était mort naturellement et sans testament ».

10. Néanmoins, et c'est là que l'effet de la mort civile se révèle plus subtil au regard de ce qui est trop souvent enseigné, il n'y a point déchéance de l'entière capacité de jouissance et dès lors, disparition de la personnalité juridique. Comme l'alinéa 2 du même article le suggère¹⁷, de nouveaux biens peuvent tomber sous la puissance du déchu. Sans ambiguïté, l'article 33 précise même que « *les biens acquis par le condamné, depuis la mort civile encourue*¹⁸, et dont il se trouvera en possession au jour de sa mort naturelle, appartiendront à la nation par droit de déshérence ». Les hésitations affectant ce dernier terme¹⁹ n'y changent rien : l'aptitude à avoir survit à la mort civile. Cette exigence est tirée du caractère fictif de la peine et des considérations

¹⁴ L'étude des incapacités ressortit au droit civil des personnes. V. par ex. D. FENOUILLET et F. TERRÉ, *Droit civil : les personnes. Personnalité, incapacité, protection*, Dalloz, coll. Précis, 8^e éd., 2012 ; P. COURBE et F. JAULT-SESEKE, *Droit des personnes, de la famille et des incapacités*, Dalloz, coll. Mémentos, 10^e éd., 2018.

¹⁵ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *Manuel de droit des personnes*, PUF, coll. Droit fondamental, 2006, n° 106.

¹⁶ *Idem*, n° 209.

¹⁷ « Il ne peut plus ni recueillir aucune succession, ni transmettre, à ce titre, les biens qu'il a acquis par la suite ».

¹⁸ Nous soulignons.

¹⁹ La déshérence suggère la rupture de tous les liens familiaux : « ceux qui ont cessé d'être les parents du mort civilement, ne peuvent être ses héritiers ; d'ailleurs, ils ont déjà recueilli sa succession : nul ne peut mourir deux fois » (G. A. HUMBERT, *op. cit.*, n° 270). L'auteur peine cependant à accepter cette lecture.

pratiques qui en résultent. « Dans tous les cas où le condamné garde la vie naturelle et où il rentre dans la société après avoir prescrit sa peine, il faut bien lui laisser les moyens de soutenir son existence »²⁰. C'est en cela que « le mort civilement pourra toujours acquérir à titre onéreux, acheter, échanger, former une société nonobstant l'article 1865, exercer le commerce »²¹.

11. En conséquence, l'ampleur que l'on prête habituellement à la mort civile dépasse de loin ses effets avérés. Le choix des mots renseigne ainsi mal l'étendue de la sanction. Faute de mieux, la minutie des codifications napoléoniennes s'en est toutefois accommodée. « Ce fut un malheur ; car les mots ont aussi leur puissance, et la métaphore, que suppose celui-ci, a conduit trop souvent le législateur à prononcer, comme malgré lui, des déchéances auxquelles peut-être il n'aurait pas pensé sans cela »²². Mais au-delà de cette privation de droit, les effets de la mort civile pourraient aussi intéresser le potentiel pénal du condamné.

12. L'aspect répressif des effets de la mort civile est aujourd'hui délaissé des manuels puisque jugé inutile à l'étude des incapacités. Pourtant, la survivance de l'aptitude à la responsabilité pénale, d'un côté, et à la protection pénale, de l'autre, n'est pas dénuée d'intérêt. En effet, la possibilité de punir les forfaits de l'individu déchu d'une partie de sa capacité, ou ceux commis à son encontre, recèle quelques précieux enseignements. Gustave Humbert n'ignore fort heureusement pas la question. Prenant appui sur l'article 25 du code civil, il indique, à propos du condamné frappé de mort civile, que « sa personne et ses biens demeurent placés sous la protection des lois »²³. Imprégné de légalisme, l'auteur ajoute que « la fiction de la mort civile ne doit pas être étendue au-delà des limites posées par les textes ». Dès lors, rien n'empêcherait le condamné de porter plainte pour injure ou diffamation, car il n'est pas dit que la déchéance de droits emporte celle de son honneur tout entier²⁴. Ainsi, l'aptitude à être victime ne délaissé pas le condamné à la mort civile. Et si le bénéficiaire du droit perdure, il en va *a fortiori* de même pour l'obligation de répondre de ses actes. Le déchu doit pouvoir engager sa responsabilité, civile comme pénale, à raison de ses nouveaux méfaits. L'opinion est si évidente que l'auteur n'en dit rien, ce que l'on peut regretter. Toutefois, c'est surtout parce que la capacité est étrangère à la responsabilité²⁵ que Gustave Humbert ne s'y attarde pas.

²⁰ G. A. HUMBERT, *op. cit.*, n° 266.

²¹ *Idem.*

²² *Idem*, n° 216.

²³ *Idem*, n° 278.

²⁴ *Idem*, n° 279.

²⁵ F. ZENATI-CASTAING et T. REVET, *op. cit.*, n° 115.

13. La poursuite de la protection et de la responsabilité, malgré la mort civile, pourrait en revanche être écartée s'il était admis qu'elle emporte disparition de la personnalité juridique. Sans aptitude à la liberté, à la propriété, aux droits et à la responsabilité – timide redondance – le potentiel pénal de l'individu serait en effet perdu. C'est une évidence s'agissant de la responsabilité, ne serait-ce qu'à raison du principe de personnalité, mais la conclusion est moins convenue du côté de la protection pénale. Les « crimes et délits contre les personnes », en 1810 comme en 1992, pourraient bien être indissociables de la personnalité juridique de leurs victimes. L'auteur ne s'y penche pas, et pour cause, la question échappe tant à sa définition de la mort civile qu'au sujet de son ouvrage, la capacité. Aussi nous faudra-t-il l'imiter et ne pas aller plus loin, quoi que nous soyons convaincus que la supposition est avérée.

CONCLUSION

14. « Des conséquences des condamnations pénales, relativement à la capacité des personnes, en droit romain et en droit français », composé en 1844, atteste la rigueur prometteuse de son jeune auteur. Gustave Humbert, alors âgé de 23 ans, y dépeint sans enthousiasme le paysage pénal de son temps. Son étude de la mort civile, en plus d'en préciser la nature et les effets en déliant fable et réalité, révèle notamment l'aversion qu'elle inspirait déjà. Ainsi trouve-t-on rapportée « l'opinion sévère mais justifiée » de Rossi, pour qui « la mort civile [...] est dans les législations modernes un de ces anachronismes qui doivent mettre les critiques en grande défiance d'eux-mêmes, lorsqu'ils essaient de déterminer la date d'une loi d'après la nature de ses dispositions. Qui pourrait croire que le titre Ier du Code civil a été promulgué au commencement du dix-neuvième siècle, quinze ans après 1789 !²⁶ ». Vive et assurée, la plume de Gustave Humbert s'amuse de l'opposition rencontrée par la loi d'abrogation de 1855. « Quoique l'institution de la mort civile considérée en elle-même, n'ait pas rencontré de défenseur absolu, cependant un orateur, M. Rigaud, voulut faire en quelque sorte son oraison funèbre »²⁷. La crainte accompagnant les réformes clémentes n'étant pas nouvelle, il y eu en effet quelques faiseurs de loi pour déplorer l'amenuisement du caractère intimidant de la loi pénale. Hermétique à l'argument, l'auteur rétorqua sobrement que « la mort civile se rattache à l'esclavage de la peine, et cette origine antique n'est pas de nature à la recommander au législateur de notre siècle »²⁸.

²⁶ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, t. III, 1^{ère} éd., 1829, p. 206 ; citation tirée de G. A. HUMBERT, *op. cit.*, n° 205.

²⁷ G. A. HUMBERT, *op. cit.*, n° 423.

²⁸ G. A. HUMBERT, *op. cit.*, n° 424.

15. La vie juridique de Gustave Humbert démarra ainsi richement. Toulousain d'adoption, il laisse l'exemple d'une impressionnante carrière, enracinée au droit pénal.

Les Preuves de Jean Jaurès

Guillaume BEAUSSONIE

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

Codirecteur de l'Institut Roger Merle



Comme nul ne l'ignore, Jaurès n'était pas juriste. Il le devint néanmoins le temps d'un ouvrage ou, plus exactement, d'une affaire, à l'occasion de laquelle il fut, avec quelques autres, amené à défendre la cause d'un homme injustement accusé. Ainsi le philosophe, l'homme politique, le journaliste rédigea-t-il un ensemble d'articles dans *la Petite République* par lesquels, dans lesquels il démontra, à la fois, l'illégalité et l'inanité de la condamnation du capitaine Alfred Dreyfus. Rapidement réunis au sein d'un recueil étoffé d'une préface rédigée par l'auteur lui-même, ces textes, intitulés sobrement « *les Preuves* »¹,

joueront un rôle décisif dans les annulations, par la Cour de cassation, des deux condamnations de Dreyfus par les conseils de guerre de Paris et de Rennes. Si l'officier juif, hélas, n'en aura pas tout à fait fini avec l'armée, l'antisémitisme et l'injustice, il mourra néanmoins libre et innocenté, notamment grâce à Jaurès.

La cause et la mesure de l'intervention de Jaurès dans cette célèbre affaire sont, en dépit de quelques querelles interprétatives, bien connues². L'objet de ces quelques lignes n'aura alors pour but que d'analyser la teneur d'un ouvrage, dont on a pu écrire que Jaurès y « apparaissait comme un dialecticien merveilleux, comme un impeccable logicien, d'une méthode incomparablement sûre. Ces articles resteront comme un des plus beaux monuments scientifiques, un triomphe de la méthode, un monument de la raison, un modèle de méthode appliquée, un modèle de preuve »³. Jaurès s'y

¹ *Les Preuves. Affaire Dreyfus*, La Petite République, Paris, 1898.

² Pour plus de précisions, v. notre art., « Jaurès et l'affaire », à paraître au sein d'un ouvrage consacré à *Jaurès et le(s) droit(s)*, aux éd. l'Épitoge en 2020.

³ C. PÉGUY, « Préparation au Congrès », *Cahiers de la Quinzaine*, 1-3, 1900, p. 55-56.

fait « détective », a-t-on encore dit, lors d'un récent colloque consacré à son engagement dans cette affaire⁴. Autant de réceptions d'une œuvre qui concordent à faire apparaître sa véritable nature : c'est un ouvrage, si ce n'est de droit, en tout cas de justice, que Jean Jaurès a rédigé dans le but de faire innocenter Alfred Dreyfus. Jaurès a donc bel et bien été un juriste et, plus précisément encore, un pénaliste... le temps d'un livre.

Les Preuves ont paru à la fin de l'été 1898, les articles de *la Petite République* ayant été, à cette occasion, remaniés, enrichis d'une préface et organisés dans un plan. L'affaire Dreyfus a débuté en 1894 et ne s'achèvera, malgré l'intervention de Jaurès et de quelques autres, Zola en tête, qu'en 1906.

Dans sa préface, Jaurès explique logiquement ce qui va suivre, mais surtout il explique et justifie sa démarche : démarche socialiste, en ce qu'elle autorise une meilleure connaissance de la réalité par le prolétariat ; démarche opportuniste, dans le contexte d'une première saisine de la Cour de cassation dans l'affaire Dreyfus ; démarche inéluctable, le droit et les institutions ayant failli à de nombreuses reprises ; démarche de vérité, de justice et de transparence, car les faux et la mauvaise foi sont partout, et car la dissimulation est la nouvelle stratégie d'une armée juge et partie à la fois : « Et notre grande France généreuse, faisant face une fois de plus aux puissances de réaction et de ténèbres, aura bien mérité du genre humain ».

À l'issue de sa préface, Jaurès annonce son plan de la façon suivante : « *De l'examen attentif des faits, des documents, des témoignages, il résulte : 1° Que Dreyfus a été condamné illégalement, en violation des garanties essentielles dues à l'accusé ; 2° Que Dreyfus a été condamné par erreur. C'est un innocent qui souffre au loin pour le crime d'un autre, pour la trahison d'un autre. C'est pour prolonger le supplice d'un innocent que sont coalisés aujourd'hui toutes les puissances de réaction et de mensonge* ».

1° L'illégalité résidait dans la communication par le général Mercier, alors ministre de la guerre, d'une pièce soi-disant décisive, en réalité aussi faussement interprétée que les autres – elle se réfère en effet à un certain « D. », qui pourrait aussi bien être Dreyfus que Dupont/d ou Durand –, aux seuls « juges » du conseil de guerre ; sans donc que Dreyfus et son défenseur n'y aient eu accès. Violation du droit à un procès équitable, dirait-on aujourd'hui et, plus précisément, atteinte au principe fondamental du contradictoire. Comme l'écrit très justement Jaurès, « l'accusé Dreyfus n'a pas été jugé : car il n'y a jugement que lorsqu'il y a débat contradictoire entre l'accusation et l'accusé. Et sur certaines pièces essentielles il n'y a pas eu débat. L'accusé a

⁴ R. CAZALS, conclusion au colloque *Jaurès et l'affaire Dreyfus, histoire d'un engagement*, 24 nov. 2018, Castres.

été étranglé sans discussion, il a été assommé par derrière d'un document qu'il n'a jamais vu, et il ne sait pas encore à cette heure pourquoi il a été condamné ».

Jaurès remet également en cause le huis clos et, plus largement, la dissimulation de la vérité, qui rend l'illégalité d'autant plus scandaleuse et, en un sens, qui la fait correspondre avec l'injustice. La publicité de la procédure participe tout autant du droit à un procès équitable.

Pour faire comprendre son combat pour l'application du droit – ce n'est pas si évident pour un socialiste révolutionnaire –, Jaurès inscrit les lois considérées au sein d'une catégorie à part : « à côté de ces lois de privilège et de rapine, faites par une classe et pour elle, il en est d'autres qui résument les pauvres progrès de l'humanité, les modestes garanties qu'elle a peu à peu conquises par le long effort des siècles et la longue suite des Révolutions. Or parmi ces lois, celle qui ne permet pas de condamner un homme, quel qu'il soit, sans discuter avec lui est la plus essentielle peut être ».

C'est, écrit-il, la « portion humaine » de la légalité, à laquelle tout homme peut prétendre. Les socialistes demandent : s'agit-il ainsi de protéger un bourgeois ? Jaurès répond : « si Dreyfus a été illégalement condamné et si, en effet, comme je le démontrerai bientôt, il est innocent, il n'est plus ni un officier ni un bourgeois : Il est dépouillé, par l'excès même du malheur, de tout caractère de classe ; il n'est plus que l'humanité elle-même, au plus haut degré de misère et de désespoir qui se puisse imaginer ».

Au surplus, il apparaît à Jaurès qu'il n'y avait pas de raison d'État à commettre cette illégalité. Elle n'a été perpétrée que par inconscience des militaires, d'abord, « peu habitués aux formes légales, au respect de la pensée et de la libre discussion » ; par, ensuite, calcul car, la victime étant toute désignée, il fallait la sacrifier. Comme l'énonce Jaurès, « la loi qui est la garantie de l'accusé est en même temps la garantie du juge : supprimer la loi, c'est livrer l'accusé à l'arbitraire du juge, c'est livrer le juge à l'arbitraire de ses maîtres ». Enfin, l'entraînement de la presse, du corps de la hiérarchie a joué son rôle : « Le général Mercier et M. du Paty de Clam, grisés peu à peu par la passion mauvaise des journaux et de l'opinion, avaient cru que le bordereau leur suffirait à emporter d'emblée la condamnation ».

2° Quant à l'erreur, Jaurès rappelle qu'« *il y a contre Dreyfus trois ordres de preuves : 1° le bordereau ; 2° les pièces dites secrètes que M. Cavaignac a lues à la tribune le 7 juillet dernier ; 3° les prétendus aveux faits par Dreyfus au capitaine Lebrun-Renaud. Si donc nous démontrons qu'aucune de ces preuves prétendues n'a la moindre valeur, si nous démontrons que le*

bordereau sur lequel a été condamné Dreyfus n'est pas de Dreyfus, mais d'Esterhazy, si nous démontrons que des trois pièces citées par M. Cavaignac, deux ne peuvent s'appliquer à Dreyfus et que la troisième est un faux imbécile ; si nous démontrons enfin que les prétendus aveux n'ont jamais existé, et qu'au contraire Dreyfus, devant le capitaine Lebrun-Renaud comme devant tout autre, a toujours affirmé énergiquement son innocence, il ne restera rien des charges imaginées contre lui. Il ne restera rien des misérables preuves alléguées, et son innocence, que les amis du véritable traître Esterhazy essaient vainement de nier, éclatera à tous les yeux. Or, pour ceux qui prennent la peine de regarder et de réfléchir, cette triple démonstration est faite ; les éléments de vérité déjà connus suffisent à l'assurer, et c'est avec confiance que je sou mets, à tous ceux qui cherchent la vérité, les observations qui suivent ».

D'aveux de Dreyfus, il n'y a point, si ce n'est « une phrase que le capitaine Lebrun-Renaud prétend avoir recueillie de Dreyfus, le matin de la dégradation, dans une conversation où il n'y avait d'autre témoin que Lebrun-Renaud lui-même ». Mais cette phrase, comme le démontre Jaurès avec une efficacité redoutable, a été mal interprétée à dessein. Replacée dans son contexte, elle participe au contraire à démontrer que Dreyfus persiste dans l'affirmation de son innocence.

Le « bordereau » est alors la « seule base d'accusation ». Ainsi que le rappelle Jaurès, « la base de l'accusation portée contre le capitaine Dreyfus est une lettre-missive, écrite sur du papier-pelure, non signée et non datée, qui se trouve au dossier, établissant que des documents militaires confidentiels ont été livrés à un agent d'une puissance étrangère ». Ultérieurement, de nombreux documents superflus ou falsifiés s'y ajouteront. Une fois de plus, Jaurès démontre avec méthode comment ce texte a été mal interprété, ce qui ne peut impliquer que de la mauvaise foi de la part des accusateurs, jusqu'à faire intervenir Bertillon qui va créer de toute pièce une théorie destinée à démontrer le contraire de la vérité.

Au surplus, le véritable traître est connu : « c'est Esterhazy », auteur d'un autre document, le « petit bleu », dont l'écriture correspond à celle du bordereau. À l'exact opposé de Dreyfus, tout concorde à le percevoir comme le traître à une patrie et à une armée qu'il déteste et qui, pourtant, le protège : « qu'on compare l'acte d'accusation si vain, si vide, si absurde, qui a fait condamner Dreyfus et l'acte d'accusation si plein, si solide, si décisif, qui pouvait en septembre 1896 être dressé contre Esterhazy. Et qu'on se demande par quelle coalition monstrueuse de toutes les forces d'iniquité et de mensonge Dreyfus innocent gémit dans le plus horrible supplice, tandis qu'Esterhazy défie, sur les boulevards, la vérité et la justice ». De longues pages sont consacrées à la

démonstration que l'auteur du bordereau est Esterhazy car, comme tout le monde l'a bien compris, s'il l'est, c'est que Dreyfus ne l'est pas.

Ce qui n'empêche que, même cette vérité dévoilée, certains ont continué à nier l'innocence de Dreyfus : « On condamne un homme sur une pièce qui n'est pas de lui ! Plus tard, deux ans après, quand on reconnaît que cette pièce n'est pas de lui, qu'elle est d'un autre, au lieu de courir vers l'innocent condamné pour lui demander pardon, on dit : "Bagatelle ! C'est une erreur de détail qui ne touche pas au fond du procès !" Je ne sais si l'histoire contient beaucoup d'exemples d'un pareil cynisme ».

Jaurès dévoile déjà sa conclusion, tellement logique au regard de ce qui précède : « Si, en dehors du bordereau qui ne peut plus être attribué à Dreyfus, il y a d'autres pièces qui le condamnent, *rappelez l'accusé ; jugez-le de nouveau en lui soumettant les pièces que vous alléguez contre lui*. Jusque-là, les pièces "secrètes" ne sont que des pièces de contrebande ».

Mais les accusateurs persistent, créant les preuves au fur et à mesure qu'elles leur font défaut : lettres adressées à « D. », lettre écrite deux ans après la condamnation de Dreyfus, autant de documents fabriqués ou détournés de leur sens. Jaurès le souligne : « Au centre même du procès, dans sa partie légale et régulière, le bordereau, dont la valeur est néant ; sur les bords du procès, en dehors de ses limites légales, mais y touchant, les deux pièces avec l'initiale D, qui auraient une haute valeur affectée pourtant d'un doute. Enfin deux ans après, à belle distance du procès, hors de la portée des juges comme de l'accusé, la pièce qui serait décisive ».

Car cette dernière pièce, semble-t-il la plus importante, est un faux. Jaurès le pressent et le démontre, avant que son auteur, mis devant le fait accompli, ne l'avoue et, de honte, se suicide. Jaurès écrit ainsi, dans *la Petite République*, le texte étant ultérieurement repris dans *les Preuves* : « Ce faux, commis pour sauver Esterhazy, du Paty de Clam et les autres officiers compromis, a été certainement commis par eux, ou sur leurs indications » ; « c'est là qu'est le nid de la vipère ».

En effet, le faussaire est le commandant Henry, qui a travaillé trois ans avec Esterhazy, et qui rédigea même un autre faux pour compromettre un militaire et enquêteur intègre proche de découvrir la vérité : le colonel Picquart. La nature de ce dernier document, tout aussi farfelu que les autres, sera aussi dévoilée par Jaurès ! Et « l'atelier des faussaires », avant de fermer ses portes, produira encore quelques œuvres...

Le pire, sans doute, est que le faussaire Henry sera glorifié après sa mort par toute une cohorte d'antisémites notoires, qui en feront un martyr de la cause antijuive.

Jaurès démontre enfin la culpabilité d'un autre militaire, le commandant du Paty de Clam, les mensonges du journaliste Rochefort et finalement la responsabilité de l'état-major tout entier.

L'ouvrage s'achève sur l'analyse du dossier secret qui, sans surprise, ne contient que du vent...

Et l'auteur de conclure, en s'adressant à tous les vrais coupables : « c'est au plein jour qu'il faut que votre ignominie apparaisse. À genoux devant la France, coquins qui la déshonoriez ! Pas de huis clos ! Pas de ténèbres ! Au plein jour la justice ! Au plein jour la révision pour le salut de l'innocent, pour le châtement des coupables, pour l'enseignement du peuple, pour l'honneur de la patrie ! ».

Ainsi s'achève une démonstration redoutable, à la fois précise et compréhensible, courageuse et prudente, juridique et humaniste. Loin de se limiter à l'affaire Dreyfus, le texte de Jaurès est un encouragement à ne pas abandonner trois recherches fondamentales : celle de la vérité, celle de la justice et celle de l'humanité.

De l'association des magistrats à l'exécution des peines : punir et surveiller ?

Commentaire de la thèse de Joseph Magnol, *De l'administration pénitentiaire dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et de son rattachement au ministère de la Justice*, Toulouse, V. Rivière, 1900

Alice MORNET

ATER

Doctorante en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole

La Faculté de droit de Toulouse tient une place importante dans l'élaboration et la diffusion d'une doctrine relative à la science pénitentiaire particulièrement étoffée¹. Initiée et développée par le professeur Georges Vidal, celle-ci s'est considérablement enrichie de la contribution de Joseph Magnol. Avocat au barreau de Toulouse, il consacra sa thèse à l'étude de l'administration pénitentiaire². Engagé, ce travail lui a permis d'embrasser une carrière universitaire : il deviendra ainsi professeur de droit criminel, mais également doyen de l'Université de Toulouse.

Sa thèse, *De l'administration pénitentiaire dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et de son rattachement au ministère de la Justice*, s'inscrit ainsi parmi de nombreux travaux toulousains dédiés à la science pénitentiaire. Considérant que la tutelle du ministère de l'Intérieur sur l'administration pénitentiaire constitue une « anomalie³ », il s'interroge sur ses origines et ses faiblesses avant de proposer sa translation auprès du ministère de la Justice. Si le principe d'un tel rattachement fut consacré onze ans après l'achèvement de ses travaux⁴, la thèse de Joseph Magnol dépasse, en réalité, cette simple question administrative. En effet, en prônant le rattachement judiciaire, il défend l'idée, plus novatrice, d'une association concrète des magistrats à l'exécution de la peine, dans un souci de réinsertion.

Ainsi, en s'interrogeant sur les raisons justifiant un rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de la Justice, Joseph Magnol livre,

¹ V. à ce sujet, H. HEDHILI, « La science pénitentiaire et la faculté de Toulouse au XIX^e siècle », [En ligne], <http://publications.ut-capitole.fr/24519/1/Hedhili%20CTHDIP.15.pdf>.

² J. MAGNOL, *De l'administration pénitentiaire dans ses rapports avec l'autorité judiciaire et son rattachement au ministère de la Justice*, Toulouse, V. Rivière, 1900, p. 5.

³ *Ibid.*, p. 5.

⁴ Décret du 13 mars 1911 rattachant au Ministère de la Justice l'Administration pénitentiaire et les services qui en dépendent.

subtilement, des enseignements très riches sur le rôle des magistrats du siège et du ministère public dans l'exécution des peines.

Joseph Magnol, dans sa thèse, s'emploie à identifier les inconvénients du rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de l'Intérieur (I) avant de défendre son rattachement à celui de la Justice (II).

I. La critique du rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de l'Intérieur

Joseph Magnol procède à une présentation rigoureuse des raisons ayant justifié le rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de l'Intérieur et en retrace la genèse (A). Une fois ce nécessaire rappel effectué, il s'emploie à en révéler les inconvénients (B).

A. La présentation minutieuse de l'origine du rattachement critiqué

L'auteur amorce sa démonstration par une rétrospective de l'administration des prisons, de l'Ancien régime au droit en vigueur lors de la rédaction de sa thèse.

Avant la Révolution, l'unité des services pénitentiaires n'existait pas. Dès lors, les prisons dépendaient, alternativement, du roi, des seigneurs ou des officialités. Pour autant, soucieux d'améliorer l'état calamiteux des établissements pénitentiaires, les rois manifestèrent très rapidement la volonté « de conférer à l'autorité judiciaire la direction des prisons⁵ ». Nombreux furent les édits, déclarations et ordonnances traduisant cette intention⁶ finalement parachevée par l'ordonnance criminelle de 1670 qui confia « aux magistrats jusqu'à la partie économique de l'administration des prisons⁷ ». En dépit des efforts entrepris pour contrôler ces dernières, les dérives perdurèrent et la Révolution justifia une rupture radicale avec le modèle de l'Ancien Régime. Portant, évidemment, sur l'amélioration de l'état des prisons, les revendications révolutionnaires s'attachèrent également à réformer leur surveillance qui, par une interprétation stricte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne pouvait appartenir qu'au pouvoir exécutif. Le principe de la séparation des pouvoirs justifia, en effet, la répartition suivante : « Le pouvoir législatif devait voter les lois ; le pouvoir judiciaire trancher les différends entre particuliers et déterminer, d'après la loi votée, la peine encourue par le délinquant ; l'exécutif devait assurer l'exécution des deux pouvoirs précédents⁸ ». Devant ainsi être retirée à

⁵ J. MAGNOL, *op. cit.*, p. 13.

⁶ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁷ *Ibid.*, p. 15.

⁸ *Ibid.*, p. 20.

l'autorité judiciaire, l'administration des prisons entra dans les prérogatives de l'exécutif à la faveur du décret du 22 décembre 1789 – janvier 1790.

Conformément à cette volonté, le code d'instruction criminelle vint placer les différentes prisons sous la surveillance des préfets, eux-mêmes rattachés au ministre de l'Intérieur⁹ et un droit de contrôle fut également reconnu aux maires. Parallèlement à la rationalisation de la direction pénitentiaire, un mouvement important de centralisation fut entrepris¹⁰.

Si elles doivent être résumées dans le cadre de cette contribution, l'auteur dresse une présentation particulièrement minutieuse des différentes réformes qui, progressivement, ôtèrent aux magistrats leur droit de surveillance sur les établissements pénitentiaires. Néanmoins, ces derniers restèrent intéressés par la situation des détenus et certains rapports, entre l'administration pénitentiaire et l'autorité judiciaire, subsistèrent.

B. La démonstration de la survivance de nombreux rapports de facto contrariés

Si l'autorité judiciaire est « sans droits comme sans obligations en ce qui concerne la partie en quelque sorte matérielle de l'administration des prisons¹¹ », l'auteur révèle qu'elle entretient « de nombreux rapports avec l'Administration pénitentiaire en ce qui concerne les détenus¹² », tant durant la détention provisoire que durant l'exécution de la peine.

Ainsi, dans ce qu'il convenait d'appeler les « prisons préventives¹³ », Joseph Magnol rappelle deux missions fondamentales de l'autorité judiciaire : la prévention des détentions arbitraires, d'une part ; la sauvegarde de la manifestation de la vérité, d'autre part. En vertu de la première prérogative, il appartenait au Président de la cour d'assises et au juge d'instruction de visiter les détenus¹⁴ et de signer et parapher les registres d'écrou¹⁵. Dans le cadre de la seconde, ces autorités avaient le pouvoir de « donner respectivement tous les ordres qui devront être exécutés dans les maisons d'arrêt et de justice et qu'ils croiront nécessaires soit pour l'instruction, soit pour le jugement¹⁶ ». Un tel ordre devait être suivi, sauf s'il s'avérait contraire au règlement intérieur

⁹ *Ibid.*, p. 24.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 24-27.

¹¹ *Ibid.*, p. 28.

¹² *Ibid.*, p. 29.

¹³ Il s'agit alors des maisons d'arrêts ou de justice : *Ibid.*, p. 14.

¹⁴ Art. 611, code d'instruction criminelle.

¹⁵ Art. 607, code d'instruction criminelle.

¹⁶ Art. 613, 2°, code d'instruction criminelle.

des maisons d'arrêt ou de justice¹⁷. De ce fait, il existait un certain équilibre et chacune des autorités en présence constituait le contre-pouvoir de l'autre¹⁸.

Quant aux « prisons de peine », le code d'instruction criminelle chargeait le ministère public de veiller à l'exécution des jugements de condamnation¹⁹ et cette obligation fut précisée par des circulaires accordant au parquet le droit de « visiter sans autorisation préalable les maisons centrales²⁰ » et de connaître « la destination définitive du condamné²¹ ». De surcroît, en cas de difficultés quant au calcul de la peine, le ministère public devait être consulté²². Il en allait de même lorsque l'administration pénitentiaire souhaitait obtenir des renseignements sur les antécédents des détenus²³. En outre, des rapports existaient également lors de la libération du condamné. Ainsi, en matière de libération conditionnelle, la loi du 14 août 1885 organisait une collaboration entre ces deux forces. Si la décision appartenait au ministre de l'Intérieur, elle devait être prise après avis du Préfet, directeur de l'établissement ou de la circonscription pénitentiaire, de la commission de surveillance des prisons et, enfin, du parquet²⁴. Après la libération, en revanche, le rapport de force s'inversait. En effet, l'autorité judiciaire tenait ici le rôle principal, mais elle avait parfois besoin d'obtenir des renseignements auprès de l'administration pénitentiaire quant au comportement du condamné en prison. Par ailleurs, la tenue du casier judiciaire et les décisions de réhabilitation supposaient également que les magistrats s'entretiennent avec l'administration pénitentiaire²⁵.

L'examen minutieux des rapports existant entre l'autorité judiciaire et l'administration pénitentiaire permet à l'auteur de reconnaître qu'il conviendrait « que ces services, sans être fusionnés et sans dépendre directement l'un de l'autre, soient cependant réunis sous l'autorité d'un même chef²⁶ ». Pour conforter sa position, il rappelle qu'une telle revendication fut

¹⁷ J. MAGNOL, *op. cit.*, p. 35.

¹⁸ L'auteur donne, à ce sujet, un exemple éclairant : « L'autorisation de visiter un prévenu ou un accusé est toujours accordée par le préfet, car, nous l'avons vu, il a la police intérieure des maisons d'arrêt ou de justice ; mais comme ces visites peuvent entraver la marche de l'information, le juge d'instruction a un droit de veto et il doit viser les permis de visiter les prévenus, délivrés par l'autorité administrative », conformément à l'article 47 du règlement du 11 novembre 1885 : *Ibid.*, p. 36.

¹⁹ Art. 165, 197 et 367, code d'instruction criminelle.

²⁰ J. MAGNOL, *op. cit.*, p. 41.

²¹ *Ibid.*, p. 42.

²² *Ibid.*, p. 41.

²³ *Ibid.*, p. 43.

²⁴ De même, la révocation supposait une décision du ministre de l'Intérieur après avis du préfet et du procureur de la République compétent en vertu du lieu de résidence de l'individu : Art. 3 §§1 et 3 de la loi du 14 août 1885.

²⁵ J. MAGNOL, *op. cit.*, pp. 51-55.

²⁶ *Ibid.*, p. 57.

portée par d'autres voix avant lui, notamment, par la Cour de cassation²⁷, le Conseil supérieur des prisons²⁸ et le Conseil de direction de la Société Générale des prisons²⁹. En outre, il fait référence à un pénaliste toulousain emblématique, monsieur Jean Cruppi³⁰ ayant lui-même défendu le rattachement devant la Chambre des députés³¹. Bien que les projets et revendications n'aient pas abouti, l'idée n'était donc pas récente. Finalement, le sénateur Bérenger présenta, le 6 juin 1898, une proposition de loi en ce sens constituant le socle sur lequel s'appuie la contribution de Joseph Magnol. Parmi les différentes options présentées, celle d'un rattachement de l'ensemble des prisons métropolitaines au ministère de la Justice est celle que choisit l'auteur, après une étude de droit comparé poussée qui révèle que la position de la France est isolée³².

Si une interprétation rigoureuse du principe de séparation des pouvoirs justifia le rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de l'Intérieur, l'autorité judiciaire conserva certaines prérogatives à l'égard des individus qu'elle condamnait. Faute de tutelle commune, l'exercice de ces dernières se révélait complexe et conduisait les magistrats à se désintéresser de l'exécution des peines. Déplorant cet état de fait, l'auteur défend vigoureusement le rattachement de l'Administration pénitentiaire au ministère de la Justice.

II. La défense du rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de la Justice

Joseph Magnol réclame le rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de la Justice dans le dessein d'associer l'autorité judiciaire à l'exécution des peines (A). Ambitieux, le modèle qu'il propose ne sera pourtant achevé que des années plus tard (B).

²⁷ *Ibid.*, p. 58.

²⁸ *Ibid.*, p. 59.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ *Ibid.*, p. 61.

³¹ Jean Cruppi a notamment pu déclarer : « le magistrat ne connaît pas assez sa propre justice ; il juge des délits, il applique des définitions abstraites, tandis qu'il devrait connaître des hommes et des délinquants il connaît le code pénal de 1810, ce tarif démodé de vengeance pénal ; il ne connaît pas le criminel et n'est pas suffisamment initié au rôle que le juge aura dans l'avenir au point de vue des œuvres de patronage et de reclassement » : Chambre des députés, Séance du 2 mars 1899.

³² J. MAGNOL, *op. cit.*, pp. 64-74.

A. La volonté d'associer l'autorité judiciaire à l'exécution des peines

À travers le rattachement de l'Administration pénitentiaire au ministère de la Justice, Joseph Magnol souhaite, en réalité, associer plus intensément les magistrats à l'exécution des peines. Afin de soutenir sa thèse, il procède à un « examen critique³³ » dudit rattachement en présentant les arguments en faveur et défaveur de ce dernier.

L'auteur examine ainsi l'argument tiré du principe de la séparation des pouvoirs³⁴ pouvant être résumé sous la forme interrogative suivante : « Ne serait-il pas tout-à-fait contraire à cette règle de donner à l'autorité judiciaire le soin de faire exécuter ses propres arrêts en lui confiant la mission de veiller à l'exécution des peines qu'elle prononce ?³⁵ ». Reprenant à son compte l'expression de Montesquieu selon lequel une telle solution reviendrait à conférer à l'autorité judiciaire « la force d'un oppresseur³⁶ », il ajoute également qu'il s'agirait de revenir à la situation de l'ancien régime. Or, un tel « retour en arrière doit faire craindre de voir revivre les mêmes maux³⁷ ». Si l'argumentation se veut extrêmement convaincante, Joseph Magnol prend, ensuite, le plus grand soin à la réfuter. En effet, il indique que le rattachement ne confierait pas la gestion de l'Administration pénitentiaire aux magistrats, mais au garde des Sceaux qui, à l'évidence, est un membre du pouvoir exécutif³⁸. De surcroît, il démontre que l'association de l'autorité judiciaire à l'exécution des peines est une nécessité plus importante que celle consistant à respecter strictement le principe de la séparation des pouvoirs. En effet, « qu'y a-t-il d'étonnant à ce que le pouvoir judiciaire exerce une certaine surveillance sur un service d'exécution, sur l'exécution des peines, si cette attribution doit mieux assurer l'œuvre de la justice répressive, par la connaissance plus complète que pourront avoir les tribunaux des effets de leurs sentences³⁹ » ?

Au-delà de cet argument de droit public, l'auteur énonce également les « nombreux inconvénients pratiques du rattachement⁴⁰ ». S'il évoque les difficultés organisationnelles⁴¹, l'absence de compatibilité des charges matérielles avec la dignité des magistrats⁴², il insiste davantage sur l'argument,

³³ J. MAGNOL, *op. cit.*, p. 78.

³⁴ *V. supra.*

³⁵ J. MAGNOL, *op. cit.*, p. 80.

³⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, T. I., Paris, Veuve Dabo, 1824, p. 306, cité par J. MAGNOL, *op. cit.*, p. 82.

³⁷ J. MAGNOL, *op. cit.*, p. 84.

³⁸ *Ibid.*, pp. 93-94.

³⁹ *Ibid.*, p. 93.

⁴⁰ *Ibid.*, p. 85.

⁴¹ *Ibid.*, pp. 85-86.

⁴² *Ibid.*, p. 86.

« peut-être plus sérieux que les précédents⁴³ », consistant à soutenir que le changement de tutelle ministérielle perturberait l'octroi des décisions de libérations conditionnelles. D'aucuns pensaient, en effet, que les magistrats seraient réticents à accorder de telles faveurs, trop occupés à s'assurer de l'autorité de leurs décisions⁴⁴. Pourtant, là encore, l'auteur réfute le raisonnement et défend l'idée selon laquelle les libérations conditionnelles seraient, au contraire, plus fréquentes, car les magistrats « pourraient suivre l'effet de la peine, l'amendement progressif et la bonne conduite du condamné⁴⁵ ».

La démonstration précédente autorise, finalement, Joseph Magnol à livrer l'essence de sa pensée consistant à promouvoir l'association des magistrats, du parquet⁴⁶ comme du siège, au sort des condamnés. Selon l'auteur cela leur permettrait de se rendre compte « des effets nuisibles ou moralisateurs » de la peine, de « l'amendement du condamné » et les encouragerait « par cette force naturelle qui nous pousse à secourir ceux que nous voyons aux prises avec les plus tristes difficultés de la vie »⁴⁷.

Dès lors, si le rattachement préconisé permettait de corriger les lenteurs des rapports précédemment étudiés entre l'administration pénitentiaire et l'autorité judiciaire⁴⁸, il s'agit surtout pour Joseph Magnol de livrer un plaidoyer dont la modernité doit être soulignée. Animé par la volonté de rechercher le relèvement du condamné, l'auteur livre une conception avant-gardiste de la peine, de ses fonctions et de son exécution.

B. La proposition d'un modèle de rattachement ambitieux

Nonobstant une association plus effective de l'autorité judiciaire dans l'exécution des peines, la réforme défendue par Joseph Magnol se révèle limitée. En effet, il n'est pas question de changer l'administration et le personnel pénitentiaire, mais simplement de transférer sa direction au ministère de la Justice⁴⁹. Cependant, et contrairement à la proposition du sénateur Bérenger, il estime nécessaire de modifier l'administration locale, en transférant les pouvoirs détenus par les préfets aux procureurs généraux. Ainsi,

⁴³ *Ibid.*, p. 87.

⁴⁴ *Ibid.*, pp. 87-88.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 97.

⁴⁶ S'agissant de ces derniers, l'auteur affirme qu'une telle association « adoucirait ainsi l'excès de leur esprit répressif, en les intéressant au relèvement du condamné, sans lequel l'œuvre de justice reste vaine » : *Ibid.*, p. 100.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 105.

⁴⁸ *Ibid.*, pp. 102-104.

⁴⁹ Joseph Magnol propose, à titre subsidiaire, de réorganiser les commissions de surveillance, d'autonomiser l'inspection générale des prisons et d'accroître l'indépendance et les prérogatives du Conseil supérieur des prisons : *Ibid.*, pp. 115-119.

les procureurs de la République, sous l'autorité de ces derniers, seraient chargés de veiller à la salubrité des prisons, de visiter ces dernières, de signer et parapher les registres des prisons de peines et, enfin, ils seraient chargés de la police des prisons⁵⁰. Un tel transfert de compétences est seul à même de constituer une véritable amélioration, car sans elle « les lenteurs, les conflits déjà signalés ne seraient-ils pas nature à se reproduire ? Les magistrats seraient-ils plus qu'aujourd'hui intéressés au sort des condamnés, si leurs droits et leurs devoirs n'étaient pas augmentés⁵¹ » ?

Le changement sera finalement mis en œuvre par le décret du 13 mars 1911 rattachant au Ministère de la Justice l'Administration pénitentiaire et les services qui en dépendent. Toutefois, celui-ci ne changea pas le rôle des magistrats en prison⁵². Il faudra attendre la fin de la Seconde Guerre mondiale pour que de nouvelles voix s'élèvent et que le message de Joseph Magnol, enfin, soit entendu⁵³. L'ordonnance du 23 décembre 1958 institua la fonction du juge de l'application des peines et permit l'entrée des magistrats dans les établissements pénitentiaires. Pour autant, un siècle après la publication de la thèse commentée, Robert Badinter regrettait encore le désintérêt des juges d'instruction et des procureurs de la République à l'égard de l'état des prisons⁵⁴. La loi pénitentiaire du 24 novembre 2009 précisa et renforça les obligations de visites de ces magistrats⁵⁵, répondant finalement aux souhaits de Joseph Magnol.

Soucieux de décroiser le monde de la justice et celui des prisons, Joseph Magnol s'inscrit alors comme un partisan du relèvement des condamnés et un fervent défenseur de la science pénitentiaire, à l'image du professeur Vidal dont il fut le disciple. Sa thèse, écrite en 1900, conserve tout son intérêt tant le monde carcéral semble encore demeurer abstrait et inconnu, même pour les professionnels du droit⁵⁶. Gardiens de la liberté individuelle, il

⁵⁰ Selon l'auteur, il convient alors de modifier les articles 605 à 607 et 611 à 613 du code d'instruction criminelle conférant, à l'heure où il écrit, ces différentes prérogatives aux préfets : *Ibid.*, pp. 112-113.

⁵¹ *Ibid.*, p. 112.

⁵² V. à ce sujet, C. CARLIER, « La balance et la clef. Histoire du rattachement de l'administration pénitentiaire au ministère de la Justice », *Criminocorpus* [En ligne], *Varia*, 6 déc. 2011, consulté le 1^{er} oct. 2019 : <http://journals.openedition.org/criminocorpus/943>.

⁵³ *Ibidem*. V. également à ce sujet, R. ERRERA, « Les juges et la prison : les raisons et les conséquences de leur intervention », *Les cahiers de la justice*, 2013, pp. 7-16.

⁵⁴ Sénat, Rapport n° 449 de J.-J. HYEST et G.-P. CABANEL fait au nom de la commission d'enquête sur les conditions de détention dans établissements pénitentiaires en France, 29 juin 2000, p. 170.

⁵⁵ Art. D. 176 et s., c. proc. pén.

⁵⁶ En 2018, les membres de la commission des lois constitutionnelles regrettaient l'insuffisance de l'association des magistrats, notamment des juges correctionnels, à l'exécution des peines : Sénat, Rapport n°713 de J. BIGOT, F.-N. BUFFET fait au nom de

est pourtant nécessaire que les magistrats puissent non seulement *punir*, mais également *surveiller* l'exécution des peines qu'ils prononcent.

la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du Règlement et de l'administration générale sur la nature des peines, leur efficacité et leur mise en œuvre, 12 sept. 2018, p. 54.

À propos de Victor Molinier

Pourquoi il faut lire et relire celui qui inspira Georges Vidal

Adèle TOURNÉ

Doctorante contractuelle en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole



Éléments biographiques¹. Joseph Victor Molinier (1799 - 1887) est né à Turin en Italie, d'un père militaire, Jean. Il prend sa retraite de l'armée en 1800 pour s'établir sur une petite propriété familiale à Sainte Foy d'Aigrefeuille, une commune située dans le département de la Haute-Garonne, proche de Toulouse. Le grand-père de Molinier, avocat au Parlement de Toulouse, et son grand-oncle, magistrat, ont joué un rôle important dans la vie de celui qui s'inscrira à la faculté de droit de Toulouse en 1818. Il confie d'ailleurs à son ami Georges Vidal avoir voulu

« continuer les traditions de sa famille »².

Victor Molinier se marie en 1823 à Villefranche de Lauragais, ville dans laquelle il sera successivement avocat puis procureur³. Il aura six enfants, dont un qui deviendra magistrat⁴. Substitut à Toulouse, ce passionné de Beccaria souhaite devenir professeur et rédige une thèse, soutenue en 1838. Il intègre alors l'Université de Toulouse, avec pour ambition d'offrir une conception nouvelle des méthodes d'enseignement du droit⁵.

¹ V. la notice biographique rédigée par Georges VIDAL, mise en tête du *Traité* qu'il rédigea avec les notes de cours de Molinier. V. aussi M. SOULA, « Spécialisation et professionnalisation du droit criminel : le cas exemplaire de Victor Molinier », in *Les Facultés de droit de province aux XIX^e et XX^e siècles - Les conquêtes universitaires (t. 3)*, coll. CTHDIP, Presses de l'Université Toulouse 1-Capitole, 2012, p. 298.

² G. VIDAL, *Notice sur Victor Molinier, professeur de droit criminel à la Faculté de droit de Toulouse*, Toulouse, 1888, p. VIII.

³ H. HEDHILI, « La science pénitentiaire et la faculté de Toulouse au XIX^e siècle », in *Les facultés de droit de province au XIX^e siècle : bilan et perspectives de la recherche (t. 2)*, coll. CTHDIP, Presses de l'Université Toulouse 1-Capitole, 2011, p. 109-130.

⁴ Molinier, Pierre, Marie, Louis, Adrien, né le 04/05/1829 à Villefranche de Lauragais.

⁵ V. MOLINIER, *Essai sur l'enseignement du droit en France*, Toulouse, Bénichet, 1831.

Enseigner d’abord. Lorsque le Professeur Molinier débute sa carrière à Toulouse, en 1838, il enseigne d’abord aux étudiants en première année les bases du droit⁶. Il reprend ensuite un cours créé à l’initiative de Vacquier, en 1843, de législation criminelle comparée, avant d’enseigner son fameux cours de droit criminel.

Cet enseignement, prestigieux, donné également en première année, devant un auditoire composé de quatre-vingt à quatre-vingt-dix étudiants, fut repris par un célèbre Georges Vidal. En effet, à partir de décembre 1881, Molinier souffre d’un affaiblissement de la voix, qui ne lui permet pas de continuer à s’exprimer devant autant d’étudiants. Afin de ne pas partir précipitamment à la retraite, il reprend un cours complémentaire de droit constitutionnel, cours de doctorat qui se tenait devant un auditoire réduit.

Écrire ensuite. Le droit criminel passionne le professeur, qui lui consacre plusieurs articles dédiés au cours de sa vie universitaire. Cette passion, qui s’inscrit dans une connaissance plus large du droit, pousse l’auteur à dédier sa carrière universitaire à l’étude du droit pénal, au sens large (II). En effet, pour lui, le droit pénal ne se limite pas à la simple étude de la législation. Il s’intéresse à la nouvelle science pénale, en incluant par exemple l’étude des peines dans son cours, dans leurs dimensions philosophique, historique et pratique. Une réflexion qui poussera Molinier à combattre la peine de mort et la torture (I), en s’intéressant notamment au très nouveau droit pénitentiaire.

I. Une carrière universitaire engagée

Il convient de rappeler que Molinier, avant de devenir professeur, avait été avocat et procureur. Il aimait se remémorer les procès auxquels il avait participé, et dans lesquels il avait observé « le Droit en action »⁷. De cette expérience, nourrie d’une solide connaissance de la philosophie et de l’histoire du droit, est né un combat contre la peine de mort (A), et contre la torture, qu’il qualifie d’« institution barbare » (B).

A. Son combat contre la peine de mort

Engagement de l’auteur contre la peine capitale. Parmi ses écrits, deux articles peuvent être soulignés, puisqu’ils décrivent bien la position de l’auteur

⁶ Il fut professeur suppléant du cours d’« Introduction générale à l’étude du droit » (entre 1838 et 1843). Bien que ce cours ait semble-t-il rencontré un certain succès, le conseil royal a donné sa préférence au cours de « Législation pénale comparée » lorsqu’il a fallu choisir entre les deux enseignements près la mort de Vacquier. V. *Siprojuris*, base de données, Directeur de publication : Bernard Hours, en ligne : <http://siprojuris.symogih.org/siprojuris/enseignant/57391>

⁷ G. VIDAL, *Notice biographique, préc.*, p. IX.

sur la question : son mémoire sur le droit de punir et sur la peine de mort⁸, œuvre importante pour l'auteur, et un article issu du recueil de l'Académie de Législation, *De la peine de mort*⁹.

En tirant premièrement un enseignement historique de la justice royale, époque où les peines étaient si sévères qu'elles ne servaient qu'à intimider le peuple, l'auteur trouve obsolète une telle punition dans la nouvelle société libérale¹⁰.

« À mesure que les sociétés progressent et s'éclairent, la raison étend son empire, l'esprit d'examen pénètre l'étude du droit, et le flambeau de l'analyse éclaire les abus et prépare la réforme des institutions¹¹. »

Il résume les principales objections contre l'emploi de la peine de mort, en se référant principalement à Beccaria¹². Un lien avec son Italie natale, souligné par Vidal¹³ : il s'intéressera tout au long de sa vie aux avancées législatives de ce pays, ainsi qu'aux conférences et congrès scientifiques auxquels il se rendra. Pourquoi abolir la peine de mort ? Molinier insiste sur les arguments nombreux en faveur de l'abolition. En rejetant une partie de la doctrine d'Hobbes, qui admet un transfert au souverain d'un droit de punir¹⁴, il démontre que le citoyen ne peut valablement conférer au législateur le droit de disposer de sa vie, comme l'avait écrit Beccaria. Molinier ajoute que seul Dieu a le droit de retirer la vie. Pour lui, cela s'inscrit dans l'idée que la vie humaine est inviolable, et surtout, que l'éventualité de futurs assassinats ou plus globalement d'une récidive ne justifie pas l'emploi de la peine de mort. Il réfute l'argument sécuritaire de prévention du crime. N'oublions pas qu'à cette époque, d'autres auteurs défendent la vision contraire, il s'agit de la « défense sociale ». Molinier revient sur d'autres grands penseurs, tels que Charles Lucas, qui distingue la légitime défense du droit de punir¹⁵. Il décrit avec une grande clarté les doctrines et courants de pensée. Ici réside toute la force de cet auteur toulousain¹⁶ : Kant, Feuerbach, Bentham, autant d'auteurs que Molinier

⁸ V. MOLINIER, « Mémoire sur le droit de punir et sur la peine de mort », in *Mémoires de l'Académie royale des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse*, 1848.

⁹ V. MOLINIER, *De la peine de mort*, extrait du *Recueil de l'Académie de Législation*, séance du 17 juill. 1861.

¹⁰ G. VIDAL, *Notice biographique*, préc.

¹¹ V. MOLINIER, « Mémoire sur le droit de punir... », préc.

¹² Mais aussi à Rousseau et au contrat social, à Horace, avec l'idée que « ce qui peut être avantageux pour le corps social n'est pas toujours juste », à l'italien De Broglie... p. 245-247 de son « Mémoire sur le droit de punir... », préc.

¹³ G. VIDAL, *Notice biographique*, préc., p. VIII.

¹⁴ V. MOLINIER, « Mémoire sur le droit de punir... », préc., p. 247.

¹⁵ C. LUCAS, *Du système pénal et du système répressif en général, et de la peine de mort en particulier*, Paris, 1827.

¹⁶ Vidal le décrit bien, lors d'une de ses leçons publiques, à l'époque facultatives, mais d'un grand succès : « il exposa, avec clarté, cette précision de pensée et de parole qui gravaient à

a lus, et dont il résume subtilement leurs analyses. À cela s'ajoutent d'utiles rappels historiques, notamment sur les débats ayant eu lieu à l'Assemblée Nationale. Il est impossible de résumer l'intégralité des idées issues de son mémoire, mais notons que sa fin peut surprendre. Après avoir expliqué pourquoi il faudrait supprimer la peine de mort, l'auteur conclut qu'il « serait sage de ne pas effacer la peine de mort de nos Codes » dans certains cas¹⁷, c'est-à-dire de la laisser dans la législation, mais de faire jouer le système des circonstances atténuantes, qui à l'époque permettait aux cours d'assises de détourner les prononcés de peines de mort. Peut-être Molinier se souvenait-il de ses années passées au tribunal et tirait de son expérience cette idée. Surtout, il aimait exposer le point de vue philosophique d'une question, avant d'en tirer des conclusions pratiques. S'il a l'intime conviction que la peine de mort devrait être abolie, il sait que la France n'est pas en mesure de s'en débarrasser si tôt.

L'importance du débat. L'engagement de Molinier contre la peine de mort mérite une attention particulière, puisque l'auteur comprit très tôt l'importance du débat législatif sur le sujet, qui interviendra à l'Assemblée Nationale en 1848¹⁸, date à laquelle le gouvernement provisoire de la Seconde République abolit par décret la peine de mort en matière politique. Contemporain de Victor Hugo¹⁹, il publiera en 1877 une « Notice historique sur une condamnation à mort d'un nommé Cahuzac (...) à Toulouse, sur son exécution et sur la réhabilitation de sa mémoire, par arrêt du Parlement du 9 août 1779, qui constata son innocence »²⁰.

Dans un rapport verbal sur un ouvrage belge relatif à la peine de mort, offert à l'Académie de Législation de Toulouse²¹, l'auteur réaffirme l'importance d'un débat sur la question de la peine de mort. Cette intervention orale, datant de 1864, retranscrite dans le Recueil de l'Académie, permet de voir que Molinier conserve un attachement particulier au thème de la peine de mort, peine dont « la légitimité et la nécessité [...] sont, depuis l'apparition du livre de Beccaria, l'objet d'une constante polémique ». L'auteur belge dont l'ouvrage est commenté par Molinier, s'intitule *Quelques réflexions sur la prétendue*

tout jamais son enseignement dans les esprits, les principes généraux de la législation pénale et tous les problèmes sociaux qui s'agitent autour d'elle. »

¹⁷ Not. pour les crimes de nature militaire.

¹⁸ Il publie son article au mois de mai 1848.

¹⁹ V. HUGO, « La peine de mort, 15 septembre 1848 », *Œuvres complètes, Actes et paroles avant l'exil*, Paris, Hetzel et Quantin, 1882, t. 1, p. 234.

²⁰ V. MOLINIER, Toulouse, impr. de L. et J.-M. Matthieu Douladoure, *Extrait des Mémoires de l'Académie des sciences, inscriptions et Belles-lettres de Toulouse*, 1877.

²¹ *Recueil de l'Académie de Législation*, séance du 20 avr. 1864, Rapport verbal sur deux ouvrages adressés par M. Thonissen, professeur belge de droit (Université catholique de Louvain). L'un des ouvrages, adressé à l'Académie, p. 88, p. 91-100.

*nécessité de la peine de mort*²². Les pays ayant totalement aboli la peine de mort sont mentionnés²³, mais si l'auteur belge affirme que la peine de mort n'est plus nécessaire, quelle est la position de Molinier ? Si l'auteur est sensible aux arguments avancés, notamment relatifs aux données tirées des statistiques qui expriment qu'il n'y a pas plus de criminalité dans les pays ayant aboli la peine capitale, Molinier souhaite que la question soit « localisée » afin de ne pas induire d'une manière absolue « ce qui existe dans un pays, ce qu'il peut y avoir à faire dans un autre ». Mais à la fin de la séance, lorsqu'un membre explique que la question de la peine de mort est aujourd'hui épuisée, « qu'il serait bien de laisser cette question sommeiller, à l'heure où des crimes énormes jettent encore l'épouvante dans la société », Molinier répond que l'Académie ne peut rester étrangère au débat :

« Le silence, en présence d'une pareille polémique, serait au moins étrange, et, sur les questions de cette nature, mieux vaut parler que de se taire, car il y a toujours avantage à produire la vérité et à maintenir les esprits dans les voies de la modération en leur donnant une direction qui soit bonne. »

L'Académie de Législation. Molinier était très proche du principal fondateur de cette société savante, unique en France²⁴, Osmin Benech. Il a d'ailleurs écrit une notice historique sur sa vie et ses travaux, en 1857²⁵. Il acquit alors une certaine notoriété en Europe à l'époque, et fut consulté par des jurisconsultes et même par des gouvernements étrangers. Vidal remarque que Molinier s'associe avec ardeur aux travaux de la société, une activité qui lui permettra de rencontrer d'autres professeurs, en France et à l'étranger, des connexions qui lui seront fortes utiles dans ses réflexions, notamment sur la torture.

B. Son combat contre la torture

Une définition péjorative de la « question ». Molinier rédige une étude de la torture²⁶, en 1879, qu'il publie chez un éditeur toulousain, et un autre, à Turin²⁷.

²² J.-J. THONISSEN, *Belgique judiciaire* du 10 sept. 1863, 30 p.

²³ À l'époque, au niveau local, en Amérique : Wisconsin, Michigan, Rhode-Island ; en Europe : duchés d'Oldenbourg, d'Anhalt, les cantons de Neuchâtel et de Fribourg, en Toscane...

²⁴ P.-L. BOYER, *La fondation de l'Académie de Législation : un cercle juridique au sein des sociétés savantes toulousaines*, site de l'Académie, rubrique Histoire, en ligne : http://academie-legislation.fr/IMG/pdf/fondation_de_l_academie.pdf

²⁵ V. MOLINIER, « Notice historique sur la vie et les travaux de M. Benech », in *Mélanges de droit et d'histoire par M. Benech*, Cotillon, Paris.

²⁶ V. MOLINIER, *La Torture, étude historique et philosophique*, Extrait des *Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse*, 1879.

²⁷ Chez le libraire Brero.

Il y décrit, dès le premier paragraphe, ces « tourments atroces » qui forcent des accusés à procurer à la justice des éléments de preuve manquants, nécessaires pour les envoyer à la mort, qui les forcent à « déclarer ce qu'on appelle la vérité »²⁸. Ce « procédé inhumain » est d'abord abordé de manière historique par Molinier, et il illustre ensuite ses propos de nombreux exemples²⁹, surtout toulousains – ce qu'il appelle « la torture en action ». Décrivant la législation en vigueur, qui se base encore sur l'ordonnance de 1670³⁰, il différencie les procédures ordinaires des procédures extraordinaires, et parle avec précisions des différents « boutons » (étapes) de la question.

L'affaire Bermon. Molinier fait le récit glaçant d'une « abominable tragédie »³¹, celle d'un accusé, Marc Bermon, orfèvre à Montauban, mort après un exercice de torture qui consistait à simuler une noyade. Une certaine émotion se dégage du texte, détaillé, et qui critique fortement les magistrats présents lors des tortures, qui vont au-delà de ce qui était prescrit par l'ordonnance. Molinier pose alors une question fondamentale, qui est celle de savoir s'il y a obligation, pour le détenu, de dire la vérité. La société a-t-elle le droit d'exiger cela des accusés, quitte à aller jusqu'à créer un châtiment spécifique si la personne ne répond pas ? Pour y répondre, il rappelle la création, par le tribunal d'Amsterdam, de la « peine de désobéissance ». Un accusé, qui ne souhaitait pas répondre aux questions qui lui étaient posées lors de son procès, disait mécaniquement « je ne me rappelle plus ». Il fut exécuté à mort en 1803. L'auteur s'inquiète de cette sévérité, et rappelle que cette théorie de la désobéissance a disparu de notre législation. Il se félicite d'un mouvement d'adoucissement législatif progressif, qui, s'il n'est pas toujours en pratique concluant³², se doit d'être encouragé.

D'utiles rappels historiques. L'importante Déclaration du roi Louis XVI du 24 août 1780, abolissant la torture pour obtenir des aveux pendant l'enquête, distingue celle-ci de la question préalable pour les condamnés à mort, elle toujours autorisée, qui force à indiquer les complices du crime. Molinier critique cette pratique, dont les résultats sont presque nuls et qui provoque des erreurs judiciaires. Cette déclaration fut de toute façon un échec, puisque dans les faits, de nombreux Parlements refusèrent de l'enregistrer. Il parle

²⁸ V. MOLINIER, *La Torture, étude...*, préc., p. 1.

²⁹ Comme l'exemple de Calas, p. 10 ; ou, encore à Toulouse, de ce qu'on appelait la « chambre de la Gène », p. 13.

³⁰ Titre XIX où il est question de la torture, Ordonnance criminelle d'août 1670, Saint-Germain-en-Laye, en ligne :

<https://ledroitcriminel.fr/la-legislation-criminelle/anciens-textes/ordonnance-criminelle-de-1670.htm>

³¹ V. MOLINIER, *La Torture, étude...*, préc., p. 16.

³² « Ce qui est dans le domaine des idées a souvent peine à passer dans le domaine des faits », explique-t-il à la p. 26 de son étude.

également de la Déclaration du 1^{er} mai 1788, inspirée par Malesherbes, qui adoucit certaines rigueurs de l'ordonnance de 1670, mais la date à retenir est celle de l'abolition définitive de la torture avec le décret des 8 et 9 octobre 1789, par l'Assemblée constituante. Molinier revient aussi sur le système des preuves légales, dans lequel l'aveu avait une place majeure et rassurait ainsi le magistrat en charge de l'affaire. Son exposé est d'une grande clarté, là encore.

Droit pénal comparé. Son étude, similaire à celle sur la peine de mort, contient de nombreuses références à des législations voisines, en Europe. Cette richesse est décrite par Vidal, qui décrit Molinier comme un homme « toujours au courant des moindres progrès des idées », qui ne borna pas son horizon scientifique à l'étude des textes de la loi française³³.

II. Une carrière universitaire riche

Il ne serait pas possible de décrire tout ce que Molinier aimait lire ou étudier, tant il a eu, au cours de sa vie, de nombreux centres d'intérêts : théâtre, histoire, philosophie... Parmi certains de ses articles, quelques titres insolites surprennent : *Anne d'Autriche et Mazarin étaient-ils secrètement mariés ?* (1887), *Notice historique sur les fourches patibulaires de la ville de Toulouse* (1868), *Est-il vrai, comme l'ont affirmé Voltaire, Laharpe et Sismondi, que Corneille ait pris le sujet et les principales scènes du Cid dans une pièce espagnole de Diamanté (...) ?* (1865). En plus de cette curiosité pour des disciplines variées, Molinier a une connaissance de plusieurs matières en droit, allant du droit commercial, au droit constitutionnel (A), qui ne font toutefois pas de lui un « touche-à-tout ». Avec le droit pénal, Molinier s'épanouit comme professeur brillant, faisant appel à l'histoire, la philosophie et le droit comparé pour enrichir ses écrits (B).

A. Une connaissance hétéroclite du droit

Anecdote. Molinier participe en 1841 à un concours, ouvert afin de pourvoir à la vacance d'une chaire de droit commercial. Il lutta contre les autres candidats avec ardeur, mais son collègue Dufour fut choisi. Vidal remarque toutefois que cet « insuccès »³⁴ lui permit de se consacrer pleinement à l'étude du droit pénal et « d'y conquérir une réputation européenne ». Il publia de plus un traité de droit commercial, peu de temps après le concours, heureux d'avoir acquis d'utiles connaissances en la matière.

³³ G. VIDAL, *Notice biographique*, préc., p. XX.

³⁴ G. VIDAL, *ibid.*, p. XI.

Une activité universitaire abondante. Droit pénal, droit civil et procédure civile, droit constitutionnel, procédures devant la Cour d'assises..., Molinier maîtrise sérieusement l'étude du droit, dans sa globalité et en détails. Cette capacité impressionnante de travail, décrite par ses collègues et amis, vient sûrement du fait qu'il décida de rédiger une thèse, un travail qui lui demanda beaucoup d'efforts, alors qu'il était encore procureur à Villefranche³⁵.

La justice et le droit. Dans les premières pages de son cours de *Droit constitutionnel*, Vidal se souvient que Molinier insistait fortement sur l'idée de justice, rejetant tout despotisme : « La loi n'est pas un acte de puissance ; elle ne doit être qu'un acte de sagesse et de raison »³⁶. C'est cette idée de justice qui amène justement le professeur à s'intéresser tout particulièrement au droit pénal.

B. Une connaissance approfondie du droit pénal

L'autonomie du droit pénal. Grâce à l'enseignement de qualité que donne Molinier, la Faculté de Toulouse acquit une juste renommée³⁷, souligne Vidal, disciple de Molinier. Alors que la science pénale était encore en construction, le professeur participe activement à son élaboration³⁸, grâce à ses cours qui captivent ses étudiants, et à ses articles lus en France et à l'étranger.

Droit pénal et droit pénitentiaire. Le cours de droit criminel du professeur Molinier, qui est accessible sur le site *Gallica*³⁹, nous montre que sa connaissance du droit pénal était complète. De plus, avant de reprendre le cours de droit constitutionnel, il se consacre en décembre 1881 à un cours de procédure devant la Cour d'assises, ainsi qu'à un autre portant sur la loi nouvelle du 29 juillet 1881 sur la presse.

À la lecture de ses écrits, il est possible de voir que la question de la peine est centrale pour Molinier. Très à jour de l'organisation du système pénitentiaire, il se met en relations fréquentes avec les prisonniers détenus dans la maison d'arrêt, de justice et de correction de Toulouse⁴⁰. S'il n'utilise jamais le terme de « droit pénitentiaire », il aborde les grandes questions relatives à l'exécution des peines.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ G. VIDAL, *ibid.*, p. XVIII.

³⁷ G. VIDAL, *ibid.*, p. XX.

³⁸ M. SOULA « Spécialisation et professionnalisation du droit criminel : le cas exemplaire de Victor Molinier », préc., p. 318.

³⁹ *Traité théorique et pratique de droit pénal*, en ligne : <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k5685670x/f33.item.r=molinier%20notice%20georges%20vidal>

⁴⁰ G. VIDAL, *Notice biographique*, préc., p. XIII.

Droit pénal et droit comparé. Ses travaux ont eu un certain retentissement à l'étranger, notamment grâce à son rôle actif au sein de l'Académie de Législation, ou sa participation à des congrès scientifiques, en Europe et jusqu'en Russie. Il lit aussi beaucoup d'auteurs étrangers, italiens comme Rossi et de Broglie, qu'il cite très souvent dans ses articles. En lisant et commentant Bentham⁴¹, de manière détaillée, Molinier rejette violemment les thèses utilitaristes de l'auteur anglais⁴², ayant la conviction que justifier le droit de punir exclusivement grâce au concept de l'utilité ou de défense sociale est dangereux, car cela peut provoquer « un retour dangereux aux procédés violents des époques barbares ».

En décembre 1844, c'est alors sans surprise qu'il reprend à nouveau un cours de législation criminelle comparée, qui aura un grand succès auprès des étudiants, bien que leur présence soit facultative.

Enseigner, écrire et participer, toujours. « À la conquête des disciplines »⁴³, l'auteur du XIX^e siècle s'inscrit pleinement dans un courant dynamique de reconnaissance du droit pénal comme discipline à part entière dans l'étude du droit⁴⁴. L'initiative de la création⁴⁵ d'une chaire de droit criminel à la Faculté de droit de Toulouse, alors la seconde en France après celle de Paris⁴⁶ apporte la preuve de l'ambition du jeune professeur⁴⁷. Georges Vidal admirait cette volonté qui plaça Toulouse en avance par rapport aux autres universités de province. Ce mouvement est d'ailleurs exprimé par ce dernier, qui publie une notice biographique en préambule du traité de droit pénal rédigé à partir des notes de cours de Molinier : « (...) professeur de Droit pénal éminent et un criminaliste célèbre, dont le nom et la réputation avaient depuis longtemps franchi les limites de la France pour se répandre au loin dans les pays étrangers. »⁴⁸ ; ces mots de Vidal, élogieux, nous rappellent pourquoi il faut lire (ou relire !) Victor Molinier.

⁴¹ Vidal qualifie Molinier comme « l'ennemi déclaré des idées utilitaires de Bentham » ; v. son étude détaillée : « Jérémie Bentham, considéré comme moraliste et comme légiste (Fragment d'un traité inédit de droit naturel) », *Revue de législation et de jurisprudence*, 1837, 5, p. 209-229.

⁴² « Traité de droit naturel », *Revue de législation*, 1836, sous la direction de Wolowski.

⁴³ J.-C. GAVEN, in *Les Facultés de droit de province aux XIX^e et XX^e siècles - Les conquêtes universitaires (t. 3)*, coll. CTHDIP, Presses de l'Université Toulouse 1-Capitole, 2012, p. 297.

⁴⁴ Notons qu'auparavant, le droit pénal demeure « l'accessoire » du cours de procédure civile.

⁴⁵ Par arrêté délibéré en Conseil royal de l'Université du 13 décembre 1846.

⁴⁶ Dont le titulaire était un certain Joseph-Louis-Elzéar Ortolan...

⁴⁷ Rappelons qu'il n'avait commencé sa carrière universitaire que quelques années auparavant, en 1838.

⁴⁸ G. VIDAL, *Notice biographique*, préc.

Georges Vidal et les doctrines pénales du XIX^e siècle

Floriane MIGNON

*Doctorante contractuelle en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*



« Deux traits, qui se complètent l'un l'autre, me semblent caractériser Georges Vidal : il fut à la fois homme de science et homme de charité : la science inspira, éclaira, dirigea sa charité ; la charité offrit à sa science une portée pratique, et elle donna à son enseignement les allures d'un véritable apostolat », telle est la description de Georges Vidal, rédigée par Joseph Bressolles, son collègue de la Société des Jeux Floraux¹.

Homme de science, Georges Vidal naquit le 8 mai 1852 à Foix, et effectua ses études de droit à la Faculté d'Aix, durant lesquelles il choisit sa vocation dès la licence, en décidant de se consacrer à l'agrégation. Il obtint son doctorat en droit en 1873 en soutenant deux thèses, l'une sur la restitution *in integrum* en droit romain, et l'autre sur les actions en nullité ou en rescision des conventions en droit français². Il déménagea à Toulouse afin de préparer le concours d'agrégation. En cours de son obtention, en 1876, il enseigna à Bordeaux, jusqu'à devenir professeur agrégé le 10 juillet 1877, et revenir définitivement à Toulouse en 1878. Par la suite, en 1881, il succéda à Victor Molinier, éminent pénaliste, à la chaire de droit criminel. Durant cette période, il rédigea de façon prolifique plusieurs ouvrages, comme les *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaires*³, ainsi que leur résumé⁴, et les *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*⁵, qui seront largement utilisés dans cette étude. Il remit aussi au

¹ J. BRESSOLLES, *Éloge de Georges Vidal*, Académie des Jeux Floraux, Douladoure-Privat, 1913.

² G. VIDAL, *La restitution in integrum en droit romain ; Des actions en nullité ou en rescision des conventions en droit français*, thèses, Aix, 1873.

³ G. VIDAL, *Cours de droit criminel*, Rousseau.

⁴ G. VIDAL, *Cours résumé de droit pénal*, Rousseau, 1900.

⁵ G. VIDAL, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Rousseau, 1890.

goût du jour le *Traité théorique et pratique de droit pénal* de son prédécesseur⁶. Néanmoins, homme curieux, désireux d'étendre son champ de recherche, Georges Vidal se préoccupa également du droit matrimonial⁷, ou encore de l'appréhension juridique du téléphone⁸.

Parallèlement, il devint rapporteur à la Société Générale des Prisons, et se préoccupa des conditions de vie des détenus, ce qui l'amena à rédiger plusieurs rapports à cet égard, notamment concernant la propagation de la tuberculose dans les établissements pénitentiaires⁹. Cela mène à la deuxième facette de la personnalité de Georges Vidal : l'homme de charité. En effet, cet érudit s'intéressa aux questions sociales de son époque, liées au contexte de la révolution industrielle, de l'immigration massive dans les villes, de la paupérisation croissante de la population, et de la délinquance subséquente. À cet égard, il devint membre du bureau de la Miséricorde, chargé de la surveillance des prisons et de la fourniture aux libérés de ressources et de vêtements. De même, il dirigea la Société de patronage des Enfants et Adultes libérés de Toulouse. Soucieux de leur réinsertion sociale, il croyait fortement en la rémission par le travail et ouvrit à cet effet un atelier de confection de ligots, rue du May.

Plus encore, la situation des mineurs délinquants lui tenait également à cœur, et il dirigea un comité chargé des intérêts des enfants arrêtés et traduits en justice. À cette occasion, il assura les droits des parents reconnus indignes ou impuissants, et permit la liberté surveillée de jeunes délinquants. Parallèlement, il dirigea l'œuvre des « Petits Toulousains aux Pyrénées », destinée à emmener des citadins à la montagne. À l'égard de la jeunesse, il publia plusieurs rapports, notamment sur la question de la protection de l'enfance, du développement physique, intellectuel, et moral des mineurs, ainsi que de leur placement au sein de familles d'accueil¹⁰.

⁶ V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique de droit pénal*, mis au courant de la législation et de la jurisprudence les plus récentes par Georges VIDAL, t. 2, Rousseau, 1894.

⁷ G. VIDAL, *Conventions matrimoniales des officiers des armées de terre et de mer*, Douladoure-Privat, 1880 ; G. VIDAL, *Étude sur les moyens organisés par la loi et la jurisprudence pour protéger les fiancés contre leurs fraudes réciproques*, Toulouse, Durand, 1884.

⁸ G. VIDAL, *Le téléphone au point de vue juridique*, Paris, Rousseau, 1886.

⁹ G. VIDAL, « Quels sont les moyens de combattre et de traiter la tuberculose et d'en éviter la propagation dans les établissements pénitentiaires de tout ordre ? », Travaux préparatoires, *Congrès pénitentiaire international de Budapest*, 1905.

¹⁰ G. VIDAL, « Par quel régime peut-on le mieux assurer le développement physique, intellectuel et moral des enfants, qui, à des titres divers, doivent être mis sous la tutelle de l'autorité publique, spécialement : des enfants délinquants ou ayant commis un acte que la loi qualifie crime ou délit ; des enfants vagabonds ; des enfants moralement abandonnés ? Le système de placement dans les familles présente-t-il des avantages pour les enfants ? Comment ce système doit-il être organisé ? », *Congrès international d'Amers pour l'étude des questions relatives au Patronage des détenus et à la Protection des enfants moralement abandonnés*, 1890.

Il mènera ces actions généreuses jusqu'à son décès, survenu le 17 juin 1911. Lors de la cérémonie d'enterrement, un dernier hommage fut rendu à sa mémoire par un célèbre juriste toulousain, Maurice Hauriou.

Georges Vidal fut donc fortement impliqué dans les problématiques liées à son époque, et en tant que savant érudit et curieux, il étudia les doctrines pénales ayant cours au XIX^e siècle. En effet, plusieurs auteurs se sont interrogés sur le sens et la finalité de la peine, formant ainsi plusieurs écoles de pensée, au titre desquelles se trouvent majoritairement les positivistes, menés par Ferri¹¹, Lombroso¹² et Garofalo, selon lesquels l'homme délinquant est dangereux pour la société, ce qui mérite son éloignement, voire son élimination. D'autres auteurs, comme Ortolan¹³, ou Rossi¹⁴, allient au concept d'utilité sociale des positivistes, celui de justice, formant ainsi l'école néo-classique, dite éclectique. Enfin, un peu plus tard, la doctrine de la défense sociale, portée par Prins¹⁵, insiste sur la resocialisation de l'individu.

Dès lors, il s'agira de s'intéresser à l'acceptation de la pénalité par Georges Vidal, au travers des différentes doctrines du XIX^e siècle, en explorant des thématiques allant du choix de la mesure applicable (I), à sa postériorité (II).

I. Le choix de la mesure applicable

Afin de choisir la meilleure mesure applicable, il faut, d'après Vidal, connaître au mieux le délinquant (A), afin de déterminer les modalités d'exécution de cette dernière (B).

A. La connaissance du délinquant

L'école positiviste porte en son sein l'idée de connaissance du délinquant, afin de déterminer son état dangereux pour la société, car la justification du droit de punir réside dans l'intérêt de la communauté, comme l'admet également Vidal : « c'est qu'en effet l'utilité sociale et l'observation des faits qui en montre les exigences constituent un des éléments essentiels des lois répressives et du droit de la Société de punir. »¹⁶

Dès lors, il faut distinguer entre les délinquants dangereux, « incurables », et ceux qui sont rémissibles, afin de choisir en connaissance de cause la mesure qui leur sera appliquée. En effet, le premier type d'auteur, « l'homme, qui est décidé à le reproduire autant de fois qu'il le pourra et à porter ainsi atteinte aux

¹¹ E. FERRI, *Sociologie criminelle*, 1881.

¹² C. LOMBROSO, *L'homme criminel*, 1876.

¹³ J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 1856.

¹⁴ P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 1829.

¹⁵ A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, 1910.

¹⁶ G. VIDAL, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Rousseau, 1890, p. 217.

droits respectables d'autrui, est un être dangereux, manifestant des penchants antisociaux et montrant par sa conduite qu'il ne peut vivre en Société »¹⁷, et doit par conséquent faire l'objet d'une mesure d'éloignement ou d'élimination de la communauté. Vidal partage donc le point de vue positiviste, en admettant que « ces études pleines d'intérêt confirment, en nous les présentant à un point de vue nouveau, les recherches déjà faites par les criminalistes de l'école classique et spiritualiste, relativement aux mœurs, à la morale de convention, à l'incorrigibilité de certains malfaiteurs endurcis dont il est presque chimérique d'espérer l'amendement : elles justifient la division des délinquants, faite depuis longtemps, en délinquants d'habitude, ou de profession et délinquants d'occasion, les premiers étant pour la plupart incorrigibles, les seconds étant susceptibles d'une réforme qu'il appartient au régime pénitentiaire convenablement organisé de provoquer et de favoriser »¹⁸.

Les finalités de la peine dépendraient donc du type de délinquant considéré. Il s'agirait de mesures d'élimination ou de sûreté pour les délinquants irrémissibles, d'amendement pour ceux étant rémissibles, et enfin d'intimidation en cas de criminalité peu grave¹⁹. La même idée se retrouve peu ou prou concernant les délinquants mineurs, certains étant naturellement vicieux, et d'autres simplement abandonnés et malheureux. Dans tous les cas, d'après Vidal, les mineurs doivent être traités de façon particulière, afin de favoriser leur éducation, et leur protection²⁰, *leitmotiv* repris près d'un demi-siècle après, par l'ordonnance du 2 février 1945.

Toutefois, malgré l'influence des auteurs italiens, Vidal ne partage pas inconditionnellement leurs idées. En effet, de façon générale, il critique le caractère pseudo-scientifique et simpliste du positivisme²¹, et les excès fatidiques auxquels il peut mener en cherchant la défense sociale à tout prix²². La défiance de Vidal envers cette doctrine se retrouve principalement dans le fait qu'elle nie tout libre arbitre au délinquant, victime de déterminisme, et donc, irresponsable pénalement et moralement. Il refuse « l'influence mécanique et toute puissante d'un motif devenu plus fort en dehors de nous et

¹⁷ *Ibid.*, p. 243.

¹⁸ *Ibid.*, p. 627.

¹⁹ G. VIDAL, *Cours de droit criminel*, 1901, p. 548.

²⁰ G. VIDAL, « Par quel régime peut-on le mieux assurer le développement physique, intellectuel et moral des enfants, qui, à des titres divers, doivent être mis sous la tutelle de l'autorité publique, spécialement : des enfants délinquants ou ayant commis un acte que la loi qualifie crime ou délit ; des enfants vagabonds ; des enfants moralement abandonnés ? », *Congrès international d'Anvers*, 1890 ; « Y a-t-il lieu de rendre obligatoire et de quelle façon y a-t-il lieu d'organiser l'intervention des Comités de patronage à l'égard des jeunes délinquants pour lesquels il a été rendu une sentence provisoire ou une condamnation avec sursis ? », *Congrès pénitentiaire international de Bruxelles*, 1900.

²¹ G. VIDAL, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Rousseau, 1890, p. 27-28.

²² *Ibid.*, p. 264.

malgré nous »²³. C'est ainsi qu'il opte clairement pour le libre arbitre, et la responsabilité pénale de l'auteur²⁴.

Finalement, il semblerait que Vidal penche davantage pour l'école éclectique, conciliant la justice et l'utilité sociale, ce qui, d'après lui, « donne pleine satisfaction aux exigences de la justice, et aux intérêts de la société », cette doctrine étant la seule à « tenir une balance justement égale entre les nécessités de la répression et les droits de l'individu »²⁵, et ce en accord avec les idées humanistes du toulousain, qui se retrouvent quant à sa conception de l'exécution de la mesure pénale.

B. L'exécution de la mesure applicable

Vidal, en reprenant les idées positivistes, préconise l'élimination pour les délinquants incorrigibles, soit « en déportation perpétuelle, en incarcération à vie, en exécution capitales »²⁶. Toutefois, humaniste, il se positionne contre la peine de mort, dont il critique l'inefficacité à endiguer la criminalité, ce qui l'éloigne subséquemment de l'école de pensée italienne²⁷.

En effet, selon lui, cette peine conduit à « des mesures humaines, il est vrai, mais sans résultat suffisamment protecteur pour la Société, comme la transportation et la relégation, enfin détourne l'attention de moyens plus efficaces et justifiés par l'expérience, tels que l'emprisonnement cellulaire et les institutions pénitentiaires destinées à le compléter »²⁸. Il penche donc nettement en faveur du régime cellulaire, et ce alors même que l'éloignement via la déportation vers les colonies faisait partie du droit positif²⁹. En effet, d'après lui, « le régime cellulaire est aujourd'hui considéré comme la base nécessaire et la condition essentielle d'un bon système pénitentiaire »³⁰, car « enfermer le criminel, lui imposer un isolement pénible, fortifier son âme contre les mauvais penchants par de sages conseils et par un travail moralisateur, c'est bien allier autant que possible l'amendement à la répression et remplir, pendant qu'elle s'exécute, le double but principal de la pénalité »³¹. Là encore, l'exécution de la peine en régime cellulaire est envisagée sous le prisme du reclassement social³².

En outre, le travail tient une place primordiale pendant l'incarcération selon Vidal, à des fins de préparation du délinquant à la vie en société après la

²³ *Ibid.*, p. 434.

²⁴ *Ibid.*, p. 442.

²⁵ *Ibid.*, p. 375.

²⁶ *Ibid.*, p. 244-245.

²⁷ *Ibid.*, p. 259-260.

²⁸ *Ibid.*, p. 264.

²⁹ G. VIDAL, *Cours de droit criminel*, 1901, p. 437 et p. 567 s.

³⁰ G. VIDAL, *op. cit.*, p. 332.

³¹ *Ibid.*, p. 334.

³² G. VIDAL, *op. cit.*, p. 599.

peine, « en faisant naître chez lui l'amour du travail, (il faudrait) organiser en conséquence le travail pénal de manière à en faire comprendre au détenu la nécessité dans la vie libre et à lui en donner le goût »³³. À cet égard, ce dernier pourrait ainsi faire valoir un droit de propriété sur le pécule constitué, après paiement de son entretien et réparation du dommage lié à l'infraction³⁴.

Néanmoins, l'incarcération ne doit pas se faire de façon arbitraire, car elle demeure une mesure restrictive de liberté. Elle doit donc répondre, d'après Vidal, à certaines conditions. Il indique à cet égard que « les pouvoirs de l'État, en matière pénale surtout, doivent donc recevoir une juste limite et l'individu doit jouir, dans son activité, de la liberté la plus grande compatible avec l'intérêt commun »³⁵. Il se pose donc en fervent défenseur des « droits de l'humanité »³⁶. Ainsi, par exemple, il milite pour que la durée de la détention préventive, « injustice nécessaire » soit imputée de plein droit sur la durée de la peine prononcée³⁷.

Toutefois, toujours dans une optique d'adaptation de la mesure punitive à la personnalité du délinquant, il réserve un traitement différent aux « délinquants d'occasion, à ceux qui succombent pour la première fois et ne commettent que des fautes légères en elles-mêmes [auxquels] le pardon, le sursis d'exécution de la condamnation peut, en évitant la flétrissure souvent ineffaçable du séjour en prison, fermer pour l'avenir la voie du crime »³⁸, et ce en accord avec plusieurs propositions de lois déposées en ce sens à l'époque, de 1884 à 1886³⁹. En effet, tout le choix de la mesure pénale est porté vers le moment postérieur.

II. La postériorité de la mesure pénale

La mesure pénale peut se solder en une réussite (A), comme en un échec (B), et en fonction de son résultat, les conséquences diffèrent.

A. La réussite de la mesure pénale

Un des buts de la mesure pénale, admis par Vidal, est l'amendement du délinquant, qui va de pair avec la répression. Ainsi, « l'idée d'amendement est aujourd'hui commune à toutes les peines »⁴⁰. Cet objectif se retrouve lors de

³³ G. VIDAL, *op. cit.*, p. 335.

³⁴ *Ibid.*, p. 581.

³⁵ G. VIDAL, *op. cit.*, p. 71.

³⁶ *Ibid.*, p. 346.

³⁷ G. VIDAL, *Imputation de la détention préventive sur la durée des peines, commentaire des articles 23 et 24 du Code pénal modifiés par cette loi*, Rousseau, 1893.

³⁸ G. VIDAL, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Rousseau, 1890, p. 631.

³⁹ *Ibid.*, p. 367.

⁴⁰ G. VIDAL, *Cours de droit criminel*, 1901, p. 553.

l'exécution de la peine, avec, par exemple, la création de « quartiers d'amendement » pour les condamnés sans antécédent judiciaire, qui autorisent des conditions d'emprisonnement plus favorables, notamment par la possibilité de la vie en commun⁴¹.

Tout est donc fait pour favoriser l'amendement des délinquants, et ce même après l'exécution de leur peine. En effet, il s'agit de les resocialiser, en tout cas « pour les individus susceptibles d'adaptation au milieu social »⁴², ce qui dénote le caractère précurseur de Vidal en matière de défense sociale, théorisée un peu plus tard par Prins, et orientée vers la réinsertion de l'individu dans la société. Pour ce faire, plusieurs moyens sont mis en œuvre, et Vidal insiste sur la réforme de la publicité du casier judiciaire, parfois néfaste pour le délinquant désireux de trouver du travail après l'exécution de sa peine. Le changement a finalement eu lieu par une loi du 5 août 1899, organisant trois bulletins au sein du casier judiciaire, qui correspondent à divers degrés de publicité, communicables, en fonction des cas, aux particuliers, si la condamnation illustre « une improbité et une immoralité assez graves pour exciter la défiance »⁴³, ou aux autorités publiques et administrations, système similaire au nôtre actuellement.

Ainsi, plus l'effort d'amendement de la part du délinquant est grand, plus importantes sont les faveurs qui lui sont accordées. Dès lors, la loi précitée établit, « pour certains condamnés dignes d'intérêt et de confiance »⁴⁴, une prescription de l'inscription des condamnations les plus graves, communicables en principe aux particuliers⁴⁵, ainsi qu'une réhabilitation légale et donc, de plein droit, en cas d'absence de nouvelle condamnation pendant un certain laps de temps, variable selon la gravité de l'infraction⁴⁶.

Là encore, dans la phase post-sentencielle, Vidal préconise le recours au travail, ce qui permet d'« assurer au libéré les moyens de développer dans la vie libre les bons sentiments qu'on a pu réveiller chez lui, lui procurer du travail et le protéger contre la défiance et la répulsion des honnêtes gens qui le plongeraient fatalement dans une nouvelle vie de désordres et de crimes »⁴⁷.

En outre, toujours dans la même optique de favoriser l'amendement et la réinsertion sociale après la peine, la création d'institutions particulières est préconisée par Vidal, selon qui « le patronage est destiné à protéger le condamné sortant de prison, d'une part en le garantissant contre les entraînements qui pourraient le conduire à la récidive, d'autre part en le protégeant, lorsqu'il a l'intention de se bien conduire, contre la défiance et la

⁴¹ *Ibid.*, p. 602.

⁴² G. VIDAL, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Rousseau, 1890, p. 244.

⁴³ G. VIDAL, *op. cit.*, p. 443.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 443.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 458.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 464-465.

⁴⁷ G. VIDAL, *op. cit.*, p. 335-336.

répulsion du public qui, en lui refusant impitoyablement tout emploi, le voue à une récidive fatale »⁴⁸. Finalement, il s'agit ici d'un aperçu par Vidal des prémices du service pénitentiaire d'insertion et de probation, dont l'une des missions est de favoriser la réinsertion des sortants de prison, afin d'éviter la récidive. Or, en cas de retour du délinquant à l'infraction, cela démontre l'échec de la mesure pénale qui a été choisie à son égard.

B. L'échec de la mesure pénale

Malgré tous les dispositifs mis en place pour favoriser l'amendement et la resocialisation du délinquant, il se peut que la mesure pénale se solde par un échec, la récidive. Dans ce cas, aucune tolérance n'est acceptée par les auteurs du XIX^e siècle, dont Béranger, particulièrement virulent lorsqu'il énonce lors d'une séance parlementaire en 1899, qu'« il ne faut pas d'indulgence pour le récidiviste : le récidiviste est un ennemi dangereux de la société [...]. Pour celui-là, [...] il faut s'armer de rigueur »⁴⁹. Vidal partage ce point de vue en se référant à la récidive comme « ce mal social et ce danger toujours croissants »⁵⁰.

Néanmoins, il distingue encore entre plusieurs degrés et gravités de la récidive, et fait la différence entre les récidivistes dangereux, et ceux ayant causé des délits sans gravité, dont la condamnation ne peut dépasser un an⁵¹. Mais pour le premier type de récidivistes, les faveurs destinées à la resocialisation ne sont plus accessibles. Ainsi, par exemple, il ne leur est pas possible de bénéficier de la prescription légale et de plein droit des mentions du casier judiciaire⁵². Leur seul recours consiste en la réhabilitation judiciaire, plus difficile à obtenir.

Plus encore, la relégation, soit la déportation à perpétuité dans les colonies, est réservée à « certains que leur passé, à raison du nombre, de la gravité et de la nature de leurs condamnations antérieures, fait juger être incorrigibles »⁵³, et doit obligatoirement être prononcée par le juge, en vertu de la loi du 27 mai 1885.

Il s'agit donc là d'un retour aux doctrines positivistes, préconisant l'éloignement de l'individu dangereux pour la société, comme le présente Vidal : « l'efficacité et l'utilité de la transportation au point de vue de l'élimination des criminels, du débarras, pour le territoire de la métropole, de criminels et de récidivistes, dont la récidive était inévitable, sont incontestables et démontrées par les statistiques. »⁵⁴ Cela ne l'empêche pas d'y voir une possibilité de reclassement social, notamment par le biais de l'accès à des

⁴⁸ G. VIDAL, *op. cit.*, p. 615.

⁴⁹ *Ibid.*, p. 460.

⁵⁰ G. VIDAL, *Principes fondamentaux de la pénalité dans les systèmes les plus modernes*, Rousseau, 1890, p. 11.

⁵¹ G. VIDAL, *op. cit.*, p. 461.

⁵² *Ibid.*, p. 458-459.

⁵³ *Ibid.*, p. 570.

⁵⁴ *Ibid.*, p. 575.

concessions de terrains au sein des colonies, rendu possible par la loi du 27 mai 1885. En effet, il affirme que « l'élimination par la transportation dans les colonies, atteint non seulement les malfaiteurs de profession frappés de relégation et les grands criminels, que la gravité de leur crime peut faire considérer comme incorrigibles et rentrant dans la catégorie des criminels-nés de l'école positiviste [...] ; elle atteint aussi les auteurs de crimes graves, à la vérité, mais qui cependant ne présentent pas des caractères d'anti-socialité beaucoup plus marqués que les criminels frappés seulement de la réclusion et qui sont, au contraire, susceptibles de réforme morale ; la transportation offre à ces derniers des facilités pour leur reclassement social »⁵⁵.

Ainsi, Vidal, en scientifique humaniste de son temps, a su mettre dans ses ouvrages l'Homme, bien que délinquant, au cœur de ses préoccupations, ce qui l'a amené à des pensées visionnaires, au-delà des écoles pénalistes courantes à son époque, notamment en matière d'objectifs de protection et d'éducation de l'enfance délinquante, ou encore d'institutions dédiées à la réinsertion des condamnés et de publicité du casier judiciaire. C'est finalement cet attachement à l'être humain qui a permis à ses idées de perdurer au-delà des tendances doctrinales, jusqu'à aujourd'hui, où elles font toujours écho.

⁵⁵ *Ibid.*, p. 575.

2. LE COLLOQUE :

Le produit de l'infraction en droit pénal

Le produit de l'infraction en droit pénal

Guillaume BEAUSSONIE

Marc SEGONDS

*Professeurs de droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*

« Le produit de l'infraction » : sous cette appellation simple en apparence, se cachent, en réalité, bien des choses : de l'argent, bien sûr, soit celui directement issu de l'infraction, soit celui qui, indirectement, a permis d'en dissimuler l'origine frauduleuse ; mais aussi, plus largement encore, tout ce qui a été obtenu par l'entremise d'une infraction.

À l'heure d'une lutte intense contre la délinquance d'affaires, et alors que la prison a déçu, la répression se focalise désormais sur le produit de l'infraction, sa confiscation – et, préalablement, sa saisie – étant perçues comme la sanction la plus adaptée.

Les problèmes provoqués par ce recentrage du droit pénal sur une nouvelle forme de punition sont pourtant nombreux : identifier les flux monétaires ; respecter les droits des propriétaires non délinquants ; ne pas s'arrêter aux frontières etc.

D'où la nécessité d'interroger tant les acteurs de ce nouveau droit pénal, que des universitaires.

« En droit pénal » : dans un premier temps, la réflexion s'est cantonnée au droit pénal, droit qui définit et combat l'infraction, notamment à travers son produit.

Dans un second temps, toutefois, l'analyse devra être portée au-delà du droit pénal, l'appréhension de ce produit posant des problèmes de bien d'autres natures encore (propriété publique, droit fiscal etc.).

Université Toulouse 1 - Capitole

Le produit de l'infraction

Programme

Mardi 20 février 2018

Université Toulouse 1-Capitole
Manufacture des Tabacs
Amphithéâtre MI V Guy-Isaac - Colloques

AJPénal
ACTUALITÉ JURIDIQUE PÉNAL

LES REVUES LEXISNEXIS

DROIT PÉNAL





Présidence de la journée

Bruno Dalles,
Directeur de TRACFIN

- 8 h 45 **Allocutions d'ouverture**
Corinne Mascala, Présidente de l'Université Toulouse 1-Capitole
Philippe Nelidoff, Doyen de la Faculté de Droit & Science politique
- 9 h 00 **Propos introductifs**
Marc Segonds et Guillaume Beaussonie,
Professeurs à l'Université Toulouse 1-Capitole

I. La définition du produit de l'infraction

- 9 h 15 **Le produit de l'infraction et le principe de la légalité criminelle : « La loi pénale et le produit de l'infraction »**
Marc Segonds, Professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole,
Avocat à la Cour
- 9 h 35 **Le produit de l'infraction et le principe de la personnalité des délits et des peines**
Guillaume Beaussonie, Professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole,
Co-directeur de l'ICRM
- 9 h 55 **Le produit de l'infraction et le principe de la proportionnalité des peines**
Bertrand de Lamy, Professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole
- 10 h 15 **Questions et pause**
- 11 h 00 **Le produit de l'infraction et le principe de l'individualisation des peines**
Muriel Giacomelli, Professeur à Aix-Marseille Université
- 11 h 20 **Le produit de l'infraction et conflit de lois dans l'espace**
Amane Gogorza, Maître de conférences à l'Université Toulouse 1-Capitole

Université Toulouse 1 - Capitole
Mardi 20 février 2018
Amphithéâtre MI V - Guy-Isaac

11 h 40 **Le produit de l'infraction et la jurisprudence criminelle**
Didier Guérin, ancien Président de la chambre criminelle de la Cour
de cassation

12 h 00 Questions et pause déjeuner

II. La détection du produit de l'infraction

14 h 00 **La détection du produit du blanchiment**
Olivier Chainet, Expert national détaché EUROPOL

14 h 20 **L'évaluation économique ou financière du produit de l'infraction par
l'expert**
Gilles Duteil, Maître de conférences à Aix-Marseille Université

14 h 40 **La détection du produit de l'infraction par le banquier**
Jérôme Lasserre-Capdeville, Maître de conférences à l'Université de
Strasbourg

15 h 00 Questions et pause

III. La privation du produit de l'infraction

15 h 45 **La saisie du produit de l'infraction**
Eric Camous, Avocat général près la Cour d'appel de Riom

16 h 05 **La confiscation du produit de l'infraction**
David Sénat, Avocat général près la Cour d'appel de Toulouse

16 h 25 **La privation du produit de l'infraction et le droit à un recours
juridictionnel**
Antoine Botton, Professeur à l'Université Toulouse I-Capitole,
Co-directeur de l'ICRM

16 h 45 **Le rôle de l'AGRASC**
Anne Kostomaroff, Directrice générale de l'AGRASC

17 h 05 Questions et clôture des travaux

À la recherche d'une définition du produit de l'infraction (selon la loi pénale)

Marc SEGONDS

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

Directeur du Master 2 Droit pénal des affaires publiques et privées

1. Serions-nous tous des produits du crime ? À en croire certains « économistes », nous sommes tous... des produits de l'infraction, infraction elle-même qualifiée de « produit du criminel ». Ainsi, selon Marx, si « un criminel produit des crimes [...] », « le criminel ne produit pas seulement des crimes, mais encore le droit criminel, le professeur qui fait des cours sur le droit criminel et jusqu'au manuel inévitable où ce professeur condense son enseignement en vue la vérité. Il y a donc augmentation de la richesse nationale, sans compter le plaisir de l'auteur. Le criminel produit en outre l'organisation de la police et de la justice criminelle, les agents, les juges, les bureaux, les jurés [...] »¹.

Ainsi, dans la pensée marxiste, le criminel est un producteur – parmi d'autres – et Marx, animé selon Merle « d'une fulgurante ironie »² ou, plus certainement, d'une attirance exagérée pour l'art du paradoxe, n'hésite pas à interroger son lecteur : « l'industrie des serrures connaîtrait-elle son actuelle prospérité s'il n'y avait pas de voleurs ? ». Que l'infraction soit le produit du criminel, nul ne le contestera sauf à noter que Marx en vient alors à confondre allégrement *homo faber* et *homo criminalis*. Demeure alors la seule véritable question : qu'est-ce que le produit du... produit ? Une telle recherche révèle que, bien souvent, derrière *l'homo criminalis* se cache parfois *l'homo oeconomicus*. Aussi bien, afin de définir le produit de l'infraction, il faut se tourner, dans un premier temps, vers les sciences économiques pour, dans un second temps, se tourner vers les disciplines juridiques.

2. Le produit selon les sciences économiques. Les sciences économiques enseignent que le produit désigne la « valeur de l'activité de production »³. En s'inspirant de cette définition, le produit de l'infraction pourrait alors être envisagé, en première analyse, comme la valeur de l'activité criminelle. De façon complémentaire, les sciences de gestion et, en particulier, la comptabilité

¹ Cf. K. MARX, *Histoire des doctrines économiques*, T. II, p. 162, cité par R. MERLE, in *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, éd. Cujas, 1997, 7^e éd., p. 162, note 1.

² Cf. R. MERLE, *ibid.*

³ Cf. *Lexique d'économie*, Dalloz, 2018, 15^e éd., V^o Produit.

générale d'entreprise, obligent à distinguer les produits des charges⁴. Fort de cette distinction, il restera alors à déterminer s'il revient au pénaliste lors de la définition du produit de l'activité criminelle d'y associer les charges de l'activité criminelle, en particulier, lors de l'établissement du « profit » procuré par l'infraction, ou s'il conviendra d'ignorer ou non, purement et simplement, l'existence desdites charges lors de la mise en œuvre de la répression.

3. Du produit civil au produit pénal : l'unité du concept. À l'enseignement économique – dont il faudra retenir que le produit est une valeur –, il faut ajouter l'enseignement juridique. Selon le droit commun, le produit désigne, *lato sensu*, tout ce qui est fourni par une chose⁵. De prime abord, le sens civiliste peut ainsi apparaître totalement étranger au produit de l'infraction qui elle, n'est pas une chose, mais un fait. En réalité, cet élément de définition peut parfaitement être retenu. Il suffit de considérer que le produit de l'infraction se compose de tout ce qui est fourni par une chose... ou un bien, voire un service, objet de l'infraction. De la sorte, il apparaît totalement inutile de prétendre à une autonomie du droit pénal là où il suffit de préciser que le produit de l'infraction désigne, fort de l'enseignement économique et juridique, toute valeur économique fournie par une chose, un bien ou un service, objet de l'infraction. Ainsi envisagé, le produit « civil » et le produit « pénal » ne possèderaient alors aucune autonomie conceptuelle – le concept de produit est identique – mais uniquement une différence d'origine : tandis que le produit civil possède une origine licite, le produit pénal possède une origine illicite, de surcroît infractionnelle. Tout au plus, il faut enrichir la définition du produit de l'infraction par une référence non seulement à une chose, objet de l'infraction, mais également à tous les objets possibles de l'infraction.

4. Le produit de l'infraction selon la loi pénale. Deux phases caractérisent l'attitude de la loi pénale à l'égard du produit de l'infraction, entendu provisoirement comme la valeur économique obtenue par la commission de l'infraction⁶.

La première phase est celle de l'indifférence de la loi à l'égard du produit de l'infraction. Elle a consisté à considérer que la répression ne devait pas être subordonnée à la recherche ou à l'obtention d'un profit. Ainsi, la répression des appropriations frauduleuses a pu s'exercer indépendamment de la valeur vénale des choses volées ou recelées, des biens ou des services escroqués ou des biens détournés mais, aussi, indépendamment de tout *animus lucri*, ce dernier ayant été réduit au rang de simple mobile, indifférent par conséquent à

⁴ *Ibid.*

⁵ Cf. *Vocabulaire juridique*, P.U. F., V^o Produit.

⁶ En observant que le législateur use de l'expression « produit des sanctions financières ou patrimoniales » à propos de leur affectation au fond de garantie des victimes des actes de terrorisme. Cf. art. 422-7 C. pén.

la qualification pénale. De la même façon, a pu s'exercer la répression des manquements au devoir de probité indépendamment de la preuve de tout enrichissement personnel⁷. Dans cette perspective que la délinquance soit lucrative ou non-lucrative, la délinquance reste la délinquance. Il est d'ailleurs à souligner que la loi française n'a jamais cédé à l'invitation de certains engagements internationaux – en particulier, la Convention de Palerme – qui, de façon particulièrement maladroite, ont intégré le profit à la définition de certaines infractions⁸. Pareille indifférence à l'endroit du produit de l'infraction a eu pour avantage certain de maintenir intacte la répression à l'égard des infractions... sans produit mais elle a eu pour inconvénient majeur de ne décourager en rien à la commission des infractions avec produit qui se trouvent ainsi réprimées d'une égale manière. Fort heureusement, une seconde phase s'est ouverte qui ne cesse de s'affirmer désormais.

La seconde phase est celle de la prise en compte par la loi du produit tiré de l'infraction pour en aggraver la répression à l'égard de l'ensemble de ses bénéficiaires. Le produit, tout en demeurant étranger à l'élément matériel et à l'élément moral de l'infraction, est désormais davantage intégré à la définition de la peine qu'il s'agisse de la peine d'amende ou de la peine de confiscation. Ainsi, la loi pénale, après avoir fait en sorte que le produit ne soit pas une condition de la qualification des faits, a progressivement érigé le produit de l'infraction en cause d'aggravation de la répression⁹, aggravation qui s'est traduite, non seulement, par un perfectionnement de la peine d'amende et de

⁷ Cf. M. SEGONDS, « À propos d'une diversion juridique : l'absence d'enrichissement personnel », *D.* 2003, p. 505 ; Adde D. DASSA, « *Cui bono ? À qui profite le crime ?* » : *GP* 13 mai 2014, n° 133.

⁸ C'est ainsi que la Convention de Palerme retient une définition de l'association de malfaiteurs en faisant référence à « une fin liée directement ou indirectement à l'obtention d'un avantage financier ou autre avantage matériel ». Cf. art. 5 §1a) Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée. Si le législateur n'a pas cédé à une telle proposition, il n'en va pas de même... du pouvoir réglementaire. En ce sens, l'article R. 147-12 du Code de la sécurité sociale fournit pour l'application de l'article L. 114-17-1 du Code de la sécurité sociale, une définition spécifique de la bande organisée... qui reprend les éléments de définition de la Convention de Palerme. Ainsi, est qualifiée de fraude commise en bande organisée « tout fait (*sic*) par lequel deux ou plusieurs acteurs (*resic*) s'entendent pour agir de façon organisée dans le but conscient et commun d'en retirer directement ou indirectement un profit matériel ou financier, un avantage ou un bénéfice au préjudice d'un organisme d'assurance maladie ou d'une caisse chargée de la prévention et de la tarification des accidents du travail et des maladies professionnelles ou, s'agissant des prestations servies au titre de la protection complémentaire en matière de santé ou de l'aide médicale de l'État, respectivement d'un organisme mentionné à l'article L. 861-4 ou de l'État ». Pour une analyse critique, cf. M. SEGONDS, « La variété et la convergence des sanctions liées aux fraudes fiscales et sociales », *RPDP* 2019, à paraître.

⁹ Cf. M. SEGONDS, « La variété des sanctions en droit pénal des affaires » : *RPDP* 2018, p. 815.

confiscation¹⁰ mais, également, par une autonomie accrue de la répression, autonomie rendue possible par la modernisation du recel – passé de l'acte de complicité à l'infraction autonome – et par la création des infractions de blanchiment¹¹.

5. Dimensions intellectuelle et matérielle du produit. L'évolution juridique contemporaine a essentiellement concerné la dimension intellectuelle du produit de l'infraction¹² et, notamment, la connaissance attachée à l'origine frauduleuse du produit considéré. Pour qu'un avantage économique soit considéré à l'égard du délinquant comme le produit de l'infraction, il est nécessaire d'établir que l'agent avait connaissance de l'origine frauduleuse dudit avantage économique. Si cette exigence intellectuelle demeure entière en présence du recel, sous réserve des présomptions judiciaires, l'on sait qu'il n'est pas nécessaire d'établir que l'agent savait que les biens ou les revenus blanchis trouvent leur origine dans le profit d'un crime ou d'un délit en présence du blanchiment médiat¹³, que la connaissance de l'origine illicite des biens et revenus peut être présumée en présence du blanchiment immédiat¹⁴ ou encore en présence du blanchiment douanier¹⁵, sans compter la peine de confiscation associée à une présomption d'origine illicite intéressant les crimes et délits punis d'au moins cinq d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect¹⁶.

Si les difficultés liées à la caractérisation de la connaissance de l'origine illicite du produit ont reçu de la loi pénale des solutions, il faut regretter que le produit de l'infraction, envisagé en tant que tel dans sa seule dimension matérielle, n'ait pas encore reçu de la loi toute l'attention nécessaire. Le produit est une figure juridique dont les traits légaux manquent encore par trop de netteté, même si le défaut de clarté et de précision de la loi pénale ne doit pas cependant être exagéré puisque la référence au produit de l'infraction est fréquemment accompagnée d'expressions et d'adjectifs qualificatifs aptes à permettre d'en mieux saisir la signification véritable.

¹⁰ En témoignage, notamment, la loi du 6 décembre 2013. Cf. M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière » : *Dr. pén.* 2014, étude 3.

¹¹ Cf. M. SEGONDS, « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ Pénal* 2016, n° 4, p. 168.

¹² A propos de la prise en considération de l'*animus lucri* en droit pénal des affaires, cf. M. SEGONDS, « La variété des sanctions en droit pénal des affaires », *ibid.*, sp. p. 817.

¹³ Cf. M. SEGONDS, - « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *ibid.*

¹⁴ Cf. art. 324-1-1 C. pén.

¹⁵ Cf. art. 415-1 C. douanes.

¹⁶ Cf. art. 131-21 al. 5 C. pén.

Aussi bien, si en première analyse, la loi pénale française ne semble pas toujours fournir de définition explicite du produit de l'infraction, il est possible d'en dégager une définition implicite en tenant compte du contexte juridique auquel ledit produit est associé. Ce contexte juridique se compose désormais de lois d'incriminations et de lois de pénalités sans cesse plus nombreuses à faire référence au « produit de l'infraction ». En tenant compte des éléments fournis par ce contexte juridique, il sera possible de tenter de déterminer la dimension objective susceptible d'être conférée par la loi au produit de l'infraction, dimension qui se révèle tantôt compréhensive – le produit de l'infraction étant entendu *lato sensu* – tant tantôt réductrice – le produit de l'infraction étant entendu *stricto sensu* –. Ainsi, seront envisagées l'appréhension légale du produit potentiellement compréhensive (I) et l'appréhension légale du produit davantage réductrice (II).

I. Une appréhension légale du produit potentiellement compréhensive

6. Les lois d'incrimination. Une appréhension compréhensive du produit de l'infraction est dictée par les lois d'incrimination. Avant même de tenter de parvenir à une définition du produit de l'infraction, il est possible d'observer qu'en présence de deux infractions, le produit de la première peut être l'objet de la seconde. Telle est la caractéristique des infractions dites de conséquence¹⁷ qui sont les seules à compter le produit de l'infraction dite d'origine parmi leurs éléments de définition. De la sorte, à la lecture de l'article 321-1 alinéa 2 du Code pénal, il apparaît que l'objet du « recel-bénéfice » n'est rien d'autre que le produit de l'infraction d'origine. De même, à la lecture de l'article 321-4 alinéa 2 du Code pénal, l'on constate que l'objet du « blanchiment immédiat » n'est rien d'autre que le produit, direct ou indirect, de l'infraction d'origine.

Les termes légaux suscitent deux interrogations : la première relative à la pertinence de la référence au « produit » qui n'est que la reprise pure et simple d'une expression forgée par la chambre criminelle de la cour de cassation elle-même¹⁸ (A), la seconde relative à l'emploi des adjectifs direct ou indirect présents à l'article 324-1 alinéa 2 du Code pénal mais faisant défaut à l'article 321-1 alinéa 2 du Code pénal (B).

¹⁷ Pour une étude exhaustive, cf. P. CAZALBOU, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence. Contribution à une théorie des infractions conditionnées* : L.G.D.J., 2016.

¹⁸ À propos du recel, cf. Cass. crim. 17 fév. 1953 : *Bull. crim.* n° 57 ; Cass. crim., 9 juill. 1970 : *Bull. crim.* n° 236.

A. De la pertinence de la référence au produit

7. La nécessité de distinguer l'objet et le produit de l'infraction. La référence textuelle au « produit » est-elle véritablement utile ? L'emploi de ce terme sert-il les intérêts de la répression ? Ne serait-il pas plus judicieux de faire référence, plutôt qu'au produit, à l'objet (nécessairement identifié) du crime ou du délit d'origine ou, encore, tout aussi simplement à la chose provenant d'un crime ou d'un délit comme en dispose l'art. 321-1 alinéa 1^{er} du Code pénal ? En faisant référence à l'objet du crime ou du délit d'origine, l'objet du recel-bénéfice (art. 321-1 al. 2 C. pén.) ou du blanchiment immédiat (art. 324-1 al. 2 C. pén.¹⁹) ne poserait aucune difficulté de définition. L'identification de l'un permettrait l'identification de l'autre et la répression y gagnerait tant en clarté qu'en précision, en notant que cette voie (malencontreuse) est parfois empruntée par certains instruments internationaux²⁰.

De cette apparente clarté et précision, il faut se défier car il faut prendre garde de ce que la seule référence à l'objet du crime ou du délit d'origine aurait pour effet de réduire considérablement l'objet du recel-bénéfice ou du blanchiment immédiat et, par conséquent, de réduire d'autant le champ de la répression. En effet, la référence au produit permet d'appréhender beaucoup plus nettement comme objets possibles du recel-bénéfice ou du blanchiment immédiat, outre l'objet premier de l'infraction d'origine, les fonds obtenus par l'aliénation de l'objet de l'infraction d'origine, mais aussi... l'objet acquis par les fonds obtenus par l'aliénation de l'objet de l'infraction d'origine. Indéniablement, le terme « produit de l'infraction » déborde ainsi « l'objet de l'infraction » et permet alors d'appréhender la valeur économique générée par la commission d'une infraction et ce, indépendamment des transformations voulues de son objet initial. La référence au produit de l'infraction possède par voie de conséquence une potentialité répressive nettement supérieure à celle limitée à l'objet de l'infraction.

8. Le produit *lato sensu*. Malgré tout, il faut remarquer que sous l'empire du Code pénal, à une époque où l'article 460 du Code pénal ne faisait état que « des choses » recelées, il avait été admis par tous – doctrine et jurisprudence – la fongibilité de la chose recelée qui permettait d'appréhender, à l'égal du produit désormais, non seulement l'objet de l'infraction d'origine, les fonds procurés par l'aliénation de l'objet de l'infraction d'origine ainsi que l'objet acquis par les fonds obtenus par l'aliénation de l'objet de l'infraction

¹⁹ Adde art. 222-38 C. pén.

²⁰ En ce sens, l'article 2 e) de la Convention de Palerme stipule que « l'expression "produit du crime" désigne tout bien provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction ou obtenu directement ou indirectement en la commettant ».

d'origine²¹. Le sens conféré à la « chose » – hier comme aujourd'hui – invite alors à relativiser l'intérêt de la référence au « produit »... qui pourrait être aussi bien remplacée – du moins en apparence – par la référence à la chose provenant d'un crime ou d'un délit... ce qui aurait eu pour avantage d'harmoniser les termes de l'article 321-1 du Code pénal.

En réalité, une fois encore, il n'en est rien. Quand bien même le terme « chose » recoupe largement le terme « produit », la chose ne recouvre pas totalement le produit : la référence au « produit » autorise à prendre en considération *lato sensu* les revenus liés à l'objet initial ou transformé, portée qu'il est beaucoup plus difficile d'admettre avec le terme « chose », employée désormais qui plus est au singulier²². La supériorité de la référence au produit tient par voie de conséquence à sa portée, de sorte qu'il n'est pas exagéré de considérer que le produit au sens des infractions de conséquence peut s'entendre de « toute forme d'avantage tiré de l'infraction d'origine »²³, ou plus précisément, de tout avantage économique tiré d'infractions pénales, ainsi que le stipulait la Convention de Strasbourg à propos de l'infraction de blanchiment²⁴.

Il reste alors à s'accorder sur le sens d'avantage... économique. La convention de Strasbourg précisait que « cet avantage peut consister en tout bien », le terme « bien » désignant lui-même un « bien de toute nature, qu'il soit corporel ou incorporel, meuble ou immeuble, ainsi que les actes juridiques ou documents attestant d'un titre ou d'un droit sur le bien ». Cette précision, pour être nécessaire, n'est pas suffisante. Il faut considérer que l'avantage peut s'entendre aussi bien d'un gain pécuniaire (accroissement de l'actif) que d'une économie pécuniaire (diminution du passif). Ainsi, sera qualifié de receleur au sens de l'article 321-2 alinéa 2 du Code pénal celui qui bénéficie sans droit de l'exonération du paiement d'un prix²⁵ ou d'une économie réalisée par le défaut de paiement de cotisations éludées²⁶.

²¹ Et la doctrine de souligner que « cette fongibilité des choses recelées s'explique par le jeu de la subrogation réelle, qui permet de transporter d'un bien à un autre bien la qualité juridique du premier, ici la qualification de chose d'origine frauduleuse » Cf. A. VITU, *Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, p. 1999, n° 2454.

²² À cet égard, l'on rappellera que le sens fort conféré à la chose « recelée » était aussi lié autrefois à l'emploi du pluriel à son endroit. Cf. A. VITU, *op. cit.*, p. 1999, n° 2454.

²³ Cf. Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, 5^e éd., Lexisnexis, p. 461, n° 639.

²⁴ Cf. art. 1 a. de la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, Strasbourg, 8.XI.1990. Par comparaison, la définition restrictive retenue par la Convention de Palerme du « produit du crime » a contraint ses rédacteurs à stipuler à l'article 12§5 que « les revenus ou autres avantages tirés du produit du crime, des biens en lesquels le produit a été transformé ou converti ou des biens auxquels il a été mêlé peuvent aussi faire l'objet des mesures [de saisie et confiscation], de la même manière et dans la même mesure que le produit du crime ».

²⁵ Cf. Cass. crim., 10 oct. 2012, 11-85914.

²⁶ Cf. Cass. crim., 1^{er} juin 2016, n° 15-81187 : *Dr. pén.* 2016, comm. 138, note Ph. CONTE. À propos du travail dissimulé, ont été qualifiés de produit l'économie réalisée par la fraude (Cass. crim., 29 juin 2016, n° 15-81426) ou encore le montant de cotisations sociales et de droits éludés (Cass. crim., 12 juill. 2016, n° 15-83355).

B. De l'utilité de distinguer le produit direct du produit indirect

9. Au-delà l'objet de l'infraction. Suffit-il de faire état du seul produit de l'infraction, ainsi qu'en dispose l'article 321-1 alinéa 2 du Code pénal²⁷ ou bien est-il nécessaire de faire état du produit direct ou indirect de l'infraction, tel que le précise l'article 324-1 alinéa 2 du Code pénal ?

S'il est soutenable que l'article 321-1 alinéa 2 du Code pénal souffre d'un défaut de précision, il est plus difficile de voir dans la référence au seul produit une lacune dans la répression et ce, pour une raison simple : la chambre criminelle de la cour de cassation a toujours accepté de prendre en considération un produit indirect – tel le bénéfice d'une vie « somptueuse » alimentée par des fonds issus d'un abus de confiance – et ce, même si le qualificatif « indirect » n'a jamais accompagné la référence (jurisprudentielle) audit produit... de sorte que, même s'il convient de regretter ce défaut de textualité, la référence au produit « indirect » est au moins implicite : *Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*.

Ici encore, il serait possible de dégager le sens susceptible d'être conféré au « produit » en l'associant à l'objet de l'infraction. Ainsi, le produit direct désignerait l'objet de l'infraction, tandis que le produit indirect désignerait l'objet de l'infraction transformé ainsi que les revenus provenant de l'objet de l'infraction transformé. De la sorte, la référence à l'« objet ou au produit de l'infraction » pourrait être tenue pour équivalente à la référence au « produit direct ou indirect » de l'infraction.

Une autre solution plus simple s'offre au législateur : faire référence non pas au produit d'un crime ou d'un délit mais à *tout* produit d'un crime ou d'un délit... à moins de retenir la définition consacrée par la Convention de Varsovie, qui élargissant les termes de la Convention de Strasbourg précités, stipule que le produit de l'infraction désigne « tout avantage économique provenant directement ou indirectement de la commission d'une infraction pénale ou obtenu directement ou indirectement en la commettant »²⁸. À titre complémentaire, il est à souligner ainsi que le rappelle le Rapport explicatif de la Convention de Varsovie au § 37 qu'« après discussion, les auteurs de la Convention de 1990 avaient décidé de ne pas inclure "les objets des infractions" dans le champ d'application de la Convention. En effet, la définition des termes « produits » et « instruments » est suffisamment large pour couvrir, le cas échéant, les objets des infractions. La définition extensive des "produits" pourrait notamment s'appliquer aux biens volés – des œuvres d'art, par exemple – ou au commerce d'espèces menacées ».

10. De l'exclusivité de la référence au produit direct ou indirect. Si l'infraction de recel gagnerait en précision en faisant référence au produit direct ou indirect –

²⁷ Cf. Cass. crim., 9 mai 1974 : *Bull. crim.* n° 170.

²⁸ Cf. art. 1a) de la Convention de Varsovie.

sans gagner pour autant en portée répressive ainsi que cela a été précédemment observé –, il est des hypothèses où les textes répressifs se devraient de faire exclusivement référence au produit direct ou indirect et être débarrassés de la malencontreuse référence au « profit » : il en est ainsi à propos du délit de non-justification de ressources (art. 321-6 C. pén.) et de l'infraction générale de blanchiment médiat (art. 324-1 al. 1^{er} C. pén.)²⁹.

Par définition, la référence au profit renvoie à la distinction qui oppose les produits... aux charges. Et, à s'en tenir à une interprétation stricte des termes « profit direct ou indirect », il serait possible alors de soutenir que la référence au profit semblerait exiger que le délit de non-justification de ressources et le blanchiment médiat ne soient punissables qu'à la condition de démontrer que « les produits » de l'infraction d'origine ait été supérieur aux charges supportées par l'agent pour commettre son forfait... de sorte que le profit pourrait s'entendre d'un bénéfice net, une partie de la doctrine estimant notamment que « cette exigence [réduirait] sensiblement le domaine des infractions d'origine susceptibles de donner lieu au blanchiment aux seules infractions aptes à procurer un bénéfice pécuniaire à son auteur »³⁰. En l'occurrence, il faut ici admettre la supériorité de la référence au produit au regard de la référence au profit, en ce que la première rend inutile la vérification des charges supportées pour commettre l'infraction et autorise ainsi la prise en considération du seul bénéfice brut.

En tout état de cause, la référence (maladroite) au profit à propos du blanchiment médiat ne répond en rien à d'autres exigences, telles que des exigences internationales, et d'observer que la référence au profit est absente autant de la Convention de Strasbourg que de la Convention de Varsovie. Aussi bien, en application de ces conventions, il convient de tenir les expressions de profit ou de produit pour équivalentes et admettre qu'elles désignent toutes deux le seul bénéfice brut de l'infraction. Admettre l'inverse, en retenant le bénéfice net de l'infraction, aboutirait à permettre au blanchisseur d'user d'un argument de défense inédit qui consisterait en la démonstration que les coûts supportés pour la commission de l'infraction principale ont été supérieurs au produit résultant de la commission de l'infraction. L'impunité attachée à une telle démonstration serait pour le moins singulière... Aussi faut-il se ranger à l'opinion de ceux qui privilégient le bénéfice brut en toutes circonstances³¹. De même, ainsi que la doctrine l'a observé à propos de l'infraction de favoritisme, observation transposable au blanchiment que « l'antinomie existant entre les produits et les profits au sens comptable devrait conduire à préférer la notion de produit et à retenir ici, non

²⁹ En notant que l'infraction spéciale de blanchiment lié au proxénétisme se garde bien de faire référence audit profit. Cf. art. 222-38 C. pén.

³⁰ Cf. R. OLLARD et F. ROUSSEAU, *Droit pénal spécial*, 2015, éd. Bréal, p. 441.

³¹ Cf. M. CULIOLI, *J.-Cl. pénal*, art. 324-1, n° 47; L. ASCENSI, *Droit et pratique des saisies et confiscations pénales*, Dalloz, 2019, n° 124-30.

la notion comptable, mais la notion économique. L'exigence de profit sera donc satisfaite dès qu'apparaîtra un bien corporel ou incorporel résultant d'une opération économique quelconque. Ce produit pourra être financier, pécuniaire ou en nature mais toujours évaluable en argent »³².

De la loi pénale, et des textes incriminations en particulier qui font expressément référence au « produit », il est possible de retenir une définition maximaliste du concept, définition encouragée par les conventions internationales de Strasbourg et de Varsovie, le rapport explicatif de cette dernière soulignant en son § 31 que « la définition des "produits" devait, dans l'esprit des auteurs de la Convention de 1990, être aussi large que possible, car ils considéraient qu'il importait de priver le délinquant de tout avantage économique provenant de son activité criminelle ». Sans imposer une définition minimaliste, il faut désormais faire le constat que les textes de pénalité invitent, en comparaison, à une définition parfois réductrice du produit de l'infraction.

II. Une appréhension du produit davantage réductrice

11. Les lois de pénalités. Le « produit » de l'infraction participe à la définition de deux catégories de peines patrimoniales : la peine d'amende et la peine de confiscation qu'il convient d'examiner tour à tour en notant, dorés et déjà, qu'elles imposeront de distinguer nettement l'objet, le produit et l'instrument de l'infraction.

A. Le quantum de la peine d'amende lié au produit de l'infraction

12. Le quantum de la peine d'amende lié au produit de l'infraction. La peine d'amende obéit, en principe, à un taux fixe. Exceptionnellement, la peine d'amende obéit à un coefficient³³ lui-même associé à une valeur.

Ainsi, dans le Code pénal, cette valeur peut être la valeur des biens recelés³⁴ (l'article 460 ancien du Code pénal évoquait plus justement la valeur des objets recelés), des biens ou des fonds sur lesquels ont porté les opérations de blanchiment³⁵, du bien volé³⁶, du bien détruit, dégradé ou détérioré³⁷.

³² Cf. ROGER, « La notion d'avantage injustifié », *JCP* 1998. I. 102, n° 11.

³³ À propos de l'irrationalité desdits coefficients : cf. M. SEGONDS, « La variété des sanctions en droit pénal des affaires », *ibid.*, sp. p. 824.

³⁴ Cf. art. 321-3 C. pén.

³⁵ Cf. art. 222-38 et 324-3 C. pén.

³⁶ Cf. art. 311-4-2 C. pén.

³⁷ Cf. art. 322-3-1 C. pén.

Différemment, le coefficient peut également être associé « au produit tiré de l'infraction »³⁸ ou, enfin, être associé « à l'avantage retiré du délit »³⁹.

De la sorte, ont été consacrés deux types de taux mobile que sont les taux associés à la valeur de l'objet de l'infraction et les taux associés à la valeur du produit de l'infraction. Il faut noter qu'en vertu d'une jurisprudence constante, le juge pénal qui fait le choix de prononcer une peine d'amende à taux mobile est tenu de préciser la valeur de l'objet de l'infraction prise en considération⁴⁰, de sorte qu'une solution identique semble devoir s'imposer lorsque le taux de l'amende est lié au produit de l'infraction⁴¹. En tout état de cause, l'intérêt de différencier l'objet et le produit de l'infraction apparaît de nouveau afin de souligner que l'amende liée à la valeur de l'objet de l'infraction suscite autant de difficultés d'interprétation que l'amende liée à la valeur du produit tiré de l'infraction.

En effet, l'amende associée à la valeur de l'objet de l'infraction ne peut manquer d'interroger : s'agissant du recel-bénéfice, du délit général de blanchiment et du blanchiment spécial lié à un trafic de stupéfiants, la valeur de l'objet de l'infraction de conséquence semble déterminée à raison de la valeur du produit de l'infraction d'origine... sans certitude pour autant... ce qui pose alors la question du choix de l'assiette du calcul de l'amende proportionnelle. À s'en tenir à l'exemple du blanchiment de fraude fiscale, il apparaît que l'opération de blanchiment, au sens de l'article 324-1 alinéa 2 du Code pénal, doit avoir pour objet le produit direct ou indirect dudit délit de fraude fiscale. Du délit de fraude fiscale, il faut admettre qu'il a pour produit le montant de l'impôt éludé... mais ce produit n'est-il pas alors indissociable de l'objet de la fraude fiscale consistant pour l'assujetti à omettre de procéder à la déclaration des sommes imposables constitutives de l'assiette d'imposition ? Au moins matériellement, il peut alors être soutenu que l'opération de blanchiment subséquente, en particulier lorsqu'elle consiste en une opération de placement ou de dissimulation, a pour objet la somme soustraite à l'impôt et non point l'économie d'impôt. Telle est l'opinion de certains juges du fond⁴²... contredite par la chambre criminelle de la Cour de cassation⁴³.

³⁸ Cf. not. art. 433-1, 432-11, 432-12, 432-13, 432-14 et 432-15 C. pén.

³⁹ Cf. art. L. 465-1 C. monétaire et financier.

⁴⁰ Cf. Cass. crim., 22 janv. 1948 : *Bull. crim.* n° 26; 12 mars 1990 : *Bull. crim.* n° 114 ; 9 juill. 1991 : *Dr. pén.* 1991, comm. 287; 30 sept. 1991 : *Gaz. Pal.* 1992, 1, Somm. 46, note J.-P. DOUCET.

⁴¹ Rapp. Cass. crim., 12 juill. 2016, n° 15-83.355.

⁴² Cf. M. SEGONDS, « L'arithmétique de l'amende pénale proportionnelle liée au blanchiment...ou le devenir de la notion de produit », note sous TGI Paris, 20 fév. 2019, *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2019, comm. 97.

⁴³ Cf. Cass. crim., 11 sept. 2019, n° 18-81040 : *Bull. crim.*; *RPDP* 2019, note M. SEGONDS (à paraître).

Tout aussi délicate est la question des taux associés à la valeur du produit de l'infraction. Le produit de l'infraction servant d'assiette au calcul de l'amende n'étant en rien défini par les textes de pénalité, il faut alors se résoudre à tenter d'en cerner les contours à raison de l'infraction considérée... tandis qu'apparaît très délicate l'esquisse d'une définition générale du produit de l'infraction, esquisse que l'on peut envisager par ordre croissant... d'hésitations.

Il est des hypothèses qui ne semblent pas poser de réelles difficultés... et pourtant. Ainsi, à propos du détournement de bien par un agent public : *a minima*, il sera possible de considérer que le produit de l'infraction correspond à la valeur de l'objet de l'infraction, autrement dit la valeur du bien détourné... sauf à noter que l'article 432-15 Code pénal ne visant que le produit et non point le produit indirect, se posera nécessairement la question de l'assiette de l'amende à taux mobile et, en particulier, des revenus éventuellement produits par le bien détourné... à moins de considérer que l'absence de distinction opérée par l'article 432-15 du Code pénal autorise à prendre en considération aussi bien le produit direct (objet de l'infraction) que le produit indirect (les revenus procurés par le bien) de l'infraction.

En présence d'autres infractions, parmi lesquelles les délits de corruption et de trafic d'influence, la détermination du produit posera nécessairement la question de la définition de l'objet et de l'instrument de l'infraction et ce, pour une raison simple qui tient aux incertitudes liées à la qualification de l'« avantage quelconque ». Faut-il voir dans l'avantage quelconque le corps du délit ? C'est ainsi que se prononce une partie de la doctrine qui range dans le corps du délit – à propos des confiscations il est vrai – les sommes remises à un fonctionnaire corrompu⁴⁴. Une doctrine fort proche, pourtant, en fait « les moyens générateurs de la corruption »⁴⁵, inclinant à y voir davantage l'instrument de l'infraction... alors que d'autres études rendent compte de la variabilité de la définition du produit de la corruption au regard de l'avantage quelconque⁴⁶.

L'infraction de favoritisme suscite des hésitations différentes mais non moins importantes. Alors que le favoritisme a pour objet l'octroi d'un avantage injustifié permettant l'attribution irrégulière d'un marché public, la jurisprudence enseigne que le recel de favoritisme est caractérisé à l'égard du prévenu qui bénéficie, en connaissance de cause, du produit de l'attribution

⁴⁴ Cf. R. MERLE, *op. cit.*, p. 960, n° 794.

⁴⁵ Cf. A. VITU, *op. cit.*, p. 290, n° 369.

⁴⁶ Cf. OCDE/La Banque mondiale (2011), Identification et quantification des profits de la corruption, Éditions OCDE. En notant que la Convention de Paris (OCDE) stipule en son article 3 que « les « produits » de la corruption sont les profits ou autres bénéfices que le corrupteur retire de la transaction ou tout autre avantage indu obtenu ou conservé au moyen de l'acte de corruption »... définition qui renvoie à l'avantage pécuniaire résultant de l'acte de la fonction monnayé par le corrupteur en sa faveur et non point à l'avantage indu en tant que tel.

irrégulière du marché⁴⁷. Est-on autorisé à en déduire que l'auteur du délit de favoritisme encourt à titre de peine d'amende le double de la valeur du marché irrégulièrement attribué... et que l'auteur du recel de favoritisme encourt une peine d'amende pouvant être élevées au-delà de 375000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés... soit la moitié de la valeur du marché ?

Dernière illustration : le délit de prise illégale d'intérêts au sens de l'article 432-12 C. pén. La partialité constitue l'objet de la prise illégale d'intérêts... mais quel en est le produit ? Voici, tout d'abord, un agent public qui prend part à une délibération déclarant constructible un terrain lui appartenant. Quel est le produit d'une telle prise illégale d'intérêts ? On peut se risquer à considérer que le produit correspondra à la valeur acquise par le terrain devenu constructible. Voici, ensuite, un agent public qui prend part à une délibération relative à l'octroi d'une subvention au bénéfice d'une association dont il est le président. Quel est le produit de la prise illégale d'intérêts ? Le produit correspondra certainement au montant de la subvention obtenue par l'association. Voici, enfin, un agent public qui prend part à l'attribution d'un marché public au bénéfice de son entreprise. Le produit correspondra-t-il à la valeur du marché obtenu ? En tout état de cause, après avoir constaté que le produit de l'infraction se présente davantage comme une question de droit pénal spécial que comme une question de droit pénal général, l'exemple du délit de prise illégale d'intérêts tend certainement à prouver que la question ne se posera pas seulement en droit mais aussi, inévitablement, en fait.

13. Le produit devant (encore...) être distingué du profit. Si les illustrations qui précèdent suffisent à témoigner de la relativité – pour ne pas dire de la plasticité – du produit de l'infraction, il est des infractions qui invitent à reconsidérer la distinction déjà évoquée du produit et du profit. Tel est le cas des délits d'atteinte à la transparence des marchés inscrits à l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier. Autrefois, l'article L. 465-1 du Code monétaire et financier faisait référence au décuple du montant du profit éventuellement réalisé. Désormais, depuis la loi du 21 juin 2016, lesdits délits sont assortis d'une amende égale du décuple du montant de « l'avantage retiré du délit ». Même si le terme profit a été présentement écarté, la question de la confusion ou de la distinction des termes profit... et produit se pose encore nécessairement en présence des textes de pénalités. Si confusion il y a, le produit est égal au profit, lequel est égal à un avantage, autrement dit, un bénéfice brut. Si, à l'opposé, distinction il y a, le profit criminel est égal au produit criminel diminué des charges criminelles, de sorte que le profit s'entendrait d'un bénéfice net.

En faveur de la première thèse, il est peu d'argument sauf celui qui consisterait à faire valoir que, si les textes de pénalité visent à sanctionner le calcul

⁴⁷ Cf. Cass. crim., 5 mai 2004 : *Bull. crim.* n° 110 ; Cass. crim., 20 avril 2005 : *Bull. crim.* n° 139 ; Cass. crim., 15 mai 2008 : *Bull. crim.* n° 121.

économique réalisé par l'agent, le fait d'ignorer les charges supportées par l'agent, reviendrait à surévaluer le profit véritable de l'infraction, surévaluation qui pourrait être éventuellement estimée contraire au principe de proportionnalité. En faveur de la seconde thèse, les arguments semblent plus nombreux. En tant que tels, les textes de pénalités font uniquement référence au produit et aucun d'entre eux n'a jamais entendu faire référence aux charges criminelles. En outre, les charges criminelles correspondent aux moyens mis en œuvre pour réaliser l'activité criminelle, de sorte que lesdites charges ne sont rien d'autres que l'objet de l'infraction – coût d'achat des produits stupéfiants en vue de leur revente, par exemple – ou les instruments de l'infraction – valeur du véhicule acheté pour assurer le transport des substances illicites. Or, lorsque les textes de pénalités font référence aux objets et instruments de l'infraction, ce n'est jamais pour en permettre la « déductibilité » du produit de l'infraction mais uniquement pour en permettre la confiscation⁴⁸. Il serait alors pour le moins paradoxal d'admettre que les « charges criminelles » viennent en soustraction du produit criminel tandis que les textes de pénalité les promettent à la peine de confiscation, peine qu'il convient désormais d'aborder.

B. Le produit de l'infraction, objet de la peine de confiscation

14. L'objet, le produit et l'instrument. La peine de confiscation dite « spéciale » est associée, hier⁴⁹ comme aujourd'hui à l'objet⁵⁰, au produit⁵¹ et à l'instrument de l'infraction⁵². La lecture de l'article 131-21 alinéa 2 et alinéa 3 du Code pénal confirme l'idée selon laquelle le produit de l'infraction ne peut pas être abordé de façon isolée mais toujours en rapport avec l'objet ou l'instrument de l'infraction. Autrement dit, le produit de l'infraction est une notion qui appartient à une trilogie, de sorte qu'il n'est possible de comprendre véritablement le sens de l'expression « produit de l'infraction » qu'à la condition de la rapprocher et de la comparer pour mieux la distinguer des expressions « objet de l'infraction » et « instrument de l'infraction ».

L'instrument de l'infraction est la première notion définie par l'article 131-21 alinéa 2 du Code pénal : elle désigne tout bien ayant servi – infraction consommée – ou destiné à commettre l'infraction – infraction tentée –, de sorte qu'il revient aux juges du fond désireux de prononcer une confiscation sur ce fondement, de caractériser en quoi le bien concerné a permis de commettre

⁴⁸ La doctrine fait valoir qu'il « paraîtrait juridiquement et moralement douteux que le condamné puisse opposer à l'État les frais engagés par lui pour commettre le crime, le délit ou la contravention dont il a été reconnu coupable ». Cf. L. ASCENSI, *op. cit.*, n° 124-31.

⁴⁹ Cf. art. 11 Anc. C. pén.

⁵⁰ Cf. art. 131-21 al. 3 C. pén.

⁵¹ Cf. art. 131-21 al. 3. C. pén.

⁵² Cf. art. 131-21 al. 2 C. pén.

l'infraction⁵³ sans qu'il soit nécessaire pour autant de devoir démontrer que le bien instrument du délit ait été déterminant de sa commission⁵⁴, de sorte qu'il suffit que l'instrument ait été l'une des causes efficientes de l'infraction.

La deuxième notion identifiée par l'article 131-21 alinéa 3 Code pénal est celle d'objet de l'infraction... distinguée de la troisième notion qui renvoie alors au produit direct ou indirect de l'infraction. C'est le lieu de souligner la divergence qui affecte ainsi les lois d'incrimination et de pénalité. Alors que les lois d'incrimination autorisent à assimiler la valeur économique attachée à l'objet de l'infraction au produit direct de l'infraction, les lois de pénalités, à l'inverse, invitent expressément à séparer l'objet de l'infraction du produit direct ou indirect de l'infraction⁵⁵. Et, si cette distinction possède un sens, il faut alors trouver une définition du produit direct de l'infraction exclusive de l'objet de l'infraction ou, tout au moins, qui permette une appréhension autonome de ce dernier.

15. L'objet distingué du produit direct de l'infraction... et l'instrument distingué du produit de l'infraction. Si, véritablement, l'objet n'est pas le produit direct de l'infraction, il faut alors réserver la qualification de produit direct à la première transformation de l'avantage économique obtenu par la commission de l'infraction et considérer alors que le produit indirect de l'infraction correspond à toutes les transformations subséquentes... Faut-il y ajouter les revenus que le produit est susceptible de générer ? À en croire le législateur européen, tandis que le législateur français demeure taisant, la réponse est positive car aux termes de l'article 2§1 de la Directive du 3 avril 2014 concernant le gel et la confiscation des instruments et des produits du crime dans l'Union européenne, le produit désigne « tout avantage économique tiré, directement ou indirectement, d'infractions pénales; il peut consister en tout type de bien et comprend tout réinvestissement ou toute transformation ultérieurs des produits directs et tout autre gain de valeur »⁵⁶.

⁵³ Cf. Cass. crim., 30 mai 2018, n° 17-87184. La directive du 3 avril 2014 définit l'instrument en son article 2§3 comme « tout bien employé ou destiné à être employé, de quelque façon que ce soit, en tout ou en partie, pour commettre une ou des infractions pénales ».

⁵⁴ Cf. Cass. crim., 24 oct. 2018, n° 18-82370. À cet égard, il a été observé que « l'instrument de l'infraction doit entretenir avec celle-ci un rapport de causalité : il doit constituer l'une des causes de la commission des faits poursuivis ». Cf. L. ASCENCI, *op. cit.*, n° 124-21.

⁵⁵ Cf. art. 131-21al. 2 C. pén.

⁵⁶ Le considérant n° 11 de la Directive s'avère plus explicite : « il est nécessaire de clarifier la notion existante de produits du crime afin d'y inclure non seulement les produits directs du crime, mais aussi tous les gains indirects, y compris le réinvestissement ou la transformation ultérieurs des produits directs. Ainsi, les produits peuvent comprendre tout bien, y compris celui qui a été transformé ou converti, en totalité ou en partie, en d'autres biens, et celui qui a été mêlé à des biens acquis légitimement, à concurrence de la valeur estimée des produits qui y ont été mêlés. Ils peuvent aussi comprendre les revenus ou autres avantages dérivés des produits du crime, ou dérivés des biens en lesquels ces produits ont été transformés ou convertis ou des biens auxquels ils ont été mêlés ».

Que faut-il (à titre provisoire...) conclure des propos précédents ? Il est possible de se rassurer en estimant qu'il sera toujours possible de déduire des lois d'incrimination une définition du produit *ratione delicti*, posture intellectuelle qui reviendra à renoncer à doter le produit d'une définition générale. Malgré tout, l'inquiétude ressurgit lorsque l'on constate que les textes d'incrimination et pénalité – et même les textes de pénalité entre eux – sont susceptibles de suggérer du produit une définition tantôt large tantôt étroite, de sorte que le produit de l'infraction apparaît partagé entre des définitions différentes, partage dont les conséquences sont bien loin de n'être que théoriques. Une illustration pour s'en convaincre et conclure ce propos introductif, illustration empruntée aux difficultés rencontrées, notamment, dans la répression des infractions de corruption⁵⁷. Considérées dans leur versant passif, les infractions de corruption auront pour produit l'avantage quelconque sollicité ou agréé par l'agent afin d'accomplir ou de ne pas accomplir un acte de sa fonction. Il en résultera la faculté pour le juge répressif de prononcer une amende dont le montant pourra être porté au double de la valeur de l'avantage quelconque, sans compter la faculté qui lui est offerte de prononcer la confiscation du même produit... égal alors à la valeur de l'avantage quelconque⁵⁸. En revanche, considérées dans leur versant actif, faudra-t-il encore considérer que l'avantage quelconque constituera l'assiette de l'amende proportionnelle des infractions de corruption, alors qu'il fait bien davantage figure d'instrument ou... d'objet... sachant que la confiscation restera en tout état de cause possible mais ne restera possible qu'à la condition que le juge répressif en ait spécifié le fondement et donc précisé sa qualité d'objet, de produit ou d'instrument ? Devra-t-on considérer davantage que l'infraction a pour véritable produit, non « le pot-de-vin » mais la valeur économique obtenue par l'accomplissement ou le non-accomplissement d'un acte la fonction par l'agent corrompu, telle, à titre d'illustration, la valeur attachée au marché public illégalement obtenu de la part d'un élu corrompu, ou à la valeur attachée à un dégrèvement obtenu par un agent du fisc corrompu ? En l'état du droit positif, il apparaît encore douteux que l'amende proportionnelle puisse avoir pour assiette l'avantage indu puisque ce dernier

⁵⁷ Précisons que l'article 31 § de la convention de Mérida stipule en son § 6 que « les revenus ou autres avantages tirés de ce produit du crime, des biens en lesquels le produit a été transformé ou converti ou des biens auxquels il a été mêlé peuvent aussi faire l'objet [de confiscation], de la même manière et dans la même mesure que le produit du crime ».

⁵⁸ A propos des délits inscrits au chapitre II du Livre IV, l'article 432-17 C. pén. dispose que peut être prononcée la confiscation, suivant les modalités de l'article 131-21 C. pén. (*sic*), des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution. À propos des délits prévus aux articles 433-1, 433-2 et 433-4, l'article 433-23 C. pén. dispose derechef que peut être prononcée la confiscation des sommes ou objets irrégulièrement reçus par l'auteur de l'infraction, à l'exception des objets susceptibles de restitution... ce qui ne permet pas de se prononcer clairement sur le fondement de ladite confiscation.

n'est pas le produit de l'infraction active mais uniquement l'instrument servant à la commission de la corruption active... ou tout au plus son objet. Et d'arriver ainsi à la conclusion que, si l'instrument servant à la commission de la corruption active pourra constituer l'objet de la peine de confiscation, ledit instrument ne pourrait en aucun cas servir d'assiette au calcul de l'amende proportionnelle.

Le produit de l'infraction et le principe de la personnalité des délits et des peines

Guillaume BEAUSSONIE

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

Codirecteur de l'Institut Roger Merle

D'un côté, le « produit de l'infraction »,

- expression contemporaine et énigmatique (d'où l'organisation de cette journée !) qui exprime cette idée que l'infraction a une autre conséquence, différente du trouble social et du préjudice individuel qu'a causés sa commission et que vont résoudre, respectivement, la répression et la réparation consécutives à la condamnation ;

- conséquence qui, non seulement, est suffisamment pérenne pour qu'on puisse la saisir et la confisquer, faisant alors de l'État son nouveau propriétaire, mais conséquence qui, préalablement, a souvent impliqué, pour sa constitution, pour son bénéfice ou pour sa dissimulation, plusieurs autres propriétaires que l'auteur de l'infraction lui-même.

Autrement dit, le produit de l'infraction n'a souvent de sens que parce qu'il a été appréhendé, au moins potentiellement, par plusieurs personnes.

D'un autre côté, le « principe de la personnalité des délits et des peines » ou, si l'on préfère, le principe de la responsabilité pénale personnelle, en vertu duquel, on le sait, « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

Si la conséquence d'une infraction, comme on vient de le dire, peut concerner une pluralité de personnes, sa source, elle, ne peut résider que dans l'une d'entre elles à la fois, du moins selon l'article 121-1 du code pénal. Ainsi en déduit-on qu'il n'existe pas, en droit pénal, de responsabilité collective ou de responsabilité du fait d'autrui (d'où l'opportunité, mais aussi la difficulté, de l'instauration d'une responsabilité pénale des personnes morales).

En ce sens, le produit de l'infraction ne devrait conduire qu'à la punition de celui qui l'a généré, eût-il agi dans un cadre associant plusieurs personnes.

Rien de tout ce qui précède ne serait alors inconciliable si, à lire les textes d'incrimination, on se contentait en quelque sorte de rendre à chacun sa place

individuelle au sein de cette mécanique collective : celui qui a créé le produit de l'infraction serait individuellement coupable de l'infraction correspondante – vol, escroquerie, trafic de stupéfiants, délit d'initié, violation du secret professionnel etc. – et celui qui en a profité, l'a dissimulé ou, plus généralement, l'a frauduleusement appréhendé, le serait, à son tour, tout aussi individuellement, en ce qui concerne l'infraction consécutivement commise : recel, blanchiment etc.

Mais à lire les textes de punition, il peut en aller tout autrement.

Que dire, en effet, de cette précision selon laquelle, en matière de recel comme de blanchiment, les peines d'amende prévues peuvent être élevées jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés ou blanchis (le produit de l'infraction d'origine, commise par Primus, déterminant donc la peine encourue pour l'infraction consécutive, commise par Secundus, sauf bien sûr à ce qu'il s'agisse de la même personne) ?

Que dire encore, que dire surtout, de cette possibilité d'une confiscation des biens « dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition » (l'objet de la confiscation pouvant donc concerner des biens dont un autre que le condamné est propriétaire ; Paul est coupable, mais c'est Pierre qui est puni) ?

On est bien obligé de le constater : parce qu'il y a, bien souvent, pluralité de personnes au stade de la constitution infractionnelle de ce qu'on appelle le « produit de l'infraction » (I), il demeure inéluctablement, dans ces situations, une pluralité de personnes au stade de l'appréhension judiciaire de ce produit (II).

Difficile à cet égard, de conclure que le principe de la responsabilité pénale personnelle est sauf... Du moins cela mérite-t-il d'être vérifié à ces deux stades.

En premier lieu, en ce qui concerne :

I. La pluralité de personnes au stade de la constitution infractionnelle du produit

« Produit de l'infraction » : l'expression est aujourd'hui récurrente dans le code pénal et dans le code de procédure pénale. Elle apparaît effectivement dans chacun d'entre eux à une centaine de reprises, essentiellement à propos de certaines infractions (recel et blanchiment surtout), ainsi que des saisies et des confiscations.

Si le point commun de tous ces textes n'est pas de concerner plusieurs personnes, la notion de produit de l'infraction qui se dessine à leur lecture n'en autorise pas moins, plus aisément qu'à l'ordinaire, d'envisager que plusieurs personnes aient été concernées par l'infraction et/ou son produit.

C'est dire que le produit de l'infraction est, à la fois, singulier (A) et pluriel (B).

A. Le produit de l'infraction : un produit singulier

Qu'est-ce, en effet, que ce si énigmatique « produit de l'infraction » ?

Quel produit d'abord ?

Le vocable renvoie essentiellement au résultat d'une activité humaine.

L'infraction est justement une action humaine prohibée en raison de ses conséquences préjudiciables socialement, voire individuellement ; c'est la présentation habituelle. Le produit de l'infraction, classiquement, ce serait ainsi un trouble social éventuellement associé à un préjudice individuel.

Toutefois, l'infraction est aussi, voilà peut-être ce qu'il faut aujourd'hui bien comprendre, une action humaine effectuée en raison de ces mêmes conséquences, mais qui sont, à l'inverse, bénéfiques pour celui qui a agi, pour l'auteur de l'infraction, qui a en quelque sorte fait le choix du mal – aux autres – pour se faire du bien – à lui. En cela, cet agent tire-t-il un gain, un bénéfice, un rapport de l'infraction, autrement dit, là encore, un produit, qui ne se résume donc pas au préjudice ou au trouble qu'il a causé.

À ce stade, la question du rapport entre le « produit » de l'infraction et le « profit » tiré de l'infraction se pose, puisque ces deux notions sont souvent mobilisées par les mêmes textes, comme si elles étaient liées tout en demeurant différentes (ex. : 131-21, al. 3 et 5 ; art. 324-1, al. 1 et 2, c. pén.).

L'idée, sans doute, est qu'il n'y a produit que s'il y a profit, le profit étant le constat que l'infraction a rapporté quelque chose à son auteur, le produit étant cette chose qu'elle lui a rapportée.

De là il résulte que le produit est au moins une chose, au sens le plus compréhensif de ce terme, c'est-à-dire une entité appréhendable, qui n'existait pas en tant que telle avant l'infraction.

Récapitulons : l'activité infractionnelle de l'agent provoque parfois un résultat original, un « produit », qui a au moins trois particularités : premièrement, ne

pas exister sans l'infraction qui l'a provoqué ; deuxièmement, survivre à l'infraction qui l'a provoqué ; et troisièmement, n'avoir aucune légitimité, puisque son assise tout entière est dans cette infraction, tant et si bien que l'on conçoit sans mal que ce produit soit ultérieurement saisi, restitué ou confisqué, indépendamment même des questions de réparation et de punition.

Ce qui renvoie à la seconde question : quel produit d'abord ; quelle infraction ensuite ?

Si l'on considère, pour faire simple, les seuls recel et blanchiment, auxquels on pense bien sûr immédiatement lorsque est en cause le produit de l'infraction, on a envie de répondre largement : n'importe quelle infraction !

En effet, contrairement à ce qu'annonce encore maladroitement le code pénal, ni l'un ni l'autre ne se résument à être des « autres atteintes aux biens », à partir du moment où leur objet n'est pas – ou plus – la « chose d'autrui » mais, plus largement, justement, le « produit d'un crime ou d'un délit » (C. pén., art. 321-1, al. 2, et art. 324-1, al. 2).

Fût-ce à considérer nos premières précisions sur cette notion de produit, elle demeure, semble-t-il, suffisamment compréhensive pour embrasser tous les résultats, quels qu'ils soient, obtenus par tous les auteurs d'infractions, quelles qu'elles soient : détention du bien d'autrui, sans nul doute, mais aussi, par exemple, connaissance d'une information interdite, absence de paiement d'une cotisation pourtant due, mort d'une personne stratégique ou encore, plus largement, obtention frauduleuse d'un intérêt quelconque ; autant de produits infractionnels, c'est-à-dire de créations humaines prohibées que la répression a pour fonction d'empêcher puis, le cas échéant, de confisquer ou de détruire.

Toutefois, raisonner de la sorte, ne serait-ce pas, de nouveau, confondre profit et produit ?

C'est ce qu'incitent à faire les incriminations du recel et du blanchiment, pour lesquelles l'enjeu de la distinction n'apparaît finalement pas si important, l'infraction étant constituée, on vient de le voir, qu'il y ait produit au sens strict ou profit au sens large (encore que les conditions de constitution de ces infractions ne sont pas tout à fait les mêmes pour l'un et l'autre).

Mais, au stade de la peine, il redevient intéressant de distinguer profit et produit afin, par exemple, de déterminer l'assiette d'une confiscation. En effet, alors que le produit tiré d'une infraction peut être constitué en lui-même (art. 131-21, al. 3), le profit tiré d'une infraction autorise une confiscation plus large, de tous

les biens dont le condamné est propriétaire mais dont il n'a pu justifier l'origine (art. 131-21, al. 5).

Cette différence finit alors à éclairer la nature du produit de l'infraction : ce produit est, non seulement, une chose mais, plus précisément, une chose susceptible d'appropriation, puisque susceptible d'être confisquée. Argent, voiture, immeuble, parts sociales etc.

Mais à une dernière précision près : il ne s'agit pas nécessairement d'une chose originellement appropriée frauduleusement puis, tout aussi frauduleusement, détenue, troquée, dissimulée etc. C'est une chose qui, à la fin, a été appropriée frauduleusement, de sorte qu'elle n'a peut-être jamais eu de propriétaire légitime.

Le produit de l'infraction, c'est une donc forme totalement inédite d'appropriation frauduleuse, qui ne réside pas dans l'atteinte à un droit de propriété existant, mais dans la création d'un droit de propriété illégitime.

Or, bien souvent, ce produit, en plus d'être un bien pour le malfaiteur, représente aussi un lien entre lui et les autres.

B. Le produit de l'infraction : un produit pluriel

On l'a déjà dit : le produit est, d'abord, un lien pérenne entre l'infraction et ce qu'elle a permis d'obtenir.

Pérenne mais pas nécessairement étriqué. Le produit dont il est question, en effet, peut être « direct ou indirect », c'est-à-dire plus ou moins lâche en considération de l'infraction dont il est, de la sorte, plus ou moins issu.

Même en le considérant exclusivement comme un objet de propriété, comme c'est notre cas je vous le rappelle, le produit demeure apte à désigner ce qui, d'abord, a été – directement – obtenu par l'infraction (à condition, donc, qu'il s'agisse déjà d'un objet de propriété), puis ce qui a été – indirectement – dilué, remplacé, voire acquis à la suite de l'infraction (à condition que cela soit devenu un objet de propriété).

Sans doute serait-il alors opportun de déterminer les opérations qui, techniquement, permettent, à la fois, que subsiste la qualification infractionnelle et que change le contenu de ce sur quoi porte cette qualification.

Le réflexe naturel est de se tourner vers le droit des biens et les techniques conjuguées de la fongibilité et de la subrogation réelle (un certain nombre d'auteurs s'y réfèrent). Pourtant, à partir du moment où, d'une part, ce n'est pas forcément un bien qui est en cause au départ et, d'autre part, lorsque tel est le cas, l'auteur de l'infraction ne peut jamais en être considéré comme le véritable propriétaire, ces notions paraissent finalement inadaptées (elles ne s'appliquent, en effet, qu'en cas de véritable propriété).

C'est pourquoi les textes se réfèrent notamment à la « transmission », au « placement » ou à la « conversion » (art. 321-1 et 324-1 c. pén.) du produit de l'infraction, autant de notions finalement peu définies, en tous les cas de façon beaucoup moins rigoureuse que pour les notions civiles correspondantes, qui démontrent que la seule chose qui compte à la fin est celle qui comptait déjà au début : l'existence d'un lien plus ou moins lâche – le produit peut être « direct ou indirect », on le répète – avec l'infraction initiale.

Mais ce lien qui caractérise le produit, ensuite, peut aussi être celui qui attache cette conséquence de l'infraction à d'autres personnes que celle qui l'a commise.

Il y a évidemment les victimes de l'infraction, celles des faits qui ont concouru à générer le profit de l'auteur, le produit de l'infraction correspondant, le cas échéant, à tout ou partie de ce qui leur a été privé. En cela faut-il correctement articuler réparation du préjudice causé, restitution du ou des biens concernés et confiscation, dont le bénéficiaire sera l'État et non la victime.

À cet égard, par exemple, l'article 131-21 du code pénal précise-t-il que la confiscation porte « sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, **à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime** ». Ce qui ne signifie pas que, dans une telle hypothèse, en droit pénal comme en droit civil, la restitution épuise la réparation, tout l'aspect moral d'une privation induite de propriété devant lui aussi être compensé.

Et puis il y a les victimes pendant et durant l'infraction, celles qui, parce qu'elles étaient associées patrimonialement à l'auteur de l'infraction d'une quelconque façon (société, indivision, mariage, pacs etc.), ont vu leurs biens se mêler à ceux que l'auteur a, par son action, acquis frauduleusement.

À condition qu'elles soient de bonne foi, c'est-à-dire qu'elles demeurent dans l'ignorance de l'origine frauduleuse des biens concernés, les textes les préservent de la confiscation de leur part de ces biens (v. par ex. art. 131-21 c. pén.).

Il y a, enfin, les complices, coauteurs et autres receleurs au sens le plus large de chacun de ces termes : ceux qui appréhendent consciemment et volontairement, d'une façon ou d'une autre, les produits d'une infraction pourtant commise par autrui.

La notion de produit étant surtout, au stade des incriminations, mobilisée par le recel et le blanchiment, on pense aisément à cette situation de l'un qui recueille ou constitue le produit, et de l'autre qui en bénéficie ou le dissimule (art. 321-1 et 3241-1 c. pén.).

Au stade de la répression, de la peine, comme on a déjà eu l'occasion de le souligner, ce lien survit inéluctablement, qui conduit pour partie à mêler le sort de ces personnes, l'une étant punie notamment en considération de ce que l'autre a fait.

Pour conclure ce qui précède, le produit de l'infraction est donc toujours un « bien mal acquis », pour reprendre une expression à la mode, et la plupart du temps un lien entre différentes personnes, pas nécessairement de mauvaise foi.

Puisque le sujet qui nous intéresse est celui du rapport entre le produit de l'infraction et le principe de personnalité des délits et des peines, c'est ce dernier point qu'il nous faut en second lieu approfondir à travers la question de :

II. La pluralité de personnes au stade de l'appréhension judiciaire du produit

Précisons, de façon liminaire, que la notion de produit de l'infraction n'a, pour le moment, à notre connaissance du moins, jamais été ouvertement confrontée au principe de la responsabilité pénale personnelle. Par exemple, les différentes décisions du Conseil constitutionnel rendues en la matière l'ont été sous l'angle du recours laissé au propriétaire de bonne foi ou sous celui de la proportionnalité de la sanction prononcée à l'encontre du propriétaire de mauvaise foi.

Par ailleurs, la valeur constitutionnelle du principe même de responsabilité pénale personnelle demeure pour le moins polémique, la décision du 16 juin 1999, par laquelle le Conseil constitutionnel a énoncé que le principe selon lequel « nul n'est punissable que de son propre fait » résultait des articles 8 et 9 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, n'est pas parmi, loin s'en faut, les plus claires rendues par le Conseil constitutionnel.

Il n'empêche que, tant du point de vue de la possibilité d'imputation d'une infraction à celui qui ne fait qu'appréhender un produit généré par un autre

(recel et blanchiment s'agrégeant à un produit infractionnel préexistant), que de la possibilité de la punition de celui qui, ayant généré ou appréhendé un tel produit, n'en a parfois pas la propriété (confiscation d'un produit à celui qui n'en a que la « libre disposition », donc pas la propriété), dans ces deux situations donc, le principe de la personnalité des délits et des peines paraît malmené.

Voyons ainsi, en premier lieu :

A. La pluralité de personnes au stade de l'imputation

Certaines infractions nécessitent qu'une autre ait été préalablement commise pour être constituées. On les appelle, pour cette raison, des infractions de conséquence ou encore des infractions conditionnées. Ainsi en va-t-il du recel et de blanchiment, consécutifs à des infractions ayant procuré un profit à leur auteur qu'un autre – ou, parfois, que l'auteur lui-même – va appréhender en en tirant un bénéfice quelconque ou en concourant à sa dissimulation.

Le recel et le blanchiment, on l'oublie trop souvent, ne sont alors pas tant ceux de l'infraction qui a conduit à ce profit, que, lâchons le mot, du produit qui en a été tiré. Dès lors, sans produit issu d'une infraction d'origine, point d'infraction de conséquence.

Cela pose-t-il un problème du point de vue du principe de la personnalité de la responsabilité pénale ?

Non, en ce sens que, malgré la nécessité de l'action préalable d'un autre pour engager la responsabilité de l'auteur d'une infraction de conséquence, celle-ci n'est concevable qu'à la condition d'une action supplémentaire et propre à ce dernier. En ce sens n'est-il effectivement responsable que de son propre fait, même si ce fait a préalablement nécessité le fait d'un autre.

La peine encourue pour recel et blanchiment est indépendante de la peine encourue par l'auteur de l'infraction, sauf dans certaines situations qui rappellent le lien constitutif entre infraction de conséquence et infraction d'origine.

Pour ne prendre que l'exemple du recel, les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 du code pénal peuvent être élevées au-delà de 375 000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés (art. 321-3) et, lorsque l'infraction dont provient le bien recelé est punie d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 321-1 ou 321-2, le receleur est puni des peines

attachées à l'infraction dont il a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance (art. 321-4).

La peine encourue n'étant néanmoins pas la peine prononcée, là encore, l'auteur du recel ou de blanchiment ne sera, à la fin, puni qu'à raison de son propre fait, quand bien même le produit d'une infraction commise par un autre aura aidé à déterminer la valeur maximale de l'amende prononçable.

Restons, pour finir, sur le terrain des peines.

B. La pluralité de personnes au stade de la punition

À cet ultime stade qu'est celui de la punition, deux situations impliquant le produit de l'infraction sont susceptibles de heurter le principe de personnalité de la responsabilité pénale : celle où l'on prend au condamné un bien qui, en réalité, appartient à un autre et celle où l'on prend au condamné un bien que, en fraude, il avait confié à un autre.

Autrement dit, un problème se pose tant lorsqu'il existe, en plus de l'agent, un vrai propriétaire que lorsqu'il existe un faux propriétaire.

En ce qui concerne, d'abord, le vrai propriétaire, il est envisageable qu'il soit puni pour une infraction pourtant commise par quelqu'un d'autre, à la seule condition que ce dernier ait « la libre disposition » du bien (v. surtout art. 131-21, al. 2 et 3, c. pén.).

Cette notion est intéressante de bien des façons.

Son histoire, pour commencer, révèle qu'au départ elle ne s'appliquait qu'à la confiscation d'une arme, objet dangereux pour lequel on comprend aisément que, en tant que mesure de sûreté plus que de peine, la confiscation s'opère même si ce n'est pas son propriétaire qui s'en est servi pour commettre l'infraction.

Sur cette base légitime, la possibilité de confisquer un bien dont le condamné n'a que la libre disposition s'est étendue de façon beaucoup moins légitime pour des impératifs de répression détachés des garanties qui vont avec, à partir de la loi du 5 mars 2007, jusqu'aux lois du 27 mars 2012 et du 6 décembre 2013.

Or le contenu de cette notion, pour comprendre, désigne finalement une forme de maîtrise, si ce n'est légitime, en tout cas réelle du bien ou des biens

concernés. Par exemple, dans un récent arrêt rendu le 8 novembre 2017 (n° 17-82632), la chambre criminelle de la Cour de cassation a retenu que « le recours à l'interposition d'une société immobilière entre la personne mise en examen et son patrimoine immobilier ainsi qu'à des prête-noms de l'entourage familial pour exercer les fonctions ou les rôles de dirigeant de droit, d'administrateurs et d'associés, joint à une gestion de fait de la société par l'intéressé, tous éléments qui relèvent de l'appréciation souveraine des juges du fond, suffisent à caractériser la libre disposition du bien immobilier ».

Le civiliste préférerait sans doute voir dans cette non-propriété une possession et serait perturbé par cette appellation car, en droit civil, seul le propriétaire a la libre disposition de son bien...

Mais il est vrai que, comme on a essayé de le démontrer, la situation du produit de l'infraction apparaît sans équivalent, notamment en droit civil, puisque ce « bien » peut très bien n'avoir aucun propriétaire légitime à opposer à ce « possesseur » que serait alors le délinquant.

En revanche, et voilà la difficulté, tout autant révélée par notre exemple, le produit implique souvent un mélange, une confusion, entre des propriétaires et des biens légitimes et d'autres qui ne le sont pas. L'hypothèse est celle d'une communauté de biens, quelle qu'elle soit (communauté conjugale, indivision, société etc.), au sein de laquelle peut très bien exister un ou plusieurs propriétaires « de bonne foi » (entendez par là : qui ignorent l'origine en partie infractionnelle du produit).

C'est pourquoi, non seulement, il est prévu que la confiscation puisse porter sur « tous les biens meubles ou immeubles (*sic*), quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis » (par ex. des quotes-parts ou des actions), mais surtout, qu'elle « peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit », c'est-à-dire pas au-delà de leur part infractionnelle (art. 131-21, al. 3). Par ailleurs, de façon plus générale, la confiscation s'applique « sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi » (art. 131-21, al. 2, mais applicable à l'al. 3 ; v. par ex. Crim., 20 mai 2015, n° 14-81741).

Pour être logique, la construction qui précède demeure complexe, ce qu'a notamment révélé un autre arrêt récent, rendu le 25 novembre 2015 (n° 14-84985), dans lequel la chambre criminelle de la Cour de cassation semble éviter le débat en précisant que « l'article 131-21, alinéa 3 [...] du code pénal n'impose[...] pas que le prévenu ait la libre disposition du bien confisqué lorsque celui-ci est le produit de l'infraction » (à propos d'un blanchiment massif et d'une confiscation s'opérant sur le compte en banque d'un des prévenus entre-temps décédé).

C'est faire de la confiscation du produit de l'infraction une pure mesure de sûreté, ce qui est très dangereux.

En ce qui concerne, ensuite et enfin, l'existence d'un faux propriétaire en plus du libre disposant auteur de l'infraction, il s'agit de constater que, la plupart du temps, ce propriétaire est une personne morale, société surtout.

Bien souvent, en effet, la personne morale propriétaire constitue l'instrument de l'infraction tout autant que le produit qu'elle possède en représente le résultat. Créée ou utilisée pour être le propriétaire officiel de ce dernier, elle est alors inéluctablement de mauvaise foi, de même que celui qui la gère a inéluctablement la libre disposition de ses biens.

Ainsi, par exemple, la chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle pu affirmer en ce sens, dans un arrêt remarqué rendu le 23 mai 2013 (n° 12-87473), que « les héritiers indivisaires susceptibles d'être mis en examen du chef de blanchiment, qui détiennent 99,5 % des parts de la société civile immobilière, ont le pouvoir de décider de l'affectation de l'actif net social résultant de la vente de l'immeuble de cette société, de sorte qu'ils ont la libre disposition de cet élément d'actif ».

Dans cette situation comme dans quelques autres, on constate surtout qu'une personne morale instrumentalisée est moins une personne qu'une autre forme d'objet « ayant servi à commettre l'infraction », pour reprendre les termes de l'article 131-21 du code pénal qui ne concernent pourtant que les biens.

Là se situe la limite de l'assimilation entre personnes physiques et personnes morales et, avec elle, celle du principe de personnalité des délits et des peines.

Pour conclure, les seules choses qui puissent, à notre sens, conduire à une véritable contrariété de la notion de « produit de l'infraction » avec le principe de personnalité des délits et des peines, résident dans l'indétermination des notions que l'on mobilise pour appréhender ce produit : profit, produit, saisie, confiscation, restitutions, propriété de bonne foi, libre disposition, autant de notions encore à préciser pour s'assurer que, en effet, nul n'est responsable que de sa propre appréhension d'un produit infractionnel. Ce qui est sûr, c'est qu'à l'issue de ce colloque, les choses iront mieux !

Le produit de l'infraction et le principe d'individualisation

Muriel GIACOPELLI

*Professeur de droit privé et sciences criminelles
Aix-Marseille Université*

INTRODUCTION

Le principe d'individualisation ne s'intéresse guère de prime abord au produit de l'infraction. En effet, le produit de l'infraction¹, concept purement objectif, s'accommode mal du principe d'individualisation de la peine récemment consacré par la loi du 15 août 2014 sous les dispositions de l'article 132-1 du code pénal. Ce dernier dispose que : « toute peine prononcée par la juridiction doit être individualisée » en vertu de quoi, il est précisé « dans les limites fixées par la loi, la juridiction détermine la nature, le quantum et le régime des peines prononcées en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale, conformément aux finalités et fonctions de la peine énoncée à l'article 130-1 du code pénal ». Quant au *Vocabulaire juridique Cornu*, il y est dit qu'individualiser est « le parti consistant (surtout de la part du juge) à adapter une mesure à la personnalité propre et à la situation particulière d'un individu »². Une telle définition repose sur des critères subjectifs auxquels le produit de l'infraction, éminemment objectif, ne permettrait pas de renvoyer.

Il convient de dépasser cette première impression qui pourrait ne pas être la bonne pour entreprendre la dialectique entre le produit de l'infraction et le principe d'individualisation. En termes de méthode, il apparaît nécessaire de repérer préalablement les textes qui font référence au produit de l'infraction. Un survol rapide et non exhaustif permet de formuler une première observation.

Plusieurs textes font référence expresse au produit de l'infraction. Cette diversité traduit des situations différentes. Le produit peut servir en effet au repérage de la présomption de culpabilité d'origine illicite des biens ou des revenus en matière de blanchiment dans le cadre de l'article 324-1 alinéa 2³,

¹ *Gaz. Pal.*, 13/05/2014, n° 133, p. 5 et s : Dossier spécial sur le profit de l'infraction.

² *Vocabulaire Capitant*.

³ M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *Dr. pén.*,

ou d'un élément constitutif de l'infraction comme en matière de recel que la doctrine qualifie de « recel profit » consistant dans le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen du produit d'un crime ou d'un délit⁴. Le plus souvent, le produit de l'infraction est un élément d'identification de la sanction pénale support nécessaire à la mise en œuvre de l'individualisation. C'est ainsi, que la peine complémentaire de confiscation « porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le **produit direct ou indirect** de l'infraction à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime ». De même l'infraction de corruption active et de trafic d'influence commis par les particuliers sont punis d'un emprisonnement de dix ans et de 1000000 € d'amende dont le montant peut être porté **au double du produit tiré** de l'infraction⁵. D'autres textes le visent indirectement par référence au profit que la doctrine assimile le plus souvent par facilité au produit de l'infraction⁶. L'article L. 465-1 du code monétaire et financier punit les atteintes à la transparence des marchés de cinq ans d'emprisonnement et de 100 millions d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple de l'avantage retiré du délit sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage. L'article 321-3 du code pénal dispose que les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 375 000 euros jusqu'à la moitié des biens recelés. À l'issue de ce premier repérage formel, il apparaît que le produit de l'infraction ne doit pas systématiquement être assimilé au profit⁷, puisque l'on peut trouver dans un même texte l'évocation du produit et du profit.

À son tour, le principe d'individualisation s'applique d'abord à la peine ou selon l'interprétation de l'article 8 de la DDHC par le Conseil Constitutionnel à « toute sanction ayant le caractère de punition ». Ce n'est que tardivement que le Conseil constitutionnel a reconnu le principe d'individualisation⁸ qui s'est détaché progressivement du principe de nécessité dont il est issu⁹. Si la personnalité des peines¹⁰ est un principe désormais bien identifié, l'individualisation de la peine coïncée entre la nécessité et la proportionnalité¹¹ peine à se démarquer sur notre sujet. La doctrine envisage

fev. 2014, étude 3 ; P. CONTE, « Preuve de l'origine délictueuse des biens », *Dr pén.*, mars 2016, comm. 41.

⁴ Art. 321-1, al. 2, c. pén.

⁵ Art. 433 c. pén.

⁶ V. *Gaz. Pal.*, 13/05/2014, n° 133, préc.

⁷ E. DEZEUZE, « Le profit tiré des abus de marché », *Gaz Pal.*, n° 133, 13/05/2014, préc.

⁸ S. DETRAZ, « Les fondements supra-législatifs de l'individualisation de la peine », Dossier « L'individualisation de la sanction pénale en matière pénale », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, Vol. XXVI, 2016, p. 25.

⁹ V. PELTIER.

¹⁰ V. intervention de G. BEAUSSONIE.

¹¹ V. intervention de B. DE LAMY.

en effet la plupart du temps le produit de l'infraction à l'aune du principe de proportionnalité, lequel semble absorber le principe d'individualisation. Or proportionnalité et individualisation sont deux notions distinctes. Il faut donc revenir à l'essence même du principe d'individualisation pour en tirer quelques enseignements à propos du produit de l'infraction.

À partir de Saleilles¹² et plus encore avec Marc Ancel, le principe d'individualisation invite le juge à apprécier subjectivement la gravité de l'acte au travers de la personnalité de son auteur. Il n'y aurait pour Saleilles d'individualisation que judiciaire, puisque seul le juge ne peut connaître que des individus. Ce principe réaliste d'adaptation de la sanction par le juge tenant compte des particularités de chaque espèce s'exerce néanmoins dans un cadre préalablement tracé par le législateur. C'est au demeurant ce que rappelle l'article 132-1 du code pénal siège de l'individualisation en disposant *in limine*, « dans les limites fixées par la loi ». Or, si la plupart du temps la fixation légale de la peine paraît abstraite, par renvoi à des *maxima* que le juge ne doit pas dépasser, il apparaît justement que la référence au « produit » de l'infraction permette de renouer avec la signification du principe d'individualisation en donnant une réponse concrète adaptée à une situation particulière qu'est la délinquance d'affaire¹³. L'individualisation légale permet d'adapter la répression au contexte particulier de sa réalisation. Le produit de l'infraction est l'instrument privilégié de la lutte contre la délinquance d'affaire dans le cadre d'une individualisation légale (I). Paradoxalement, le produit de l'infraction s'accorderait plus difficilement avec l'individualisation judiciaire (II).

I. Le produit de l'infraction et individualisation légale

Le produit de l'infraction joue un rôle majeur dans la détermination légale de la peine en permettant de corriger le degré d'abstraction de la peine encourue. En lui faisant endosser un aspect concret, le produit de l'infraction permet une « incarnation » de la peine adaptée à l'efficacité répressive recherchée. Cette modalité particulière de personnalisation s'épanouit en droit de la sanction pénale avec la peine de confiscation (A) et la peine d'amende (B).

¹² R. SALEILLES.

¹³ V. en ce sens : F. STASIAK, « La personnalisation de la sanction en droit pénal des affaires », Dossier « L'individualisation de la sanction en matière pénale », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, Vol. XXVI, 2016, p. 63.

A. Le produit de l'infraction et fixation de la peine de confiscation

L'évocation du produit de l'infraction, renvoie immédiatement à la peine de confiscation laquelle vise de manière expresse le produit de l'infraction.

S'agissant de son objet, la peine complémentaire de confiscation est spéciale ou générale. Lorsqu'elle est spéciale, elle porte sur tous les biens divis ou indivis ayant servi à commettre l'infraction, « elle porte **également** sur tous les biens qui sont l'objet ou le **produit direct ou indirect** de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime » (art. 131-21, al. 3). La confiscation peut donc porter sur le produit direct, c'est-à-dire sur les richesses ou le bénéfice tiré de l'infraction¹⁴ ou indirect visant toutes les formes d'enrichissement susceptibles d'avoir un lien avec l'infraction. La confiscation du produit de l'infraction est alors fondée sur le lien entre le bien confisqué et l'infraction, lien qu'il appartient de démontrer¹⁵. Un tel attachement postule l'idée que l'individualisation légale de la sanction se fait *in rem* et vise à supprimer avant toute chose les effets de l'infraction. Cette adéquation peut néanmoins être troublée lorsque le bien confisqué a pu être acquis pour partie avec des fonds d'origine licite. L'article 131-21 alinéa 3 précise en effet *in fine* que « si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation **peut ne** porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit ». La chambre criminelle a fait prévaloir la lettre sur la *ratio legis*¹⁶ en précisant selon une interprétation littérale autorisée par le texte, qu'une confiscation partielle en valeur du bien n'est pour les juges du fond qu'une simple faculté¹⁷. Elle confirme la solution précédemment dégagée selon laquelle la confiscation s'étend « à tout bien qui est le produit direct ou indirect de l'infraction, peu important que celui-ci ait été acquis pour partie avec des fonds licites »¹⁸. Cette fiction juridique consistant à faire comme si le bien confisqué avait été financé dans son intégralité par des fonds d'origine illicite pourrait laisser à penser qu'elle est contraire au principe d'individualisation. Toutefois, le législateur laisse le soin au juge d'apprécier l'intensité de la réponse répressive avec ou non un maximum de sévérité.

Il est vrai que la champ de la confiscation n'a eu de cesse d'être élargi par les réformes successives pour faire de la confiscation du bien la peine

¹⁴ A. MIHMAN, « La confiscation des profits illicites », *Gaz Pal.*, n° 133, 13/05/2014, préc., p. 10.

¹⁵ V. Cass. crim., 25 sept. 2012, *Bull. crim.* n° 196, *D.* 2012, p. 3005, note E. DREYER.

¹⁶ V. en ce sens N. CATELAN, *Lexbase éd. privée* n° 687, 9 fév. 2017, N° Lexbase : N6594BW7.

¹⁷ Cass. crim., 22 mars 2017, n° 16-82.051.

¹⁸ Cass. crim. 6 mai 2015, n° 14-87.902, *Dr pén.*, juillet-août 2015, comm. 93.

complémentaire la plus cuisante pour la délinquance de profit¹⁹. C'est ainsi que la peine a été étendue, pour les crimes et les délits punis d'une peine supérieure ou égale à 5 ans d'emprisonnement ayant procuré un profit direct ou indirect, à tout ce dont la personne en cause est propriétaire ou a la libre disposition dès lors qu'elle ne peut en justifier l'origine (art. 131-21, al. 5, c. pén.). Il s'agit d'individualiser la sanction non plus *in rem*, mais *in personam* en raison du lien qui unit le bien confisqué non à l'infraction mais à son auteur. La confiscation est subordonnée à la condamnation de l'auteur de l'infraction et à sa qualité de propriétaire ou de libre disposant. L'objectif est d'éviter qu'une telle sanction soit tenue en échec par l'interposition d'un tiers. Est donc visée la seule possession du bien dont le détenteur peut avoir un usage habituel, qui est confiscable dans la limite naturelle du « propriétaire de bonne foi ». La Cour de cassation a confirmé cette approche purement concrète de la libre disposition, à propos de la mise en œuvre de l'alinéa 6 de l'article 131-21 du code pénal, en faisant abstraction de tout lien juridique entre le bien et le mis en examen afin de s'intéresser davantage à un pouvoir de fait sur la chose. « Caractérise la libre disposition d'un bien, propriété d'une société immobilière, par la personne physique mise en examen du chef de blanchiment de nature à en permettre la saisie en application des articles 131-21, alinéa 6, et 324-7, 12°, du code pénal, le recours à l'interposition de cette société entre le mis en examen et son patrimoine immobilier ainsi qu'à des prête-noms de l'entourage familial pour exercer les fonctions ou les rôles de dirigeant de droit, d'administrateurs et d'associés, joint à une gestion de fait de la société par l'intéressé²⁰ ».

L'analyse des différents dispositifs confiscatoires postule une logique économique de l'individualisation légale de la peine qui repose sur une appréhension toujours plus concrète de la peine de confiscation. En ce sens elle est source d'inspiration pour le législateur. La saisie conservatoire des biens confiscables, qui a vocation à garantir la peine de confiscation, en est le bras armé même si elle a aujourd'hui acquis une réelle autonomie comme en atteste les résultats très bénéficiaires de l'AGRASC²¹. Le système répressif est particulièrement redoutable en ce qu'il part du postulat selon lequel « tout ce qui est confiscable est saisissable »²². Dans cette logique si particulière, il n'y a pas d'individualisation sans connaissance approfondie du patrimoine. C'est pourquoi, la procédure pénale en fait une donnée essentielle des investigations pesant sur l'autorité judiciaire, jusqu'à imaginer une mise en état des affaires

¹⁹ *AJ pénal* 2015, 228, obs. L. ASCENSI.

²⁰ Cass. crim., 8 nov. 2017, n° 17-82.632, F-P+B, D. 2018, p. 196, Chron ch. criminelle.

²¹ *AJ pénal* 2013, 507, M. LÉNA.

²² L'inverse n'est pas vrai, puisque la confiscation d'un bien saisi pourra pour x raison ne pas aller jusqu'à son terme.

patrimoniales au service d'une saisie éclairée des avoirs criminels²³. La création d'un dossier spécifique est le support de l'individualisation permettant de repérer les biens confisquables et leur départage en fonction des modalités et des régimes applicables. Elle permettra également d'établir lorsque cela est rendu nécessaire par l'hypothèse de confiscation que l'infraction a bien été à la source des profits illicites ou que l'auteur de l'infraction est bien le propriétaire du bien. Cette évaluation permet d'établir la valeur des biens confisquables et permettre ainsi au juge de substituer à la confiscation en nature des biens d'origine injustifiée²⁴, une confiscation en valeur, dont le dispositif a été utilement complété par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 afin de déjouer les dissimulations ou la dissipation du produit de l'infraction²⁵. Le dispositif est le plus souvent couplé à l'amende, où le produit de l'infraction est appelé à jouer un rôle de premier ordre dans la fixation légale du quantum.

B. Le produit de l'infraction et fixation de l'amende

La peine encourue est en principe fixée abstraitement par référence à un maximum légal. Cette disposition générale se double en matière d'amende d'une fiction juridique, que le législateur contemporain a abandonné après les fustigations de la doctrine²⁶, qui consistait à établir une correspondance entre la peine privative de liberté et l'amende, ce qui avait pour conséquence de ne pas prendre en compte la spécificité d'un comportement incriminé. En recourant au produit de l'infraction et plus généralement au profit illicite, le législateur répond de manière concrète à une délinquance particulière attirée par l'appât du gain, dont la fixation par référence seule à un maximum légal n'est pas toujours suffisamment dissuasive. Certes, la peine principale d'amende peut être assortie d'une peine complémentaire comme la peine de confiscation, dont le prononcé permettra d'assurer l'effectivité de la sanction. Mais *quid* dans le cas où seule la peine d'amende est prononcée ? Son efficacité serait altérée dès lors que cette catégorie de délinquant adopte un comportement rationnel lorsque le profit recherché est supérieur au coût imposé par la violation de la norme. Même si l'on veut bien admettre que le calcul opéré par le délinquant soit plus complexe, ne se limitant pas à la prise en considération de deux variables seulement que sont le coût et le profit, l'introduction du produit de l'infraction dans le calcul de l'amende obéit à une

²³ En ce sens : E. CAMOUS et G. COTELLE, « Saisie des avoirs criminels- la mise en état des affaires pénales », *Dr pén.*, juin 2013, étude 12.

²⁴ Soit la confiscation *in personam*.

²⁵ Art. 706-141-1 c. proc. pén.

²⁶ M. SEGONDS, « Commentaire de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière », *Dr. pén.*, févr. 2014, étude 3.

logique d'individualisation de la peine. Il s'agit bien de donner une réponse spécifique et efficace à un type de comportement criminel²⁷.

Le produit de l'infraction devient un paramètre d'ajustement²⁸ intervenant dans les étapes du calcul au service de l'individualisation de la sanction pénale²⁹. C'est ainsi que la prise en compte du produit de l'infraction se traduit par le recours à un coefficient multiplicateur qui renvoie à la mise en œuvre de l'amende proportionnelle alternative qui a eu récemment les faveurs du législateur dans la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique. La corruption active et le trafic d'influence commis par les particuliers sont désormais punis de dix ans d'emprisonnement et d'une amende de 1 000 000 d'euros dont le montant peut être porté au double du produit de l'infraction selon l'appréciation qui sera faite par le juge. De même que le choix du coefficient multiplicateur n'est pas indifférent dans l'effort de personnalisation de la sanction pénale avec l'idée que l'auteur non seulement, ne puisse pas profiter du produit de l'infraction³⁰, mais encore que la sanction remplisse sa fonction d'intimidation générale. Il est vrai que ce choix n'est pas toujours très cohérent *a fortiori* lorsqu'il est de la moitié seulement du produit de l'infraction laissant à penser que l'autre moitié continue à profiter à l'auteur de l'infraction³¹.

La fixation d'une amende proportionnelle au chiffre d'affaire de la personne morale n'a toutefois pas passé la barre du contrôle constitutionnel. Est ainsi contraire au principe d'individualisation le fait de fixer le quantum de la peine non en fonction de la gravité de l'infraction ou du produit tiré de l'infraction comme critère de personnalisation mais de la seule capacité financière de son auteur. C'est ce qu'a décidé le Conseil constitutionnel dans la décision qu'il a rendue le 4 décembre 2013³² à propos de l'article 3 de la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 créant un nouveau critère selon lequel pour les crimes ou les délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant

²⁷ V. en ce sens : F. STASIAK et G. ROYER, « Pour une efficacité optimale de l'amende pénale. Les apports de l'analyse économique du droit à la réforme du code pénal », in *Opinio doctorum*, Dalloz Thèmes et commentaires, 2009, p. 296.

²⁸ En ce sens : F. STASIAK, « La personnalisation de la sanction en droit pénal des affaires », *Problèmes actuels de sciences criminelles*, Vol. XXVI, préc., p. 63.

²⁹ V., à propos des sanctions administratives, S. FERRARI, « Les méthodes de calcul du quantum des sanctions prononcées par les autorités de concurrence : Analyse comparée du droit français et du droit de l'Union européenne », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 710, juill. 2013 étude 11.

³⁰ Ce qui peut interroger lorsque le coefficient est fixé à 0,5 soit la moitié du profit retiré de l'infraction.

³¹ C. DUCOULOUX-FAVARD, « L'amende et son rapport avec le profit illicite », *LPA* 2004, n° 54, p. 3.

³² Cons. const., 4 déc. 2013, n° 2013-679 DC, *Dr. pén.*, févr. 2014, comm. 33 par E BONIS-GARÇON.

procuré un profit direct ou indirect, le maximum de la peine aurait pu être fixé soit au quintuple du taux maximum de l'amende prévu pour les personnes physiques soit au maximum du chiffre d'affaires moyen annuel de la personne morale, calculé sur les trois derniers chiffres annuels connus à la date des faits. C'est moins le principe que le Conseil constitutionnel censure sur le fondement de la proportionnalité que l'absence totale de lien établi entre l'infraction et le chiffres d'affaire. Reste à savoir comment ce lien sera établi : par référence à une liste limitative d'infraction ou par référence au profit de l'infraction, lequel était au demeurant une condition de mise en œuvre de l'article 3 censuré ?

Il est enfin parfois prévu un double plafonnement de l'amende comme c'est le cas de l'article L. 465-1 du code monétaire et financier qui sanctionne le délit d'initié d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et de 100 millions d'euros d'amende, ce montant pouvant être porté jusqu'au décuple du montant de l'avantage retiré du délit, sans que l'amende puisse être inférieure à cet avantage. Cette hypothèse répressive particulière renvoie à la problématique des peines minimales, que le Conseil constitutionnel a validées à la condition que le juge puisse les écarter sur motivation spéciale³³. Le cas échéant, elles entrent en contrariété avec le principe d'individualisation de la peine.

Il n'en reste pas moins que la Cour de cassation saisie d'une QPC portant sur la conformité de l'article 131-38 alinéa 1^{er} du code pénal à l'article 8 de la DDHC en ce que le mécanisme de personnalisation des peines applicable aux personnes morales faisant encourir à la personne morale une amende dont le taux maximum est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques postulerait une aggravation générale et automatique de la peine contraire au principe d'individualisation, a refusé sa transmission au Conseil constitutionnel. La Cour de cassation a en effet considéré que «la disposition ne porte pas atteinte aux principes de nécessité, de proportionnalité et d'individualisation des peines, dès lors que le montant maximum de l'amende encourue par la personne morale varie, comme pour les personnes physiques, selon l'infraction reprochée et que le juge qui prononce une telle peine doit l'individualiser en fonction des circonstances de l'infraction et de la situation personnelle de son auteur, en tenant compte de ses ressources et ses charges »³⁴. L'argument ne surprend guère en ce qu'il s'aligne sur les solutions précédemment dégagées par le Conseil constitutionnel. C'est aussi rappeler que les mécanismes de droit commun s'appliquent lors de la mise en œuvre du principe d'individualisation par le juge.

³³ Cons. const. 9 août 2007, n° 2007-554 DC et plus récemment à propos de la peine minimale d'emprisonnement en matière douanière : Cons. const. 14 sept. 2018, n° 2018-731 QPC.

³⁴ Cass. crim., 19 avr. 2017, n° 17-90.004, *Dr. pén.*, sept. 2017, comm. 138, par V. PELTIER.

Les relations entre le produit de l'infraction et le principe d'individualisation judiciaire sont moins flagrantes de prime abord. La question semble avoir été renouvelée à l'aune de la motivation.

II. Le produit de l'infraction et individualisation judiciaire

La consécration légale du principe d'individualisation par la loi du 15 août 2014 a conduit la chambre criminelle de la Cour de cassation à opérer un important revirement de jurisprudence exigeant que toute peine soit désormais motivée. De nouvelles pratiques dans la manière de juger se mettent en place risquant de modifier les méthodes jusqu'alors admises pour lutter contre les diverses formes de corruption. La question se pose avec d'autant plus d'acuité, que cette nouvelle exigence ne semble aujourd'hui épargner *rationae materiae*, aucune peine délictuelle, criminelle et contraventionnelle et ce quelle que soit sa nature de peine principale ou complémentaire. *Rationae personae*, elle a été récemment étendue aux personnes morales³⁵. Quoique issus de la même matrice, il convient cependant de distinguer les principes de proportionnalité et d'individualisation, tous deux garantis par l'article 8 de la DDHC. Or, il apparaît que lors du prononcé de la confiscation, le principe se dilue au contact de la proportionnalité (A), tandis qu'il s'exprime dans son intégrité lors du prononcé de l'amende (B).

A. Le produit de l'infraction et prononcé de la peine de confiscation

Depuis le revirement de jurisprudence opéré par la Cour de cassation le 1^{er} février 2017, les juges du fond sont tenus de motiver la peine au regard des critères d'individualisation que sont la gravité de l'infraction, la personnalité de son auteur ainsi que de la situation matérielle, familiale et sociale conformément aux finalités et aux fonctions de la peine prononcée. En matière correctionnelle, la jurisprudence a abandonné le choix discrétionnaire du juge au profit d'un choix qui certes demeure souverain, mais dont il lui appartient de s'expliquer désormais. Il résulte de l'ensemble de ces éléments, que les critères purement objectifs de gravité de l'infraction et subjectifs de personnalité sont désormais complétés par des éléments de contexte. À l'aune de cette nouvelle jurisprudence se pose nécessairement la question de l'articulation des contrôles de proportionnalité et de normativité³⁶.

³⁵ Cass. crim., 9 janv. 2018, n° 17-80.200.

³⁶ C. SAAS, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.* 2017, p. 961.

Dans les arrêts précurseurs du 7 décembre 2016³⁷, la chambre criminelle de la Cour de cassation a posé le principe du contrôle à l'intensité variable³⁸ de la proportionnalité de la peine de confiscation selon le fondement de la confiscation. En effet, lorsque la confiscation porte sur le produit de l'infraction, ce dernier paralyse le contrôle de proportionnalité. La Cour de cassation entend exercer son contrôle selon que la confiscation est *in rem* ou *in personam*. Lorsque la confiscation est *in rem*, le lien unissant le bien à l'infraction est tel, qu'il neutralise le test de proportionnalité devenu inutile et par voie de conséquence l'exigence de motivation.

En revanche, lorsque la confiscation porte sur l'ensemble du patrimoine, elle est soumise au contrôle de proportionnalité déclenché par un risque d'atteinte à un droit conventionnellement protégé³⁹. Les juges du fond doivent motiver la confiscation au regard de la gravité des faits et de la situation personnelle des intéressés et vérifier que la peine ne porte pas une atteinte excessive au droit de propriété conventionnellement garanti⁴⁰.

« Hormis le cas où la confiscation, qu'elle soit en nature ou en valeur porte sur un bien, qui dans sa totalité constitue le produit de l'infraction⁴¹ », la motivation s'évince du contrôle de proportionnalité. Or, la proportionnalité est un contrôle de justification à la mesure restreignant un droit fondamental, tandis que l'individualisation suppose que le juge puisse adapter la peine aux circonstances de chaque espèce. C'est notamment ce que rappelle la Cour de cassation, lorsqu'elle affirme qu'« il résulte des dispositions des articles premier du Protocole additionnel n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 132-1 et 131-21, alinéa 6, du code pénal, 485 du code de procédure pénale, que le juge qui prononce une mesure de confiscation de tout ou partie d'un patrimoine doit motiver sa décision au regard de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle et apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé. Méconnaît ces dispositions la cour d'appel qui justifie le prononcé, à titre de peine complémentaire, d'une mesure de confiscation de la propriété du prévenu qu'elle déclare coupable de faits de blanchiment par le seul constat de ce que cette peine est adaptée à la nature des

³⁷ Cass. crim. 7 déc. 2016, n°s 16-879 et 15-85-136 ; *Lexbase éd. privée*, note N. CATELAN, N° Lexbase N6594BW7 ; *Dalloz actualité*, 11 janv. 2017, obs. D. AUBERT.

³⁸ A. DADOUN, « L'intensité variable de la proportionnalité de la peine de confiscation », *Dr. pén.*, juill. 2017, dossier 6.

³⁹ Cass. crim., 8 fév. 2017, n° 15-87.422, *Dalloz actualité*, 3 avr. 2017, obs. C. FONTEIX

⁴⁰ CEDH, 24 oct. 1986, n° 91118/80, *Agosi c/ RU* ; CEDH, 22 fév. 1994, n° 12954/87, *Raimondo c/ Italie* ; CEDH, 5 mai 1995 n° 18465/91, *Air Canada c/ RU*.

⁴¹ Cass.crim., 27 juin 2018, n° 16-87.009.

faits délictueux commis»⁴². Toutefois, la question de l'articulation des contrôles se pose, tandis que sont mobilisés des critères très proches⁴³.

Aussi la chambre criminelle est-elle venue préciser davantage l'exigence de motivation de la peine de confiscation. Non seulement dans l'arrêt rendu le 27 juin 2018⁴⁴, la chambre criminelle rappelle à l'ordre les magistrats du fond qui sont restés particulièrement silencieux sur les éléments de personnalité de l'auteur de l'infraction, se contentant de relever l'absence d'antécédents judiciaires, mais encore la chambre criminelle précise qu'il incombe au juge lorsqu'il décide de confisquer un bien de s'assurer d'abord de son caractère confiscable en application des conditions légales, de préciser ensuite la nature et l'origine de ce bien ainsi que le fondement de la mesure, et le cas échéant, de s'expliquer sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété du prévenu⁴⁵. Quant au prononcé de la peine d'amende, elle est intégralement soumise au respect du principe d'individualisation. La chambre criminelle n'a pas hésité à étendre l'exigence de motivation de la peine d'amende à la matière contraventionnelle⁴⁶ en renforçant la portée de sa décision par référence à la décision du Conseil constitutionnel n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018.

B. Le produit de l'infraction et le prononcé de la peine d'amende

Le juge, lorsqu'il prononce une peine d'amende, est invité à fixer le régime de la peine conformément aux dispositions de l'article 130-1 du code pénal. À propos de la fixation de l'amende, la chambre criminelle est venue rappeler que le juge doit s'expliquer en sus en application des dispositions particulières de l'article 132-20 du code pénal qui précisent que « le montant de l'amende est déterminé en tenant compte des ressources et des charges de l'auteur de l'infraction ».

La chambre criminelle l'a affirmé pour la fixation d'une peine d'amende délictuelle⁴⁷, puis l'a confirmé en matière de fraude fiscale. Celle-ci n'échappe pas quant au prononcé de la peine à l'exigence de motivation formulée par

⁴² Cass. crim., 8 mars 2017 n° 15-87.422.

⁴³ C. SAAS, « Justifier et motiver les peines en matière correctionnelle : entre normativité et proportionnalité », *D.* 2017, préc.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Cass. crim., 27 juin 2018, n° 16-87.009, *Dalloz actualité*, 24 juill. 2018, obs. M. RECOTILLET.

⁴⁶ Cass. crim., 30 mai 2018, n° 16.85777 ; *JCP* 2018, 951, note E. BONIS.

⁴⁷ Cass. crim., 1^{er} fév. 2027.

l'article 132-20 du code pénal⁴⁸. La chambre criminelle rappelle que les juges doivent s'expliquer sur le montant des charges et des ressources du prévenu⁴⁹. A été jugée insuffisante par la chambre criminelle la justification de l'amende au regard de l'ancienneté ou la gravité des faits commis, de l'importance des sommes détournées ou du casier judiciaire. Dans un autre affaire de recel aggravé et de blanchiment impliquant deux personnes il était reproché aux juges du fond d'avoir multiplié les amendes initiales par six et par dix, sans s'expliquer sur les ressources et les charges des prévenus⁵⁰. La règle a pu être interprétée comme plus favorable au condamné en ce que la peine d'amende serait d'autant moins lourde que la situation patrimoniale du condamné serait critique⁵¹.

Cependant, la Cour de cassation semble avoir réduit la portée de l'obligation puisque le devoir du juge se limite à motiver à partir des éléments dont il a connaissance dans le dossier sans qu'il doive effectuer des recherches supplémentaires sur les ressources et les charges du prévenu. Si ce dernier peut anticiper en fournissant les éléments, s'il ne le fait pas, il ne pourra en faire grief au juge.

⁴⁸ Cass. crim., 8 nov. 2017, n° 16-86.971 ; N° Lexbase A8353WYZ et Cass. crim., 22 nov. 2017, n° 16-86.550, N° Lexbase A5883W3B ; v. N. CATELAN, « Panorama de droit pénal des affaires (Oct. à déc. 2017), seconde partie, *Lexbase*, N° Lexbase N2176BXU.

⁴⁹ *Contra*, à propos d'une sanction fiscale : Cass. crim., 18 juill. 2017, n°15-86153, *Dr. pén.*, oct. 2017, comm. 156.

⁵⁰ *D.* 2017, p. 2501, chron. obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, C. GINESTET, M-H. GOZZI.

⁵¹ V. en ce sens : E. CAMOUS, « La peine patrimoniale : une alternative prospective à la peine d'emprisonnement », *AJ pénal* 2018, p. 25.

Le rôle du produit de l'infraction dans l'application spatiale de la loi pénale : de l'attribution à la prorogation de compétence

Amane GOGORZA

*Maître de conférences-HDR en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*

Conflits de compétence. Dès lors que chaque système fixe unilatéralement sa compétence répressive¹, les situations de conflit peuvent potentiellement se présenter et ce, d'autant plus facilement que la tendance, en ce domaine, est à l'extension. Alors que les réflexes protectionnistes conduisent nos juridictions à donner une portée maximale à la compétence territoriale, parfois au prix de rattachements artificiels, la solidarité dans la lutte contre les phénomènes criminels les plus graves a également conduit à projeter notre compétence au-delà de ses frontières naturelles.

Extension des compétences extraterritoriales. La volonté d'appréhender le produit de l'infraction, parfois bien plus dangereux que le comportement criminel lui-même, témoigne de ce phénomène. S'il est vrai que la compétence universelle n'a pas encore atteint les activités criminelles greffées sur le produit de l'infraction, au premier rang desquels le blanchiment, elle a cependant été reconnue pour certaines formes délictives à même de faciliter la circulation de l'argent sale. Ainsi de la corruption d'agents publics étrangers ou internationaux lorsqu'elle porte atteinte aux intérêts de l'Union européenne². Par ailleurs la chasse au produit de l'infraction, devenue une priorité internationale et européenne, a également assoupli l'application des chefs de compétence traditionnellement fondés sur un système de protection, lorsque l'infraction considérée est de celles qui participent au mouvement illicite de capitaux. La loi du 9 décembre 2016³ a ainsi levé les principaux verrous à la mise en œuvre de la compétence personnelle active en matière de corruption et de trafic d'influence d'agent public d'un État étranger ou d'une organisation internationale⁴. En ce domaine, le législateur a non seulement

¹ CPJI, 7 sept. 1927, affaire du « Lotus », *Recueil CIPJ*, série A, n° 10, *Rev. crit. DIP* 1928. 354, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

² Art. 689-8 c. proc. pén.

³ Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *JORF* n° 0287 du 10 déc. 2016, texte n° 2.

⁴ Art. 435-6-2, al. 1, c. pén., relativement à la corruption et au trafic d'influence d'un agent public d'un État étranger ou d'une organisation internationale ; art. 435-11-2, al. 1, c. pén. pour ces mêmes comportements portant atteinte à l'action de la justice.

renoncé à la règle de double incrimination et au monopole du Ministère public dans l'exercice des poursuites, mais en outre, l'application de la loi française a été étendue à la personne résidant habituellement en France ou à toute personne ayant une activité économique sur le territoire de la République. Semblablement, la répression de la complicité en France de ces infractions perpétrées à l'étranger est désormais facilitée qui n'est plus tributaire de la constatation des faits par une décision définitive de la juridiction étrangère⁵.

Extension de la compétence territoriale. La mise en œuvre de chefs de compétence extraterritoriaux peut, bien sûr, être source de conflits. Mais leur existence n'est pas directement conditionnée par le produit de l'infraction de sorte que leur étude n'a ici que peu d'intérêt. Les choses se présentent autrement face à la compétence territoriale, le produit de l'infraction jouant, dans ce cas, un rôle déterminant dans la localisation des faits et, partant, dans la définition du domaine d'application de la loi pénale. Mobile et sale, le produit de l'infraction suscite en effet la compétence territoriale qui trouve en lui le moyen, soit de remonter à l'origine des faits, soit d'en arrêter les suites, et ce, dans un double mouvement de flux et de reflux. Un mouvement de flux, tout d'abord, puisque la présence ou le simple passage du produit de l'infraction en France va attirer le forfait sur le territoire de la République en empêchant, pour reprendre l'expression d'un auteur, qu'il reste de l'autre côté de la frontière⁶. Le produit de l'infraction commande alors l'application de la loi française en sa qualité d'élément localisateur. Un mouvement de reflux ensuite, la loi française ayant la tentation de suivre le produit de l'infraction au-delà de ses frontières pour atteindre les crimes et délits qui en prolongent l'illicéité. Le produit de l'infraction devient alors un facteur de prorogation de la compétence selon un réflexe jurisprudentiel, sans doute traditionnel, mais semble-t-il, plus artificiel.

Localisation par le produit de l'infraction. La plasticité de la territorialité n'est certes pas propre à la question qui nous intéresse. Pourtant, si la rencontre du territoire et du produit de l'infraction n'apporte, sans doute, rien de neuf à la première, elle est plus porteuse pour la seconde. Les règles d'application de la loi pénale dans l'espace jouent, en effet, souvent le rôle de révélateur de notions qu'elles éclairent d'un autre jour. S'interroger sur le rôle que peut avoir le produit de l'infraction dans la détermination de la compétence pénale française contribue ainsi à mieux en cerner la nature juridique. La territorialité

⁵ Art. 435-6-2, al. 2, c. pén. ; art. 435-11-2, al. 2, c. pén. Sur l'ensemble de la question, M. SEGONDS, « Les apports de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption », *Dr. Pén.* 2017, Étude 4.

⁶ S. DETRAZ, « Ce qui est connexe reste de l'autre côté de la frontière », *Gaz. Pal.* 2016, n° 27, p. 45.

n'est-elle pas tributaire d'un fait constitutif de l'infraction, comme l'indique l'article 113-2 du code pénal ?

Attribution et prorogation de compétence. Le produit relève de ce cadre en permettant une attribution de compétence, de sorte que sa mobilité, loin de le faire échapper à l'empire de la pénale française, devient le truchement par lequel celle-ci devient applicable (I). Bien mieux, localisé en France, le produit de l'infraction se mue en vecteur de la loi pénale. Franchissant la frontière avec ce fil d'Ariane, il est un moyen de proroger la compétence, à moins qu'il ne soit qu'un prétexte pour ramener vers la France ce qu'elle craignait lui échapper (II).

I. Le produit de l'infraction, instrument attributif de compétence

Technique de localisation. Le produit de l'infraction se dessine d'emblée comme un élément localisateur de l'infraction et, partant, attributif de compétence. Assez naturellement sa présence ou son passage sur le territoire de la République permet le rattachement de l'infraction à la loi française, même si cette dernière n'y a pas été intégralement commise. Une fois en France, le produit illicite a vocation à devenir l'objet d'infractions distinctes, dont le rattachement à la loi française implique, cependant, de rompre définitivement avec la loi étrangère. L'attribution de compétence passe donc tantôt par le rattachement du produit de l'infraction à la loi française (A), tantôt par son détachement de la loi étrangère (B).

A. La localisation par rattachement à la loi française

Fait constitutif de l'infraction. La conception extensive de la compétence territoriale n'est plus à démontrer⁷. Si l'article 113-2 du code pénal pose dans son alinéa premier que la loi française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République, il précise dans son alinéa second que l'infraction est réputée commise sur ce territoire dès lors qu'un de ses faits constitutifs peut y être localisé⁸. Le fait étant plus compréhensif que l'élément constitutif, il suffit donc que l'un des aspects de l'infraction, et plus spécialement le produit qui en est issu, présente un lien avec notre territoire pour que le méfait puisse y être réprimé⁹. Pour ne prendre que quelques

⁷ Observant déjà ce phénomène, C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, Dalloz, 1979, nos 256 et s.

⁸ La loi dispose plus précisément que : « L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ».

⁹ La conception élargie de la territorialité trouve ses racines dans la théorie de l'ubiquité. Il s'agit de considérer que le rattachement au territoire peut se faire aussi bien par référence à

exemples, on rappellera que l'escroquerie peut être localisée aussi bien au lieu de réalisation des manœuvres qu'au lieu de la remise des fonds¹⁰ ; que la prise de possession en France du produit d'une infraction, y compris par l'intermédiaire d'un tiers, rattache le recel à notre pays¹¹ ; que la remise d'avantages à un agent public étranger en France fait présumer la commission de la corruption sur le territoire de la République¹², ou encore, que la réception de fonds provenant de la prostitution en France, y localise l'infraction de proxénétisme¹³. La territorialité « de fiction »¹⁴ est en réalité plus large puisque l'attrait jurisprudentiel va jusqu'à appréhender des éléments qui ne présentent aucune coloration pénale. Ainsi, l'abus de confiance est lui aussi réputé commis en France dès lors que les biens détournés y ont été remis, alors qu'ils ne constituent, à ce stade, qu'un produit d'infraction en devenir¹⁵.

Blanchiment transnational. Cette extension de compétence est particulièrement prisée et efficace s'agissant de la criminalité transfrontière, comme en témoigne l'exemple du blanchiment¹⁶. Souvent constitué d'un ensemble d'opérations concourant au placement ou à la conversion du produit d'une infraction, il n'est pas rare en effet que ces opérations, pour les besoins de la dissimulation, soient réalisées dans différents pays¹⁷. Il suffit cependant que l'une des opérations portant sur le produit de l'infraction concerne la France, comme un virement de fonds vers son territoire¹⁸, pour que notre

l'action illicite, autrement dit au comportement incriminé, qu'à son résultat c'est-à-dire au regard du lieu où l'infraction produit ses effets. Dans ce dernier cas, le produit de l'infraction constitue un critère de localisation de premier choix. Pour un exposé des différentes théories permettant la localisation de l'infraction, D. REBUT, *Droit pénal international*, Dalloz, 2^e éd., n^{os} 46 et s.

¹⁰ Cass. crim., 28 nov. 1996, n^o 95-80.168, *Bull. crim.* n^o 437 ; *JCP G* 1997, I, 4031, n^o 1, obs. M. VÉRON et IV, n^o 1214 ; *RTD com.* 1997, p. 520, obs. B. BOULOC.

¹¹ Cass. crim., 16 juin 2015, n^o 15-80.881.

¹² Cass. crim., 11 oct. 2017, n^o 17-80.258.

¹³ Cass. crim., 12 juin 2013, n^o 12-86.578.

¹⁴ Le terme est emprunté à A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, PUF, 2005, n^o 131.

¹⁵ Cass. crim., 2 déc. 2009, n^o 09-83.271.

¹⁶ Sur ce point, V. MALABAT, « Les aspects internationaux du blanchiment », *Revue de Droit bancaire et financier* n^o 4, juill. 2005, étude 11.

¹⁷ La figure du blanchiment est cependant plus large qui consiste soit dans le fait de faciliter la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect, soit dans le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit, v. art. 324-1 c. pén.

¹⁸ Cass. crim., 17 nov. 2010, n^o 09-88.751. C'est ainsi par exemple que « caractérise un fait constitutif de l'infraction de blanchiment aggravé [...] au sens de l'article 113-2 du Code pénal, le fait, pour le prévenu d'avoir procédé aux virements de Suisse en France de partie de l'infraction d'abus de confiance ».

compétence soit retenue¹⁹. On comprend alors que le simple transit du produit de l'infraction, même virtuel par la France, emporte application de la loi française. La tendance est d'ailleurs renforcée par le nouveau chef de compétence de l'article 113-2-1 du code pénal, puisque même s'il ne porte pas directement pas sur le produit de l'infraction²⁰, il permet l'application de la loi française aux opérations réalisées sur ce dernier au moyen d'un réseau de communication électronique, si la victime réside en France, et ce, au titre d'une compétence territoriale assimilée²¹.

Produit d'une infraction étrangère. La force d'attraction exercée par le produit de l'infraction est donc extrême, qui permet un rattachement quasi infaillible de l'infraction transnationale à la loi française. Ce constat demeure dans des situations plus complexes où le produit de l'infraction, arrivé en France, sert du support à une nouvelle activité criminelle ; à cette différence près que la répression implique alors la rupture des liens entretenus entre ledit produit et le territoire étranger dont il provient.

B. La localisation par détachement de la loi étrangère

Emploi du produit d'une infraction étrangère. L'hypothèse ici examinée est celle où une infraction de conséquence est perpétrée en France, alors que le produit qui en est le support provient d'une infraction entièrement commise à l'étranger. Le rattachement de l'infraction conditionnée à la loi française semble d'emblée évident, l'ensemble de ses éléments constitutifs étant localisé sur le territoire de la République. D'ailleurs, appliquant le principe de territorialité, et l'alinéa premier de l'article 113-2 du code pénal, la chambre criminelle a considéré de nombreuses fois que la prise de possession ou la détention en France du produit provenant d'une infraction commise à l'étranger rattache le recel au territoire de la République²². La même solution prévaut en matière de blanchiment, même si les explications données sont alors plus complètes. Un arrêt de la chambre criminelle rendu du 24 février 2010²³

¹⁹ Sur cette question et le blanchiment transfrontalier, v. not. V. MALABAT, « Les aspects internationaux du blanchiment », préc. L'auteur prend ici l'exemple d'un ordre de virement donné depuis la France.

²⁰ Cette compétence résulte en effet de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale. Relativement à l'objectif de cette loi, R. PARIZOT, « Aspects obscurs du droit pénal général », *RSC* 2016, p. 376.

²¹ Selon ce texte, « tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République ».

²² Par exemple, Cass. crim., 1^{er} oct. 1986, n° 84-94.124, *Bull. crim.* n° 262.

²³ Cass. crim. 24 fév. 2010, n° 98-82.857, *JCP G* 2010, p. 629, note C. CUTAJAR ; *RPDP* 2010, p. 447, note M. SEGONDS.

a ainsi posé que le blanchiment constitue « une infraction générale, distincte et autonome de l'infraction d'origine » de sorte que sa punition en France ne suppose ni la vérification d'une incrimination réciproque, ni la compétence de la loi française à l'égard de l'infraction source perpétrée à l'étranger²⁴. Ce fait devient donc totalement indifférent dès lors que le produit de l'infraction se trouve en France et qu'il provient d'un comportement incriminé par notre législation.

Qualification de l'infraction d'origine. La solution est remarquable en ce qu'elle permet de retenir la compétence des juridictions françaises même si les faits d'origine ne tombent sous le coup d'aucune loi pénale. C'était d'ailleurs le cas en l'espèce, la corruption d'agent public étranger n'étant pas incriminée dans le pays de commission, ni en France au demeurant, ces deux pays se contentant à l'époque des faits de punir la version nationale du délit²⁵. Suivant le fil d'Ariane que constitue le produit de l'infraction, le blanchiment et le recel peuvent, cependant, par une sorte de négation de leurs origines, être punis en France, comme si l'illicéité inhérente au produit de l'infraction venait combler le déficit formel de l'incrimination.

Éviction de la loi étrangère. La mise à l'écart de la *lex loci* dans l'opération de qualification peut d'emblée paraître naturelle : puisque l'infraction d'origine fait partie intégrante du blanchiment, son caractère illicite ne peut être établi qu'en contemplation de la loi française, en somme, « comme si ce fait avait été commis en France »²⁶. L'analyse peut d'ailleurs trouver un

²⁴ Une exception doit néanmoins être signalée à propos du blanchiment douanier. La chambre criminelle a en effet posé dans un arrêt du 4 mai 2016 (Cass. crim., 4 mai 2016, *Dr. pén.* 2016, comm. 128, J.-H. ROBERT) que l'opération financière incriminée doit porter sur le produit d'un délit prévu par le code des douanes, concrètement établi. Des manœuvres tendant à la minoration de la valeur marchande de produits exportés au préjudice de l'État algérien ne permettent donc pas de retenir le blanchiment douanier, dès lors que la figure française du délit ne peut leur être appliquée. Si cette solution conduit à une asymétrie, elle s'explique néanmoins par une différence textuelle, le blanchiment douanier exigeant bel et bien une infraction d'origine punie par le code douanier français, non une figure abstraite de délit douanier au regard de la loi française.

²⁵ S'agissant de la France, l'incrimination de la corruption active d'agents publics étrangers date d'une loi n° 2000-595 du 30 juin 2000 relative à la corruption. Quant à l'incrimination du versant passif de cette corruption, elle est issue de la loi n° 2007-1598 du 13 novembre 2007, seule celle des agents communautaires ou des fonctionnaires membres d'un État de l'Union ayant été prévue par la loi précédente.

²⁶ En ce sens, M. SEGONDS, *Rép. pén. Dalloz*, V° *Blanchiment*, n° 117 ; D. CHILSTEIN, « L'autonomie du blanchiment en droit pénal international », in *Droit répressif au pluriel : droit interne, droit international, droit européen, droits de l'homme, Liber amicorum en l'honneur de René Koering-Joulin*, Droit et Justice, n° 110, 2014, p. 141 soulignant que la « la loi française doit s'appliquer à toutes les composantes de l'infraction » ; P. CAZALBOU, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence, Contribution à une*

soutien en droit international, plusieurs instruments autorisant ou obligeant à la répression du blanchiment du produit d'infractions commises à l'étranger. Tel est le cas de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003²⁷, des recommandations du Groupe d'action financière sur le blanchiment de capitaux²⁸, ou encore de la Directive de 2015 portant sur la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux et du financement du terrorisme²⁹. Certes, assurer la répression du blanchiment y compris lorsque l'infraction d'origine a été perpétrée à l'étranger ne signifie pas que le recours à la loi étrangère doit être écarté lors de l'opération de qualification. Il n'y a là qu'une possibilité³⁰, à laquelle tous les États ne souscrivent d'ailleurs pas de manière absolue, comme en témoigne le cas de l'Espagne. À ce sujet, le Tribunal Suprême a posé en 2016 que l'exigence de typicité afférente à l'infraction source – autrement dit son illicéité – ne peut être satisfaite à titre principal qu'en contemplation de la loi étrangère, et éventuellement, à titre subsidiaire, par référence à la loi espagnole, dès lors que les faits peuvent être poursuivis devant les juridictions de ce pays³¹.

théorie des infractions conditionnées, LGDJ, Bibl. sc. crim., 2016, n^{os} 607 et s., expliquant que la loi étrangère doit dans ces hypothèses être perçue comme une donnée de fait.

²⁷ Convention des Nations Unies contre la corruption, Mérida, 31 oct. 2003.

²⁸ Les recommandations du GAFI, Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment et la lutte contre le financement du terrorisme et de la prolifération, fév. 2012, note interprétative de l'art. 3 : « Les infractions sous-jacentes du blanchiment de capitaux devraient couvrir les actes commis dans un autre pays, qui constituent une infraction dans ce pays, et qui auraient constitué une infraction sous-jacente s'ils avaient été commis sur le territoire national. Les pays peuvent prévoir que la seule condition requise est que les actes auraient été qualifiés d'infractions sous-jacentes s'ils avaient été commis sur le territoire national », accessible in : http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/Recommandations_GAFI.pdf

²⁹ Art. 1.4 de la Directive UE 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme. La solution était déjà posée par la Directive n^o 2005/60/CE du 26 oct. 2005 (art. 1 §3).

³⁰ Note interprétative de l'art. 3, *Les recommandations du GAFI*, fév. 2012, préc. ; Comp. art. 23, 2, c de la Convention des Nations Unies contre la corruption, préc., posant, en revanche, la nécessité de respecter la règle de double incrimination.

³¹ STS 974/2016, *Sala 2^a de lo penal*, 23 déc. 2016 : « *el apartado 4^o del art. 301 establece que el culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero* ». *Se trata, por tanto, de una disposición de claro sabor procesal que ha sido incluida en el código penal con notoria descolocación sistemática. La redacción de este precepto sugiere que el delito de blanqueo se sujeta a un incondicionado criterio de persecución extraterritorial, equiparando la tutela penal del equilibrio del sistema financiero a la que reclaman otros bienes jurídicos de incuestionada validez para la comunidad nacional. Sin embargo, por mayor interés que revele el legislador en sortear los límites ordinarios en la aplicación de la ley penal, mal puede hablarse de una actividad de blanqueo de capitales si las ganancias no provienen de un delito. La necesidad de un delito antecedente -una actividad delictiva dice textualmente el art. 301 del CP - opera como una exigencia del tipo, sin el cual el juicio de subsunción se desmorona. Y parece evidente que el carácter conexo del delito de blanqueo de capitales, tal y como está anunciado en la*

Légalité criminelle. L'analyse est intéressante à un double titre. Elle l'est tout d'abord parce qu'elle ramène la question à son essence, à savoir la légalité criminelle³². Comment évoquer le produit d'une infraction s'il n'y a pas d'infraction, faute de loi concrètement applicable au lieu de commission de l'infraction d'origine ou au lieu de localisation de l'infraction de conséquence³³ ? Il faut pour ce faire basculer dans une conception abstraite de la légalité³⁴ laquelle, on l'a remarqué, conduit à amputer l'illicéité de sa dimension spatiale³⁵. Intéressante, elle l'est ensuite parce qu'elle permet de percevoir la solution au problème. La recherche d'une loi applicable – étrangère ou nationale au demeurant – montre que la question dépasse les souverainetés et, en somme, que la répression présente ici un intérêt et un fondement international. À cet égard, on comprend que la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme³⁶ oblige à la répression du blanchiment indépendamment de la compétence des juridictions nationales relativement à l'infraction source, ou encore que certains des instruments précités préconisent la répression du blanchiment alors même que l'infraction d'origine n'est pas punissable selon la loi du lieu de commission des faits³⁷. Mais il faut alors entendre que cette libération des législations nationales ne trouve à se justifier qu'en raison des obligations internationales engageant les États, et particulièrement comme remède au manquement à leur obligation d'incrimination. Elle ne devrait donc jouer que

querella, no puede proclamarse en ausencia de un delito principal calificable como tal en el lugar de comisión o, al menos, perseguible en nuestro sistema”.

³² Mettant en lumière ce point, D. CHILSTEIN, « L'autonomie du blanchiment en droit pénal international », préc., p. 137 et s.

³³ Tout en écartant la référence à la loi étrangère dans l'opération de qualification, l'impossibilité de qualifier les faits de corruption d'agent public étranger faute de loi en vigueur au moment des faits a conduit une partie de la doctrine à critiquer l'arrêt du 24 fév. 2010, v. spéc. D. CHILSTEIN, préc.

³⁴ Le terme est emprunté à D. CHILSTEIN, préc., p. 151, lequel distingue deux approches de l'illicéité, l'une substantielle, l'autre spatiale.

³⁵ *Op. cit. loc. cit.* À propos des deux approches de l'illicéité, l'auteur écrit : « La première est strictement substantielle ; elle consiste à envisager le caractère délictueux d'un acte au regard des seuls éléments constitutifs posés par la loi, abstraction faite de l'application de la loi dans l'espace [...]. La seconde conception, au contraire, envisage la dimension spatiale de l'infraction comme une de ses composantes structurelles. Le champ de l'illicite ne se définit plus uniquement de manière abstraite, mais dans son épaisseur spatiale. L'acte qui échappe au champ d'application spatial de la loi pénale ne saurait être considéré comme une infraction à cette loi ».

³⁶ Art. 9, 2, a) de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme du 16 mai 2005, dite Convention de Varsovie.

³⁷ Art. 9, 7 Convention de Varsovie, préc. ; Note interprétative de l'art. 3, *Les recommandation du GAFI*, préc.

dans cette limite, autrement dit entre États obligés au sens du droit international.

II. Le produit de l'infraction, prétexte à la prorogation de compétence

Prorogation de compétence. Si le produit de l'infraction exerce une force d'attraction incontestable, ramenant des faits dont il révèle l'illicéité à la France, il joue également en sens inverse. À l'image du droit de suite, notre compétence répressive s'organise de manière à tracer le produit de l'infraction réalisée en France. Par l'effet d'une force centrifuge, la loi pénale quitte alors son nid pour atteindre les infractions commises hors de nos frontières, et la poursuite du produit de l'infraction devient un prétexte à la prorogation des compétences, tantôt par l'effet de son incorporation aux faits commis à l'étranger (A), tantôt par l'effet de l'indivisibilité établie au sein d'un ensemble criminel qu'il façonne (B).

A. La prorogation de compétence par incorporation

Produit de l'infraction circulant vers l'étranger. L'hypothèse ici examinée est celle où l'infraction source commise en France prolonge son illicéité à l'étranger, par la commission d'une infraction portant sur son produit. La prorogation de compétence française par l'effet de l'incorporation du produit de l'infraction a été posée relativement au recel et au blanchiment.

Recel commis à l'étranger. S'agissant du recel, la solution a été admise par un arrêt du 26 septembre 2007³⁸ au motif que « selon l'article 113-2 du code pénal, il suffit, pour que l'infraction soit réputée commise sur le territoire de la République, qu'un de ses faits constitutifs ait eu lieu sur ce territoire ». Prenant des distances avec une position précédente qui semblait mettre en avant, de manière hésitante, tantôt l'indivisibilité, tantôt la connexité entre les infractions³⁹, la Cour de cassation choisit ici de souligner l'imbrication des infractions d'origine et de conséquence, pour en déduire que la première est un fait constitutif de la seconde et partant, que la loi française lui est applicable. Dans le cas qui nous retient, a ainsi été jugé que le vol d'œuvres d'art commis en France fait partie intégrante du recel perpétré à l'étranger, de sorte que ce dernier est réputé commis sur notre territoire. On perçoit ainsi que le produit

³⁸ Cass. crim., 26 sept. 2007, n° 07-83.829, *JCP G* 2008, 2008, II 10047, note M. SEGONDS, « Le principe de territorialité à l'épreuve passée, présente et future du délit de recel » ; D. REBUT, « La localisation en France du recel réalisé à l'étranger de vols commis en France », *D.* 2018, p. 1179.

³⁹ Sur ces hésitations et évolutions jurisprudentielles, v. M. DAURY-FAUVEAU, *J.-Cl. Pénal code, Recel, Répression du recel*, fasc. 30, nos 42-43.

de l'infraction, dont le caractère illicite a été acquis sur le territoire de la République, ramène, par un effet conjugué d'incorporation et de contamination, les faits étrangers au territoire de la République.

Blanchiment commis à l'étranger. La même solution est logiquement retenue en matière de blanchiment, lequel répond à la même structure. Dans un arrêt du 9 décembre 2015⁴⁰, portant sur des faits d'escroquerie commis en France puis des opérations de placement constitutifs de blanchiment à l'étranger, la chambre criminelle approuve la chambre de l'instruction d'avoir retenu la compétence française dès lors qu'il « existait au moment de l'ouverture de l'information des présomptions de commission des faits constitutifs de blanchiment sur le territoire de la République », dans la mesure où les fonds objet du blanchiment avaient été obtenus en France au moyen d'une manœuvre frauduleuse. Si c'est encore ici le produit de l'infraction, intégré aux différents agissements délictueux, qui justifie la prorogation de compétence, il reste que deux interprétations de cet arrêt ont été proposées par la doctrine.

Autonomie, dépendance du blanchiment. La première analyse nous rapproche de la solution dégagée en matière de recel : l'infraction source, qui conditionne l'illicéité de l'infraction de conséquence, en est un fait constitutif et permet, par l'intermédiaire du produit de l'infraction, son rattachement à la France, où il est réputé commis en vertu de l'article 113-2 alinéa 2 du code pénal⁴¹. Selon une seconde interprétation, on dira que la première opération de placement, nécessairement commise en France car immédiatement consécutive à l'escroquerie, localise le blanchiment sur le territoire de la République⁴², sans que l'on ait besoin d'avoir recours aux liens existant entre les infractions. Si la première interprétation a l'avantage de respecter la structure de l'infraction de conséquence, la seconde a, quant à elle, le mérite de la cohérence. N'est-il pas en effet singulier d'avancer, d'un côté, que le blanchiment est une infraction autonome lorsqu'il s'agit de lever les obstacles à la répression – comme on l'a fait en 2010 – et de considérer, d'un autre côté, que l'infraction est dépendante quand il est question d'en permettre la poursuite ? Certes, chacune des hypothèses pose ici des interrogations spécifiques. Lorsque l'infraction d'origine est entièrement commise à l'étranger, ses liens avec le blanchiment ne se posent que pour les besoins de

⁴⁰ Cass. crim., 9 déc. 2015, n° 15-83.204, *AJ pénal* 2016. 137, note M.-E. BOURSIER.

⁴¹ M. SEGONDS, *Rép. pén. Dalloz, V° Blanchiment*, n° 119 ; G. BEAUSSONIE, *RPDP* 2015, n° 4, p. 925.

⁴² M.-E BOURSIER, préc. expliquant que : « Le blanchiment débutant nécessairement au moment précis où l'infraction principale se termine, la simultanéité entre le dernier acte de réalisation de l'escroquerie et le premier acte de placement est dès lors rendue possible parce que l'auteur de la première infraction est également l'auteur de la seconde en vertu de la jurisprudence relative à l'auto-blanchiment ».

la qualification : il s'agit de déterminer si le caractère répréhensible de l'infraction source doit être défini en contemplation de la loi étrangère, nationale ou éventuellement des deux. Lorsque l'infraction d'origine est commise sur le territoire de la République, l'examen de ses liens avec l'infraction conditionnée relève d'un problème de compétence, et plus spécifiquement de prorogation de compétences : dans quelle mesure la loi applicable à une infraction commise sur le territoire de la République peut-elle suivre l'activité délictuelle qui la prolonge en dehors de ses frontières ? Il reste que le fond du problème demeure toujours celui de la légalité⁴³. En effet, l'opération de qualification n'a de sens qu'au regard d'une loi applicable⁴⁴ ; semblablement, la recherche de la compétence judiciaire ne résulte que de la détermination préalable du domaine d'application de la loi pénale.

Fiction. Si chacune de ces lectures peut être techniquement soutenue, l'une et l'autre soulèvent néanmoins un obstacle logique : la prorogation de compétence devrait conduire la loi pénale à sortir de son domaine naturel et à suivre le produit de l'infraction, non à ramener les faits dans son giron de compétence territoriale. C'est peut-être pour cette raison que d'autres arrêts ont, semble-t-il, abordé les choses différemment, considérant le produit de l'infraction, non comme un élément incorporé aux différentes activités délictuelles, mais comme un élément de lien entre ces dernières.

B. La prorogation de compétence par indivisibilité

Effets de l'indivisibilité. À la différence de la connexité, qui n'est pas en principe admise pour justifier de la prorogation de compétence au plan international⁴⁵, on accepte que l'indivisibilité produise cet effet, de manière particulièrement vigoureuse puisqu'elle permet d'assoir la compétence du juge pénal alors que la personne n'a commis aucun fait sur le territoire de la République, qu'elle est de nationalité étrangère et qu'il en va de même pour la victime⁴⁶. Si le recours à l'indivisibilité pour chasser le produit de l'infraction

⁴³ La qualification n'a de sens qu'au regard de la loi pénale régissant la situation considérée de même que la compétence judiciaire résulte de la compétence de la loi.

⁴⁴ Sur la double approche de l'illicéité purement abstraite ou concrète, v. D. CHILSTEIN, préc.

⁴⁵ On enseigne que les règles de la connexité ont été établies dans un souci de bonne administration de la justice de sorte qu'elles n'ont pas vocation à produire effet en dehors de la sphère nationale, V. MALABAT, « Les aspects internationaux du blanchiment », préc. Appliquant cette solution, Cass. crim., 31 mai 2016, n° 15-85.920, et précisant que : « le lien de connexité existant entre plusieurs infractions ne peut avoir pour effet de rendre la loi pénale française applicable à celles commises à l'étranger par une personne de nationalité étrangère sur une victime étrangère ».

⁴⁶ Cass. crim., 31 mai 2016, n° 15-85.920. Il a semblablement été jugé que l'indivisibilité entraîne extension de la compétence personnelle active à une infraction pourtant non dénoncée à l'étranger, Cass. crim., 22 août 2018, n° 18-80.848.

n'est pas nouveau⁴⁷, comme le démontrent des arrêts anciens relatifs au recel, il semble que le concept fasse l'objet d'une attention nouvelle, plusieurs décisions l'ayant récemment utilisé.

Indivisibilité et produit de l'infraction. Dans une affaire relative à un système de corruption ayant pour objet d'éviter ou de retarder des contrôles anti-dopage, la compétence territoriale des juridictions françaises a ainsi été retenue à l'encontre du président de l'Association internationale des fédérations d'athlétisme alors que les faits qui lui étaient reprochés, à savoir l'organisation et le profit des versements d'argent effectués par les sportifs, avaient été intégralement commis à l'étranger. La chambre criminelle de la Cour de cassation estimait néanmoins que ces faits présentaient un lien indissoluble avec des infractions commises par d'autres personnes sur le territoire de la République de sorte qu'ils devaient, eux aussi, tomber sous le coup de la loi française⁴⁸. Pareille référence à l'indivisibilité apparaît également dans un arrêt du 11 octobre 2017⁴⁹, impliquant plusieurs hauts fonctionnaires étrangers dans une affaire de corruption relative à l'attribution de marchés de différents pays africains. Rattachant l'infraction de corruption d'agent public étranger à la France, la compétence française est par voie de suite étendue aux infractions découlant de l'utilisation, à l'étranger, du produit de ses différentes activités illicites. C'est plus précisément le fait que les ressources employées à l'étranger provenaient d'une corruption attachée à la France qui est apparu déterminant, comme si la loi pénale se devait de suivre le circuit emprunté par l'argent sale. Cette caractérisation de l'indivisibilité pourra paraître souple, qui rappelle davantage la connexité, et particulièrement l'hypothèse où l'une des infractions est le moyen de commettre l'autre⁵⁰. Il reste qu'appréhendée sous l'angle de l'indivisibilité, le produit de l'infraction doit pouvoir être suivi, non pas de manière systématique⁵¹, mais dans la mesure où il s'intègre dans une activité délictuelle d'ensemble, dont il constitue la colonne vertébrale. En réalité, c'est uniquement dans la mesure où il se

⁴⁷ M. DAURY-FAUVEAU, préc.

⁴⁸ Cass. crim., 20 sept. 2016, n° 16-84.026.

⁴⁹ Cass. crim., 11 oct. 2017, n° 17-80.258.

⁵⁰ C'est, du reste, à cette notion de connexité que s'est récemment référée la Cour de cassation pour décrire les liens entre le blanchiment et des infractions procédant de la même conception et s'inscrivant dans un concert préalable, afin d'obliger les différents protagonistes à la réparation intégrale et solidaire du dommage issu de l'infraction, v. Cass. crim., 17 janv. 2018, n° 17-80.402.

⁵¹ En effet, cela reviendrait à poser qu'il y a par nature un rapport d'indivisibilité entre l'infraction source et l'infraction de conséquence alors que tel n'est pas le cas. Outre que le législateur qualifie ce lien de connexité s'agissant du recel (v. art. 203 c. proc. pén.) il est remarqué, à propos du blanchiment, que si ce dernier « ne peut exister sans une infraction d'origine, la proposition inverse n'est pas vraie ce qui implique que les liens entre le blanchiment et cette infraction ne sont pas des liens d'indivisibilité » : V. MALABAT, « Les aspects internationaux du blanchiment », préc.

rapporte à cet ensemble que ses utilisations, transformations et emplois successifs commis à l'étranger doivent être rattachés à la France. C'est du moins ainsi que nous comprenons un arrêt du 8 novembre 2017⁵² portant sur des faits d'escroquerie commis en France puis à leur blanchiment réalisé à l'étranger, lequel explique, sous fondement d'indivisibilité, que le projet délictuel d'ensemble – préparation concomitante, liens de finalité entre les opérations, liens personnels des protagonistes – empêche de considérer les faits de manière autonome, les uns ne pouvant se comprendre sans les autres.

Fil d'Ariane. Mobile, en mutation permanente, le produit de l'infraction présente de multiples facettes que les règles d'application de la loi pénale dans l'espace cherchent à dévoiler. Tantôt ramené à un fait constitutif de l'infraction, tantôt considéré comme substitut d'une illicéité inexistante, tantôt appréhendé comme lien entre différentes activités délictuelles, le produit de l'infraction doit cependant demeurer ce qu'il est : comme le fil d'Ariane il n'est que le moyen de retrouver le chemin, en l'occurrence celui de l'infraction, sans pouvoir s'y substituer.

⁵² Cass. crim. 8 nov. 2017, n° 17-81.546.

La chambre criminelle face à la confiscation : orientations actuelles

Didier GUÉRIN

Ancien président de la chambre criminelle de la Cour de cassation

Je tiens tout d'abord à remercier les organisateurs de ce colloque pour m'avoir invité à y participer et à intervenir. Cette intervention abordera donc quelques orientations récentes prises par la chambre criminelle face à un contentieux croissant.

La chambre criminelle s'est affrontée dans les années récentes à de nombreux dossiers posant des questions délicates en matière de confiscation. La clarification du domaine de cette peine aurait pu venir du Conseil constitutionnel. Or, de tels éclaircissements ne sont pas venus. Je rappellerai à cet égard la suite donnée à une question prioritaire de constitutionnalité transmise au Conseil constitutionnel par la chambre criminelle le 14 septembre 2010. Cette question portait sur la conformité aux principes de la nécessité et de la proportionnalité des peines de la confiscation, en application d'un texte réglementaire, du véhicule appartenant à une personne poursuivie pour une contravention de la 5^e classe, punie par la loi, à titre principal, d'une amende n'excédant pas 1 500 euros. Le Conseil a, à cette occasion, déclaré l'entier article 131-21 conforme à la Constitution. Il n'a pas directement analysé l'alinéa prévoyant la confiscation de tous les biens ou d'une partie ces biens du condamné dans les cas prévus par la loi réprimant un crime ou un délit, disposition à l'évidence délicate d'application (*Déc. n° 2010-66 QPC du 26 nov. 2010*). Dans leur commentaire, les services du Conseil ont toutefois relevé qu'il n'était pas exclu que, dans certaines hypothèses, la répression d'une infraction par la peine de confiscation puisse constituer une répression manifestement disproportionnée en ajoutant que toutefois, l'appréciation de la proportionnalité des peines ne peut se faire qu'au regard de l'incrimination pour laquelle cette peine est prévue. L'interrogation demeurerait donc entière sur l'application de la peine de confiscation totale du patrimoine laquelle pose, on en conviendra, une interrogation quant au caractère excessif qu'elle pourrait revêtir dans certains cas.

Il convient à ce stade de rappeler les grandes lignes de cet article 131-21 du code pénal tel qu'il résulte des lois des 12 juin 2003, 9 mars 2004, 5 mars 2007, 9 juillet 2010 et 27 mars 2012.

L'article dispose tout d'abord que la confiscation est prévue par le texte réprimant l'infraction poursuivie ou encourue de plein droit pour l'ensemble

des infractions faisant encourir à leur auteur une peine d'emprisonnement supérieure à un an, à l'exception des délits de presse.

La confiscation peut porter sur tous les biens, quelle qu'en soit la nature, dont il est établi qu'ils sont en lien avec l'infraction, soit qu'ils ont servi à commettre l'infraction ou étaient destinés à la commettre (al. 2), soit qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction (al. 3), biens dont le condamné est propriétaire ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition.

La confiscation peut aussi porter sur tous les biens, quelle qu'en soit la nature, appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition, lorsque ni le condamné, ni le propriétaire, mis en mesure de s'expliquer sur les biens dont la confiscation est envisagée, n'ont pu en justifier l'origine. Cette confiscation dite « étendue », prévue à l'alinéa 5 dudit article, n'est toutefois encourue que s'il s'agit d'un crime ou d'un délit puni d'au moins cinq ans d'emprisonnement et ayant procuré un profit direct ou indirect.

Enfin, lorsque la loi qui réprime le crime ou le délit le prévoit, la confiscation peut porter sur tout ou partie des biens appartenant au condamné ou, sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, dont il a la libre disposition. Cette confiscation, dite « générale », est prévue à l'alinéa 6 de l'article 131-21.

L'article 131-21 prévoit aussi la confiscation obligatoire des biens qualifiés de dangereux, nuisibles ou dont la détention est illicite (armes, stupéfiants, faux documents...).

On perçoit dès l'abord la multitude des hypothèses et la complexité des modalités de la confiscation. Je n'en n'aborderai ici que quelques aspects à la lumière de quelques décisions de la chambre criminelle.

Abordons une première hypothèse que la chambre criminelle a eu à traiter à l'occasion de l'interprétation de l'article 706-150 du code de procédure pénale qui organise la saisie des biens immobiliers en cours d'enquête ou d'instruction. Par arrêt du 4 septembre 2012 (*Bull. crim. n° 178*) la chambre a jugé que la saisie peut s'étendre à tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, que les personnes visées par l'enquête en soient propriétaires ou non. La chambre criminelle a apporté une précision à l'occasion d'une affaire consécutive à la plainte d'une association de lutte contre la corruption contre le président d'un État africain et de son fils pour détournement de fonds public. L'ambassade de cet État à Paris soutenait que

l'un des biens immobiliers saisis lui avait été cédé par le fils du chef de l'État et affecté à une mission diplomatique. Par arrêt du 5 mars 2014 (*Bull. crim. n° 67*), la chambre criminelle a jugé que le bien saisi ne tombait pas sous le coup de l'immunité diplomatique et ajouté que ce bien était confiscable comme bien provenant de l'infraction, mais en précisant que c'était sous réserve des droits du propriétaire de bonne foi, la chambre ayant donné cette interprétation à partir des termes de l'article 131-21, alinéa 3, qui excepte du champ de la confiscation les biens susceptibles de restitution à la victime.

La jurisprudence a aussi eu à déterminer la portée de la dernière phrase de l'article 131-21, alinéa 3, qui précise que, si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit. C'est ainsi qu'une personne déclarée coupable d'escroquerie avait été condamnée à la confiscation d'un immeuble dont une partie avait été acquise à l'aide de fonds de provenance licite. Après avoir examiné les ressources des prévenus au regard de la valeur du bien immobilier confisqué, la cour d'appel avait relevé l'inadéquation des premières et de la seconde, les fonds propres ayant servi à cette acquisition représentant seulement 6% de la valeur d'achat de celui-ci. Par arrêt du 7 décembre 2016 (*n° 15-86.897*), la chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en rappelant que l'article 131-21 alinéa 3 du code pénal offre au juge la possibilité de prononcer la confiscation d'un bien dont une partie seulement provient de l'infraction. Reste une question annexe de proportionnalité qui ne s'est pas posée à ce jour à la chambre criminelle.

Autre hypothèse délicate : celle de la confiscation de biens dont le prévenu ne peut justifier l'origine. J'évoquerai à ce stade une affaire qui a fait l'objet d'un arrêt du 7 décembre 2016 (*n° 15-85.429*). En l'espèce, le juge du fond avait fait application de l'article 321-10-1 qui prévoit la possibilité de prononcer la confiscation de tout ou partie des biens des personnes condamnées, quelle qu'en soit la nature, divis ou indivis, dont elles n'ont pu justifier l'origine. Les faits de l'espèce étaient les suivants : l'acquisition d'un immeuble pour la somme de 82 000 euros avait fait l'objet d'un financement personnel de la prévenue, à hauteur de 42 000 euros, le reste lui étant prêté par son frère et sa sœur, qui n'ont d'ailleurs jamais été remboursés. Le bien avait bénéficié de travaux d'embellissement dont le financement n'a pu être justifié. Deux ans plus tard, l'immeuble était évalué par le service des domaines à la somme médiane de 370 000 €, soit une plus-value de 128 %. Le juge du fond avait décidé de confisquer cet immeuble. La Cour de cassation a considéré que la prévenue, laquelle prétendait avoir été condamnée pour avoir investi des sommes d'argent dans la réalisation de travaux d'ampleur sur ses biens immobiliers, n'avait en réalité pas pu justifier l'origine de ces sommes et a

rejeté son pourvoi en rappelant que l'article 321-10-1 du code pénal permet la confiscation d'un bien dont l'origine n'est que partiellement injustifiée.

La chambre criminelle a eu aussi à statuer sur la confiscation de biens dont la personne mise en cause a la libre disposition, cette possibilité ayant été introduite par la loi du 27 mars 2012. La notion de bien appartenant au condamné avait été en effet logiquement interprétée de façon stricte par la chambre. Dans un arrêt antérieur à la réforme précitée (*Cass. crim.*, 26 mai 2010, *Bull. crim.* n° 94), elle avait ainsi cassé l'arrêt autorisant la prise d'une inscription provisoire d'hypothèque sur un immeuble appartenant à une SCI dont le mis en examen était le bénéficiaire économique en rappelant qu'une telle mesure « ne peut être prise que sur un bien dont le mis en examen est propriétaire ».

Les termes nouveaux de la loi ont ainsi été introduits pour surmonter les stratégies déployées par certains mis en cause qui, par le recours à des prête-noms ou à l'interposition de structures sociales parvenaient à échapper à la confiscation alors même qu'ils étaient les propriétaires réels des biens. C'est ainsi que par arrêt en date du 23 mai 2013 (n° 12-87.473), la chambre criminelle a jugé que la personnalité morale dont jouit une société civile immobilière ne faisait pas obstacle à la saisie, donc à la confiscation en cas de prononcé de cette peine, de l'actif net résultant d'une vente d'un immeuble de cette société afin de garantir la peine de confiscation à laquelle des associés, qui détenaient de façon indivise 99,55 % du capital, étaient susceptibles d'être condamnés pour des faits de blanchiment de fraude fiscale dès lors que ces derniers avaient le pouvoir de décider de l'affectation de cet actif.

J'évoquerai maintenant la question délicate de la saisie et de la confiscation des biens indivis, à travers plusieurs arrêts.

Par arrêt du 20 mai 2015 (*Bull. crim.* n° 121), la chambre criminelle a jugé que saisie, en vertu de l'article 710 du code de procédure pénale, d'une requête portant sur une difficulté d'exécution de la mesure de confiscation d'un bien immobilier acquis en commun par deux époux et définitive à l'égard du mari, condamné pénalement, la cour d'appel était tenue de statuer sur la demande de l'épouse, non condamnée en estimant si celle-ci devait être considérée ou non comme propriétaire de bonne foi de sa part indivise au sens des articles 131-21 et 222-49 du code pénal.

Par arrêt du 3 novembre 2016 (*Bull. crim.* n° 289), la chambre criminelle a estimé que le prévenu contre lequel a été prononcée la confiscation d'un immeuble indivis n'avait pas qualité pour invoquer une atteinte aux droits de son co-indivisaire dans le bien confisqué, lequel est dévolu en situation d'indivision à l'État.

Le 15 mars 2017 (*Bull. crim. n° 74*), la chambre a considéré que, si la personne mise en examen peut invoquer son droit à la vie privée et familiale pour s'opposer à la saisie, c'est à la condition qu'elle fasse état, devant les juges du fond, d'éléments propres à démontrer qu'il y a été porté atteinte. La chambre précisait à nouveau que la personne mise en cause est sans intérêt à invoquer les droits des autres propriétaires indivis.

En résumé, si les biens indivis peuvent faire l'objet de saisies et de confiscations, le propriétaire de bonne foi peut sauvegarder ses droits. En cas de confiscation du bien indivis, le propriétaire de bonne foi peut retrouver sa quote-part lorsque l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (AGRASC) procédera à la vente du bien indivis.

La chambre criminelle a eu à se prononcer sur la notion de confiscation en valeur. La loi du 12 mars 2012 a voulu, par cette mesure, faciliter l'exécution de la décision de confiscation sur l'ensemble des biens du condamné, à hauteur du montant fixé par la juridiction, la seule limite étant que le montant d'une saisie pénale en valeur n'excède pas la valeur du bien susceptible de confiscation. C'est ainsi que la chambre a cassé des décisions validant des saisies destinées à garantir la confiscation du produit des infractions en relevant que le juge du fond ne s'était pas assurée que le montant de la saisie n'excédait pas celui du produit des infractions pour lesquelles le propriétaire du bien saisi a été mis en examen (*Cass. crim. 12 nov. 2015, n° 15-83.784 ; Cass. crim. 12 nov. 2015, Bull. crim. n° 250*).

Ainsi, en matière de confiscation, les juridictions pénales se trouvent confrontées à des questions de proportionnalité. C'est ce qu'a rappelé la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt du 4 novembre 2014, *Aboufadda c. France*, en rappelant qu'il doit exister un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé et que les États disposent à cet égard d'une ample marge d'appréciation tant pour choisir les modalités de mise en œuvre que pour juger si leurs conséquences se trouvent légitimées, dans l'intérêt général, par le souci d'atteindre l'objectif de la loi en cause. La chambre criminelle a tiré les conséquences de cette décision par un arrêt du 7 décembre 2016. Une cour d'appel avait justifié la confiscation d'un bien immobilier appartenant à une personne déclarée coupable d'un trafic de stupéfiants portant sur 120 kilogrammes de cannabis et trois kilogrammes de cocaïne, ce qui avait permis un profit de 700 000 à 800 000 euros. Elle relevait notamment que le prévenu avait été sans emploi en 2013 et jusqu'au 24 septembre 2014, date à laquelle il avait trouvé un travail intérimaire, qu'il était propriétaire d'un terrain et d'une maison en construction et que son casier judiciaire comportait cinq condamnations, dont l'une pour importation de stupéfiants. Elle concluait qu'impliqué à haut niveau dans un trafic de stupéfiants d'ampleur, il s'était rendu coupable de faits graves témoignant

d'une volonté avérée d'inonder la localité orléanaise de produits illicites et dangereux pour la santé humaine, causant ainsi un trouble conséquent à l'ordre public, faits exigeant une réponse pénale cohérente afin de prévenir tout risque de récidive en un domaine où le profit substantiel tiré par les trafiquants de stupéfiants conduit souvent ces derniers à réitérer. La chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre cet arrêt en relevant que « justifient leur décision, sans méconnaître l'article premier du Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme, les juges qui s'expliquent, par des motifs dépourvus d'insuffisance, sur la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé par la mesure de confiscation de tout ou partie du patrimoine, au regard de sa situation personnelle et de la gravité concrète des faits » (*Cass. crim.*, 7 déc. 2016, *Bull. crim.* n°330). En posant le principe de la nécessaire motivation de la peine de confiscation, la chambre a opéré un revirement par rapport à ses positions antérieures. Il faut en effet rappeler que, par arrêt du 17 décembre 2014 (n° 13-86.722), la chambre affirmait encore que pour prononcer la confiscation de sommes, les juges ne sont pas tenus de motiver spécialement le choix de la sanction qu'ils prononcent dans les limites légales.

Cette nécessaire motivation a ensuite été clairement affirmée par un arrêt du 8 mars 2017 (*Bull. crim.* n° 66) selon lequel il résulte des dispositions des articles premier du Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 132-1 et 131-21, alinéa 6, du code pénal, 485 du code de procédure pénale, que le juge qui prononce une mesure de confiscation de tout ou partie d'un patrimoine doit motiver sa décision au regard de la gravité des faits, de la personnalité de son auteur et de sa situation personnelle et apprécier le caractère proportionné de l'atteinte portée au droit de propriété de l'intéressé, ce principe ne s'appliquant pas à la confiscation d'un bien qui dans sa totalité est le produit ou l'objet de l'infraction dont le prévenu a été déclaré coupable (*Cass. crim.*, 12 oct. 2016, *Bull. crim.* n° 265).

En conclusion, si la confiscation constitue une peine particulièrement adaptée à la répression de la criminalité organisée et de la criminalité économique et financière, son application exige du juge une particulière vigilance sur les conditions et les effets de sa mise en œuvre. Nul doute que la jurisprudence en la matière se développera encore dans les années futures.

Je vous remercie.

La détection du produit de l'infraction par le banquier

Jérôme LASSERRE CAPDEVILLE

*Maître de conférences-HDR en droit privé et sciences criminelles
Université de Strasbourg*

1. Quelle est l'activité professionnelle la plus à même de détecter la valeur économique obtenue par la commission d'une infraction, c'est-à-dire son produit ? Assurément, celle de banquier. En effet, de par leur capacité à observer les entrées et les sorties de fonds des comptes bancaires de leurs clients, les professionnels de la banque peuvent faire bien des découvertes.

2. Le législateur en a rapidement pris conscience. Ainsi, la loi n° 90-614 du 12 juillet 1990 relative à la participation des organismes financiers à la lutte contre le blanchiment des capitaux provenant du trafic de stupéfiants¹, est venue créer un système de contrôle des opérations financières, de prévention et de détection des activités de blanchiment à la charge des professionnels de la banque. Cet encadrement a fait l'objet, par la suite, d'un grand nombre d'évolutions tendant à son élargissement, notamment en raison de la transposition successive de plusieurs directives européennes de lutte contre le blanchiment de capitaux. Dernièrement encore, l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme² a transposé en droit français le contenu de la directive n° 2015/849/UE du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, dite « 4^e directive anti-blanchiment »³. Cette législation connaîtra prochainement de nouvelles évolutions, dans la mesure où a été adoptée, le 30 mai 2018, une « 5^e directive anti-blanchiment »⁴.

¹ *JO*, 14 juill. 1990, p. 8329.

² *JO*, 2 déc. 2016, texte n° 14. – La loi a été complétée, récemment, par le décret n° 2018-284 du 18 avril 2018 renforçant le dispositif français de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme : *JO*, 20 avr. 2018, texte n° 28. – C. CUTAJAR, « Le décret d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 2016 transposant la quatrième directive anti-blanchiment enfin publié » : *JCP G* 2018, n° 19-20, 538.

³ *JOUE*, L. 141, 6 juin 2015, p. 73.

⁴ Directive (UE) 2018/843 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2018 modifiant la directive (UE) 2015/849 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme ainsi que les directives 2009/138/CE et 2013/36/UE : *JOUE*, L. 156/43, 19 juin 2018.

3. On ne sera donc pas surpris de constater qu'en 2017 sur les 68 661 déclarations de soupçon de blanchiment qu'a pu recevoir la cellule française de lutte contre le blanchiment de capitaux, c'est-à-dire TRACFIN, 46 882 provenaient des établissements de crédit, et 64 044 des professions financières réunies⁵. C'est considérable.

4. D'ailleurs, les « découvertes » du banquier ne porteront pas seulement sur le produit de l'infraction. Il sera également à même, parfois, de constater l'élément matériel d'une incrimination. Prenons l'exemple du délit d'abus de faiblesse envisagé par l'article 223-15-2 du code pénal⁶. Le banquier de la victime détectera plutôt les actes commis au détriment de cette dernière, par l'observation, par exemple, de virements à destination d'un autre compte ou de retraits douteux. Or, ces derniers constitueront l'élément matériel de l'incrimination. Le produit de l'infraction sera peut-être détecté, quant à lui, par le banquier de l'auteur des faits à travers l'observation de dépôts ou de paiements alimentant le compte « sortant de l'ordinaire ».

5. Deux questions peuvent alors se poser ici, d'un point de vue juridique. D'une part, comment notre droit, et plus particulièrement le droit bancaire, encadre cette détection du produit de l'infraction par le banquier (I) ? D'autre part, quelle révélation permet-il une fois cette détection opérée (II) ? Tels sont les deux points que nous aborderons successivement.

I. L'encadrement de la détection du produit de l'infraction par le banquier

6. Juridiquement, la détection du produit de l'infraction par le banquier n'est pas une évidence. Ce dernier est en effet soumis, de longue date, à un devoir de non-ingérence lui imposant d'adopter une attitude neutre à l'égard de ses clients et de leurs affaires (A). Toutefois ce principe connaît des exceptions, lorsque le législateur ou le juge impose au professionnel de la banque de faire preuve, au contraire, de vigilance (B).

⁵ *Rapport d'activité TRACFIN 2017*, p. 10.

⁶ Aux termes de cet article : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse soit d'un mineur, soit d'une personne dont la particulière vulnérabilité, due à son âge, à une maladie, à une infirmité, à une déficience physique ou psychique ou à un état de grossesse, est apparente ou connue de son auteur, soit d'une personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement, pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables ». – Rappelons qu'un délit spécial figure également à l'article L. 121-8 du code de la consommation.

A. Une détection en contradiction avec le devoir de non-ingérence du banquier

7. Le devoir de non-ingérence, dit aussi devoir de non-immixtion, impose aux établissements de crédit de ne pas intervenir dans les affaires de leurs clients, soit en s'informant sur ces dernières, soit en réalisant de leur propre chef des opérations pour le compte des clients. Ainsi, le banquier n'a pas, en principe, à effectuer de recherches pour s'assurer que les opérations qu'un client souhaite effectuer ou qu'il a déjà effectuées sont régulières, licites ou encore insusceptible d'occasionner un préjudice à un tiers. Ce devoir place dès lors l'établissement bancaire dans une position de neutralité, quelle que soit l'opération passée : encaissement ou réalisation de virements, encaissement ou paiement de chèques, retraits de fonds, opération de crédit, etc.⁷

8. Cette règle, dégagée par un arrêt *Ducrocq* de la chambre civile de Cour de cassation du 28 janvier 1930⁸, est rappelée par la Haute juridiction à intervalle régulier⁹. Il s'agit d'une norme de comportement tenant compte des conditions particulières de l'exercice de la profession de banquier. Il est vrai qu'à défaut d'un tel principe, le banquier pourrait se voir reprocher énormément de choses de la part de ses clients insatisfaits.

9. Mais ce principe ne constitue-t-il pas un obstacle à la détection du produit des infractions ? Une réponse positive serait, bien évidemment, choquante. Des exceptions à ce devoir de non-ingérence ont logiquement été prévues par le législateur et le juge. Elles prennent la forme d'un devoir de vigilance.

⁷ J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J.-Ph. KOVAR et N. ERESEO, *Droit bancaire* : éd. Dalloz, coll. Précis, 2017, n^{os} 267 et s.

⁸ Cass. civ., 28 janv. 1930 : *RTD civ.* 1930, p. 369, obs. R. DEMOGUE.

⁹ V. par ex., Cass. com., 30 oct. 1984, n^o 83-94.685 : *Bull. civ.* IV, n^o 285. – Cass. com., 15 juin 1993, n^o 91-15.431 : *Bull. civ.* IV, n^o 239. – Cass. com., 11 mai 1999, n^o 96-16.088 : *Bull. civ.* IV, n^o 95 ; *RD banc. bourse* 1999, p. 184, obs. F.-J. CRÉDOT et Y. GÉRARD. – Cass. com., 19 nov. 2002, n^o 99-20.828 : *Bull. civ.* IV, n^o 167 ; *RTD com.* 2003, p. 150, obs. D. LEGEAIS ; *Banque et droit* mars-avr. 2003, p. 61, obs. Th. BONNEAU. – Cass. com., 27 mai 2008, n^o 07-15.132 : *Bull. civ.* IV, n^o 109 ; *RTD civ.* 2008, p. 481, obs. B. FAGES. – Cass. com., 27 nov. 2012, n^o 11-19.311 : *LEDB* févr. 2013, p. 3, n^o 005, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE. – Cass. com., 17 sept. 2013, n^o 12-20.512 : *LEDB* nov. 2013, p. 3, n^o 142, obs. R. ROUTIER. – Cass. com., 27 janv. 2015, n^o 13-20.088 : *RD banc. fin.* 2015, comm. 113, obs. F.-J. CRÉDOT et Th. SAMIN ; *LEDB* mars 2015, p. 5, n^o 043, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE. – Cass. com., 28 juin 2016, n^o 12-21.256 : *LEDB* sept. 2016, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE. – Cass. com., 12 juill. 2017, n^o 15-27891 : *LEDB* févr. 2018, p. 2, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE. – CA Versailles, 10 mars 2018, n^o 15/01939.

B. Une détection légitimée par le devoir de vigilance du banquier

10. Cela a été dit, le banquier est le professionnel le plus à même de constater la commission de différentes infractions, et plus particulièrement celles entraînant un produit. Dès lors, de longue date, le législateur a imposé à ce professionnel de faire preuve de vigilance dans certaines circonstances bien déterminées (1). Le juge a fait de même dans d'autres cas (2).

1) L'obligation légale de vigilance du banquier

11. Une obligation de vigilance est mise à la charge du banquier dans plusieurs hypothèses¹⁰. La plus importante concerne la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, et se retrouve aux articles L. 561-5 et suivants du code monétaire et financier. Cette obligation n'a cessé de s'étoffer au fil des réformes et, disons-le, de se complexifier. Ainsi, depuis l'ordonnance n° 2009-104 du 30 janvier 2009¹¹, le code retient une démarche graduée dans la logique de la directive transposée : la vigilance imposée aux professionnels dépend du risque de blanchiment attaché au profil des clients, des produits et des opérations concernés. Pour résumer, l'obligation de vigilance « standard » peut donner lieu à des « modulations ».

12. S'agissant de la vigilance standard, tout d'abord, le code monétaire et financier prévoit clairement deux exigences à la charge des professionnels : une première *ab initio*, avant l'entrée en relation d'affaires avec la clientèle, et une seconde dans le suivi des clients et des opérations qu'ils conduisent. D'une part, avant l'entrée en relation d'affaires, l'article L. 561-5 du code déclare que le professionnel doit identifier son client et, le cas échéant, le bénéficiaire effectif de la relation nouée ou de l'opération sollicitée. Pour mémoire, constitue un bénéficiaire effectif d'une opération la personne physique qui contrôle, directement ou indirectement, le client ou la personne pour laquelle une opération est exécutée ou une activité réalisée¹². Aujourd'hui, la détermination de ce bénéficiaire effectif est devenue une priorité comme en témoignent l'ordonnance n° 2016-1635 du 1^{er} décembre 2016 et les décrets n° 2017-1094 du 12 juin 2017 et n° 2018-284 du 18 avril 2018.

13. D'autre part, en cours de relation d'affaires, la vigilance professionnelle, que la loi veut constante, consiste en une double exigence de « connaissance actualisée » du client et d'« examen attentif des opérations effectuées », afin que l'assujetti soit toujours en mesure d'évaluer la cohérence des opérations

¹⁰ J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J.-Ph. KOVAR et N. ERESEO, *op. cit.*, n°s 273 et s.

¹¹ *JO*, 31 janv. 2009, p. 1819.

¹² C. mon. fin., art. L. 561-2-2. – V. également C. mon. fin., art. R. 561-1 à R. 561-3.

en question au regard de la connaissance qu'il a du client¹³. Les éléments d'identification doivent donc être actualisés lorsqu'il apparaît qu'ils sont devenus inexacts, par exemple à la suite d'un changement de domicile ou d'activité. Bien évidemment, si un banquier n'est pas en mesure d'identifier son client ou d'obtenir des informations sur l'objet et la nature de la relation d'affaires, il ne doit exécuter aucune opération « quelles qu'en soient les modalités », et ne doit établir ni poursuivre aucune relation d'affaires¹⁴.

14. Cette obligation de vigilance peut connaître, ensuite, des « modulations » en fonction du risque de blanchiment ou de financement du terrorisme. Elle pourra ainsi être, au gré des circonstances, atténuée, renforcée, ou encore accompagnée de mesures de vigilance complémentaires. Tout dépendra du risque en question.

15. Prenons le cas de la vigilance renforcée, visée aux articles L. 561-10-1 et L. 561-10-2 du code monétaire et financier. Elle se rencontre notamment en présence d'opérations particulièrement complexes ou d'un montant « inhabituellement élevé ou ne paraissant pas avoir de justification économique ou d'objet licite ». Dans de tels cas, l'examen renforcé consistera, pour le professionnel assujéti, à se renseigner auprès du client sur l'origine des fonds et la destination des sommes ainsi que sur l'objet de l'opération et l'identité de la personne qui en bénéficie.

16. De même, entre l'obligation « standard » et l'obligation « renforcée », le code monétaire et financier prévoit des cas pour lesquels le professionnel doit appliquer des « mesures de vigilance complémentaires » en plus de l'obligation de vigilance standard, impliquant un durcissement des obligations d'identification et de recueil d'informations dans certaines circonstances précises. L'objectif est ici de couvrir différents risques, tels que l'entrée en relation avec des personnes qui dissimulent leur véritable identité, l'opacité sur l'identité des bénéficiaires effectifs, ou encore le blanchiment de produits de la corruption dans le cas des « personnes politiquement exposées ». Notre droit régit ainsi, de façon spécifique, un grand nombre de cas.

2) L'obligation jurisprudentielle de vigilance du banquier

17. Il est établi depuis longtemps, pour les juges, que le professionnel de la banque doit respecter un devoir de vigilance lui imposant de déceler, parmi les opérations qu'on lui demande de traiter, celles qui présentent une « anomalie apparente ». Le principe de non-ingérence laisse donc subsister la

¹³ C. mon. fin., art. L. 561-6, al. 2.

¹⁴ C. mon. fin., art. L. 561-8.

responsabilité du banquier qui accepte d'enregistrer une opération dont l'illicéité est manifeste¹⁵.

18. Mais qu'est-ce qu'une anomalie apparente ? La loi ne dit mot sur ce point. La doctrine¹⁶ a pris l'habitude de distinguer, à la lumière du contentieux, deux sortes d'anomalies : les anomalies matérielles et les anomalies intellectuelles. Les premières, qui affectent la régularité même du contrat ou du titre (falsification, imitation grossière d'une signature, grattage, etc.), permettrait ainsi d'engager facilement la faute du banquier dans la mesure où l'altération est révélée par un simple examen du titre¹⁷. Au contraire, les secondes, qui résultent des circonstances dans lesquelles l'opération se présente (montant très élevé d'une opération par rapport aux revenus habituels du titulaire du compte, augmentation soudaine du nombre des opérations passées, pays de provenance des fonds, etc.), ne pourraient être soupçonnées qu'à partir de certains éléments objectifs du contexte¹⁸.

19. Ainsi, d'une façon générale, l'anomalie apparente est celle qui ne doit pas échapper au banquier diligent. Dès lors, en présence d'une telle anomalie, le professionnel de la banque est tenu de rechercher si elle n'est qu'apparente ou bien si elle est réelle et, dans ce dernier cas, il doit tout mettre en œuvre pour empêcher la survenance du préjudice si cela est encore possible. Encore faut-

¹⁵ V. par ex., Cass. com., 25 avr. 1967 : *JCP G* 1967, II, 15306, note Ch. GAVALDA. – Cass. com., 3 janv. 1977, n° 75-11.353 : *Bull. civ. IV*, n° 2. – Cass. com., 30 oct. 1984, n° 83-94.685 : *Bull. civ. IV*, n° 285. – Cass. com., 6 févr. 2007, n° 05-14.872 : *RD banc. fin.* 2007, comm. 134, obs. F.-J. CRÉDOT et Th. SAMIN. – Cass. com., 15 nov. 2016, n° 15-14.133 et n° 15-14.783 : *LEDB* janv. 2017, p. 2, obs. S. PIÉDELIEVRE ; *Gaz. Pal.*, 24 janv. 2017, p. 14, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

¹⁶ Th. BONNEAU, *Droit bancaire* : éd. Montchrestien, 2017, 12^e éd., n° 577. – Ch. GAVALDA et J. STOUFFLET, *Droit bancaire* : éd. Litec, 2015, 9^e éd., n° 328. – S. PIÉDELIEVRE, et E. PUTMAN, *Droit bancaire* : éd. Economica, 2011, n° 189. – J. LASSERRE CAPDEVILLE, M. STORCK, R. ROUTIER, M. MIGNOT, J.-Ph. KOVAR et N. ERESEO, *op. cit.*, n° 278.

¹⁷ V. par ex., en matière de chèque, Cass. com., 7 juill. 2009, n° 08-18.251 : *Bull. civ. IV*, n° 93 ; *JCP G* 2009, 360, note J. LASSERRE CAPDEVILLE. – Cass. com., 10 déc. 2003, n° 00-18.653 : *Bull. civ. IV*, n° 200.

¹⁸ V. par ex., concernant un nombre important de chèques, CA Douai, 16 mars 2011, n° 10/01481 : *LEDB* juin 2011, p. 6, n° 086, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE. – De même, concernant le fonctionnement d'un compte bancaire, Cass. com., 22 nov. 2011, n° 10-30.101 : *Bull. civ. IV*, n° 190 ; *JCP G* 2012, 105, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *JCP E* 2012, 1349, n° 5, obs. J. STOUFFLET ; *RD banc. fin.* 2012, comm. 37, obs. F.-J. CRÉDOT et Th. SAMIN ; *Banque et droit* mars-avr. 2012, p. 19, obs. Th. BONNEAU ; *LEDB* janv. 2012, p. 1, n° 181, obs. R. ROUTIER. – Concernant un nombre important de chèques, CA Douai, 16 mars 2011 : *LEDB* juin 2011, p. 6, n° 086, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE. – Pour des comptes de clients mineurs, victimes de retraits jusqu'à épuisement du solde des comptes, CA Rennes, 10 févr. 2016 : *LEDB* mai 2016, p. 2, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE.

il cependant que le juge retienne, à la vue des circonstances de fait, une telle anomalie apparente¹⁹.

20. Il découle de ce qui précède que notre droit laisse une place au banquier pour détecter le produit du crime et ce même malgré l'existence concomitante du devoir de non-ingérence. Mais cette découverte, non suivie de révélation, ne serait rien. Le droit positif a dès lors, sans trop de surprise, laissé une place à cette « révélation nécessaire ».

II. L'encadrement de la révélation du produit de l'infraction par le banquier

21. Le banquier est-il un délateur ? Assurément non. Le devoir de non-ingérence, comme le secret bancaire, s'y opposent. Toutefois, il est des cas particuliers où le législateur (**A**) comme le juge (**B**) ont envisagé une obligation de révélation à la charge du professionnel de la banque.

A. L'obligation légale de révélation du banquier

22. À l'occasion du respect de son obligation légale de vigilance, le banquier est susceptible de détecter, en fonction des circonstances, le produit d'une infraction. Dès lors, si de tels soupçons de blanchiment apparaissent, notamment suite à des vérifications sommaires, une déclaration sera faite à un organisme particulier : TRACFIN (Traitement du Renseignement et Action contre les Circuits FINANCIERS clandestins), qui est la cellule française de lutte contre le blanchiment.

23. L'article L. 561-15 du code monétaire et financier impose donc aux banques de déclarer à cette dernière « les sommes inscrites dans leurs livres ou les opérations portant sur des sommes dont elles savent, soupçonnent ou ont de bonnes raisons de soupçonner qu'elles proviennent d'une infraction passible d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou sont liées au financement du terrorisme ». Cette obligation de déclaration est ainsi très large, la plupart des infractions susceptibles de générer des profits étant sanctionnées d'un emprisonnement supérieur à un an (escroquerie, vol, abus de confiance, extorsion, etc.). La fraude fiscale est également concernée par cette déclaration, même si le régime juridique qui lui est applicable présente quelques particularités²⁰.

¹⁹ Pour des cas ne constituant pas des anomalies apparentes, Cass. com., 27 janv. 2015, n° 13-20.088. – Cass. civ. 1^{ère}, 11 oct. 2017, n° 15-24.946 : *D.* 2017, AJ p. 2029 ; *JCP G* 2017, n° 50, 1320, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

²⁰ C. mon. fin., art. L. 561-15, II et D. 561-32-1.

24. Notons encore que l'article L. 561-15-1, modifié par la loi n° 2013-672 du 26 juillet 2013²¹, prévoit des cas de déclaration automatique. On parle ici de « Communications systématiques d'informations » (COSI)²². Il en va de la sorte, selon l'article R. 561-31-2 du code, en cas de versements en espèces effectués sur un compte de dépôt ou de paiement ouvert au nom d'un client et de retraits d'espèces d'un tel compte, « dont respectivement le montant cumulé sur un mois calendaire dépasse une somme de 10 000 euros ».

25. Ainsi, en pratique le nombre de déclarations réalisées n'a cessé de s'accroître au fil des années. En 2008, on comptait 14 565 déclarations réalisées à TRACFIN par les professionnels assujettis. En 2012, ce chiffre avait quasiment doublé : 26 011 déclarations. Aujourd'hui, c'est à nouveau le cas, puisque, pour l'année 2017, le nombre en question a atteint les 68 661 déclarations²³.

26. Notons que le banquier qui viendrait à manquer à cette obligation de déclaration (comme d'ailleurs à l'obligation de vigilance) encourt des sanctions de la part du superviseur bancaire, c'est-à-dire l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR)²⁴. Outre des sanctions disciplinaires (avertissement, blâme, interdiction d'exercer certaines opérations, etc.), cette autorité peut infliger à l'établissement de crédit fautif une sanction pécuniaire « au plus égale à cent millions d'euros ou à 10 % du chiffre d'affaires annuel net »²⁵.

27. Bien évidemment, à ce stade de la déclaration, il n'est pas toujours certain que l'on soit en présence d'un véritable cas de blanchiment. TRACFIN aura alors pour mission, à son tour, d'analyser, enrichir et exploiter tout renseignement propre à établir l'origine ou la destination des sommes ou la nature des opérations ayant fait l'objet d'une déclaration ou d'une information reçue sur le fondement de différents articles²⁶.

28. Si, à la suite de cette analyse, les investigations mettent en évidence des faits susceptibles de relever du blanchiment du produit d'une infraction punie d'une peine privative de liberté supérieure à un an ou du financement du terrorisme, TRACFIN saisira le procureur de la République par note

²¹ *JO*, 27 juill. 2013, n° 12530.

²² *Rapport d'activité TRACFIN 2017*, p. 41 et s.

²³ *Rapport d'activité TRACFIN 2017*, p. 10.

²⁴ C. mon. fin., art. L. 561-36.

²⁵ C. mon. fin., art. L. 612-39.

²⁶ C. mon. fin., art. L. 561-25, L. 561-25-1, L. 561-27, L. 561-28 et L. 561-29.

d'information²⁷. En 2017, cette cellule a transmis 468 notes d'information portant sur une présomption d'une ou plusieurs infractions pénales à l'autorité judiciaire²⁸.

29. Mais cela n'est pas tout. Les magistrats se sont, quant à eux, également montrés favorables à l'existence d'une obligation de révélation directe du banquier, ayant notamment découvert le produit d'une infraction pénale, au procureur de la République.

B. L'obligation jurisprudentielle de révélation du banquier

30. Souvent, face à une anomalie apparente, il est attendu du banquier une simple information ou un conseil donné à la personne dont les intérêts sont menacés. Mais dans les cas les plus graves, la réaction attendue est plus importante, comme par exemple informer le procureur de la République des faits constatés. À défaut d'une telle initiative, la banque verra, parfois, sa responsabilité civile engagée²⁹.

31. Bien évidemment, on ne saurait imposer une telle communication au ministère public en présence d'un simple soupçon d'infraction. Il n'est pas question de noyer le parquet sous 70 000 déclarations annuelles ! Ici, une quasi-certitude paraît nécessaire. Le juge, cherchant à établir la responsabilité de la banque passive, devra démontrer l'existence d'une véritable anomalie apparente, comme en témoigne une décision rendue par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 15 novembre 2016³⁰. Selon cet arrêt, « si les établissements de crédit de crédit doivent, en application des articles L. 561-1 et suivants du Code monétaire et financier [...] déclarer les opérations susceptibles de relever de la lutte contre le blanchiment de capitaux [...], ils ne sont pas tenus d'une obligation générale d'informer le procureur de la République des faits délictueux dont ils peuvent soupçonner la commission par leurs clients, dans les affaires desquels, à défaut d'anomalie apparente, ils

²⁷ C. mon. fin., art. L. 561-30-1.

²⁸ TRACFIN, *Rapport d'activité 2017*, p. 52. – On en relevait 448 en 2016 ou encore 384 en 2009. L'évolution de ce chiffre est donc nettement moins marquée que celui des déclarations de soupçon opérées. – V. *supra*, n° 25.

²⁹ Certains se sont même demandés si le banquier ne pouvait pas également être poursuivi pour complicité d'abus de faiblesse, V. MALABAT, « Devoirs du banquier et complicité d'abus de faiblesse » : *RLDA* 2008, n° 25, p. 83. – Selon nous, une réponse négative s'impose. D'une part, la complicité doit consister en un fait positif, et, d'autre part, il est nécessaire que le complice se soit associé avec conscience et volonté à la commission de l'infraction principale. Or, ces éléments constitutifs ne paraissent pas présents dans le cas qui nous occupe, J. LASSERRE CAPDEVILLE, « Le banquier face au délit d'abus de faiblesse » : *RD banc. fin.* 2012, n° 5, étude 24, n° 7.

³⁰ Cass. com., 15 nov. 2016, n° 15-14.133 et n° 15-14.783 : *LEDB* janv. 2017, p. 2, obs. S. PIÉDELIÈVRE ; *Gaz. Pal.*, 24 janv. 2017, p. 14, note J. LASSERRE CAPDEVILLE.

n'ont pas à s'immiscer ». Dès lors, il ressort de cette décision que si, *a contrario*, une telle anomalie apparente peut être relevée, l'information du procureur paraît s'imposer.

32. Certaines juridictions du fond ont eu l'occasion de se prononcer ainsi. Citons, à titre d'illustration, le cas d'une dame qui avait profité de la victime, âgée de 89 ans et sénile, pour transformer ses comptes personnels en compte joint et ainsi en devenir co-titulaire, puis après avoir fait virer plusieurs centaines de milliers d'euros sur ces comptes, avoir procédé à des retraits en espèces à hauteur d'un peu plus de 100 000 euros. Dans cette hypothèse, le directeur de la banque avait écrit au procureur de la République pour lui exprimer ses soupçons au vu des opérations en question³¹. La responsabilité de la banque n'avait alors pas été engagée par les juges, puisque, face à une telle anomalie apparente, elle avait contacté le ministère public.

33. Une ultime interrogation pourrait néanmoins se poser en la matière. Une telle communication au procureur de la République n'est-elle pas de nature à contrevenir au secret bancaire prévu par l'article L. 511-33 du code monétaire et financier, et dont la violation est pénalement sanctionnée³² ? Une réponse négative s'impose.

34. Certes, aucun texte ne prévoit une exception légale au principe dans cette hypothèse, comme c'est le cas, par exemple, pour « l'autorité judiciaire agissant dans le cadre d'une procédure pénale »³³. Notre cas s'en démarque d'ailleurs : nous ne sommes pas encore dans le cadre d'une procédure pénale, les poursuites n'ayant pas débutées. De même, l'article 40 du code de procédure pénale, visant l'obligation des fonctionnaires de signaler des faits au procureur de la République, ne s'adresse pas au banquier et n'a donc logiquement pas vocation à jouer ici.

35. Cependant, il faut rappeler que l'article 122-7 du code pénal prévoit une cause d'irresponsabilité pénale fondée sur l'état de nécessité. Aux termes de ce dernier : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». Traditionnellement, on estime que la caractérisation de cette cause d'irresponsabilité pénale implique une triple preuve : d'une part, qu'il existe

³¹ CA Bastia, 9 mai 2007 : JurisData n° 2007-341568.

³² La violation du secret bancaire fait encourir à son auteur un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende. – C. mon. fin., art. L. 571-4. – Pour un exemple de condamnation, CA Rennes, 13 janv. 1992 : *D.* 1993, somm. p. 54, obs. M. VASSEUR.

³³ C. mon. fin., art. L. 511-33, al. 2.

un péril actuel ou imminent, d'autre part que l'acte commis, c'est-à-dire la réaction de sauvegarde, a été indispensable pour éviter le péril, et enfin que l'intérêt sauvegardé à une valeur plus importante que l'intérêt sacrifié (ou au moins équivalente³⁴). Or, selon nous, ces trois conditions paraissent présentes dans le cas qui nous intéresse. Les banquiers doivent, par conséquent, pouvoir fonder sur cet état de nécessité une communication d'informations confidentielles, notamment auprès du procureur, à propos de faits constitutifs d'une incrimination pénale, notamment à la vue de son produit³⁵.

36. Pour conclure, on peut dire que la détection du produit de l'infraction par le banquier est dans « l'ordre des choses ». D'une part, il est le plus susceptible, de par son activité, de pouvoir procéder à une telle détection. D'autre part, le droit l'encourage à jouer un rôle actif en la matière, sous peine d'encourir des sanctions civiles ou disciplinaires.

37. Cette situation devrait logiquement continuer à se renforcer à l'avenir au gré des évolutions du droit en la matière, et notamment les directives européennes de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme qui se succèdent à intervalle régulier³⁶.

38. Un début d'extension peut d'ores et déjà être relevé à l'égard des sociétés dites *FinTech*, qui utilisent les innovations technologiques de la révolution numérique pour proposer des services financiers simples d'utilisation, rapides et moins chers. L'offre en question s'est plus particulièrement développée dans les services de paiement. Or, cette émergence de nouveaux prestataires de services de paiement, qui bouleverse d'ailleurs le secteur bancaire traditionnel, est de nature à compliquer la traçabilité des flux financiers³⁷. La réglementation tente donc de s'adapter aux mutations du secteur, mais le mouvement n'en est, pour l'heure, qu'à ses débuts.

³⁴ Pour l'admission de l'état de nécessité à l'encontre de celui qui tue un chien pour sauver le sien, Cass. crim., 8 mars 2011, n° 10-82.078 : *D.* 2011, pan. p. 2826, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

³⁵ En outre, appartenant à la catégorie des faits justificatifs, l'état de nécessité doit, à l'image de la légitime défense, retirer à l'événement qui s'est produit son caractère contraire au droit. Dès lors, non seulement l'infraction ne peut plus être caractérisée, mais en plus aucune conséquence civile ne peut en être tirée. L'action publique comme l'action civile perdent par conséquent leur objet.

³⁶ *V. supra*, n° 2.

³⁷ TRACFIN, *Tendance et analyse des risques de blanchiment de capitaux et de financement du terrorisme en 2016*, p. 55.

La saisie du produit de l'infraction

Éric CAMOUS

*Docteur en droit privé et sciences criminelles
Substitut général en charge du secrétariat général du parquet général près la Cour d'appel de RIOM
Lauréat du grand prix de l'École Nationale de la Magistrature*

Sommaire : *La saisie du produit de l'infraction offre des potentialités répressives à nulle autre pareille. Soumise à un régime juridique autonome, elle ne connaît aucun tempérament. Tout ce qui est produit de l'infraction est appréhendable, dans toutes les formes possibles, quelle que soit la situation personnelle de la ou des personnes en cause ce qui n'est pas rien à l'heure où les règles qui gouvernent le droit pénal doivent s'appliquer avec mesure.*

Priver le délinquant de la raison d'être de son action - Saisir le produit de l'infraction est une évidence. D'abord parce que la loi en prévoit la possible confiscation. C'est tout le sens de l'article 131-21 du code pénal alinéa 3 selon lequel « elle porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction ». Un texte générique dont l'énoncé se retrouve dans les peines complémentaires qui peuvent être prononcées pour un grand nombre d'infractions¹. Il s'agit ensuite de garantir la pleine effectivité de la sanction dans l'hypothèse où celle-ci viendrait à être prononcée. La justice n'aurait pas à aller rechercher le bien entre les mains du condamné dans la mesure où elle en assure déjà la garde. Il s'agit parallèlement de faire obstacle à toute entreprise de dissimulation de la part de malfaiteurs qui pourraient être tentés de cacher leur butin le temps que les investigations échouent ou, si elles aboutissent, de pouvoir le récupérer plus tard, une fois la peine exécutée. Une mesure qui est en phase avec la théorie économique du crime selon laquelle l'action des hommes est guidée par la grande loi de l'intérêt. Tout individu est un être rationnel qui passe à l'acte au regard de ce qu'il peut obtenir rapporté à l'énergie et aux coûts nécessaires pour aboutir au même résultat par des voies régulières². Le risque d'être interpellé et condamné par la justice est un élément de calcul parmi d'autres que pondère le succès prévisible ou supposé de l'opération. Une manière de penser la délinquance qui n'est pas exclusive d'autres modèles explicatifs tout en notant qu'elle a le mérite d'exister et surtout qu'elle est en adéquation avec ce que sont les

¹ La confiscation « porte également sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction, à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime. Si le produit de l'infraction a été mêlé à des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un ou plusieurs biens, la confiscation peut ne porter sur ces biens qu'à concurrence de la valeur estimée de ce produit ».

² R. GASSIN, S. CIMAMONTI, Ph. BONFILS, *Criminologie*, Dalloz, 7^e éd., 2011, p. 233.

enrichissements illicites. D'un mot, il s'agit de priver le condamné de la raison d'être de son action en mettant à néant le résultat escompté. Une répression qui se veut arithmétique, mobilisant toutes sortes d'outils d'évaluation³.

D'autres règles de saisie plus facilitantes - Une « évidence répressive » qui subit la concurrence d'autres modalités de saisie dont les facilités opérationnelles sont loin d'être négligeables. Car comme toujours en matière pénale, la question cruciale est celle de la preuve. En effet, la saisie du produit de l'infraction impose la démonstration de ce que les richesses appréhendées sont le fruit de ce qui a été commis. Une évidence intellectuelle qui pose toutes sortes de difficultés pratiques. La première est la preuve de ce lien entre l'acte incriminé et les richesses appréhendées par les enquêteurs. Il faut démontrer que ce qui a été saisi est bien le produit direct ou indirect de l'infraction. Une analyse qui se révèle particulièrement ardue lorsqu'il s'agit de biens fongibles tels que du numéraire. Et lorsque cela porte sur des biens incorporels, les délinquants savent, parfois aidés par des conseillers aussi malicieux que crapuleux, exploiter toutes sortes d'artifices juridiques. Or la loi offre à l'accusation d'autres voies beaucoup moins compliquées et pourrions-nous dire facilitantes. Ce sont les dispositions de l'article 131-21 alinéa 5 du code pénal. Tout ce dont la personne ne peut justifier de l'origine peut être confisqué, lorsqu'elle a tiré profit d'une infraction punie d'une peine de 5 ans d'emprisonnement. Un texte qui repose sur un véritable renversement de la charge de la preuve. C'est à la personne en cause de justifier de l'origine de ses biens. Si elle ne peut le faire, autrement dit si elle ne démontre pas qu'ils ont été acquis légalement, ceux-ci peuvent être confisqués et donc saisis. L'article 131-21 alinéa 6 du code pénal est encore plus souple en instaurant une véritable confiscation de patrimoine concernant une liste limitative d'infractions. Le condamné peut être privé de tout ce qu'il possède, quelle qu'en soit l'origine, même légale. C'est dire que la confiscation et par voie de conséquence la saisie du produit de l'infraction sont moins appelés à se développer qu'à décliner au profit de régimes juridiques bien plus facilitants et par voie de conséquence plus opérationnels.

Des potentialités répressives singulières - Sauf que la qualification de « produit de l'infraction » emporte des conséquences répressives tout à fait singulières qui renvoient à une vision classique voire néoclassique de la peine que certains souhaiteraient revigorer⁴. Elle postule la confiscation de tout le

³ J.-L. WARSMANN, Frapper au portefeuille des délinquants : une sanction convaincante et incontournable face au sentiment d'impunité : *proposition de loi adoptée à l'unanimité le jeudi 4 juin 2009*.

⁴ E. CAMOUS, « La peine patrimoniale, analyse prospective pour une alternative à l'incarcération », *AJ pénal* janv. 2018.

produit dans son entier. Il est par voie de conséquence possible de tout saisir (I) et ce, sans aucune limite (II).

I. La saisie de la totalité du produit de l'infraction

Domaine de définition - Ce qui est appelé produit de l'infraction peut interférer avec d'autres richesses qui n'appartiennent pas au délinquant ou qui ont fait l'objet d'une autre destination. Des situations de partage dont la matière pénale ne tient pas compte. L'assiette de la saisie reste la même, quand bien même la victime s'est vue restituer ce dont elle a été frauduleusement privée (A) ou si la personne en cause a déjà versé un cautionnement (B).

A. L'absence d'incidence des restitutions sur le calcul de l'assiette de la saisie

Produit de l'infraction v/s préjudice - Le produit de l'infraction correspond souvent au préjudice qui a été subi. Ce sont les fonds qui ont été frauduleusement obtenus par la commission d'un vol ou d'une escroquerie, les richesses dont s'est dépossédée la victime d'un abus de faiblesse. Des situations qui, lorsqu'elles sont confirmées et leur auteur condamné, ouvrent légitimement droit à l'allocation de dommages et intérêts. Le malfaiteur peut ainsi être contraint de payer la même somme deux fois : au titre de la peine d'abord mais aussi pour indemniser le préjudice. Un cumul qui s'explique par la nature distincte de ces deux condamnations et des actions qui les fondent. La peine de confiscation renvoie à la mise en œuvre de l'action publique. Elle a pour objet d'infliger une sanction à celui qui a transgressé la loi pénale en lui retirant ce qui a motivé le sens de son action. Le versement de dommages et intérêts repose sur l'action civile. C'est le droit dont dispose la victime d'obtenir la réparation de son préjudice. C'est ce qui explique que la confiscation du produit de l'infraction et l'indemnisation du préjudice peuvent être calculés sur la même assiette et prononcés cumulativement sans que rien ne s'y oppose.

Absence de confusion - Un raisonnement qui explique l'absence d'incidence des restitutions sur le calcul de ce qui peut être confisqué au titre du produit de l'infraction et par voie de conséquence sur les saisies qui peuvent être opérées. En effet, le malfaiteur qui a été interpellé en possession de 40 000 euros sur les 100 000 euros qu'il a frauduleusement obtenus n'a tiré qu'un profit de 60 000 euros de son action. Les fonds ayant été restitués à leur légitime propriétaire, il serait tentant, pour la défense, de demander à ce que l'évaluation du produit de l'infraction soit limitée au résultat réel que constitue les 60 000 euros non retrouvés. Sauf qu'aucun texte n'en pose le principe. Élevant l'analyse, le produit de l'infraction ne s'apprécie pas selon les règles

comptables d'une entreprise mais en fonction de ce que le droit pénal en dit. De ce point de vue, il est consubstantiellement lié à la commission de l'acte dont il constitue une des conséquences directes. C'est ce résultat obtenu au moment de la consommation de l'infraction et lui seul, en dehors de toute autre considération qui constitue là encore l'assiette de calcul sur la base de laquelle s'apprécie l'ampleur du produit de l'infraction. S'il s'agit d'une infraction instantanée, ce produit renvoie à ce que le malfaiteur a obtenu au moment de son acte. Que l'infraction soit continue et ce sont toutes les richesses qui en résultent pendant tout le temps de sa commission. Une déduction technique qui rejoint une évidence criminologique. Ce que la peine de confiscation a vocation à réprimer, au-delà de l'intention coupable, c'est la recherche d'un gain dont il faut justement priver mais aussi et surtout sanctionner le délinquant. En conséquence, la saisie pénale du produit de l'infraction ne subit aucune influence des restitutions qui ont pu avoir lieu. La seule originalité est que cette mesure ne peut être prononcée en nature puisque la victime a retrouvé ce dont elle a été privée. Il faudra par conséquent procéder à une saisie en valeur⁵.

B. Le cumul possible avec le cautionnement

Garantir l'effectivité de la peine - Le cautionnement que règlemente l'article 138 du code de procédure pénale est une mesure provisoire qui peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le juge des libertés et de la détention selon le cadre juridique de la procédure. Il s'agit d'une somme dont le montant est déterminé en fonction des ressources et des charges de la personne mise en examen que celle-ci doit verser à la régie du tribunal. Des fonds placés sous main de justice qui doivent garantir sa représentation en justice et participer, en cas de condamnation, au paiement d'une éventuelle amende, à l'indemnisation des victimes et/ou au paiement des dettes d'aliment. C'est dire que la mesure est en partie liée à la bonne exécution des peines dont elle constitue, totalement ou en partie, une mesure conservatoire. C'est également la raison d'être des saisies pénales spéciales qui ont pour objet de garantir l'effectivité de la confiscation. De là l'idée selon laquelle il n'est pas possible de cumuler un cautionnement et une saisie pénale spéciale ou si les deux mesures viennent à être prononcées, elles ne peuvent aller au-delà du montant cumulé que constitue le produit de l'infraction.

Autonomie des saisies pénales - C'est ce qu'a défendu le pourvoi examiné par la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 23 novembre 2016. Un juge d'instruction avait saisi la somme de 1 million d'euros correspondant au produit de l'infraction alors qu'il avait déjà obtenu un

⁵ *Infra.*

cautionnement d'un montant de 700 000 euros. La somme cumulée était bien supérieure au produit de l'infraction. Une manière de penser rejetée par la haute juridiction « dès lors que la Cour de cassation est en mesure de s'assurer que la saisie ordonnée à hauteur d'un million d'euros, n'excède pas le montant possible du produit des infractions qui, en l'espèce, correspond au total des préjudices déclarés par les victimes »⁶. C'est que le cautionnement et la saisie du produit de l'infraction, même en valeur, poursuivent des objectifs qui ne sont pas les mêmes. La saisie en nature ou en valeur renvoie au seul produit de l'infraction et à la confiscation dont il peut faire l'objet en dehors de toute autre considération⁷. Elle ne peut être assimilée au paiement de l'amende et/ou l'indemnisation du préjudice auxquels renvoi le cautionnement. Il est par conséquent possible de cumuler les deux mesures qui restent indépendantes l'une de l'autre sans aucune forme d'interaction.

C'est donc bien la totalité du produit de l'infraction qui peut être saisie sans que lui soit retranché le montant réel du préjudice subi et sans que cette autre mesure conservatoire que constitue le cautionnement exerce la moindre influence sur son quantum. Mais plus encore, cette saisie est hermétique à tout ce qui pourrait en limiter la mesure.

II. La saisie sans limite du produit de l'infraction

Absence de tempérament - La loi pénale s'applique avec mesure et avec raison. C'est ce qui explique le rayonnement d'un principe de proportionnalité omniprésent qui embrasse également le prononcé de la peine de confiscation et les saisies qu'elle justifie⁸. Un tempérament qui n'a cependant aucune prise sur le produit direct ou indirect de l'infraction (A) de sorte que tout est saisissable, en nature comme en valeur (B).

A. La non-application du principe de proportionnalité

Non-application du principe de proportionnalité - Le principe a été posé par un arrêt de la chambre criminelle en date du 7 décembre 2016. « Le principe de proportionnalité ne peut s'appliquer à la confiscation d'un bien qui, dans sa totalité, est le produit ou l'objet des infractions dont le prévenu a été déclaré coupable »⁹. En l'espèce, la haute juridiction a rejeté le pourvoi formé contre la confiscation d'un ensemble immobilier en ce que celui-ci était dans

⁶ Cass. crim. 23 nov. 2016, n° 16-82.510.

⁷ E. Camous, « La peine patrimoniale, analyse prospective pour une alternative à l'incarcération », *AJ pénal* janv. 2018, préc.

⁸ Cass. crim., 8 mars 2017, n° 15-87.422 : *JurisData* n° 2017-003909 ; Cass. crim., 4 mai 2017, n° 16-87.330 : *JurisData* n° 2017-008267.

⁹ Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879 : *JurisData* n° 2016-026186.

sa totalité le produit des infractions de blanchiment, escroquerie, faux et prise illégal d'intérêt pour la commission desquelles la peine a été prononcée¹⁰. Il en résulte que tout ce qui constitue le produit de l'infraction est confiscable sans que la situation personnelle du condamné, l'état de ses ressources, sa situation sociale et personnelle, aussi difficiles qu'elles soient aient la moindre incidence sur le quantum de la peine. C'est là sans doute la principale portée de cette sanction qui rétroagit inévitablement sur les mesures de saisie qui peuvent être prises ce qui n'est pas rien au regard de leurs effets.

Conséquences - S'agissant de mesures conservatoires, celles-ci peuvent avoir des conséquences terribles sur ceux qu'elles frappent. C'est la privation des subsides nécessaires pour vivre, d'un logement indispensable à l'habitant. Un constat qui a considérablement influencé les règles qui gouvernent les procédures civiles d'exécution. Des tempéraments ont été apportés à travers les principes d'indisponibilité, d'inaliénabilité ou d'incessibilité, en instaurant une quote-part insaisissable¹¹ ou en protégeant plus particulièrement le logement d'habitation. Si ces règles ne se retrouvent pas en tant que telles dans le régime juridique des saisies pénales spéciales, cela ne signifie pas une absence de limites. Le principe de proportionnalité veille, s'appliquant à l'ensemble des mesures qui sont prises sauf lorsqu'elles concernent le produit direct ou indirect de l'infraction. Tel est le sens exact de l'arrêt de la chambre criminelle en date du 4 mai 2017 selon lequel le principe de proportionnalité n'a aucun effet sur la confiscation du produit de l'infraction¹². Quelle que soit la situation personnelle du condamné, l'état de son indignité, c'est tout ce qu'il a tiré de l'infraction qui doit être confisqué. Une mesure qui, et c'est sans doute l'aspect le plus dévastateur, peut être ordonnée en nature mais aussi en valeur.

B. Le cumul possible des saisies en nature et en valeur

Saisie en nature et en valeur du produit de l'infraction - La saisie en nature comme la confiscation du même nom permettent d'appréhender le bien qui est directement lié à la commission de l'infraction. Cela peut concerner les numéraires ou les bijoux qui ont été volés en ce qu'ils entretiennent un lien naturel avec les faits dont ils sont issus. Il peut cependant arriver que ces richesses ne puissent être retrouvées soit parce qu'elles ont été dissimulées ou parce que le ou les malfaiteurs les ont consommées. Ce sont ces improbables dépenses faites en voyages ou dans des jeux de hasards. Le produit de l'infraction n'existe plus en tant que tel ce qui ne fait nullement obstacle à sa

¹⁰ V. Peltier, « Proportionnalité et confiscation d'un bien produit d'une infraction », *Dr. pén.* 2017, comm. 31.

¹¹ CPC ex., art. L. 112-2 à L. 112-4.

¹² Cass. crim., 7 déc. 2016, n° 16-80.879 : *JurisData* 2017 ; n° 15-87.422 : *JurisData* n° 2017-003909 ; Cass. crim., 4 mai 2017, n° 16-87.330 : *JurisData* n° 2017-008267.

confiscation. Car si la peine a vocation à être prononcée en nature, elle peut aussi être exécutée en valeur¹³. Un montant qui, en tant que tel, est saisissable. C'est la conséquence directe de l'article 706-141-1 du code de procédure pénale selon lequel « la saisie peut également être ordonnée en valeur » et d'ajouter « les règles propres à certains types de biens prévues aux chapitres III et IV du présent titre s'appliquent aux biens sur lesquels la saisie en valeur s'exécute ».

Modalités pratiques - Des dispositions qui fonctionnent sur un mécanisme de compensation à deux crans. Il faut tout d'abord que la peine de confiscation puisse être prononcée. La juridiction de jugement n'est toutefois pas tenue de confisquer le bien en nature, surtout lorsqu'il n'existe plus. Elle peut préférer une confiscation en valeur. Dans ce cas, elle fixe le montant que représente sa valeur et c'est sur cette valeur que la peine va porter. Une fois cette première étape franchie, une seconde peut suivre, et c'est le second cran. La juridiction a la possibilité de préciser que la confiscation en valeur va s'imputer sur un autre bien dont la valeur est égale au montant qu'elle a déterminé dans sa décision de condamnation. Dit autrement, la confiscation en valeur peut porter sur un bien appartenant au condamné ou dont il a la libre disposition, acquis légalement, dont la valeur marchande est équivalente à celle de ce qui aurait pu être confisqué en nature. Appliquée à la saisie, cette règle permet de saisir n'importe quel bien de la personne poursuivie, même acquis légalement du fait d'un travail antérieur ou d'un héritage. Ce qui compte est que sa valeur soit identique au montant du produit de l'infraction qui n'a pu être saisi en nature. Un outil particulièrement efficace qui permet de lutter contre les formes les plus crapuleuses d'organisation d'insolvabilité.

Conclusion - Appliquée dans ses derniers raffinements, la saisie du produit de l'infraction retire au malfaiteur le bénéfice qu'il a retiré de son action. Mais l'histoire ne s'arrête pas là. Il est tout à fait possible d'élargir la saisie à d'autres biens lorsque ceux-ci sont susceptibles de tomber sous le coup de la confiscation élargie ou de la confiscation de patrimoine. C'est l'objectif clairement affiché par les politiques pénales les plus au fait de la matière qui s'attachent à garantir que le crime ne paye plus.

¹³ C. pén., art. 131-21 al. 9.

La confiscation du produit de l'infraction

David SENAT

Avocat général près la Cour d'appel de Toulouse

Longtemps la confiscation a été considérée en droit français comme une simple conséquence de la peine et a été limitée aux biens dont la détention était illicite ou directement liée à la commission de l'infraction. L'essor de la lutte contre la criminalité organisée et le blanchiment ont conduit à revoir cette position et à l'adoption de réformes qui ont notamment eu pour objet de renforcer la saisie et la confiscation des avoirs criminels.

Au cours des années 2000, il est possible de distinguer deux époques dans la lutte contre la délinquance organisée et le blanchiment : la première consacrée aux techniques d'enquête et à la spécialisation des services de police et des juridictions (*Loi du 9 mars 2004*) et la seconde centrée sur les peines et leur exécution (*loi du 9 juill. 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale ; loi du 28 Mars 2012 de programmation relative à l'exécution des peines ; loi du 3 Juin 2016*).

La confiscation du produit de l'infraction qui nous retient ici, illustre ainsi concrètement l'histoire récente et contemporaine du droit pénal, dont l'efficacité pratique dépend autant sinon davantage de l'exécution des peines que des lois d'incrimination et de procédure.

Le régime juridique de la confiscation du produit de l'infraction a évolué pour s'adapter aux enjeux contemporains de la lutte contre la délinquance et singulièrement la délinquance organisée.

Il a acquis une autonomie par rapport à la peine et il s'est transformé.

Autonomie, je n'ose parler d'indépendance, le mot est toujours délicat dans la bouche d'un magistrat du ministère public, et pourtant pourquoi pas, c'est l'une des caractéristiques récentes du régime juridique de la confiscation du produit de l'infraction, l'autre est sa novation ou sa transformation, et c'est autour de ces deux données que je voudrais évoquer cette question qui m'a été confiée aujourd'hui.

Je commencerai par le cadre juridique du prononcé de la confiscation (I), avant d'évoquer son régime juridique (II).

I. Le cadre juridique de la confiscation du produit de l'infraction, une peine prononcée par le juge et le Procureur de la République

A. Une peine prononcée par le juge

Ce cadre juridique est traditionnellement et principalement celui d'une peine prononcée par le juge dans le cadre du procès pénal.

C'est dans le cadre de la confiscation spéciale, peine complémentaire régie par l'article 131-21 du code pénal que la confiscation du produit de l'infraction peut être envisagée.

L'article 131-21 du code pénal dispose en effet que « les biens et droits sur lesquels peut porter la confiscation sont également les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction à l'exception des biens susceptibles de restitution à la victime.

Dans l'hypothèse où le produit de l'infraction est confondu avec des fonds d'origine licite pour l'acquisition d'un bien, la confiscation porte sur ce bien, à concurrence de la valeur estimée de ce produit ».

La confiscation est donc considérée comme une peine seconde, qui complète la peine principale qui elle consacre la répression pénale, et qui se traduit par une peine de privation de liberté ou d'amende le cas échéant.

Elle peut techniquement tenir lieu de peine unique et être prononcée à titre principal, comme toutes les peines complémentaires. L'analyse de la jurisprudence démontre qu'il s'agit bien d'une peine prononcée le plus souvent à titre complémentaire, en tant qu'accessoire d'une condamnation à une peine de réclusion ou d'emprisonnement, comme peine technique, servant à faire disparaître les conséquences de l'infraction.

B. La confiscation sans condamnation par les autorités de poursuite

Le prononcé de la confiscation spéciale du produit de l'infraction est nous l'avons dit, une prérogative des juridictions pénales, s'agissant de peines.

Mais, le cadre juridique classique de la confiscation dans le cadre de la peine a lui aussi montré ses limites pratiques. C'est la raison pour laquelle le législateur du 3 juin 2016 a étendu ce qui s'analyse en une forme de confiscation sans condamnation préalable et sans reconnaissance de culpabilité.

La confiscation préalable consiste en un refus de restitution des biens saisis au cours de l'enquête (même effet que la confiscation à savoir le transfert de la propriété des biens à l'État).

Le refus de restitution peut intervenir dans deux hypothèses :

- en cas d'extinction de l'action publique et par conséquent d'absence de saisine d'une juridiction du fond : le procureur de la République ou le juge d'instruction (selon le cadre d'enquête) doit refuser de restituer les biens saisis s'ils sont dangereux ou s'ils constituent l'instrument ou le produit direct ou indirect d'une infraction. Le législateur du 3 juin 2016 a ajouté aux motifs de non-restitution le cas où le bien est le produit direct ou indirect de l'infraction ;
- quand la juridiction de jugement s'est prononcée sur le fond, mais a omis de statuer sur la confiscation, requise ou non par le ministère public. Le procureur de la République peut alors également refuser la restitution (*art. 41-4 c. proc. pén.*).

Dans ces deux cas, les conditions sont les mêmes. C'est-à-dire que la restitution doit être refusée si le bien est de nature à créer un danger ou s'il est l'instrument ou le produit direct ou indirect de l'infraction.

Cette décision de non-restitution peut intervenir « au cours de l'enquête », « lorsqu'aucune juridiction n'a été saisie » ou lorsque « la juridiction saisie a épuisé sa compétence sans avoir statué sur la restitution des objets placés sous main de justice ».

Les effets de la non-restitution du produit de l'infraction sont les mêmes que ceux de la confiscation.

Dans ces deux cas, le législateur a créé un recours possible contre cette forme de confiscation devant la chambre de l'instruction, et ce pour assurer un droit au recours juridictionnel effectif.

Il faut souligner que ce recours, dont l'architecture peut étonner (l'appel d'une décision du procureur de la République devant une juridiction du fond crée une incontestable confusion liée à l'évolution des prérogatives et à la nécessité d'être en conformité avec les exigences européennes) concerne tant les décisions du parquet que du juge d'instruction, en tant qu'autorités de direction d'enquête et de poursuite.

La chambre de l'instruction apparaît ainsi dans sa fonction de juridiction de contrôle et d'appel de la phase préalable au procès pénal.

L'existence de ce recours juridictionnel consacre le fait que la décision du procureur de la République soit un acte juridictionnel dans la phase pourtant non juridictionnelle qu'est l'enquête.

On rappellera pour mémoire la possibilité donnée au procureur de la République de procéder à la destruction des biens saisis sous réserve d'un recours devant la chambre de l'instruction (*art. 41-5 c. proc. pén.*).

Ces deux régimes juridiques, refus de restitution et destruction illustrent ainsi l'évolution et l'anticipation de la confiscation du produit de l'infraction.

II. Le régime juridique de la confiscation spéciale du produit de l'infraction

A. Nature

La confiscation du produit de l'infraction a un caractère réel en ce qu'elle se rapporte à la commission de l'infraction elle-même, par opposition aux confiscations personnelles, qui elles ont un lien avec l'auteur de l'infraction (*confiscation d'un bien déterminé par la loi : al. 4 ; confiscation de biens d'origine indéterminée : al. 5*).

L'objectif poursuivi par le législateur est bien ici de permettre de supprimer les conséquences de l'infraction, à savoir le plus souvent une appropriation, un enrichissement illicite ou l'acquisition de produits illicites ou dangereux.

La fonction de la confiscation est ainsi plus proche d'une mesure de sûreté ou de police, c'est-à-dire d'ordre public, que d'une peine s'appliquant au condamné et tendant à le faire évoluer.

Deux réflexions peuvent en attester :

- la loi prévoit que la confiscation est obligatoire pour les objets qu'elle qualifie de dangereux ou nuisibles ou dont la détention est illicite (*art. 131-21, al. 7 ; art. 369-4 code des douanes ; art. L. 3421-2 code de la santé publique concernant les stupéfiants*). Le juge perd ici tout pouvoir d'appréciation, au regard des impératifs de sûreté ;

- l'assouplissement du critère de proportionnalité : le juge quand il confisque le produit de l'infraction peut s'affranchir assez facilement du principe de proportionnalité qui gouverne pourtant le droit des peines en toutes circonstances. Il s'en affranchit optiquement en considérant implicitement que

la confiscation est proportionnée au but d'intérêt général qu'est la lutte contre la criminalité organisée et le blanchiment. La Cour de cassation a ainsi pu dire dans un arrêt du 7 décembre 2016 que « le principe de proportionnalité ne pouvait s'appliquer à la confiscation d'un bien, qui dans sa totalité, est le produit ou l'objet des infractions dont le prévenu a été déclaré coupable ». Dans un arrêt plus récent, du 22 mars 2017, la cour avait accepté de confronter la confiscation au principe de proportionnalité car le bien confisqué avait été acquis en partie au moyen de fonds d'origine illicite et en partie au moyen de fonds d'origine licite.

Lorsque la confiscation porte sur un bien qui est dans sa totalité le produit de l'infraction dont le prévenu a été déclaré coupable, le principe de proportionnalité n'est pas applicable.

B. Portée

Le champ de la confiscation potentielle du produit de l'infraction est en pratique doublement limité :

- par le caractère obligatoire de la confiscation ci-dessus évoquée (*biens dangereux ou nuisibles ou dont la détention est illicite* : art. 131-21 al. 7) ;

- en raison de la protection légitime du droit de propriété. En matière d'atteintes à la propriété, de vol, d'abus de confiance, de fraude fiscale, d'abus de biens sociaux et de recel de ces infractions, la confiscation du produit de l'infraction est en effet neutralisée par le législateur qui réserve « les biens susceptibles de restitution à la victime » pour respecter le droit de propriété. Il serait effectivement plus que paradoxal que la confiscation permette la confiscation du produit d'une infraction qui consisterait en un bien mobilier protégé par le droit de propriété. Le juge doit alors ordonner la restitution des biens saisis, et à défaut le procureur de la République y procédera en cas d'omission de statuer.

Le champ de la confiscation du produit de l'infraction concerne ainsi pour l'essentiel :

- les infractions à la législation sur les produits stupéfiants (importation, détention, transport, offre et cession) ;
- les infractions douanières ;
- les infractions à la législation sur les armes ;
- les fraudes ;
- les atteintes à la concurrence ;
- les contrefaçons et atteintes aux droits de propriété intellectuelle ;

- la fraude fiscale ;
- le blanchiment des infractions.

C. L'objet de la confiscation spéciale du produit : une confiscation en nature ou en valeur

La saisie du produit de l'infraction dont le régime juridique vient d'être brillamment exposé par mon collègue du parquet général de Riom, trouve son prolongement naturel et opérationnel dans la confiscation de celui-ci dans le cadre du procès pénal, en aval de la procédure. Autrement dit, la saisie est un préalable, une garantie d'exécution de la peine de confiscation. Telle est la position classique de la question.

La saisie conçue comme une garantie traditionnelle, une garantie classique, mais une garantie qui n'est plus nécessaire ou à tout le moins exclusive depuis que le législateur du 27 mars 2012 (*loi de programmation relative à l'exécution des peines*) a en effet généralisé le principe de la confiscation en valeur, en supprimant les conditions restrictives dont elle était entourée, permettant qu'elle puisse être ordonnée dans tous les cas, sans qu'il soit dorénavant nécessaire de justifier que le bien n'avait pu préalablement être saisi ou qu'il ne pouvait être représenté.

La confiscation en valeur consiste précisément à confisquer un bien dont la valeur équivaut au produit de l'infraction, mais qui ne constitue pas lui-même le produit direct ou indirect de l'infraction.

La confiscation en valeur peut ainsi porter sur tout bien du condamné, quelle que soit son origine licite ou illicite et quelle que soit sa date d'acquisition par rapport à la date de commission de l'infraction.

La confiscation patrimoniale est ainsi élargie aux biens dont le condamné a la libre disposition, sous réserve des droits du propriétaire.

C'est dans ce cadre qu'ont pu être opérées des saisies et demain des condamnations dans des dossiers complexes de blanchiment, connues notamment sous le nom de « dossier des biens mal acquis », ou encore du financement libyen de la campagne de 2007, pour lesquels les juges ont placé des immeubles sous le statut de biens saisis, en ce qu'ils constituaient des emplois de fonds d'origine frauduleuse.

En effet il a longtemps été difficile de récupérer ces biens mal acquis face à la complexité des montages financiers, la dimension transfrontalière des réseaux... La souveraineté des États fait obstacle à la saisie/confiscation des

biens produits des infractions (les délinquants les exportent). Or si on ne recouvre pas le produit de l'infraction, le crime paie, d'où un sentiment d'impunité (le flux transfrontalier total provenant des activités criminelles, de la corruption et de la fraude fiscale, représente, selon la Banque mondiale, entre 1 et 1,65 trillion de dollars par an).

Le législateur tire ici les conséquences de plusieurs phénomènes tels que la financiarisation du crime et sa dématérialisation c'est-à-dire la transformation du produit de l'infraction par emploi aux fins de dissimulation.

La circulation et la dissimulation du produit de l'infraction ne doivent plus être un obstacle à la confiscation d'un produit de l'infraction qui se fait de plus en plus furtif.

Plus prosaïquement, le législateur prend également acte des difficultés pratiques pouvant conduire à l'absence de saisie du produit de l'infraction par les services de police et de gendarmerie sous la direction de l'autorité judiciaire dans le cadre des enquêtes.

La confiscation a donc accédé à une autonomie juridique et opérationnelle en droit français.

Cette autonomie se vérifie également quant au cadre du prononcé, qui est aujourd'hui en partie déconnecté de la condamnation pénale.

En guise de conclusion, je voudrais achever mon propos sur une réflexion pratique, en forme d'hommage à l'action des parquets, de rappel de l'importance de la politique pénale définie et appliquée par les parquets dans ce domaine comme dans tant d'autres.

En effet, en dépit d'un cadre juridique élargi et de conditions assouplies, l'efficacité pratique de la confiscation dépend avant tout de l'existence d'une politique pénale claire, lisible, fermement appliquée et surtout évaluée et contrôlée.

Bruno Dalles, Directeur de Tracfin, qui préside aujourd'hui à nos travaux mais dont j'ai été l'adjoint pendant trois années quand il était procureur de Melun, avait ainsi développé de manière très dynamique une politique qui se déployait tout au long de la procédure :

- au cours de l'enquête et de l'instruction, cette politique se traduit par des instructions données aux services de police aux fins d'identification précise des produits saisis et des avoirs et dans la création dans chaque dossier de

procédure d'une cote dite « cote patrimoniale » permettant aux magistrats du siège comme du parquet d'élargir le débat à la question patrimoniale, et au stade du jugement d'en tirer toutes les conséquences utiles ;

- à l'audience, prise de réquisitions systématiques aux fins de confiscation afin de donner toute son efficacité à la loi et d'éviter toute difficulté et contentieux de la restitution.

La privation du produit de l'infraction et le droit à un recours juridictionnel

Antoine BOTTON

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

Directeur de l'IEJ / Codirecteur de l'Institut Roger Merle

Le sujet que les professeurs Segonds et Beaussonie nous ont donné à traiter n'avait *a priori* rien d'évident. En effet, sans être nécessairement spécialiste de la question, la privation du produit de l'infraction concerne, à première vue, davantage le droit de propriété, tel que garanti par les articles 2 et 17 de la Déclaration de 1789 que celui à un recours juridictionnel effectif ; droit au demeurant sans consécration constitutionnelle expresse.

Par ailleurs, la privation du produit de l'infraction renvoie, encore une fois *a priori*, à la seule peine de confiscation qui, comme l'indique le 3^e alinéa de l'article 131-21 du code pénal, porte « sur tous les biens qui sont l'objet ou le produit direct ou indirect de l'infraction ».

La question serait alors sans intérêt propre, rejoignant celle plus générale du droit de recours concernant la peine prononcée. Mais évidemment ceux qui m'ont proposé le sujet n'avaient pas cette conception restrictive – pour ne pas dire étriquée – de la « privation » : ils pensaient, en considération notamment de décisions rendues assez récemment par le Conseil constitutionnel, à des privations « provisoires » car préventives ; privations résultant de saisies justement du produit de l'infraction.

Ces « privations » peuvent alors procéder des deux types de saisies que connaît notre procédure pénale, principalement aux stades de l'enquête et de l'instruction, à savoir : la saisie, mesure d'investigation, qui peut s'exercer dans ou en dehors du cadre d'une perquisition et la saisie, mesure conservatoire, telle que régie par les articles 706-141 et suivants du code de procédure pénale issus de la loi du 9 juillet 2010 *visant à faciliter la saisie et la confiscation en matière pénale*.

À la suite de ces saisies et de l'indisponibilité temporaire qu'elles génèrent, il y a en outre plusieurs manières de « priver » la personne suspectée – ou un tiers détenteur – du produit de l'infraction et ce, de manière définitive : principalement en aliénant, en détruisant ou tout simplement en refusant de lui restituer ce bien.

La décision d'aliénation, de destruction ou de restitution prise notamment et par le procureur de la République ou le juge d'instruction doit-elle alors, par principe, pouvoir faire l'objet d'une voie de recours – juridictionnelle ou autre – ?

Et si oui, quelles doivent être les modalités de cette voie de recours : quelle juridiction compétente ? Quels délais pour l'exercer ? Implique-t-elle la tenue d'un débat contradictoire ? Doit-elle ou non être suspensive d'exécution ?

Autant de questions relevant précisément du droit, constitutionnellement garanti, à un recours effectif que le Conseil a tiré de l'article 16 de la Déclaration de 1789 pourtant peu disert en la matière¹. Droit très jeune puisqu'affirmé pour la première fois dans une décision du 9 avril 1996² ; droit d'autant plus jeune qu'il n'a connu de réelle effectivité, notamment lors de phase pré-sentencielle, qu'avec l'entrée en vigueur de la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

Cette jeunesse, si certaine soit-elle, ne saurait toutefois nous faire relativiser son apport dans la matière qui nous intéresse aujourd'hui : la privation du produit de l'infraction. Au nom de ce droit au recours effectif, le Conseil constitutionnel a, il est vrai, aussi bien imposé le recours en son principe (I) que fixé les modalités constitutionnellement acceptables de son exercice, c'est-à-dire les modalités le rendant effectif (II).

I. Le principe d'un recours juridictionnel

Le Conseil constitutionnel, sous l'égide de l'article 16 de la Déclaration de 1789 a érigé, pas à pas, un véritable droit au recours au stade de l'enquête et, précisément pour ce qui nous concerne ici, en matière de saisies de biens, comprenant le cas échéant le produit de l'infraction.

Sa jurisprudence s'est élaborée en plusieurs étapes, partant du para-pénal pour s'étendre au droit pénal *stricto sensu*.

Dans un premier temps, deux décisions du Conseil sont effectivement intervenues en matière de procédures de saisies non régies par le code de procédure pénale.

¹ Pour rappel : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

² Déc. n° 96-373 DC du 9 avr. 1996, *Loi organique portant statut d'autonomie de la Polynésie française*, cons. 83.

La première décision, du 21 mars 2014³, avait trait au régime de saisie, pendant l'enquête, de navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime. Précisément, dans le mécanisme prévu par le code rural et de la pêche maritime, certains agents habilités pouvaient pratiquer des saisies susceptibles de déboucher sur des confiscations voire, des destructions pour ce qui concerne le navire, à charge pour eux de les faire confirmer dans un délai de 3 jours ouvrés par un juge des libertés et de la détention qui statuait alors sans recours.

La question était alors la suivante : les dispositions attaquées, ne prévoyant pas de recours contre la décision de confirmation de la saisie prise, de manière non contradictoire, par le JLD, étaient-elles conformes à l'exigence découlant de l'article 16 de la Déclaration ? Non suivant le Conseil, celui-ci « considérant qu'au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure de saisie, la combinaison du caractère non contradictoire de la procédure et de l'absence de voie de droit permettant la remise en cause de la décision du juge autorisant la saisie méconnaît les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 »⁴.

Dans cette décision était donc notamment visée l'absence de recours contre une décision de confirmation de saisie, afin d'invalider la loi au regard de l'article 16 de la Déclaration. Il est vrai, cependant, que cette absence de recours n'apparaissait pas ici, inacceptable en soi. Elle semblait devoir être accompagnée d'une autre circonstance : le caractère non contradictoire de la procédure initiale de privation *lato sensu* du produit de l'infraction.

Cette première impression sera toutefois rapidement estompée car, quelques jours plus tard, le Conseil rendra une décision d'invalidité, fondée cette fois-ci uniquement sur le défaut de recours juridictionnel.

Précisément, dans sa décision du 4 avril 2014⁵, le Conseil avait à juger de la constitutionnalité de l'article L.8271-13 du code du travail suivant lequel les officiers de police judiciaire peuvent, hors flagrance et après décision du Président du tribunal de grande instance (TGI), procéder à des visites domiciliaires, perquisitions et saisies sans assentiment de l'intéressé et dans les lieux de travail, qu'ils soient habités ou non.

Il était précisément reproché à cette disposition de ne pas prévoir de voie de recours à l'endroit de l'ordonnance du Président du TGI autorisant la mesure. Le Conseil a, dans le sillage de la première décision vue, décidé de censurer la disposition attaquée dans les termes suivants : « Considérant... qu'en

³ Déc. n° 2014-375 QPC du 21 mars 2014, *Régime de saisie des navires utilisés pour commettre des infractions en matière de pêche maritime*.

⁴ *Idem*, cons. 14.

⁵ Déc. n° 2014-387 QPC du 4 avr. 2014, *Visites domiciliaires, perquisitions et saisies dans les lieux de travail*.

l'absence de mise en œuvre de l'action publique conduisant à la mise en cause d'une personne intéressée par une visite domiciliaire, une perquisition ou une saisie [...], aucune voie de droit ne permet à cette personne de contester l'autorisation donnée par le président du tribunal de grande instance [...] ; que, par suite, les dispositions contestées méconnaissent les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 [...] »⁶.

Le considérant de censure ne revient donc pas ici sur le caractère non contradictoire de la décision insusceptible de recours et ce, contrairement la première décision évoquée. En cela, la censure du 4 avril 2014 semble revêtir une portée nettement plus importante que la précédente : le défaut de recours est en soi contraire au droit à un recours juridictionnel effectif.

Au-delà de ses implications directes⁷, la décision du 4 avril 2014 semblait ouvrir, par le caractère non-circonstancié de sa censure, une nouvelle période dans la jurisprudence du Conseil : celle d'une véritable consécration d'un droit à un recours juridictionnel effectif dans le cadre des procédures préparatoires à la privation « définitive » du produit de l'infraction.

Le doute était cependant encore permis, dans la mesure où les dispositions censurées ne siégeaient pas dans le code de procédure pénale. L'attente n'aura toutefois été, là encore, que de courte durée pour voir une disposition de ce code – relative au sujet étudié – censurée en considération du droit à un recours juridictionnel effectif.

En effet, dans une décision du 11 avril 2014⁸, le Conseil constitutionnel avait à juger de la conformité à ce droit du quatrième alinéa de l'article 41-4 du code de procédure pénale prévoyant que le procureur de la République peut ordonner la destruction des biens meubles saisis au cours de l'enquête dont la conservation n'est plus nécessaire à la manifestation de la vérité⁹.

Or, ayant constaté que cette décision de destruction, prise par le procureur de la République sans que le propriétaire des biens en soit avisé, était insusceptible de recours juridictionnel, le Conseil a déclaré les dispositions attaquées contraires à l'article 16 de la Déclaration de 1789.

Cette décision provoquera alors l'intervention du législateur du 16 février 2015 qui fixera un régime unique pour les décisions de destruction, d'aliénation ou d'affectation à certains services – gendarmerie, police, douanes – prises par le

⁶ *Idem*, cons. 7.

⁷ En effet, une interrogation se fait notamment jour à la lecture de la décision : *quid* du régime de perquisition domiciliaire sur autorisation du juge des libertés et de la détention en matière d'enquête préliminaire prévu à l'article 76 du code de procédure pénale ?

⁸ Déc. n°2014-390 QPC du 11 avr. 2014, *Destruction d'objets saisis sur décision du procureur de la République*.

⁹ Lorsqu'il s'agit d'objets dangereux, nuisibles ou dont la détention est illicite.

procureur de la République dans le cadre d'une enquête ; régime prévu à l'article 41-5 alinéa 4 du code de procédure pénale aux termes duquel de telles décisions « peuvent être contestées devant la chambre de l'instruction afin de demander, le cas échéant, la restitution du bien saisi. Cette contestation doit intervenir dans les cinq jours qui suivent la notification de la décision, par déclaration au greffe du tribunal ou à l'autorité qui a procédé à cette notification ; en cas de notification orale d'une décision de destruction de produits stupéfiants prise en application du quatrième alinéa, le délai de contestation est de vingt-quatre heures. Ces délais et l'exercice du recours sont suspensifs ».

Au-delà de cette réforme directement provoquée, la décision du 11 avril 2014 comme les deux précédentes ont suscité une réflexion d'ensemble quant à la mise en place de recours en matière de saisies ; réflexion menée dans le Rapport Beaume remis au Garde des sceaux en juillet 2014.

Dans ce rapport, en considération précisément des décisions constitutionnelles sus-évoquées, il est effectivement écrit que :

« la mission est très sensible, "au regard des conséquences qui résultent de l'exécution de la mesure", à l'absence de recours contre les décisions de saisies – souvent consécutives à une perquisition – qui peuvent porter sur des objets, des outils ou des biens dont des personnes étrangères à l'infraction peuvent être légitimes propriétaires et/ou dont la disponibilité peut avoir une importance capitale (par exemple un ordinateur comportant des informations comptables ou de clientèle, un compte bancaire d'entreprise, un véhicule spécialement aménagé pour une fonction sanitaire ou professionnelle déterminée...). Dans ce cas, il pourrait être opportun, évidemment sans interrompre le cours de l'enquête, et avant même la décision de classement ou d'évocation au fond par le juge, d'autoriser "toute personne intéressée" à formuler un recours auprès du juge des libertés et de la détention en invoquant un "préjudice irréversible" (risque de dépôt de bilan, problème de santé ou de sécurité...). Le juge pourrait ainsi statuer sur la main-levée de la saisie avant la survenue d'un préjudice irréversible. »¹⁰

Cette idée de recours général et rapide contre les décisions de saisie pendant l'enquête ou l'instruction est reprise dans le rapport qui a été remis le 15 juillet 2018 à la Garde des sceaux dans le cadre des chantiers de la justice relatifs à la procédure pénale. En effet, dans ce rapport intitulé « *Amélioration et*

¹⁰ Rapport Beaume, p. 43.

simplification de la procédure pénale », il est préconisé de mettre en place un tel recours qui serait toutefois conçu comme une véritable contrepartie, garantie à un usage simplifié des saisies d'avoirs criminels, ou dit autrement des divers « produits de l'infraction »¹¹. Bref, un recours général mais pour compenser un régime de saisie plus favorable aux enquêteurs et magistrats. Il s'agit là d'un changement d'optique notable.

En plus d'avoir suscité ces propositions de réforme, il est à noter que le Conseil, sous l'égide de l'article 16 de la Déclaration, est allé au-delà de l'exigence d'un recours : il a fixé les contours constitutionnels de son effectivité.

II. L'exigence d'effectivité du recours juridictionnel

Quant à cette exigence, la jurisprudence constitutionnelle pourrait se résumer par l'adage suivant : « Rien ne sert d'avoir recours si ce recours ne sert à rien ! »

De fait, le Conseil a indiqué, au gré de quelques décisions, ce qu'il entendait par recours « effectif » contre les décisions susceptibles de priver du produit de l'infraction. Il ressort de cette jurisprudence que le recours doit, notamment dans la matière qui nous intéresse, être suspensif d'exécution, d'une part, et enserré dans des conditions de délai en permettant réellement – effectivement – l'exercice, d'autre part.

- Sur le premier point, le caractère suspensif de la voie de recours, le Conseil a rapidement eu à juger de la conformité à l'article 16 d'un recours non suspensif d'exécution contre une décision juridictionnelle d'autorisation de ventes de véhicules saisis par l'administration douanière.

Suivant la disposition attaquée, l'article 389 du code des douanes, un juge du siège pouvait autoriser l'administration des douanes à aliéner les véhicules et autres objets saisis susceptibles de détérioration sans que le recours contre sa décision ne soit suspensif d'exécution, ce qui avait pour effet de le rendre parfaitement ineffectif. À quoi sert il est vrai un recours contre une décision d'aliénation, si celle-ci a déjà eu lieu ?

Au vu de ces considérations de bon sens, le Conseil a ainsi jugé dans sa décision du 2 décembre 2011¹², que : « la combinaison de l'absence de caractère contradictoire de la procédure et du caractère non suspensif du recours contre la décision du juge conduisent à ce que la procédure applicable

¹¹ Rapport « *Chantiers de la justice - Amélioration et simplification de la procédure pénale* », juill. 2018, p. 17.

¹² Déc. n° 2011-203 QPC du 2 déc. 2011, *Vente des biens saisis par l'administration douanière*, cons. 12.

méconnaisse les exigences découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ».

Il a donc censuré une disposition d'enquête douanière au regard précisément du caractère non suspensif d'exécution du recours prévu. Cela étant, il faut relever que le Conseil prend bien soin dans cette décision de ne conférer aucune valeur constitutionnelle au caractère suspensif des voies de recours : c'est dans le contexte de la QPC que ce caractère s'est révélé inconstitutionnel. Il est aussi à noter que cet article 389 du code des douanes, qui a été modifié depuis lors, jurait avec les dispositions analogues dans le code de procédure pénale, notamment son article 99-2, qui prévoyait justement un recours suspensif d'exécution contre la décision du juge d'instruction autorisant la destruction ou l'aliénation des biens saisis. De sorte que la nécessité de ce caractère suspensif était présente dans l'esprit du législateur pénal avant même la décision du Conseil.

Cette dernière n'a toutefois pas été sans incidence sur la loi du 16 février 2015 évoqué plus haut qui, en créant un recours contre les décisions de destruction, d'aliénation ou d'affectation à certains services des biens saisis, en précisera le caractère suspensif d'exécution¹³.

- Le Conseil a, dans un second temps, précisé les conditions de délai des recours en matière de privation notamment du produit de l'infraction.

À cet égard, dans une décision du 9 juillet 2014¹⁴, il était amené à statuer sur la conformité à l'article 16 de la Déclaration du 3^e alinéa de l'article 41-4 du code de procédure pénale prévoyant qu'en l'absence de demande de restitution des biens saisis, dans un délai de 6 mois à compter d'un classement sans suite ou d'une décision juridictionnelle irrévocable, ceux-ci deviennent la propriété de l'État.

Sans la juger contraire à la Constitution, il a néanmoins paru au Conseil que cette prescription acquisitive accélérée devait pouvoir être effectivement combattue par les propriétaires de ces biens. Aussi a-t-il émis, à cette fin et au nom du droit à un recours effectif, une réserve d'interprétation suivant laquelle le point de départ du délai sus-évoqué de 6 mois ne pouvait commencer à courir sans que la décision de classement – ou la décision irrévocable – n'ait été effectivement portée à la connaissance des propriétaires.

Sans cette réserve, impliquant une signification des décisions évoquées, le recours prévu par l'article 41-4 – devant le procureur puis le cas échéant, devant la chambre de l'instruction – aurait été, dans certaines hypothèses tout

¹³ Al. 4 de 41-5 c. proc. pén.

¹⁴ Dé. n° 2014-406 QPC du 9 juill. 2014, *Transfert de propriété à l'État des biens placés sous main de justice*, cons. 10 à 12.

à fait illusoire, permettant ainsi une privation des biens saisis sans recours effectif.

Plus récemment¹⁵, toujours à propos des restitutions de biens saisis mais cette fois-ci dans le cadre d'une instruction, le Conseil constitutionnel est allé jusqu'à censurer le deuxième alinéa de l'article 99 du code de procédure pénale, en ce qu'il n'imposait aucun délai au juge d'instruction pour statuer sur une demande de restitution et qu'il obviait, par là même et en cas d'absence de décision du juge d'instruction, à tout recours devant la chambre de l'instruction.

Cette censure a ainsi conduit le législateur du 3 juin 2016 à enserrer la décision du juge d'instruction dans un délai d'un mois, faute de quoi le demandeur à une restitution pourra saisir directement la chambre de l'instruction ; étant ici observé que si l'inertie du juge d'instruction ne peut plus empêcher le recours, elle permet cependant de priver la partie d'un double degré de juridiction.

La volonté du Conseil d'encadrer les délais de décision et partant, d'assurer l'effectivité des recours juridictionnels, a toutefois ses limites en matière de restitution des biens saisis.

Ainsi par deux décisions d'octobre¹⁶ et de novembre 2016¹⁷, le Conseil a refusé de déclarer inconstitutionnelles, au titre du droit à un recours juridictionnel effectif, les dispositions des art 706-153 et 99 du code de procédure pénale ne fixant aucun délai à la chambre de l'instruction pour statuer sur le recours contre, respectivement, l'ordonnance du juge d'instruction – ou du juge des libertés de la détention – ordonnant une saisie de biens incorporels, d'une part, et la décision du juge d'instruction autorisant ou refusant la restitution d'objets saisis, d'autre part.

Précisément, dans les deux décisions, le Conseil considère que « le juge devant toujours statuer dans un délai raisonnable, l'absence d'un délai déterminé imposé à la chambre de l'instruction pour statuer sur l'appel de l'ordonnance prise par un juge refusant la restitution ne saurait constituer une atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif de nature à priver de garanties légales la protection constitutionnelle du droit de propriété ».

Le droit à un recours juridictionnel effectif concernant la privation des biens saisis – et donc potentiellement du produit de l'infraction – n'est donc pas absolu. Cela étant et en guise de propos conclusifs, il faut remarquer que la

¹⁵ Déc. n° 2015-494 QPC du 16 oct. 2015, *Procédure de restitution, au cours de l'information judiciaire, des objets placés sous main de justice*, cons. 7.

¹⁶ Déc. n° 2016-583 QPC du 14 oct. 2016, *Saisie spéciale des biens ou droits mobiliers incorporels*, paragr. 11.

¹⁷ Déc. n° 2016-596 QPC du 18 nov. 2016, *Absence de délai pour statuer sur l'appel interjeté contre une ordonnance de refus de restitution d'un bien saisi*, paragr. 8.

jurisprudence que le Conseil a développée à propos des biens saisis lors d'une enquête ou d'une instruction est l'une des plus riches – sinon la plus riche – au sein de celle relative, en son ensemble, au droit au recours juridictionnel effectif.

Comment expliquer que des décisions souvent prises pendant l'enquête aient ainsi pu mobiliser un droit, autrefois réservé à la phase juridictionnelle ? En d'autres termes, pourquoi la juridictionnalisation constitutionnelle de l'enquête a-t-elle débuté à propos des saisies et donc de la privation éventuelle du produit de l'infraction ?

Si l'on s'en tient aux formules précitées du Conseil, certainement en raison de l'importance du droit de propriété, tel que constitutionnellement garanti. C'est parce que les décisions de restitution, de destruction, d'aliénation de biens saisis ont trait à ce droit qu'elles paraissent appeler un recours.

Le constat ne peut alors manquer de générer une dernière remarque : du point de vue du droit constitutionnel à un recours juridictionnel effectif, la propriété est aujourd'hui davantage garantie que la liberté individuelle ; le Conseil et le législateur n'envisageant pas *a priori* d'étendre cette exigence de juridictionnalisation immédiate au domaine sensible de la garde à vue.

3. LES AUTRES TRAVAUX

LES VEILLES

Guillaume BEAUSSONIE

*Professeur à l'Université Toulouse 1-Capitole
Codirecteur de l'Institut Roger Merle*

« *Autre droit* et droit pénal » : tel est le principe des veilles régulièrement organisées par l'Institut Roger Merle, à l'initiative de Monsieur Fabien Romey, depuis le début de l'année 2018 (à peu près toutes les trois semaines). La confrontation du droit pénal aux autres disciplines autorise en effet un aperçu large des évolutions du premier à l'aune de son inscription dans le système juridique dans son entier.

Dans le contenu, néanmoins, la liberté est laissée aux intervenants, essentiellement les doctorants de l'Institut (mais pas seulement : v. les tableaux qui suivent), d'organiser leur présentation comme ils l'entendent. Seule consigne : faire aussi bien actuel que contextuel ou, plutôt, replacer l'actualité dans un contexte qui permet de mieux la comprendre.

Les présents travaux ne retranscrivent hélas pas les échanges, souvent très riches, qui ont accompagné et suivi les différentes interventions. Ils n'en livrent pas moins, en l'état, une vision très fidèle et très intéressante de l'état du droit pénal positif.

Veilles juridiques de l'Institut de criminologie et de sciences pénales Roger Merle

Année universitaire 2017-2018
An I des veilles juridiques

Date	Intervenant	Sujet d'intervention
25 janvier 2018	Guillaume BEAUSSONIE <i>Professeur</i>	<i>Droit des biens & droit pénal</i>
8 février 2018	Leslie NARDARI <i>Doctorante contractuelle</i>	<i>Droit constitutionnel & droit pénal</i>
22 février 2018	Eddy ACCARION <i>Doctorant</i>	<i>Droit des personnes & droit pénal</i>
22 mars 2018	Alice MORNET <i>ATER</i>	<i>Union Européenne & droit pénal</i>
12 avril 2018	Fabien ROMÉY <i>Doctorant</i>	<i>Droit routier & droit pénal : L'imputation routière</i>
3 mai 2018	Rémi SÉBAL <i>Doctorant</i>	<i>Propriété intellectuelle & droit pénal</i>
17 mai 2018	Alexandre CHARPY <i>Doctorant</i>	<i>Droit des mineurs & droit pénal</i>
24 mai 2018	Hélène CHRISTODOULOU <i>ATER</i>	<i>Conseil de l'Europe & droit pénal</i>
31 mai 2018	Aurélien VITRAC <i>Auditeur de justice</i>	<i>Application des peines & droit pénal</i>
7 juin 2018	Laetitia GAURIER <i>Doctorante contractuelle</i>	<i>Droit douanier & droit pénal</i>
14 juin 2018	Sarah GALVANI <i>Doctorante</i>	<i>Droit à la réparation & droit pénal</i>

Année universitaire 2018-2019
An II des veilles juridiques

Date	Intervenant	Sujet d'intervention
18 octobre 2018	David LOVATO <i>Doctorant contractuel</i>	<i>Droit financier & droit pénal</i>
8 novembre 2018	Eddy ACCARION <i>Doctorant</i>	<i>Animal & droit pénal</i>
22 novembre 2018	Guillaume BEAUSSONIE <i>Professeur</i>	<i>Droit immobilier & droit pénal</i>
13 décembre 2018	Fabien ROMEY <i>ATER</i>	<i>Droit routier & droit pénal : Les incriminations routières</i>
24 janvier 2019	Alexandre CHARPY <i>Doctorant</i>	<i>Droit des mineurs & droit pénal</i>
7 février 2019	Hélène CHRISTODOULOU <i>ATER</i>	<i>Droit institutionnel de l'Union européenne & droit pénal</i>
21 février 2019	Adèle TOURNÉ <i>Doctorante contractuelle</i>	<i>Expertise & droit pénal</i>
7 mars 2019	Floriane MIGNON <i>Doctorante contractuelle</i>	<i>Droit du travail & droit pénal</i>
14 mars 2019	Eloi JOSEPH <i>Doctorant</i>	<i>Droit local & droit pénal</i>
4 avril 2019	Rémi SÉBAL <i>Doctorant</i>	<i>Droit de la concurrence & droit pénal</i>
9 mai 2019	Alice MORNET <i>ATER</i>	<i>Protection des données personnelles & droit pénal</i>
6 juin 2019	Leslie NARDARI <i>ATER</i>	<i>Droit fiscal & droit pénal</i>

Conseil de l'Europe et droit pénal

Hélène CHRISTODOULOU

Docteur en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole

Sans avoir la prétention d'unifier les droits des États parties, le Conseil de l'Europe, créé à l'issue de la Seconde Guerre mondiale, le 5 mai 1949, a pour objet de protéger les droits fondamentaux proclamés tant par sa Convention, qui est entrée en vigueur le 3 septembre 1953, que par ses protocoles additionnels qu'il a progressivement adoptés. De surcroît, l'institution internationale s'est dotée d'une juridiction et les arrêts qu'elle rend, à la lumière de ces différentes sources normatives, ont un effet obligatoire pour les États parties. Ainsi, le Conseil de l'Europe a désormais la possibilité de les condamner au travers de son organe judiciaire permanent. Concrètement ses décisions peuvent contraindre : soit le législateur à opérer des réformes, soit le juge à réaliser des revirements de jurisprudence. En outre, malgré son absence de force contraignante, le développement du *soft law* par ses institutions a, également, un rôle non négligeable dans la protection des droits de l'Homme puisque les États s'en inspirent, en réalité, pour l'élaboration de leurs législations et dans leurs pratiques.

Néanmoins, le droit du Conseil de l'Europe exerçait, originellement, une influence mineure sur le droit pénal. En effet, puisqu'il témoigne du droit de punir d'un État, ce dernier demeure le lieu privilégié de l'expression des souverainetés nationales. Il en résulte notamment qu'il a longtemps été préservé de l'immixtion du droit international. Malgré ces fortes résistances, l'influence du droit européen des droits de l'Homme s'est considérablement accrue ces dernières années. En effet, l'interprétation par la Cour européenne des principes fondamentaux reconnus par sa Convention et ses protocoles additionnels concerne directement le droit pénal. Partant, de nombreux arrêts sur ces questions ont été rendus, dont certains, au regard de leur actualité, ont retenu l'attention. Ces derniers ont précisé la notion de « droit à la liberté et à la sûreté » (*art. 5*), du « droit au procès équitable » (*art. 6*), du droit à la protection de la vie privée (*art. 8*) ou encore du respect du principe *ne bis in idem* (*art. 4 du protocole additionnel n° 7*). Enfin, une révolution procédurale risque de parachever cette immixtion européenne à la lecture des prévisions du protocole additionnel n° 16 qui est entré en vigueur le 1^{er} août 2018. Ce dernier permet, dès lors, aux hautes juridictions d'un État contractant d'adresser à la Cour européenne des demandes d'avis consultatifs sur des interrogations de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles.

Cette situation pose immanquablement la question, plus précise, du degré d'influence du droit européen des droits de l'homme sur les droits pénaux nationaux.

À cet égard, les arrêts successivement rendus par l'organe judiciaire européen accréditent l'idée d'une réelle attraction de la Convention européenne des droits de l'homme (I) ainsi que de ses protocoles additionnels sur les droits pénaux internes (II).

I. La Convention européenne des droits de l'Homme influant sur les droits pénaux nationaux

Le droit à un procès équitable (A) et la protection des libertés individuelles (B) sont des principes cardinaux de la procédure pénale. Ainsi, il faut en décrypter la portée au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme au travers des arrêts récents rendus par la juridiction du Conseil de l'Europe.

A. Le droit au procès équitable

La Cour européenne vient de se prononcer sur la notion de droit au procès équitable concernant les modalités d'appréciation de l'équité de la procédure (1) et sur l'exigence de motivation des arrêts par le juge (2).

1) L'appréciation de l'équité de la procédure dans son ensemble

Pour la première fois dans l'arrêt *Salduz c/ Turquie*¹, en date du 27 novembre 2008, la Cour européenne des droits de l'homme a fait du droit à l'avocat, dès le début de la garde à vue, un droit fondamental. À cet égard l'Union est allée dans le même sens par l'adoption de la directive du 22 octobre 2013 relative au droit à l'information dans le cadre des procédures pénales. Or, l'étude de la jurisprudence européenne démontre qu'il n'est pas un droit autonome. En effet, dès l'origine de sa création la Cour semblait permettre une dérogation à ce droit en présence de « raisons impérieuses » sans pour autant les définir. Cette exception au principe a été illustrée, pour la première fois, dans l'arrêt *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*², rendu le 13 septembre 2016, portant sur des faits de terrorismes.

¹ CEDH, Gd. ch., 27 nov. 2008, *Salduz c/ Turquie*, req. n° 36391/02.

² CEDH, Gd. ch., 13 sept. 2016, *Ibrahim et autres c/ Royaume-Uni*, req. n° 50541/08.

Toutefois, dans un arrêt en date du 12 mai 2017, *Simeonovi c/ Bulgarie*³, ces fameuses « raisons impérieuses » étaient relevées à l'égard de la commission d'une infraction de droit commun. Pour autant l'absence de l'avocat dès le début de la garde à vue n'a pas été considérée comme violant l'article 6 de la Convention. Afin d'en arriver à cette conclusion, la Cour européenne utilise sa jurisprudence ancienne *Imbriosca c/ Suisse*⁴, en date du 24 novembre 1993, qui précisait que le droit au procès équitable « ne garantit pas un droit autonome, mais doit être lu et interprété à la lumière de l'exigence, plus générale, d'équité de la procédure pénale ». En d'autres termes, le respect du droit au procès équitable s'apprécie au cas par cas, « à l'aune de la conduite de la procédure dans son ensemble ». En l'espèce, le requérant se plaignait de ne pas avoir bénéficié de la présence d'un conseil durant sa garde à vue malgré ses multiples demandes. La Cour juge donc que son droit à l'assistance d'un avocat pendant la garde à vue a bien été restreint, mais que le respect de ce droit doit être examiné à l'aune de l'équité globale de la procédure qui a donné lieu à la condamnation du requérant. Or, les juges ont finalement relevé qu'aucun élément de preuve n'avait été recueilli durant la mesure litigieuse. En réalité selon la Cour, la condamnation reposait sur des aveux faits ultérieurement en présence, cette fois, d'un avocat et sur d'autres éléments probants. Elle vient de rappeler cette jurisprudence dans deux arrêts, *Beuze c/ Belgique* du 9 novembre 2018⁵ et *Doyle c/ Irlande*, du 23 mai 2019⁶, au sein desquels elle persiste malgré sa position critiquable. En définitive, la multiplication des dérogations admises risque de vider de sa substance les diverses exigences découlant de l'article 6 de la Convention européenne⁷.

Ainsi, la Cour paraît, dans certains cas, plus laxiste alors que dans d'autres hypothèses, les États peuvent aller parfois plus loin que les canons qu'elle pose.

2) La motivation des arrêts d'assises

L'article 485 du code de procédure pénale dispose que tout jugement doit contenir les motifs constituant la base de la décision rendue. Néanmoins, cette exigence à l'égard des cours d'assises, composées par un jury populaire qui ne pouvait répondre que par la négative ou par l'affirmative à des questions posées par le président de la juridiction, a longtemps interrogé. La Cour

³ CEDH, Gr. ch., 12 mai 2017, *Simeonovi c/ Bulgarie*, req. n° 21980/04 ; CEDH, 27 avr. 2017, *Zherdev c/ Ukraine*, req. n° 34015/07, § 139 ; CEDH 5 oct. 2017, *Kalēja c/ Lettonie*, req. n° 22059/08, § 66.

⁴ CEDH, 24 nov. 1993, *Imbriosca c/ Suisse*.

⁵ CEDH, Gd. ch., 9 nov. 2018, *Beuze c/ Belgique*, req. n° 71409/10.

⁶ CEDH, 23 mai 2019, *Doyle c/ Irlande*, req. n° 51979/17.

⁷ A. PORTMANN, « CEDH : le droit à être défendu par un avocat en garde à vue n'est pas un droit autonome », *Dalloz actualité*, 29 mai 2017.

européenne a validé cette pratique par un arrêt en date du 15 novembre 2001 *Papon c/ France*⁸. Or, depuis il y a eu des évolutions jurisprudentielles dont un rappel s'avère nécessaire. L'arrêt *Taxquet c/ Belgique*, rendu le 13 janvier 2009⁹, a laissé planer un doute sur la nécessité ou non de motiver les décisions des jurys populaires pour satisfaire aux exigences européennes du procès équitable. L'affaire ayant été renvoyée devant la grande chambre, elle a donc, le 16 novembre 2010, opté pour le compromis en affirmant que la motivation des cours d'assises et de toute autre formation de jugement comportant un jury populaire n'est pas une exigence conventionnelle. Toutefois, elle prévoit un ensemble de garanties procédurales, appréciées *in concreto*¹⁰, afin d'écartier tout risque d'arbitraire et de permettre à l'accusé de comprendre les raisons de sa condamnation.

Le Conseil constitutionnel semblait adopter la même posture, en avril 2011, puisqu'il considérait que l'absence de motivation demeurerait constitutionnelle à partir du moment où la loi apportait des garanties propres à exclure l'arbitraire¹¹. Malgré cette posture rassurante, le législateur a finalement modifié sa procédure, par une loi du 10 août 2011, afin d'y insérer l'article 365-1 dans le code de procédure pénale en imposant aux cours d'assises de motiver leurs décisions dans un document annexé à la feuille des questions. Selon ce dernier, en cas de condamnation, la motivation doit reprendre l'ensemble des éléments qui ont été exposés pendant les délibérations et qui ont convaincu la cour d'assises. À la lecture de ce texte, il s'agit donc d'une motivation de la seule culpabilité. Toutefois, en matière correctionnelle, la loi du 15 août 2014 modifiant l'article 132-1 du code pénal a consacré la nécessité de motiver outre la culpabilité, les peines principales et complémentaires. Ainsi, cette asymétrie a contraint la chambre criminelle, après un premier refus¹², à transmettre au Conseil constitutionnel, le 1^{er} février 2017, une question prioritaire de constitutionnalité relative à la motivation des peines¹³. Ce dernier a rappelé que l'obligation de motivation découle de l'exigence constitutionnelle d'exclusion de l'arbitraire et d'individualisation des peines à l'aune de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme. Il en a donc conclu que « ces exigences constitutionnelles imposent la motivation des jugements et arrêts de condamnation, pour la culpabilité comme pour la peine »¹⁴. Ainsi, le législateur a défini les conditions matérielles de la mise en œuvre de cette nouvelle exigence en modifiant la rédaction de l'article 365-1

⁸ CEDH, 15 nov. 2001, *Papon c/ France*, req. n° 54210/00.

⁹ CEDH, Gd. ch., 13 janv. 2009, *Taxquet c/ Belgique*, req. n° 926/05.

¹⁰ CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, *Agnelet c/ France*, n° 61198/08 et CEDH, 5^e sect., 10 janv. 2013, *Legillon c/ France*, n° 53406/10.

¹¹ QPC, 1^{er} avr. 2011, n° 2011-113/115.

¹² Crim. 29 mai 2013, n° 12-86.630.

¹³ Crim. 13 déc. 2017, n^{os} 17-82.086, 17-82.237 et 17-82.858.

¹⁴ QPC, 2 mars 2018, n° 2017-694.

du code de procédure pénale avec la loi du 23 mars 2019¹⁵. Il appert que le Conseil dépasse les canons européens qui imposent seulement à l'accusé de connaître les raisons de sa condamnation ; or, la peine n'est qu'une conséquence de celle-ci.

Pour en revenir à la Cour européenne, elle vient d'exiger la motivation par les cours d'assises spécialement composées dans un arrêt en date du 19 décembre 2017 *Ramda c/ France*¹⁶. En effet, les magistrats professionnels devront aussi justifier leurs décisions. À cet égard, le droit français était déjà en conformité puisque la loi du 10 août 2011 visait l'ensemble des cours d'assises.

Un autre droit, hautement prôné par le Conseil de l'Europe, a une influence certaine sur le droit pénal *lato sensu*, il s'agit de la protection des libertés pouvant être atténuée à l'aune de raisons sécuritaires.

B. La protection des libertés individuelles

Afin de décrypter l'acception de « libertés individuelles », il faut notamment étudier la notion de « vie privée » (1) et celle de « liberté et de sûreté » (2)

1) Les conditions entourant les atteintes à la vie privée

Le champ d'application de l'article 5 § 3 de la Convention, impliquant l'intervention « du juge ou de l'autre magistrat habilité à exercer des fonctions judiciaires », se cantonne à la protection du droit à la liberté et à la sûreté, mais ne semble pas s'appliquer aux autres garanties visées par le texte, tel le droit au respect de la vie privée et familiale prévu à l'article 8. À ce propos, l'exemple de la géolocalisation est riche d'enseignement. Cette mesure d'enquête « consiste dans le fait de surveiller les déplacements d'une personne ou d'un objet, principalement d'un véhicule, sur l'ensemble du territoire national et d'en constituer la carte, selon le procédé dit de géolocalisation par satellite en temps réel »¹⁷. Ainsi, pour la première fois, la Cour européenne s'était prononcée, dans l'arrêt *Uzun c/ Allemagne*, sur les modalités procédurales de cet acte régulièrement utilisé par les enquêteurs à l'aune du développement récent des nouvelles technologies¹⁸. La problématique à

¹⁵ La loi n° 2019-222 du 23 mars 2019.

¹⁶ CEDH, 19 déc. 2017, *Ramda c/ France*, n° 78477/11.

¹⁷ S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, LexisNexis, Manuel, p. 535.

¹⁸ CEDH, 5^e sect., 2 sept. 2009, *Uzun c/ Allemagne*, req n° 35623/05, D. 2011, p. 724, obs. H. MATSOPOULOU ; *Dalloz actualité*, 20 sept. 2010, obs. S. LAVRIC ; RSC, 2011, chron. 217, note D. ROETS.

laquelle était donc soumise la Cour portait sur le fait de savoir si cette ingérence était justifiée à la lecture des deux conditions cumulatives posées par l'article 8 § 2 de la Convention : l'existence d'une prévision textuelle¹⁹ et la poursuite d'un but légitime tout en étant nécessaire dans une société démocratique²⁰. Au regard d'un raisonnement didactique, elle en conclut que la mesure répondait bien à ces critères. Or, cette dernière ne se prononçait en aucun cas sur l'organe de contrôle de la géolocalisation. En effet, même si l'ingérence doit demeurer encadrée, l'intervention d'un magistrat indépendant et impartial, contrairement à la rédaction de l'article 5, n'est pas exigée dans ce cas²¹. Doit-on en conclure au contrôle juridictionnel des mesures d'enquête portant seulement atteinte au droit à la liberté et à la sûreté ? L'article 8 ne prévoit à aucun moment un tel contrôle concernant les atteintes à la vie privée. Pour autant, selon les juges strasbourgeois, il y a « ingérence et ingérence »²². Ainsi, ils affirment, par exemple, que la mesure de géolocalisation ne justifie pas le même niveau de garanties que l'interception des correspondances émises par la voie des télécommunications²³, ou encore que la surveillance par des moyens visuels ou acoustiques « qui, en règle générale, sont davantage susceptibles de porter atteinte au droit d'une personne, au respect de sa vie privée, car elles révèlent plus d'informations sur la conduite, les opinions ou les sentiments de la personne qui en fait l'objet »²⁴. Par une lecture, *a contrario*, il semblerait, désormais, que la gravité de l'atteinte justifie une protection juridictionnelle. Or, la subjectivité de la notion de gravité, permettant la distribution des compétences entre l'autorité judiciaire au sens européen du terme et les autres organes, doit être relevée. En effet, où placer le curseur ? Quoi qu'il en soit, la jurisprudence européenne n'impose pas, pour le moment, l'intervention d'une autorité juridictionnelle pour contrôler la mesure de géolocalisation.

Cet arrêt concernant l'Allemagne a eu des répercussions sur le droit interne. En effet, avant la loi du 28 mars 2014²⁵ relative aux modalités de mise

¹⁹ L'ingérence est prévue par l'article 100c du code de procédure pénale allemand (*StPO*).

²⁰ À cet égard, l'article 8 § 2 dresse une liste, vaste et floue, des buts susceptibles d'être invoqués par les États défendeurs : la sécurité nationale, la sécurité publique, le bien-être économique du pays, la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, la protection de la santé ou de la morale et la protection des droits et libertés d'autrui.

²¹ « Et il n'est pas inenvisageable que de telles mesures soient ordonnées par un parquet... pourvu que le texte le permettant soit suffisamment clair pour que la loi soit ainsi « prévisible » (§ 68) et qu'un contrôle judiciaire ultérieur de la surveillance d'une personne par géolocalisation existe offrant ainsi une protection suffisante contre l'arbitraire (§ 71 et 72) », CEDH, 5^e sect., 2 sept. 2009, *Uzun c/ Allemagne*, req n° 35623/05.

²² F. FOURMENT, « La géolocalisation et la Convention EDH : l'ambivalence de la Cour de cassation », *JCP G*, 2013, p. 1378.

²³ CEDH, 5^e sect., 2 sept. 2009, *Uzun c/ Allemagne*, req n° 35623/05, §§ 65 et 66.

²⁴ *Ibid.*, § 52.

²⁵ Art. 230-32 et s. c. proc. pén.

en œuvre de la mesure de géolocalisation par les autorités de poursuites, il existait un vide juridique ; seul l'article 81 du code de procédure pénale permettait d'user d'une telle mesure puisque son contenu était extensible en donnant au juge d'instruction la possibilité de procéder à tous les actes d'information qu'il jugeait utile à la manifestation de la vérité. Ainsi, la France a été condamnée, par un arrêt en date du 8 février 2018, *Ben Faiza c/ France*²⁶, pour des faits datant de 2009, au moment où il n'existait aucune législation à ce sujet. Quoiqu'il en soit, la loi française est allée plus loin, en 2014, en imposant l'intervention d'une autorité juridictionnelle si la durée de la mesure excédait quinze jours.

De surcroît cet arrêt est riche d'enseignements sur le degré de gravité d'une mesure portant atteinte à la vie privée puisqu'il énonce qu'il faut distinguer les méthodes d'investigations permettant de géolocaliser une personne *a posteriori*, ici les réquisitions prévues à l'article 77-1-1 du code de procédure pénale, de celles qui aident à la géolocaliser en temps réel ; ces dernières étant davantage susceptibles de porter plus amplement atteinte à la vie privée d'une personne²⁷. Pour autant, la Cour ne semble pas vouloir dissocier le régime procédural ; elles doivent toutes deux être prévues par la loi et poursuivre un but légitime, ce qui était le cas dans l'hypothèse de la réquisition, contrairement à la géolocalisation qui n'était pas prévue par le législateur à l'époque des faits.

Qu'en est-il de la notion de liberté de sûreté qui semble être le degré d'atteinte le plus grave à la liberté ?

2) L'articulation de la notion de liberté et de sûreté avec les restrictions à la liberté de circulation

Dans un arrêt en date du 23 février 2017, *Tommaso c/ Italie*²⁸, la Cour européenne a une nouvelle fois dû se prononcer, comme elle l'avait déjà fait, sur la question de l'articulation de l'article 5 de la Convention, protégeant les atteintes à la liberté et à la sûreté, avec l'article 2 du protocole n° 4, garantissant les citoyens européens des entraves à la liberté de circulation. En l'espèce, un requérant s'était vu imposer une mesure préventive liée à son état de dangerosité qui le contraignait à respecter certaines obligations comme le fait « ne pas rentrer le soir après vingt-deux heures et ne pas sortir le matin avant six heures, sauf en cas de nécessité et non sans avoir averti les autorités en temps utile ». À cet égard, la jurisprudence européenne, dans l'arrêt *Engel*, avait précisé le champ matériel de l'article 5 qui « vise la liberté individuelle

²⁶ CEDH, 5^e sect., 8 fév. 2018, *Ben Faiza c/ France*, n° 31446/12.

²⁷ *Ibid.*, § 74.

²⁸ CEDH, Gde ch., 23 fév. 2017, *Tommaso c/ Italie*, n° 43395/09.

dans son acception classique, c'est-à-dire la liberté physique de la personne »²⁹, la privant de sa liberté totale de mouvement, et non « de simples restrictions à la liberté de circuler »³⁰. Or, en réalité, la barrière peut s'avérer perméable entre la privation de liberté et les simples restrictions de liberté comme l'illustre l'arrêt en question. À cet égard, la Cour reprend sa jurisprudence classique et réaffirme qu'il faut étudier le degré ou l'intensité de l'atteinte à la liberté individuelle et non la simple nature de celle-ci. En effet, la détermination de la privation de liberté physique s'analyse *in concreto* au regard d'un ensemble de critères comme « le genre, la durée, les effets et les modalités d'exécution de la mesure considérée »³¹. En l'espèce, elle affirme donc que les mesures ne privent pas la liberté physique de la personne. Toutefois, cette solution est critiquable puisqu'elle considèrerait, de façon constante, depuis l'arrêt *Guzzardi c/ Italie* de 1980, que l'assignation à résidence relève de l'article 5 de la Convention³².

Elle s'est donc interrogée sur le terrain de l'article 2 du protocole n° 4, relatif à la liberté de circulation, permettant d'opérer une transition vers la seconde partie de l'étude. Ce dernier semblait avoir été violé. En effet, même si la loi restait accessible, elle n'était pas prévisible. Afin d'appuyer son raisonnement, la Cour soulève que « ni la loi ni la Cour constitutionnelle n'ont identifié clairement les "éléments factuels" ou les comportements spécifiques qui doivent être pris en compte pour évaluer la dangerosité sociale de l'individu et qui peuvent donner lieu à l'application de telles mesures »³³ et que, dès lors, « la loi en cause ne prévoyait pas de manière suffisamment détaillée quels comportements étaient à considérer comme socialement dangereux »³⁴. Outre cette variable, les mesures de prévention appliquées au requérant étaient « libellées de façon très générale » et « leur contenu est extrêmement vague et imprécis ; cela vaut en particulier pour les dispositions relatives aux obligations de "vivre honnêtement et dans le respect des lois" et

²⁹ CEDH, Plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, req n° 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, § 58.

³⁰ Telles que celles prévues par le protocole additionnel n° 4 à la CESDH reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à la Convention, 16 sept. 1963.

³¹ CEDH, Plén., 6 nov. 1980, *Guzzardi c/ Italie*, n° 7367/76, § 93.

³² En effet, elle ne se cantonne pas aux détentions faisant suite à une arrestation ou une condamnation, il en existe d'autres formes : CEDH, Plén., 6 nov. 1980, *Guzzardi c/ Italie*, n° 7367/76, § 93 : « De sorte qu'entre ces deux droits, la différence n'est pas de nature mais plutôt de degré. Ainsi, de simples mesures de liberté surveillée constitueront *a priori* plutôt des restrictions à la liberté de circulation et relèveront du champ de l'article 2 du Protocole n° 4, tandis qu'une mesure d'assignation à résidence constituera une véritable privation de liberté au sens de l'article 5 », C. GAUTHIER, S. PLATON, D. SZYMCZAK, *Droit européen des droits de l'Homme*, Sirey, Université, 2017, p. 144.

³³ CEDH, Gd. ch., 23 fev. 2017, *Tommaso c/ Italie*, n° 43395/09, § 117.

³⁴ *Ibid.*

de "ne pas prêter à soupçon" »³⁵. Elle relève, par ailleurs, qu'il est « préoccupant que les mesures prévues par la loi et appliquées au requérant aient comporté une interdiction absolue de participer à des réunions publiques », sans viser de limite temporelle ou spatiale. Ainsi, le problème de la légalité se cumulait avec celui de la proportionnalité.

Pour finir, il est important de soulever une remarque concernant le droit français. En effet, la conventionnalité de la rédaction de l'article 228-1 du code de la sécurité intérieure, issu de l'article 3 de la loi du 30 octobre 2017, interroge. Cette disposition prévoit la possibilité pour le ministre de l'Intérieur d'imposer certaines obligations à l'égard d'une personne contre laquelle « il existe des raisons sérieuses de penser que son comportement constitue une menace d'une particulière gravité pour la sécurité et l'ordre public ». Par conséquent, le principe de légalité semble être mis à mal.

L'analyse de quelques arrêts récents rendus par la Cour européenne, interprétant sa Convention, démontre son influence directe sur les droits pénaux internes. Toutefois, comme cela vient d'être souligné, l'interprétation des protocoles additionnels joue également un rôle en irriguant les droits nationaux.

II. Les protocoles additionnels influant sur les droits pénaux nationaux

De nombreux protocoles sont adoptés régulièrement par le Conseil de l'Europe. Ainsi, deux d'entre eux retiennent l'attention. Il s'agit du protocole additionnel n° 7 visant notamment le principe *ne bis in idem* (A) et le protocole n°16 permettant aux plus hautes juridictions de poser une question prioritaire de conventionnalité (B).

A. Le principe *ne bis in idem*

Le principe *ne bis in idem*, supposant de ne pas pouvoir être jugé deux fois pour le même fait, est au centre de nombreuses décisions de la part des juridictions nationales et internationales tant il manque de clarté à l'aune de son caractère protéiforme. La question qui a retenu l'attention de la Cour européenne est celle de son champ d'application : joue-t-il au sein d'un même État ou demeure-t-il, au contraire, transnational ? À cet égard, la Cour vient de confirmer sa jurisprudence constante dans laquelle elle se contente d'interpréter la lettre du texte sans outrepasser sa substance. En effet, l'expression « par les juridictions du même État » circonscrit au niveau

³⁵ *Ibid.*, § 119.

national l'application du principe³⁶. Ainsi, la Cour européenne a déclaré plusieurs fois irrecevables les griefs relatifs à une répétition des poursuites dans différents États³⁷. Elle vient donc de le rappeler dans l'arrêt *Krombach c/ France* en date du 20 février 2018³⁸. Partant, l'article 4 du protocole n° 7 ne s'applique qu'aux juridictions d'un même État et ne fait pas obstacle à ce qu'une personne « soit poursuivie ou punie pénalement par les juridictions d'un État partie à la Convention en raison d'une infraction pour laquelle elle avait été acquittée ou condamnée par un jugement définitif dans un autre État partie ». En d'autres termes, le principe *ne bis in idem* transnational n'est pas visé par le protocole additionnel qui ne concerne que le *ne bis in idem* national. En l'espèce, le requérant venait d'être condamné par la France pour des faits identiques à ceux pour lesquels il avait indiqué avoir bénéficié d'un non-lieu en Allemagne. Ainsi, comme l'article 4 du protocole n° 7 ne trouvait pas à s'appliquer, elle n'avait pas à rechercher si la décision de classement sans suite équivalait à un jugement définitif d'acquiescement. À cet égard, le texte demeure étonnamment restrictif. N'y aurait-il pas une difficulté concernant le respect du principe de l'équivalence des garanties ? Une nouvelle formulation pour intégrer le *ne bis in idem transnational*, déjà reconnu par l'Union européenne à l'article 54 de la Convention d'application Schengen, devrait s'imposer.

Quoi qu'il en soit, le Conseil de l'Europe va toujours plus loin dans la volonté de faire appliquer les principes fondamentaux qu'il protège. À cet égard, la ratification du protocole additionnel n°16 illustre parfaitement ce phénomène.

B. L'aboutissement de l'influence européenne sur les droits pénaux nationaux par la ratification du protocole additionnel n° 16

Depuis octobre 2013, le protocole n° 16 n'a été signé que par 18 pays et a été finalement ratifié par seulement dix États³⁹ ; le 12 avril 2018, la France a été la dernière à le faire, déclenchant par la même occasion son entrée en vigueur. Toutefois, plusieurs États ont manifesté leur refus comme l'Allemagne, la Russie, la Pologne ou encore le Royaume-Uni. Le texte a pour objectif de renforcer le dialogue des juges entre la Cour européenne et les plus hautes juridictions nationales. Il permet aux juges internes de poser une sorte

³⁶ L'application du principe au niveau international demeure donc résiduelle concernant le Conseil de l'Europe puisqu'il est régi par plusieurs autres Conventions du Conseil de l'Europe comme la Convention européenne d'extradition (1957), la Convention européenne sur la valeur internationale des jugements répressifs (1970) et enfin la Convention européenne sur la transmission des procédures répressives (1972).

³⁷ V. not. CEDH, 16 janv. 1996, *Gestra c/ Italie*, req. n° 21072/92 ; CEDH, 11 juil. 2002, *Amrollahi c/ Danemark*, req. n° 56811/00.

³⁸ CEDH, 20 fév. 2018, *Krombach c/ France*, req. n° 67521/14.

³⁹ Conseil de l'Europe, Protocole n° 16 à la CESDH, Strasbourg, 2.X.2013, n° 214.

de question prioritaire de conventionnalité facultative relative à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles. Un collège de cinq juges de la grande chambre de la Cour européenne étudie la recevabilité des demandes d'avis, qui peuvent être rejetées de manière discrétionnaire tout en demeurant motivées. Néanmoins, la mise en place de cette question prioritaire de conventionnalité interroge à trois égards : d'abord, la compétence du Conseil constitutionnel en France pour poser une telle question paraît très étonnante. En effet, il reste compétent aux côtés du Conseil d'État et de la Cour de cassation dans le cadre d'une affaire pendante devant lui. Pourtant, il affirme de façon constante que même s'il lui incombe « de s'assurer que la loi respecte le champ de l'article 55 de la Constitution, il ne lui appartient pas en revanche d'examiner la conformité de celle-ci aux stipulations d'un traité ou d'un accord international »⁴⁰. En d'autres termes, le Conseil constitutionnel n'a pas la compétence de contrôler la conventionnalité des lois, mais seulement la constitutionnalité de celles-ci, ce rôle appartenant aux deux juridictions suprêmes des ordres judiciaire⁴¹ et administratif⁴². Or, même si la demande est simplement consultative, la réception de l'avis rendu par la Cour soulève certaines problématiques. En effet, le Conseil aura deux possibilités : suivre l'avis ou au contraire ne pas le suivre. La première hypothèse, risque d'entraîner des suspicions à l'égard de sa soumission non plus à la Constitution, mais à l'organe supranational, au mépris de l'article 55 qui impose au seul droit international d'être supérieur à la loi et non à la Constitution ; la seconde, quant à elle, risquerait d'entraîner un conflit lié à une divergence d'interprétation. En réalité, si le Conseil se voit accorder le droit de faire usage de cette procédure, il sera qualifié de « haute juridiction nationale ». Or, il est nécessaire de relever qu'il n'a jamais été officiellement reconnu comme tel puisqu'il est par définition un simple « Conseil ». À ce propos, la Constitution ne précise pas sa nature juridique et le considère comme une institution *sui generis*. Cette dernière lui consacre un titre spécifique⁴³ distinct de celui relatif à l'autorité judiciaire⁴⁴. De surcroît, les membres du Conseil n'ont pas le statut de magistrats et ne sont ni indépendants ni impartiaux. Partant, la qualification de « juridiction », reconnue par le Conseil de l'Europe au Conseil constitutionnel, demeure un enjeu non négligeable. Ensuite, la juridiction nationale pourra être amenée à présenter, si cela s'avère opportun, un exposé de son propre avis relatif à la problématique juridique soulevée. La Cour de cassation a souligné qu'un exposé d'un tel avis demeurerait incompatible avec le principe du secret du délibéré. Toutefois, le Conseil d'État n'a pas partagé cette réserve. Enfin, la

⁴⁰ Cons. const., 5 mai 1998, n° 98-399.

⁴¹ Cass. ch. mixte, 25 janv. 1975, *Jacques Vabre*, n° 73-13556.

⁴² CE, 20 oct. 1989, *Nicolo*, n° 108243.

⁴³ Titre VII.

⁴⁴ Titre VIII.

manière dont cette prévision devrait s'articuler avec les jurisprudences des deux Europes devra être résolue. À cet égard l'article 267 du TFUE précise que les juridictions sont tenues de saisir la Cour de justice d'une question préjudicielle si une difficulté d'interprétation se présentait à l'égard des traités et des actes de droit dérivés. Ainsi, sa saisine s'avère prioritaire, mais le cumul ne semble pas être exclu⁴⁵.

La Cour de cassation a été la première juridiction européenne à utiliser cet instrument, le 5 octobre 2018⁴⁶, concernant des interrogations liées aux droits de l'enfant ; elle vient de le faire à nouveau le 17 juillet 2019 sur des questions portant sur le droit du travail⁴⁷. À quand une demande d'avis en matière pénale ?

Quoi qu'il en soit, à l'aune de tous ces instruments, affirmer l'influence certaine du droit du Conseil de l'Europe sur les droits pénaux nationaux paraît devenir un pléonasme.

⁴⁵ J.-F RENUCCI, « La ratification par la France du Protocole additionnel n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ? », *D.* 2018, p. 888.

⁴⁶ Cass., 5 oct. 2018, n° S 10-19.053 et n° H 12-30. 138. La réponse a été donnée par la Cour européenne dans son avis du 10 avril 2019.

⁴⁷ Cass., 17 juill. 2019, n° R 19-70.010 et n° S 19-70.010.

Droit constitutionnel et droit pénal

Leslie NARDARI

ATER

Doctorante en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole

L'année 2017 fut particulièrement riche pour la jurisprudence constitutionnelle en matière pénale. Le Conseil constitutionnel a eu à se prononcer sur nombre de problématiques, reflétant avec acuité les tendances contemporaines sur lesquelles le législateur a choisi de porter sa plume. Nous nous proposons d'en commenter quelques-unes, dans le but de contempler un panorama suffisamment révélateur de ces préoccupations d'actualité. Une fois n'est pas coutume, cette veille sera divisée en trois parties : elle sera inaugurée par la décision, très attendue des pénalistes, concernant l'indépendance du parquet (I), puis seront successivement envisagées les questions, d'une part, des incriminations terroristes (II), et d'autre part, celle de la soumission des sanctions ayant le caractère de punitions aux principes du droit pénal, et plus particulièrement, celle des cumuls répressifs (III).

I. La suffisante indépendance du parquet

Dans sa décision n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats*¹, le Conseil constitutionnel a été amené à se prononcer sur l'épineuse question de la conformité à la Constitution du statut des magistrats du parquet. La décision était attendue, et pour cause : cette problématique agite la doctrine depuis quelques dizaines d'années, et surtout depuis que la Cour européenne des droits de l'homme a, de façon univoque, affirmé l'incompatibilité des fonctions du parquet français avec le statut conféré à ses membres : « du fait de leur statut ainsi rappelé, les membres du ministère public, en France, ne remplissent pas l'exigence d'indépendance à l'égard de l'exécutif, qui, selon une jurisprudence constante, compte, au même titre que l'impartialité, parmi les garanties inhérentes à la notion autonome de

¹ Cons. const., déc. n° 2017-680 QPC du 8 décembre 2017, *Union syndicale des magistrats* [Indépendance des magistrats du parquet], *D.* 2017. 2485 ; *AJDA* 2017. 2440, J.-M. PASTOR ; *JCP G* 2018, 51, note H. MATSOPOULOU ; *AJ pénal* 2018. 83, note A. TALEB-KARLSSON ; *Dr. pén.* 2018 étude 3, E. BONIS ; *Procédures* 2018, comm. 62, obs. J. BUISSON ; *AJDA* 2018. 509, note J. ROUX ; *Constitutions* 2017. 657 ; *Rev. sc. crim.* 2018. 163, note B. DE LAMY ; *D.* 2018. 953, note T.-S. RENOUX ; *D.* 2017. 1344, obs. E. DEBAETS et N. JACQUINOT ; *Procédures* 2018, 3, obs. P. DEUMIER ; *NCCC* 2018, p. 87, obs. E. BONIS, p. 107 obs. T. PIAZZON et p. 147, obs. H. SURREL.

"magistrat" au sens de l'article 5 § 3 »². La chambre criminelle³ a apporté sa pierre à l'édifice ; en tant que premier juge de la Convention européenne, et au regard de la force obligatoire *inter partes*⁴ des arrêts de la Cour européenne, cette dernière n'avait d'autre choix que de prendre acte de l'influence strasbourgeoise. Même si la doctrine frémissait et trépignait, sa solution était pour le moins prévisible : elle ne déçoit pas, et se range, bonne élève, derrière celle retenue par les juges de Strasbourg.

Ce fut donc au tour du Conseil constitutionnel, près de sept années après l'arrêt *Moulin c. France*, de se prononcer sur la conformité à la Constitution du statut des magistrats du parquet. L'impatience de la doctrine se comprend aisément. Elle cède finalement sa place à la déception : le Conseil constitutionnel ne saisit pas l'occasion ainsi présentée, et affirme la conformité à la Constitution de l'article 5 de l'ordonnance du 22 décembre 1958⁵

² Cour EDH, 23 novembre 2010, *Moulin c. France*, req. n° 37104/06, §5, D. 2010. 2761, édito. F. ROME, *JCP G* 2010, 1206, obs. F. SUDRE ; *Gaz. Pal.* 8-9 décembre 2010, p. 6, note O. BACHELET ; *Dr. pénal* 2010, alerte 58, obs. W. ROUMIER ; D. 2011. 26, point de vue F. FOURMENT ; D. 2011. 277, note J.-F. RENUCCI ; *Dr. pénal* 2011, chron. 1, obs. V. GEORGET ; Procédures 2011, comm. 30, obs. A-S. CHAVENT-LECLÈRE ; D. 2011. 338, note J. PRADEL ; D. 2011. 338, obs. S. LAVRIC ; *Dr. pénal* 2011, comm. 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Dr. pénal* 2011, chron. 3, obs. E. DREYER, n° 14 ; *AJDA* 2011. 889, chron. L. BURGORGUE-LARSEN ; *Rev. sc. crim.* 2011. 208, obs. D. ROETS ; *Dr. pénal* 2011, chron. 7, obs. V. LESCLOUS, n° 12 ; *RFDA* 2011. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE. V. déjà, Cour EDH, gde ch., 29 mars 2010, *Medvedyev et a. c. France*, req. n° 3394/03, spéc. §124, D. actu. 31 mars 2010, obs. S. LAVRIC ; *AJDA* 2010. 648, note S. BRONDEL ; *JCP G* 2010, 398, obs. F. SUDRE ; D. 2010. 952, entretien P. SPINOSI ; *JCP G* 2010, 454, obs. F. SUDRE ; D. 2010. 970, point de vue D. REBUT ; *Gaz. Pal.* 25-27 avril 2010, p. 15, note H. MATSOPOULOU ; *Dr. pénal* 2010. étude 12, note J-B. THIERRY ; D. 2010. 1386, obs. S. LAVRIC ; D. 2010. 1386, note J-F. RENUCCI ; D. 2010. 1390, note P. HENNION-JACQUET ; *Dr. pénal* 2010, chron. 7, obs. V. LESCLOUS, n° 25 ; *Rev. sc. crim.* 2010. 685, obs. J-P. MARGUÉNAUD ; *Dr. pénal* 2011, chron. 3, obs. E. DREYER, spéc. n° 13 ; *RFDA* 2011. 987, chron. H. LABAYLE et F. SUDRE.

³ Cass. crim., 15 décembre 2010, n° 10-83.674, *Bull. crim.* 2010 n° 207, *GAPP*, 7e éd., 2011, n° 28 ; *D. actu.*, 17 décembre 2010, obs. E. ALLAIN ; *Dr. pénal* 2012, chron. 1, obs. V. GEORGET, n° 19 ; D. 2011. 338, obs. S. LAVRIC ; D. 2011. 338, note J. PRADEL ; *JCP G* 2011, 214, note J. LEROY ; Procédures 2011, comm. 67, obs. A-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Dr. pénal* 2011, comm. 26, obs. A. MARON et M. HAAS ; *Rev. sc. crim.* 2011. 142, obs. A. GIUDICELLI ; *Cah. Cons. const.* 2011. 231, obs. W. MASTOR : « *c'est à tort que la chambre de l'instruction a retenu que le ministère public est une autorité judiciaire au sens de l'article 5 § 3 de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il ne présente pas les garanties d'indépendance et d'impartialité requises par ce texte et qu'il est partie poursuivante* ».

⁴ Art. 46§1 Conv. EDH : « *Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties* ».

⁵ Art. 5 ordonnance n° 58-1270 du 22 déc. 1958 portant loi organique relative au statut de la magistrature : « *Les magistrats du parquet sont placés sous la direction et le contrôle de leurs chefs hiérarchiques et sous l'autorité du garde des sceaux, ministre de la justice. À l'audience, leur parole est libre* ».

prévoyant la soumission des parquetiers au ministre de la Justice. Les arguments des requérants n'ont, en effet, pas convaincu : ces derniers avançaient que la soumission hiérarchique des parquetiers à l'exécutif contrevenait à l'article 64 de la Constitution consacrant le principe d'indépendance de l'autorité judiciaire, ainsi qu'à la séparation des pouvoirs, au droit à un procès équitable et aux droits de la défense.

Le Conseil constitutionnel part du postulat que le parquet, comme les magistrats du siège, fait partie de l'autorité judiciaire⁶. Or, cette dernière doit être indépendante, et cette indépendance est garantie par l'article 64 de la Constitution. Il concède néanmoins que les garanties attachées à l'indépendance de la magistrature assise ne peuvent être similaires à celles assortissant l'indépendance de la magistrature debout, dans la mesure où cette dernière contribue à mettre en œuvre la politique pénale du Gouvernement. Il poursuit en reconnaissant que le garde des Sceaux, placé au sommet de cette hiérarchie, peut émettre des instructions générales, et possède un pouvoir de nomination et de sanction à l'égard des parquetiers. Mais d'un autre côté, les juges constitutionnels relèvent que les parquetiers ne reçoivent plus d'instruction dans les affaires individuelles, exercent l'action publique dans le respect du principe d'impartialité, peuvent librement s'exprimer à l'oral, enquêtent à charge et à décharge et décident librement de l'opportunité des poursuites. Il conclut que ces garanties sont suffisantes pour l'indépendance du parquet, la nécessaire conciliation entre l'indépendance du parquet et les prérogatives du Gouvernement découlant de l'article 20 de la Constitution n'étant pas déséquilibrée.

On peut douter de la rigueur d'un tel raisonnement dans la mesure où, le parquet est nécessairement partial, puisqu'il assume certaines fonctions l'érigeant, tantôt en enquêteur lorsqu'il dirige les équipes d'enquête, tantôt en une véritable partie au procès, lorsqu'il requiert. De plus, de simples lignes directrices à vocation générale sont insuffisantes pour garantir l'indépendance du parquet : ainsi, affirmer que le Président de la République est garant de l'indépendance de l'autorité judiciaire, comme le fait l'article 64 de la Constitution, ou encore que le parquet enquête à charge et à décharge, ne suffisent pas à *mettre en œuvre* son indépendance, de manière effective. Dès lors, le système actuel, dont la structure est hiérarchisée, ne saurait être pérennisé : il convient, dès lors, de le repenser. À cet égard, deux solutions sont envisageables : soit lui concéder des fonctions qui ne nécessitent pas qu'il soit indépendant, en lui ôtant la charge de ses autres tâches pour les attribuer à

⁶ Ce raisonnement doit être confronté à celui tenu par la Cour EDH : en effet, cette dernière part du postulat que pour faire partie de l'autorité judiciaire, l'organe doit être indépendant. L'indépendance est l'une des conditions de qualification d'autorité judiciaire, permettant l'exercice des fonctions afférentes dans le respect des prescriptions de la Convention EDH.

un juge du siège, soit, d'assortir son statut de garanties permettant une indépendance effective pour l'accomplissement des fonctions la nécessitant.

II. Les exigences constitutionnelles face au terrorisme

Faisant figure de véritable cheval de bataille contemporain du législateur, la lutte contre le terrorisme a fait l'objet de multiples QPC durant l'année 2017. De l'étude générale de ces décisions, il ressort que le droit pénal est utilisé et mis à contribution par le biais de sa fonction préventive, floutant les frontières entre droit pénal et droit administratif, en incriminant de plus en plus en amont sur *l'iter criminis*. Cette tendance contribue à préférer la prévention à la répression, en passant par l'incrimination d'actes préparatoires, à tel point, d'ailleurs, que le Conseil constitutionnel a dû rappeler au législateur que la lutte contre le terrorisme ne doit pas se faire au mépris des grands principes du droit pénal, et notamment, de la théorie classique de l'infraction⁷. Trois décisions retiendront ici notre attention : deux d'entre elles concernant l'incrimination de consultation habituelle de sites terroristes (A), et la troisième concernant l'édition de l'infraction d'entreprise individuelle terroriste (B).

A. La consultation habituelle de sites internet terroristes

Deux QPC ont successivement passé les divers filtres juridictionnels pour arriver jusque devant le Conseil constitutionnel : une première invalidation du dispositif prévu par la loi du 3 juin 2016 n'ayant, en effet, pas suffi (**Cons. const. 2016-611 du 10 février 2017, M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]**⁸), le législateur a rebattu les cartes en prévoyant une incrimination nouvelle de la consultation habituelle de sites internet terroristes, ainsi présentée une seconde fois devant le Conseil constitutionnel (**Cons. const. n° 2017-682 QPC du 15 décembre 2017 M. David P. [Délit de consultation habituelle des sites internet**

⁷ P. BEAUVAIS, « L'infraction-obstacle terroriste à l'épreuve du contrôle constitutionnel de nécessité », *RSC* 2018. 75.

⁸ Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, *M. David P. [Délit de consultation habituelle de sites internet terroristes]*, *Dalloz actualité* 14 févr. 2017, obs. D. GOETZ ; *Dr. adm.* 2017, alerte 37 ; *AJDA* 2017. 433, obs. V. GOESEL-LE BIHAN ; *JCP G* 2017, 343, obs. A. GOGORZA et B. DE LAMY ; *JCP G* 2017, doct. 355, obs. C. CLAVERIE-ROUSSET, n° 5 ; *Comm. com. élect.* 2017, comm. 35, note A. LEPAGE ; *Gaz. Pal.* 2017 n° 294 p. 27, obs. F. FOURMENT ; *Constitutions* 2017. 91, obs. A. CAPELLO ; *Constitutions* 2017. 187 ; *Dalloz IP/IT* 2017. 289, obs. M. QUÉMÈNER ; *Dr. pén.* 2017, comm. 85, obs. P. CONTE ; *Gaz. Pal.* 2017 n° 298 p. 34, obs. S. SALLES ; *RFDA* 2017. 561, chron. A. ROBLLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; *RSC* 2017. 385, obs. B. DE LAMY ; *Dr. pén.* 2017, chron. 11, obs. A. LEPAGE, n° 2 ; *JCP G* 2018 doct. 90, chron. B. MATHIEU et A-L. CASSARD-VALEMBOSIS, n° 18 ; *RSC* 2018. 75, obs. P. BEAUVAIS.

terroristes II)⁹). Là encore, le Conseil constitutionnel retient le défaut de conformité à la Constitution, et pour les mêmes raisons.

Une comparaison de la rédaction des textes est éclairante. Dans la première décision du 10 février, l'incrimination litigieuse¹⁰ était édictée en les termes suivants : « Le fait de consulter habituellement un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende ». Son second alinéa déterminait que cet article ne peut s'appliquer lorsque l'internaute est de bonne foi. La seconde incrimination¹¹, objet de la décision du 15 décembre, était rédigée comme suit : « Le fait de consulter habituellement et sans motif légitime un service de communication au public en ligne mettant à disposition des messages, images ou représentations soit provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme, soit faisant l'apologie de ces actes lorsque, à cette fin, ce service comporte des images ou représentations montrant la commission de tels actes consistant en des atteintes volontaires à la vie est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service ». Le second alinéa précisait la teneur de ce « motif légitime ».

Les griefs retenus par le Conseil constitutionnel dans la décision du 10 février sont relatifs à l'absence d'élément psychologique. Les juges constitutionnels pointent au législateur que « ces dispositions répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que

⁹ Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, *M. David P.* [Délit de consultation habituelle des sites internet terroristes II], *Dalloz actualité* 19 déc. 2017, obs. D. GOETZ ; *AJDA* 2017. 2499, obs. M-C. DE MONTECLER ; *JCP G* 2017, 1373, obs. E. DERIEUX ; *JCP A* 2017, act. 866 ; *D.* 2018. 97, note Y. MAYAUD ; *JCP G* 2018, 109, note A. GOGORZA et B. DE LAMY ; *JCP E* 2019, 1043, chron. N. MALLET-POUJOL (dir.), n° 20 ; *Dr. pén.* 2018, comm. 22, note P. CONTE ; *Dr. adm.* 2018, alerte 21 ; *Comm. com. électr.* 2018 comm. 13, note A. LEPAGE ; *JCP G* 2018, doct. 469, chron. J-H. ROBERT, C. CLAVERIE-ROUSSET, S. DETRAZ et J-B. PERRIER, n° 6 ; *RSC* 2018. 75, obs. P. BEAUVAIS ; *D.* 2018. 1344, obs. E. DEBAETS et N. JACQUINOT ; *Constitutions* 2018. 99, chron. A. PONSEILLE.

¹⁰ Art. 421-2-5-2 c. proc. pén. issu de la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale.

¹¹ Art. 421-2-5-2 c. proc. pén. issu de la loi n° 2017-258 du 28 févr. 2017 relative à la sécurité publique.

soit l'intention de l'auteur de la consultation, dès lors que cette consultation ne résulte pas de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, qu'elle n'intervient pas dans le cadre de recherches scientifiques ou qu'elle n'est pas réalisée afin de servir de preuve en justice »¹². Ce faisant, le Conseil constitutionnel affirme qu'une incrimination doit nécessairement comporter un élément psychologique, sous peine de porter une atteinte non nécessaire et disproportionnée à la liberté de communication et à la participation de la vie démocratique, dont Internet est devenu l'un des vecteurs. Cependant, cet élément psychologique doit être d'une certaine teneur, revêtir un certain relief : la seconde saisine en est l'illustration.

Dans la décision du 15 décembre, en effet, le Conseil constitutionnel détermine que l'adjonction par le législateur de l'expression « lorsque cette consultation s'accompagne d'une manifestation de l'adhésion à l'idéologie exprimée sur ce service » n'est pas suffisante pour incriminer ce comportement.

En effet, il ne s'agit pas là de l'élément constitutif du délit décrit, puisque cela reviendrait à incriminer la simple idéologie : « cette consultation et cette manifestation ne sont pas susceptibles d'établir à elles seules l'existence d'une volonté de commettre des actes terroristes. Les dispositions contestées répriment donc d'une peine de deux ans d'emprisonnement le seul fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, sans que soit retenue l'intention terroriste de l'auteur de la consultation comme élément constitutif de l'infraction »¹³.

On relèvera, à l'instar des professeurs Gogorza et de Lamy¹⁴ que « l'adhésion à l'idéologie véhiculée par le site internet ne doit pas être confondue avec la volonté de commettre un acte terroriste ». L'incrimination faisant l'objet de la seconde QPC se caractérisait par une intervention bien trop en amont sur *l'iter criminis*, à tel point que la psychologie du délit était bien trop distendue, bien trop éloignée de la valeur sociale protégée par l'incrimination, voire quasiment sans rapport avec elle, puisque l'adhésion à l'idéologie portée par les sites internet en question ne traduit pas la volonté de commettre un acte terroriste.

¹² Cons. const., déc. n° 2016-611 QPC du 10 févr. 2017, *M. David P., op. cit.*, para. 14, c'est nous qui soulignons.

¹³ Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, *M. David P., op. cit.*, para. 14.

¹⁴ A. GOGORZA et B. DE LAMY, « La seconde mort constitutionnelle du délit de consultation habituelle de sites terroristes », *JCP G* 2018, 109, note sous Cons. const., déc. n° 2017-682 QPC du 15 déc. 2017, *M. David P.*

B. L'entreprise individuelle terroriste

Dans le même sens que les décisions ci-dessus étudiées, la censure de l'incrimination de l'entreprise individuelle terroriste¹⁵ découle de la distorsion des éléments constitutifs de l'infraction. Le législateur, à trop vouloir intervenir en amont, à trop vouloir anticiper et prévenir, se heurte ici encore aux droits et libertés que la Constitution garantit ; mais de manière surprenante, ce n'est pas sur le terrain de la légalité que le Conseil constitutionnel censure. Il considère, de manière novatrice, qu'est rédhibitoire l'atteinte portée aux principes de *nécessité des délits*, et de manière moins remarquable, à la nécessité des peines.

Le Conseil commence par constater que le texte litigieux dispose que constituent des actes terroristes plusieurs actes éclectiques, listés, constituant de simples actes préparatoires à une infraction. Cependant, il relève immédiatement que ces actes sont préparatoires à des infractions portant atteinte à la personne humaine, et s'inscrivant dans une volonté terroriste. De plus, pour que l'infraction ainsi instituée soit constituée, il convient de caractériser plusieurs actes matériels, ces derniers devant caractériser la préparation d'une infraction à caractère terroriste. Le Conseil constitutionnel émet à ce titre une réserve d'interprétation voulant que « la preuve de l'intention de l'auteur des faits de préparer une infraction en relation avec une entreprise individuelle terroriste ne saurait, sans méconnaître le principe de nécessité des délits et des peines, résulter des seuls faits matériels retenus comme actes préparatoires, au titre des 1° et 2° du paragraphe I de l'article 421-2-6 du code pénal. Enfin, ces faits matériels doivent corroborer cette intention »¹⁶.

La formulation de cette réserve d'interprétation permet de valider la disposition législative en la reconnaissant conforme à la Constitution. Cependant, l'article litigieux prévoit, au titre des actes préparatoires, le fait de « rechercher [...] des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ». La censure est prononcée sur ce point, au motif que « le législateur a

¹⁵ Cons. const., déc. n° 2017-625 QPC du 7 avr. 2017, *M. Amadou S.* [Entreprise individuelle terroriste] ; *Dr. adm.* 2017, alerte 71 ; *D.* 2017. 1180, obs. N. CATELAN et J-B PERRIER ; *D.* 2017. 1134, obs. Y. MAYAUD ; *JCP G* 2017, 670, obs. S. PELLÉ ; *Gaz. Pal.* 4 juill. 2017, n° 298, p. 34, obs. S. SALLES ; *JCP G* 2017, doct. 875, chron. B. MATHIEU ; *RSC* 2017. 385, obs. B. DE LAMY ; *Constitutions* 2017. 337 ; *Constitutions* 2017. 267, obs. A. PONSEILLE ; *JCP G* 2017, doct. 1173, note C. CLAVERIE-ROUSSET, n° 7 ; *D.* 2017. 2501, chron. G. ROUJOU DE BOUBÉE, T. GARÉ, C. GINESTET, M-H. GOZZI, S. MIRABAIL et E. TRICOIRE ; *JCP G* 2018, doct. 938, chron. M. VERPEAUX et A. MACAYA, n° 17 ; *D.* 2018. 1344, chron. E. DEBAETS et N. JACQUINOT ; *RSC* 2018. 75, obs. P. BEAUVAIS ; *JCP G* 2019, doct. 496, note C. CLAVERIE-ROUSSET, n° 5.

¹⁶ Cons. const., déc. n° 2017-625 QPC du 7 avr. 2017, *M. Amadou S.*, *op. cit.*, para. 16.

permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction »¹⁷.

En ne censurant pas le reste de la disposition, il érige l'intention terroriste en pierre d'achoppement de la répression de l'infraction terroriste, puisqu'en son absence, la répression ne vise que des actes préparatoires, ne pouvant être incriminés à titre d'infraction de droit commun, par manque d'extériorisation, de matérialité, et dont l'accomplissement ne permet pas d'affirmer la volonté de commettre une infraction.

Il faudrait s'inquiéter de la distance que prend le législateur avec les principes cardinaux du droit pénal, et notamment, la matérialité et l'intentionnalité des infractions. Heureusement, le Conseil constitutionnel remplit la tâche de contre-pouvoir lui étant dévolue, et prenant tout son sens à travers l'exercice du contrôle de nécessité des incriminations. D'ailleurs, la technique de contrôle adoptée par les juges constitutionnels évolue en ce sens, et notamment, l'utilisation qu'il fait de l'article 8 de la déclaration de 1789 est remarquable et novatrice. On ne saurait trop se réjouir de l'utilisation des pleines potentialités de cette norme de référence : l'heure d'un véritable contrôle de la nécessité des incriminations aurait-elle sonné¹⁸ ?

III. Les principes du droit pénal appliqués aux sanctions ayant le caractère de punitions

Dans le prolongement de sa jurisprudence traditionnelle, le Conseil constitutionnel continue d'appliquer les principes du droit pénal aux sanctions ayant le caractère de punitions¹⁹ (A). À cet égard, l'année 2017 fut l'occasion de préciser la portée de sa jurisprudence, somme toute novatrice, relative aux cumuls répressifs, mettant en jeu l'application du principe de nécessité (B).

¹⁷ Cons. const., déc. n° 2017-625 QPC du 7 avr. 2017, *M. Amadou S.*, *op. cit.*, para. 17.

¹⁸ Pour davantage de développements, v. R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations », in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.

¹⁹ Cons. const., n° 82-155 DC du 30 déc. 1982, *Loi de finances rectificative pour 1982* ; *D.* 1984, IR. 472, obs. L. HAMON ; *Pouvoirs* 1983, n° 25, p. 199, obs. P. AVRIL et J. GIQUEL ; cons. 33 : « le principe de non-rétroactivité ainsi formulé ne concerne pas seulement les peines appliquées par les juridictions répressives, mais s'étend nécessairement à toute sanction ayant le caractère d'une punition même si le législateur a cru devoir laisser le soin de la prononcer à une autorité de nature non judiciaire ».

A. Les principes d'impartialité et de proportionnalité

Il conviendra d'envisager successivement les décisions rendues concernant l'applicabilité des principes d'indépendance et d'impartialité aux autorités disposant d'un pouvoir de sanction (1), ainsi que celles concernant l'application du principe de proportionnalité issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789 (2). Elles s'inscrivent en effet au cœur d'une actualité brûlante ; pour autant, leur apport n'est pas majeur. En effet, pour la plupart, elles ancrent encore davantage des jurisprudences dont la pérennité est déjà bien établie.

1) L'applicabilité des principes d'indépendance et d'impartialité

« Considérant que le principe de la séparation des pouvoirs, non plus qu'aucun autre principe ou règle de valeur constitutionnelle, ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative indépendante, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission, dès lors que l'exercice de ce pouvoir est assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis ; qu'en particulier, doivent être respectés le principe de la légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toute sanction ayant le caractère d'une punition, même si le législateur a laissé le soin de la prononcer à une autorité de nature non juridictionnelle ; que doivent également être respectés les principes d'indépendance et d'impartialité découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 ». C'est en ces termes que le Conseil constitutionnel affirme depuis 2012 la soumission des autorités administratives indépendantes dotées d'un pouvoir de sanction aux principes d'indépendance et d'impartialité²⁰.

²⁰ Pour une première affirmation, v. Cons. const., déc. n° 2012-280 QPC du 12 oct. 2012, *Société Groupe Canal Plus et autre* [Autorité de la concurrence : organisation et pouvoir de sanction], *JCP E* 2012, act. 632 ; *JCP A* 2012, act. 690 ; *D.* 2012. 2382 ; *AJDA* 2012. 1928, obs. D. POUPEAU ; *Contrats, conc. consom.* 2012, alerte 66 ; *Dr. adm.* 2012 comm. 94 obs. M. BAZEX ; *Comm. com. électr.* 2012, comm. 134, obs. V. PIRONON ; *RJEP* 2013, étude 2, note B. GENEVOIS ; *RFDA.* 2013. 144, chron. A. ROBLLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; *Gaz. Pal.* 2013, n° 99, note T. PIAZZON ; *Constitutions* 2013. 95, obs. O. LE BOT ; *LPA*, 6 mai 2013, n° 90, p. 7, chron. C. TABOUROT-HYEST, C. BOILLOT et S. MESSAÏ-BAHRI ; *D.* 2013. 1584, chron. N. JACQUINOT et A. MANGIAVILLANO. V. ensuite : Cons. const., déc. n° 2013-331 QPC du 5 juill. 2013, *Société Numéricable SAS et autre* [Pouvoir de sanction de l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes], *JCP A* 2013, act. 619 ; *JCP E* 2013, 608, obs. P. WILHELM ; *D.* 2013. 1689 ; *AJDA* 2013. 1421, obs. R. GRAND ; *AJDA* 2013. 1953, étude M. LOMBARD, S. NICINSKI et E. GLASER ; *RFDA* 2013. 1255, chron. A. ROBLLOT-TROIZIER et G. TUSSEAU ; *Constitutions* 2013. 437, chron. O. Le BOT ; *RJEP* 2014, comm. 23, obs. H. PAULIAT ; Cons. const., déc. n° 2015-489 QPC du 14 oct. 2015, *Société Grands*

Ses décisions n° 2016-616/617 du 9 mars 2017 (**Cons. const., n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, Société Barnes et autre [Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions]**²¹) et n° 2017-675 du 24 novembre 2017 (**Cons. const., n° 2017-675 QPC du 24 novembre 2017, Société Queen Air [Procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires]**²²) réaffirment cela, et censurent les dispositions litigieuses en raison de l'absence de séparation des fonctions de poursuite et de jugement dans les deux cas. La première décision, concernant la Commission nationale des sanctions, précise qu'elle « est une autorité administrative dotée d'un pouvoir de sanction, qui n'est pas soumise au pouvoir hiérarchique d'un ministre. Elle doit en conséquence respecter les exigences d'impartialité découlant de l'article 16 de la déclaration des droits de l'homme »²³. Or, il lui revient, d'une part, de notifier les griefs, cette notification équivalant à une mise en mouvement de l'action répressive, à l'ouverture des poursuites ; mais il lui incombe également, d'autre part, de statuer au fond par une décision motivée. Dans la seconde décision, il était question de l'Autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires (ACNUSA) : son président disposait du pouvoir d'apprécier l'opportunité des poursuites des manquements constatés, alors qu'il était tout à la fois membre de la formation de jugement de ces mêmes manquements ; la censure est, ici encore, inévitable pour le Conseil.

Si la première décision ne présente nulle réelle originalité, il est à noter que l'apport de la seconde décision est davantage remarquable. En effet, le Conseil constitutionnel y affirme la soumission d'autorités administratives ne constituant pas des AAI au sens de la loi²⁴ aux principes d'impartialité et d'indépendance découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789. Le Conseil constitutionnel se contente d'affirmer qu'en tant qu'autorité administrative, dotée d'un pouvoir de sanction, et non soumise au Gouvernement, la Commission nationale des sanctions doit respecter lesdits principes. Ce faisant, il affirme que les garanties découlant de l'article 16 de la Déclaration de 1789 s'imposent à toute autorité susceptible de prononcer une sanction, et non

Moulins de Strasbourg SA et autre [Saisine d'office et sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence], *D.* 2015. 2068 ; *RTD com.* 2015. 703, obs. E. CLAUDEL ; *Constitutions* 2015. 638 ; *Contrats, conc. consom.* 2015, comm. 289, obs. D. BOSCO.

²¹ Cons. const., n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autre* [Procédure de sanction devant la Commission nationale des sanctions] ; *D.* 2017. 564 ; *Procédures* 2017, comm. 114, obs. N. CHIFFLOT ; 2017. 278, obs. O. LE BOT.

²² Cons. const., n° 2017-675 QPC du 24 nov. 2017, *Société Queen Air* [Procédure de sanction devant l'autorité de contrôle des nuisances aéroportuaires], *AJDA* 2017. 2336 ; *D.* 2017. 2364 ; *Constitutions* 2017. 591, chron. O. LE BOT.

²³ Cons. const., n° 2016-616/617 QPC du 9 mars 2017, *Société Barnes et autre*, *op. cit.*, para. 8.

²⁴ V. loi n° 2017-55 du 20 janv. 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

soumise à une quelconque autorité de l'exécutif, sans toutefois devoir être formellement qualifiée d'AAI.

2) L'application du principe de proportionnalité

Deux décisions rendues respectivement le 16 mars 2017 (**Cons. const., déc. n° 2016-618 QPC du 16 mars 2017, Mme Michelle Theresa B. [Amende pour défaut de déclaration de trust]**²⁵) et le 27 octobre 2017 (**Cons. const., déc. n° 2017-667 QPC du 27 octobre 2017, M. Didier C. [Amende proportionnelle pour défaut de déclaration des contrats de capitalisation souscrits à l'étranger]**²⁶) traitent de l'application du principe de proportionnalité issu de l'article 8 de la Déclaration de 1789. Dans les deux cas, le Conseil constitutionnel censure des dispositions en raison de son non-respect. La disproportion résulte de trois éléments : d'une part, le montant de l'amende litigieuse n'est pas plafonné ; d'autre part, ce montant est fixé en proportion des biens ou des droits placés dans le trust pour la première décision, et en proportion de la valeur des contrats non déclarés dans la seconde ; enfin, l'amende est applicable en répression d'un simple manquement à une obligation déclarative, alors même que les sommes en question n'auraient pas été soustraites à l'impôt. Tous ces éléments conduisent à la censure pour disproportion manifeste entre la sévérité de la sanction, et la gravité du fait réprimé.

Cette jurisprudence n'est pas nouvelle : le Conseil constitutionnel avait déjà statué dans le même sens à propos d'une amende fiscale dont le montant était proportionnel au montant figurant sur des comptes bancaires non déclarés ouvert ou clos à l'étranger, et ce, pour un simple manquement déclaratif (**Cons. const., déc. n° 2016-554 QPC du 22 juillet 2016, M. Gilbert B. [Amende**

²⁵ Cons. const., déc. n° 2016-618 QPC du 16 mars 2017, *Mme Michelle Theresa B.* [Amende pour défaut de déclaration de trust], *D.* 2017. 650 ; *Dr. fiscal* 2017, act. 202 ; *JCP E* 2017, act. 238 ; *JCP N* 2017, act. 403 ; *LPA* 27 avril 2017, n° 125, p. 4, obs. A. PANDO ; *RFP* 2017, 95, obs. E. MARGUERITE ; *Constitutions* 2017. 192 ; *Dr. fiscal* 2017, comm. 323, note N. JACQUOT et P. MISPELON ; *Dr. pén.* 2017, comm. 82, note V. PELTIER ; *JCP G* 2017, doct. 875, obs. B. MATHIEU, n° 29 ; *Dr. pén.* 2018, chron. 3, obs. E. BONIS et V. PELTIER, n° 3 et 4 ; *LPA* 25 juill. 2018, n° 138, p. 12, chron. M. VERPEAUX, L. BAGHESTANI, A-C. BEZZINA, B-L. COMBRADE, M. BOUAZIZ et C. RIMBAULT ; *JCP G* 2018, doct. 938, chron. M. VERPEAUX et A. MACAYA, n°s 15 et 17.

²⁶ Cons. const., déc. n° 2017-667 QPC du 27 oct. 2017, *M. Didier C.* [Amende proportionnelle pour défaut de déclaration des contrats de capitalisation souscrits à l'étranger], *D.* 2017. 2155 ; *JCP N* 2017, act. 931 ; *JCP E* 2017, act. 829 ; *RFP* 2017, 234 ; *Constitutions* 2017. 648 ; *Dr. pén.* 2018, chron. 3, chron. E. BONIS et V. PELTIER, n° 4 ; *JCP G* 2019, doct. 352, obs. M. VERPEAUX et A. MACAYA, n° 22.

pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger II)²⁷.

B. Les cumuls répressifs, ou la portée du contrôle de nécessité

De longue date, le Conseil constitutionnel reconnaît la validité de principe des cumuls de poursuites et de sanctions en matière pénale et extra-pénale²⁸. Le contrôle constitutionnel de la nécessité des cumuls répressifs s'est précisé avec la décision du 18 mars 2015²⁹ : le Conseil constitutionnel y dégage quatre critères : le cumul de poursuites est nécessaire si les deux procédures visent des faits différents, ou protègent des intérêts sociaux différents, ou conduisent à des sanctions de nature différente, ou relèvent d'ordres de juridiction différents³⁰.

²⁷ Cons. const., déc. n° 2016-554 QPC du 22 juill. 2016, *M. Gilbert B.* [Amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger II], *JCP E* 2016, act. 642 ; *D.* 2016. 1570 ; *Dr. fiscal* 2016, act. 481 ; *JCP N* 2016, act. 938 ; *JCP N* 2016, act. 973 ; *Gaz. Pal.* 27 sept. 2016, n° 275, p. 78, obs. M. ROUSSILLE ; *RFP* 2016, 224, J.-J. LUBIN ; *RFP* 2016, 14, note É. PORNIN ; *Constitutions* 2016. 532 ; *Gaz. Pal.* 6 déc. 2016, n° 281, p. 43, obs. S. SALLES ; *BJS* déc. 2016, n° 115, p. 749, chron. D. GUTMANN, L. CHETCUTI, P. GOUR, A. PÉRIN-DUREAU et M. SADOWSKY ; *NCCC* 2017, n° 54, p. 163, note S. AUSTRY ; *JCP G* 2017, doct. 65, obs. B. MATHIEU, n° 6 ; *Dr. fiscal* 2017, 147, obs. C. ACARD, n° 14 ; *Dr. pén.* 2017, chron. 3, E. BONIS et V. PELTIER, n° 7 ; *RFFP* mai 2017, n° 138, p. 325, note A. BARILARI ; *JCP G* 2018, doct. 298, chron. M. VERPEAUX et A. MACAYA, n° 21.

²⁸ Cons. const., déc. n° 89-260 DC du 28 juill. 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier* ; *RFDA* 1989. 671, note B. GENEVOIS, cons. 22 : « si l'éventualité d'une double procédure peut ainsi conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique, qu'en tout état de cause, le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues ».

²⁹ Cons. const., n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres* [Cumul des poursuites pour délit d'initié et des poursuites pour manquement d'initié], cons. 28 ; *JCP E* 2015, act. 267, note E. STERU ; *Dr. sociétés* 2015, comm. 94, note S. TORCK ; *D.* 2015. 894, note A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT ; *D.* 2015. 874, point de vue O. DÉCIMA ; *D.* 2015. 1506, obs. C. MASCALA ; *D.* 2015. 1738, chron. J. PRADEL ; *D.* 2015. 2465, obs. C. GINESTET ; *AJDA* 2015. 1191, étude P. IDOUX, S. NICINSKI et E. GLASER ; *AJ pénal* 2015. 172, étude C. MAURO ; *AJ pénal* 2015. 179, étude J. BOSSAN ; *AJ pénal* 2015. 182, étude J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *Rev. sociétés* 2015. 380, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2015. 374, obs. F. STASIAK ; *RSC* 2015. 705, obs. B. DE LAMY ; *RTD com.* 2015. 317, obs. N. RONTCHEVSKY ; *JCP* 2015. 368, note F. SUDRE ; *JCP* 2015. 369, note J.-H. ROBERT ; *Dr. pén.* 2015. comm. 79, obs. V. PELTIER ; *Gaz. Pal.* 2015, n° 132, p. 7, obs. J.-M. MOULIN ; *D.* 2017. 1328, chron. N. JACQUINOT et R. VAILLANT.

³⁰ Ce dernier critère n'est utilisé qu'une seule fois de plus, avant que le Conseil ne l'abandonne : Cons. const., n° 2015-513/514/526 QPC du 14 janv. 2016, *M. Alain D. et autres*, [Cumul des poursuites pénales pour délit d'initié avec des poursuites devant la commission des sanctions de l'AMF pour manquement d'initié - II] ; *D.* 2016. 931, note O. DÉCIMA ; *D.* 2016. 1836, obs. C. MASCALA ; *D.* 2016. 2424, obs. C. GINESTET ; *D.* 2017. 1328, obs. N. JACQUINOT et R. VAILLANT ; *Rev. sociétés* 2016. 246, note

Les QPC se succédant, le Conseil a affiné ces critères, et notamment, la décision n° 2016-621 du 30 mars 2017 (**Cons. const., déc. n° 2016-621 du 30 mars 2017, Société Clos Teddi et autre [Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger]**³¹) illustre les difficultés à suivre le raisonnement pour le moins approximatif des juges constitutionnels en ce qui concerne l'appréciation de l'identité de nature des sanctions.

La disposition litigieuse prévoyait qu'un chef d'entreprise employant un étranger sans titre de travail lui permettant d'exercer en France s'exposait à des poursuites pénales (article L. 8256-2 Code du travail) et des poursuites administratives (article L. 8253-1 Code du travail), pouvant potentiellement aboutir au prononcé d'une amende pénale et d'une « contribution spéciale », recouvrée par l'État et reversée en grande partie à l'Office Français de l'Immigration et de l'Intégration. Le saisissant contestait ce cumul.

Le raisonnement du Conseil constitutionnel suivi dans cette espèce représente parfaitement l'aboutissement de l'évolution de son contrôle de nécessité dont les bases furent posées le 18 mars 2015³². Puisqu'il suffit que l'une des identités fasse défaut pour que la nécessité du dispositif soit reconnue, le contrôle constitutionnel se focalise uniquement sur le critère de l'identité de nature des sanctions, présentant une malléabilité bien commode pour circonscrire la portée de la décision de 2015. Le Conseil constitutionnel en déduit, à propos de la décision étudiée, que ces dernières sont comparables dans leur montant ; toutefois, parce que le juge pénal peut prononcer une peine d'emprisonnement ou de dissolution – concernant les personnes morales – ainsi que des peines complémentaires, les sanctions sont de natures différentes.

L'on ne peut que déplorer l'absence de rigueur dans le raisonnement du Conseil constitutionnel, ne serait-ce qu'à travers la terminologie adoptée : sous couvert d'identité de nature des sanctions, c'est bien de la sévérité des sanctions dont il apprécie l'identité.

E. DEZEUZE et G. PELLEGRIN ; *Constitutions* 2016. 261, chron. M. DISANT ; *RSC* 2016. 293, obs. F. STASIAK ; *RTD com.* 2016. 151, obs. N. RONTCHEVSKY ; *Dr. pén.* 2016, comm. 52, note V. PELTIER ; *Bull. Joly Bourse* 2016, n° 3, p. 90, note T. BONNEAU ; *RD bancaire et fin.* 2016 comm. 96, obs. P. PAILLER.

³¹ Cons. const., déc. n° 2016-621 QPC du 30 mars 2017, *Société Clos Teddi et autre* [Cumul des poursuites pénales et administratives en cas d'emploi illégal d'un travailleur étranger] ; *D.* 2017. 765 ; *Constitutions* 2017. 296, chron. C. POULY ; *RSC* 2017. 325, obs. A. CERF-HOLLENDER ; *D.* 2018. 1344, chron. E. DEBAETS et N. JACQUINOT.

³² Cons. const., n° 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC du 18 mars 2015, *M. John L. et autres*, *op. cit.*

Droit des biens et droit pénal

Guillaume BEAUSSONIE

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

Codirecteur de l'Institut Roger Merle

Le droit pénal des biens trouve son cœur dans le livre III du code pénal consacré aux « crimes et délits contre les biens ». Il s'agit, en vérité, de protéger la propriété, la considération envers le bien n'étant que la manifestation de l'importance qu'attache le législateur à la préservation du lien qui l'unit à son propriétaire, autrement dit la propriété. Ce lien, en effet, caractérise une institution sociale sans laquelle la sécurité et les échanges seraient impossibles, d'où sa prise en compte par le droit le plus puissant qui soit. Il n'est pas impossible, au surplus, que l'inhabituelle dignité du bien ne déteigne pas de celle de la personne qui le possède.

Dans l'optique de cette « veille », deux précisions doivent néanmoins être apportées : en premier lieu, il existe un droit pénal de la propriété en dehors du code pénal, qui incrimine par exemple la contrefaçon, atteinte à la propriété intellectuelle, ou encore l'abus de biens sociaux, atteinte au patrimoine de certaines sociétés ; en second lieu, il existe, au sein du livre III du code pénal, des infractions qui ne représentent pas vraiment des atteintes à la propriété, par exemple les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données (STAD) ou le blanchiment.

Par facilité, nous nous contenterons néanmoins d'analyser les évolutions qui ont marqué les infractions contre les biens les moins polémiques que sont le vol (I), l'escroquerie (II) et l'abus de confiance (III). Il s'est déjà, à ces égards, passé nombre de choses.

I. Le vol

En ce qui concerne le vol, les deux principales questions sont celle de la possibilité d'appliquer l'infraction à des informations ou à des données (A) et celle de la détermination de la propriété de certaines choses éventuellement abandonnées (B).

A. La soustraction d'informations

La capacité du vol à s'appliquer aux informations, toujours polémique, fait néanmoins l'objet de confirmations récurrentes et récentes par la chambre criminelle de la Cour de cassation. Elle suppose une adaptation de la notion de soustraction à l'immatérialité de ces biens.

La jurisprudence a effectivement, depuis les années 1970-1980, considéré que, dans une certaine mesure, le vol d'informations devait être réprimé. De la sorte, sans véritable arrêt de principe, plusieurs décisions ont, depuis au moins une trentaine d'années, dessiné le modèle d'une soustraction adaptée à une telle répression, plus intuitivement que systématiquement, jusqu'à ce qu'un arrêt récent le consacre dans un attendu suffisamment général : « le libre accès à des informations personnelles sur un réseau informatique d'une entreprise n'est pas exclusif de leur appropriation frauduleuse par tout moyen de reproduction »¹. En l'espèce, il était question d'un avocat qui avait téléchargé des informations qui lui étaient accessibles par le biais du système informatique du cabinet, mais dont son associé avait seul, en raison de leur caractère personnel, le pouvoir de disposer. Le premier est consécutivement condamné pour vol – d'informations – au préjudice du second. Il est ainsi affirmé, de façon explicite, que la soustraction frauduleuse d'une information prend inéluctablement la forme d'une reproduction, quel que soit le moyen utilisé à cette fin. En effet, qu'il s'agisse de photocopier des documents appartenant à son employeur², de copier le contenu de disquettes³ ou de disques-durs⁴ appartenant à une société, de transférer d'une messagerie électronique professionnelle à une messagerie personnelle des documents de son employeur⁵, ou encore de télécharger des données d'une agence nationale⁶, il est toujours question, lorsqu'il y a vol d'informations, de reproduire ces dernières, c'est-à-dire de produire une nouvelle version de leur contenu. La soustraction-reproduction est donc la forme qu'emprunte nécessairement la

¹ Crim. 28 juin 2017, n° 16-81.113 ; *D.* 2017. 1885, obs. G. BEAUSSONIE ; *ibid.* 2501, obs. T. GARÉ ; *AJ pénal* 2017. 448, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *RSC* 2017. 752, obs. H. MATSOPOULOU ; *Dr. pénal* 2017, n° 141, obs. P. CONTE ; *Gaz. pal.* 24 oct. 2017, p. 50, obs. S. DETRAZ.

² Crim. 8 janv. 1979, n° 77-93.038 ; *Bull. crim.* n° 13 ; *D.* 1979. 509, note P. CORLAY ; *RSC.* 1979. 571, note P. BOUZAT.

³ Crim. 12 janv. 1989, *Bull. crim.* n° 14.

⁴ Crim. 4 mars 2008, n° 07-84.002 ; *D.* 2008. 2213, note S. DETRAZ ; *Comm. com.- électr.* 2008, étude 25, J. HUET ; Crim. 7 nov. 2018, n° 17-82.459.

⁵ Crim. 16 juin 2011, n° 10-85079 ; *Bull. crim.* n° 134 ; *D.* 2011. 2254, note G. BEAUSSONIE ; *RTD com.* 2011. 806, obs. B. BOULOC ; *RSC* 2011. 853, obs. A. CERF-HOLLENDER (même si l'infraction était, en l'espèce, justifiée).

⁶ Crim. 20 mai 2015, n° 14-81.336 ; *AJ pénal* 2015. 413, note E. DREYER ; *D.* 2015. 1466, note L. SAENKO ; *JCP G* 2015. 887, note G. BEAUSSONIE ; *Dr. pénal* 2015, comm. 106, obs. M. VÉRON ; *ibid.*, n° 123, obs. P. CONTE ; *ibid.*, chron. 10, obs. A. LEPAGE.

soustraction d'informations, cette dernière demeurant un véritable vol. Cette jurisprudence, très critiquée⁷, pourrait bien se tarir à l'aune de l'incrimination spécifique, par l'article 323-3 du code pénal, de l'extraction des données contenues par un système de traitement automatisé de données (STAD).

B. L'appréciation de l'abandon

Une chose abandonnée n'est pas volée par celui qui l'appréhende. Dans certaines situations, l'abandon d'une chose est peu polémique, soit parce que la chose concernée a peu de valeur, soit parce qu'elle a été jetée à la poubelle, soit encore parce que ces deux éléments se conjuguent. Inversement, l'absence d'abandon s'avère peu discutable lorsque la chose a de la valeur et/ou qu'elle n'a pas vraiment été jetée⁸.

Dans d'autres situations, en revanche, l'appréciation s'avère beaucoup plus complexe. La chambre criminelle de la Cour de cassation a pu, par exemple, condamner pour recel un salarié et son délégué syndical qui avaient produit, lors d'une instance prud'homale, l'exemplaire reconstitué d'une lettre déchirée que leur employeur avait préalablement jetée dans sa corbeille à papier⁹. Difficile à interpréter, cette solution ne peut se justifier, semble-t-il, qu'à la condition de percevoir l'objet litigieux, non dans le support, vis-à-vis duquel l'employeur a manifesté son indifférence en s'en débarrassant, mais dans l'information qu'il contenait, que ce même employeur avait, en revanche, entendu dissimuler, en la rendant inaccessible à quiconque par la destruction puis par la déréliction du support. Recentrée de la sorte sur le bon objet, la décision s'explique plus aisément : la volonté du propriétaire de l'information n'étant pas de la laisser à la merci des autres mais, au contraire, d'empêcher les autres de s'en saisir, celui qui a reconstitué le document dans le seul but d'appréhender l'information qu'il contenait a effectivement commis un vol. En aval, l'utilisation consécutive de cette information par le salarié et son délégué syndical a consommé un recel.

⁷ V. par ex., parmi mille autres écrits, notre étude : À propos d'une controverse contemporaine et persistante : le vol d'informations, *RDA* n° 17, déc. 2018, p. 99.

⁸ V. récemment Crim. 12 mai 2015, n° 14-83.310 : à propos d'une somme d'argent de 130 760 € que le prévenu aurait découverte dans un sac dont se serait débarrassé sous ses yeux un individu, en vue d'échapper aux poursuites d'un tiers, la chambre criminelle conforte la condamnation du prévenu pour vol, les juges du fond ayant relevé que « le bien ne pouvait néanmoins être regardé comme ayant été volontairement abandonné, dès lors que, eu égard à sa grande valeur et aux circonstances dans lesquelles son détenteur s'en était dessaisi, il [était] manifeste que ce dernier avait l'intention de venir le rechercher après avoir échappé à son poursuivant ».

⁹ Crim. 10 mai 2005, n° 04-85.349, *Bull. crim.* n° 145.

Récemment, dans un arrêt du 15 décembre 2015 rendu aussi par la chambre criminelle, il était question d'un vol de denrées alimentaires qui n'a pas été réprimé. Les denrées alimentaires étaient périmées et elles avaient été, en conséquence, jetées à la poubelle « dans l'attente », donc dans l'optique de leur destruction. Tout paraissait alors concourir à les percevoir comme des choses abandonnées, en conséquence de quoi leur appréhension ne constituait pas un vol. C'est en ce sens que conclut la Cour de cassation, la « nature réelle » de ces choses abandonnées – et non de ces « biens », comme le dit par erreur la chambre criminelle – ne se trouvant, au surplus, pas affectée par l'existence d'une réglementation sanitaire contraire, celle-ci poursuivant un « autre objectif que la préservation des droits du propriétaire légitime ».

Mais pour paraître cohérent au regard des principes régissant la matière, le raisonnement ainsi mené ne saurait néanmoins suffire à convaincre pour au moins deux raisons.

En premier lieu, les denrées alimentaires litigieuses n'étaient dénuées que de valeur commerciale, au sens de l'article 1128 du code civil : en raison de leur péremption, elles ne pouvaient plus faire l'objet d'une vente et, plus largement, d'un acte juridique quel qu'il soit. Or, outre que la qualification de biens extracommerciaux n'est pas exclusive du vol¹⁰, les denrées avaient conservé, en l'occurrence, une valeur incontestable, attachée à leur capacité à être matériellement consommées au-delà de leur date de péremption. Dès lors, en raison de la rémanence de leur utilité, seule une manifestation non équivoque d'abandon à leur endroit aurait pu démontrer que le propriétaire avait vraiment souhaité les libérer de son emprise.

À cet égard et en second lieu, le jet des denrées à la poubelle n'était pas susceptible de constituer une telle manifestation. Le propriétaire de ces biens, en effet, n'était pas libre d'en faire l'utilisation qu'il voulait en raison de l'existence de la réglementation sanitaire. N'ayant pas été, il est vrai, adoptée afin de préserver ses droits sur les denrées, celle-ci l'encourageait, à l'inverse, à s'en défaire en les rendant extracommerciales. Dans ce contexte, il apparaît donc difficile d'affirmer que le propriétaire ait proprement voulu abandonner ses denrées et que, dans cet abandon, la réglementation sanitaire n'ait joué aucun rôle.

Notons enfin, qu'en la matière, le voleur peut être volé et, par là même, être considéré comme la victime de l'infraction ? C'est en tous les cas ce qui se déduit d'un intéressant arrêt rendu le 9 mars 2016¹¹.

¹⁰ V. par ex. Crim 5 nov. 1985, n° 85-94.640, *Bull. crim.* n° 340, pour un vol de stupéfiants.

¹¹ Crim. 9 mars 2016, n° 15-80.107.

II. L'escroquerie

En ce qui concerne l'escroquerie, les trois principales questions sont celle des frontières du mensonge punissable (confrontation de l'escroquerie au journalisme : **A**), celle de la nécessité d'un préjudice (**B**) et celle de l'objet de l'infraction (**C**).

A. Le mensonge

D'abord, dans un arrêt remarqué¹², la chambre criminelle de la Cour de cassation a fait deux choses :

- d'abord, elle a considéré que l'obtention d'informations par une journaliste infiltrée qui se faisait passer pour une militante d'un mouvement politique pouvait constituer une escroquerie¹³ ;

- ensuite, elle a considéré que cette escroquerie ne devait néanmoins pas être incriminée lorsque ses agissements s'inscrivaient dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à nourrir un débat d'intérêt général sur le fonctionnement du mouvement concerné.

B. Le préjudice

Ensuite, dans un arrêt où il était question d'un homme d'affaires canadien qui, par l'entremise d'une fausse garantie, avait tenté de racheter l'Olympique de Marseille et n'avait obtenu du propriétaire qu'un acte opérant obligation pour lui de s'abstenir de vendre pendant une certaine durée, la chambre criminelle a révélé sa conception du préjudice constitutif de l'escroquerie : puisque ce préjudice réside dans le fait que la victime n'a pas consenti librement à la remise, il est de nature morale plus que matérielle, d'où l'affirmation que « le préjudice, élément constitutif du délit d'escroquerie, n'est pas nécessairement pécuniaire et est établi lorsque l'acte opérant obligation n'a pas été librement consenti par la victime mais a été obtenu par des moyens frauduleux »¹⁴. En l'occurrence, il y avait donc déjà préjudice, même si la vente n'a pas eu lieu, et la chambre criminelle a, au surplus, considéré d'un point de vue civil qu'il y avait eu une perte de chance de vendre durant la période d'engagement.

¹² Crim. 26 oct. 2016, n° 15-83.774, *JCP G* 2016, 1314, note B. DE LAMY et G. BEAUSSONIE, *Dr. pénal* 2017, comm. 2, obs P. Conte.

¹³ V. déjà, presque en ce sens, Crim. 30 mars 2016, n° 15-82.039.

¹⁴ Crim. 28 janv. 2015, n° 13-86.772, *Bull. crim.* n° 24, *AJ pénal* 2015. 311, note G. BEAUSSONIE. V. aussi Crim. 5 déc. 2018, avis, n° 18-96.002.

C. L'objet

Enfin, la chambre criminelle de la Cour de cassation a saisi l'occasion de mettre fin à l'artifice qui consistait à considérer que l'on pouvait obtenir, par le biais d'une escroquerie, la remise du titre de propriété d'un immeuble, mais pas l'immeuble lui-même. Ainsi a-t-elle affirmé, sans que cela soit nécessaire à la solution de l'arrêt, que « l'escroquerie peut porter sur un immeuble, lequel constitue un bien au sens de l'article 313-1 du code pénal »¹⁵. Il était question d'une villa dont la propriété avait obtenu à l'aide d'un faux testament.

Prochaine étape : l'abus de confiance ?

III. L'abus de confiance

En ce qui concerne l'abus de confiance, les deux principales questions sont celle de l'application de l'infraction aux biens incorporels (A) et celle de la possibilité, pour l'infraction, de jouer à l'encontre du propriétaire lui-même (B).

A. La possibilité du détournement de biens incorporels

En toute logique, l'objet du détournement est, préalablement, celui qui a été remis. L'examen de la jurisprudence révèle néanmoins quelques distorsions¹⁶ qui procèdent, en vérité, de la difficulté à identifier certains objets de propriété, parfois très étherés.

Car, voilà le cœur du problème, l'abus de confiance a vocation à s'appliquer à tous les objets de propriété, quels qu'ils soient (fonds, valeurs ou bien « quelconque »), à une seule exception près : les immeubles. Pour des raisons qui manquent de pertinence et de cohérence, la jurisprudence refuse, en effet, de faire entrer ces biens importants dans le domaine de l'incrimination¹⁷. Le reste, néanmoins, s'y inscrit avec largesse : biens mobiliers corporels, mais aussi biens incorporels, que le juge pénal consacre avant d'en sanctionner l'appropriation frauduleuse. Constituent, ainsi, des biens à préserver de la

¹⁵ Crim. 28 sept. 2016, n° 15-84.485, *Dr. pénal* 2016, comm. 168, note P. CONTE, *D.* 2016. 2382, note S. DETRAZ, *AJ pénal* 2016. 582, note G. BEAUSSONIE.

¹⁶ V. S. DETRAZ et R. OLLARD, La dissociation de l'objet de l'abus de confiance, *Dr. pénal* 2014, études 20 et 22.

¹⁷ Crim. 14 janv. 2009, n° 08-83.707, *Dr. pénal* 2009, comm. 65, obs. M. VÉRON ; *JCP G.* 2009. 166, note G. BEAUSSONIE. V. déjà, en ce sens, Crim. 10 oct. 2001, *Bull. crim.* n° 205. L'exclusion vaut tant pour les immeubles corporels que pour les droits immobiliers.

convoitise d'autrui des valeurs mobilières¹⁸, un numéro de carte de crédit¹⁹, une connexion internet²⁰, un projet industriel²¹, des « informations relatives à une clientèle »²², des données informatiques²³ ou un enregistrement²⁴.

Le paroxysme de ce phénomène jurisprudentiel a été atteint lors d'un arrêt rendu le 19 juin 2013, par lequel la chambre criminelle a audacieusement décidé que « l'utilisation, par un salarié, de son temps de travail à des fins autres que celles pour lesquelles il perçoit une rémunération de son employeur constitue un abus de confiance »²⁵. Le temps n'étant pas un bien – même quand il est de l'argent –, c'est de la force de travail du salarié dont il était en réalité question, c'est-à-dire l'ensemble des facultés corporelles et intellectuelles qui lui permettent de travailler²⁶. Or, puisqu'il a été sanctionné pour les avoir détournées, c'est que, préalablement, elles étaient à la disposition du seul employeur auquel il les avait remises... durant son temps de travail ! Comme le précise la Cour de cassation, cette « créance » de travail, sorte de bien intermittent, était effectivement la contrepartie de la rémunération versée au salarié qui, quant à elle, n'était absolument pas détournée – ce que les mêmes

¹⁸ Crim. 30 mai 1996, *Bull. crim.* n° 224, *RJDA* 1996. 728, concl. J.-P. DINTILHAC ; *RTD civ.* 1998. 137, obs. F. ZENATI ; *LPA*, 18 nov. 1996, n° 139, p. 7, note C. LASSALAS.

¹⁹ Crim. 14 nov. 2000, *Bull. crim.* n° 338, *D.* 2001. 1423, note B. DE LAMY, *RTD civ.* 2001. 912, obs. T. REVET, *RPDP* 2005. 239, obs. V. MALABAT ; *RSC* 2001. 385, obs. R. OTTENHOF ; *Dr. pénal* 2001, comm. 28, obs. M. VÉRON. V. aussi S. JACOPIN, Le début d'une évolution sur la nature de la chose susceptible d'appropriation frauduleuse, *Dr. pénal* 2001, chron. 16.

²⁰ Crim. 19 mai 2004, *Bull. crim.* n° 126, *D.*, 2004. 2748, note B. DE LAMY ; *RPDP* 2005. 239, obs. V. MALABAT.

²¹ Crim. 22 sept. 2004, préc.

²² Crim. 16 nov. 2011, *Bull. crim.* n° 233, *D.* 2011. 2935, obs. M. Léna, 2012. 137, note G. BEAUSSONIE, 964, chron. N. THOMASSIN, 1698, 1704, obs. C. MASCALA et 2928, obs. S. MIRABAIL, *AJ pénal* 2012. 163, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE, *RSC* 2012. 169, obs. J. Francillon ; *RTD com.* 2012. 203, obs. B. BOULOC, *RDC* 2012. 551, obs. R. OLLARD ; confirmé, dans la même affaire, par Crim. 22 mars 2017, n° 15-85.929, *AJ pénal* 2017. 232, obs. G. BEAUSSONIE.

²³ Crim. 22 oct. 2014, n° 13-82.630, *JCP G* 2015. 52, note G. BARGAIN et G. BEAUSSONIE.

²⁴ Crim. 16 déc. 2015, n° 14-83.140, *Bull. crim.* n° 304.

²⁵ N° 12-83.031, *Bull. crim.* n° 145, *D.* 2013. 1936, note G. BEAUSSONIE ; *Dr. soc.* 2013. 1008, note L. SAENKO ; *Gaz. Pal.* 15 oct. 2013, jur. p. 3249, obs. E. DREYER ; *RDC* 2013, p. 1479, obs. R. OLLARD ; *RDT* 2013. 767, note V. MALABAT ; *Dr. pénal* 2013, comm. 158, obs. M. VÉRON ; *AJ pénal* 2013. 608, note J. GALLOIS ; *RSC* 2013. 813, obs. H. MATSOPOULOU ; *RPDP* 2013. 650, obs. P. CONTE ; *JCP S* 2014, 1128, note F. DUQUESNE ; *JCP G* 2013, 933, note S. DÉTRAZ. La position a été confirmée plusieurs fois : Crim. 3 mai 2018, n° 16-86.369, *JCP S* 2018. 1198, concl. R. SALOMON ; Crim. 16 janv. 2019, n° 17-81.136.

²⁶ V. T. REVET, *La force de travail (étude juridique)*, coll. Bibl. dr. ent., t. 28, Litec, 1992.

juges avaient pourtant pu retenir dans des décisions précédentes, de ce point de vue très contestables²⁷.

B. L'impossibilité du détournement par le propriétaire

L'abus de confiance nécessite aussi une « charge » – autrement dit d'une obligation – imposée au détenteur sans, par ailleurs, qu'il soit expressément écrit que celui-ci ne puisse être le propriétaire du bien lui-même. Ce silence a un temps permis au juge de sanctionner l'irrespect d'une telle obligation par ce dernier, dans des situations où l'abus s'était avéré particulièrement manifeste. Pour ne retenir qu'un seul exemple, a ainsi pu être condamné « le prévenu [qui avait] disposé d'une partie des fonds perçus à des fins autres que l'exécution des obligations contractuelles qu'il avait souscrites au nom [d'une société] »²⁸. Or, la monnaie étant un bien consommable, son transfert emporte nécessairement autorisation à son détenteur de la consommer, faisant donc de lui son propriétaire. Le prévenu était alors condamné pour avoir détourné son propre bien. C'est dire que l'abus de confiance devenait, de la sorte, la sanction de l'atteinte portée à la parole donnée plus qu'à la propriété.

Après beaucoup d'hésitations et d'arrêts contradictoires rendus en la matière, la chambre criminelle de la Cour de cassation a décidé de rappeler solennellement que l'abus de confiance n'était qu'une appropriation frauduleuse et, partant, qu'il « ne [pouvait] porter que sur des fonds, valeurs ou biens remis à titre précaire », ne pouvant s'appliquer à celui qui bénéficiait, sur le bien litigieux, d'une « pleine propriété »²⁹. La solution a, depuis, été confirmée à différentes reprises.

²⁷ Il est vrai que, dans ces décisions, l'auteur du détournement n'était alors pas le salarié lui-même, mais celui qui bénéficiait d'un travail pourtant dû à quelqu'un d'autre : Crim. 20 oct. 2004, n° 03-86.201, *Bull. crim.* n° 248, *D.* 2005. 411, note B. DE LAMY ; *AJ pénal* 2005. 70, obs. J. COSTE ; *RPDP* 2005. 239, obs. V. MALABAT ; Crim. 13 sept. 2006, n° 05-84.111 ; Crim. 19 sept. 2007, n° 07-80.533 (v. aussi Crim. 14 janv. 2004, n° 02-88.122). Mais il n'en s'agit pas moins d'un détournement de temps de travail : en ce sens, v. Crim. 16 janv. 2019, préc.

²⁸ Crim. 20 juin 2017, n° 14-85.879.

²⁹ Crim. 5 avr. 2018, n° 17-81.085, *D.* 2018. 930, note G. BEAUSSONIE ; *ibid.* 1711, chron. ch. crim. ; *ibid.* 1723, obs. C. MASCALA.

Droit du travail et droit pénal

Floriane MIGNON

*Doctorante contractuelle en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*

La présente veille porte sur les points d'intersection entre le droit pénal et le droit du travail, dont le mariage donne lieu au droit pénal du travail, sous l'office de la chambre criminelle de la Cour de cassation. Cette matière peut être divisée en deux volets intéressants, d'une part la procédure et les mécanismes de responsabilité applicables, et d'autre part, les infractions. Seul le droit pénal du travail substantiel sera inspecté ici, pour lequel aussi bien les apports de la loi (I) que de la jurisprudence doivent être soulignés (II).

I. L'apport de la loi en droit pénal du travail

Il est difficile de commencer cette veille sans mentionner la loi du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social, qui, bien que commençant à dater, a eu une ampleur certaine au regard des mouvements sociaux qu'elle a générés. Elle comportait trois volets : renforcer le dialogue social dans l'entreprise et dans la branche, le simplifier afin de le rendre plus efficace, et sécuriser les relations du travail. Elle a donné lieu à 5 ordonnances, parmi lesquelles celle du 22 septembre 2017, relative à la nouvelle organisation du dialogue social et économique dans l'entreprise et favorisant l'exercice et la valorisation des responsabilités syndicales. Son apport consiste en la fusion de trois instances de représentation du personnel, soit les délégués du personnel, le comité d'entreprise, le comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, en une seule, le comité social et économique (CSE), qui devra être effectif à partir du 1^{er} janvier 2020. Ce CSE exerce les activités effectuées par les anciennes instances représentatives du personnel, selon le nombre de salariés. Or, sa création a eu pour impact la mise en place du nouvel article L. 2317-1 du code du travail, incriminant l'entrave à la constitution du comité, ou à la libre désignation de ses membres, mais également de l'article R. 4741-3 du code du travail, concernant la communication de documents en matière de santé et de sécurité au CSE. Par ailleurs, les dispositions en matière de soumission du bilan social d'entreprise ont également été modifiées. Ce document récapitulatif des principales données chiffrées de la situation de l'établissement doit être produit annuellement par tout chef d'établissement occupant 50 travailleurs ou plus, et être communiqué au CSE dans les entreprises d'au moins 300 salariés, en vertu de l'article L. 2317-2 du code travail.

Par ailleurs, l'ordonnance du 22 septembre a créé un nouveau cas de prêt de main d'œuvre autorisé, pratique en principe interdite. Ainsi, elle permet à un groupe, ou une entreprise, de mettre à disposition, de manière temporaire, des salariés auprès d'une jeune, petite ou moyenne entreprise, afin que cette dernière améliore la qualification de sa main d'œuvre, favorise les transitions professionnelles, ou constitue un partenariat d'affaires ou d'intérêt commun¹.

Enfin, elle fixe un barème d'indemnisation, avec un plancher et un plafond, pour les indemnités prud'homales accordées aux salariés licenciés de façon irrégulière ou sans cause réelle et sérieuse. Néanmoins, il ne s'appliquera pas en cas d'atteinte aux droits fondamentaux du salarié, de harcèlement ou de discrimination.

En outre, une autre loi à mentionner est celle du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel. Elle consolide le dispositif législatif de prévention et de lutte contre le harcèlement sexuel, en mettant en place un nouveau thème de négociation obligatoire de branche, nécessairement évoqué une fois tous les quatre ans, au sujet des outils au sein des entreprises permettant la prévention et l'action contre le harcèlement sexuel et les agissements sexistes. Cette loi prévoit aussi des mesures de suivi de ces outils ainsi que le renforcement de l'information des salariés sur les actions civiles et pénales possibles en cas de harcèlement et d'agissements sexistes, et sur les autorités compétentes. Enfin, elle met en place des référents « harcèlement », dont l'objectif est d'informer, orienter et accompagner les salariés en la matière, dans les entreprises d'au moins 250 salariés. Dans le cas où il s'agirait d'une entreprise plus petite disposant d'un CSE ou d'un élu, un représentant du personnel est amené à exercer la fonction de référent.

Outre le rôle important du législateur en matière du droit pénal du travail, c'est surtout la Cour de cassation, par son œuvre régulière, souvent discrète mais néanmoins primordiale, qui a récemment apporté le plus au droit pénal du travail.

II. L'apport de la jurisprudence au droit pénal du travail

La chambre criminelle de la Cour de cassation statue à la fois sur les infractions que l'on retrouve dans le code pénal, et qui sont appliquées au droit du travail (A), et à la fois sur les infractions propres au monde du travail (B).

¹ Art. L. 8241-3, I, c. trav.

A. Les infractions du code pénal appliquées au droit du travail

Il ne s'agira pas ici de dresser une liste exhaustive de ces infractions, mais d'en donner deux exemples perçants, l'un étant une infraction non intentionnelle, l'autre intentionnelle.

Concernant l'infraction non intentionnelle, il faut évoquer le délit de mise en danger d'autrui, caractérisé par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement², qui, appliqué au droit du travail, mérite plusieurs réflexions.

D'abord, au sujet de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, l'interprétation est souple par la jurisprudence criminelle, selon laquelle les prescriptions du code du travail constituent souvent ce type d'obligations. C'est le cas, par exemple, de l'obligation de faire bénéficier les salariés temporaires affectés à des postes de travail présentant des risques particuliers pour leur santé ou leur sécurité d'une formation renforcée à la sécurité³. Le pourvoi soutenait que cette obligation correspondait davantage à un grand principe général qu'à une obligation particulière, mais ce qui semble avoir fait pencher les juges dans le sens de la particularité réside dans la nécessité du caractère renforcé de la formation.

Ce laxisme de la chambre criminelle se retrouve également concernant le risque en droit pénal, qui doit être immédiat. La question se posait concernant l'inhalation de poussières d'amiante dont les conséquences dommageables avaient eu lieu des années après l'exposition au risque. La juridiction répond que le risque est immédiat, mais que les conséquences du risque, c'est-à-dire le dommage, étaient différées dans le temps. Le risque immédiat se rapporte donc à la probabilité de survenance de l'effet dommageable⁴. Or, c'est là tout le but de l'incrimination de mise en danger, qui vise à punir l'existence indubitable d'un risque, peu important la certitude de sa réalisation.

Ensuite, concernant l'infraction intentionnelle, il s'agit du harcèlement moral, qui, depuis la loi du 6 août 2012, a été supprimé du code du travail, pour ne plus se retrouver que dans le code pénal, à l'article 222-33-2. Néanmoins, ce délit s'applique également en droit du travail, car il consiste en le fait de harceler autrui par des propos ou comportements répétés, ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail. C'est un harcèlement moral qui s'inscrit dans le cadre des relations professionnelles, il faut donc établir leur existence. Ainsi, ce n'est pas le cas pour une gardienne d'immeuble face à un copropriétaire membre du conseil syndical de la résidence, simple utilisateur de ses services⁵. De fait, cet arrêt porte une interprétation restrictive

² Art. 121-3 c. pén.

³ Cass. crim., 25 avr. 2017, n° 15-85.890.

⁴ Cass. crim., 19 avril 2017, n° 16-80.695.

⁵ Cass. crim., 28 mars 2017, n° 15-86.509.

de la chambre criminelle, puisque le harcèlement moral doit s'inscrire dans le cadre de la relation de travail et non simplement à son occasion.

De plus, les propos ou comportements doivent être répétés et peuvent être de même nature, et non pas forcément différents, afin de caractériser le harcèlement moral⁶.

Ensuite, ces propos ou comportements doivent avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail du salarié. Le critère est ici alternatif, puisque dès lors que les propos ou comportements ont pour effet la dégradation des conditions de travail, bien que leur auteur n'en n'ait pas eu l'intention, et donc ses propos ou comportements n'ayant pas eu pour objet de dégrader les conditions de travail, cela suffit pour constituer le délit⁷.

Enfin, il ne faut pas confondre harcèlement moral, qui est illégal, et exercice du pouvoir de direction, qui peut être autoritaire mais demeure légal⁸. Il conviendrait dès lors de distinguer les actes qui accompagnent une situation de travail donnée et les actes qui, « sans rapport avec le pouvoir de direction, attaquent la personne à travers le salarié ».⁹

B. Les infractions propres au monde du travail

Certaines infractions propres au droit du travail ont reçu des applications prétorienne récentes, comme l'entrave aux institutions représentatives du personnel. Toute atteinte au fonctionnement normal du comité est sanctionnée, comme le fait pour les membres de direction d'être surreprésentés en nombre au sein d'une réunion comité d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail, afin de mettre en échec le vote d'une expertise¹⁰.

De même, la jurisprudence a précisé sa démarche concernant le prêt illicite de main d'œuvre, prévu par l'article L. 8241-1 du code du travail. Cette infraction concerne le prêt de main d'œuvre à but lucratif et à titre exclusif. Au contraire, la sous-traitance ou la prestation de services sont autorisés. Dès lors, afin de vérifier si l'infraction de prêt illicite de main d'œuvre est constituée, les juges ne s'attachent pas à la qualification de sous-traitance, et utilisent la technique du faisceau d'indices. Ainsi, ils prennent en compte l'absence de technicité particulière mise en œuvre par les travailleurs détachés, ce qui aurait pu justifier la nécessité de la sous-traitance, mais aussi le lien de subordination. En effet, les juges vérifient si les travailleurs sont rattachés à l'entreprise utilisatrice ou à l'entreprise de laquelle ils sont détachés¹¹.

⁶ Cass. crim., 26 janv. 2016, n° 14-80.455.

⁷ Cass. crim., 18 juin 2018, n° 17-86.737.

⁸ Cass. crim., 13 nov. 2018, n° 17-85.005 ; Cass. crim., 13 nov. 2018, n° 18-80.374 ; Cass. crim., 19 juin 2018, n° 17-84.007.

⁹ P. CONTE, « Harcèlement moral au travail – pouvoir de direction de l'employeur », *Dr. pén.* févr. 2019, comm. 22.

¹⁰ Cass. crim., 28 nov. 2017, n° 16-86.138.

¹¹ Cass. crim., 6 mars 2018, n° 17-81.105.

À cet égard, le parallèle peut être effectué avec l'aide à l'entrée et au séjour irrégulier de personnes étrangères en France, et le délit d'emploi de personne étrangère non autorisée à travailler sur le territoire français. Ici se pose une question particulière, celle du libre accès au marché du travail au sein de l'Union Européenne (UE), dès qu'un pays y rentre. *A priori*, le délit ne devrait pas être constitué en cas de salarié ressortissant de l'UE. Cependant, la situation pose problème si la personne étrangère a été employée avant l'adhésion de son pays d'origine à l'UE. En principe, la rétroactivité *in mitius* aurait vocation à s'appliquer. Pourtant, la position de la chambre criminelle à cet égard est ambiguë. En effet, après avoir pris en compte ce principe dans des faits similaires¹², elle a condamné le gérant d'une société de droit bulgare pour avoir, avant l'entrée de la Bulgarie dans l'UE, recruté et envoyé en France des travailleurs de nationalité bulgare, dépourvus de titre de séjour et d'autorisation de travail en France, afin d'être employés dans des chantiers de construction¹³. Cet arrêt se comprend pour des motifs d'opportunité, puisqu'il a pour effet de réprimer tout trafic de main d'œuvre. Néanmoins, cette position prétorienne contrevient au principe de la rétroactivité *in mitius*, consacré par l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux, ainsi qu'en tant que principe général du droit de l'UE¹⁴.

Cette sévérité de la Chambre se retrouve également en matière de son acception de l'intention, de façon générale en droit du travail, car elle déduit l'élément intentionnel du délit de la simple constatation du non-accomplissement de l'une des obligations mentionnées par le texte. Elle utilise comme formule fréquente : « la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée par l'article 121-3 du code pénal »¹⁵. Ainsi, à titre d'illustration, en matière d'infraction de dissimulation d'emploi salarié, le non-respect par l'employeur de l'obligation de déclaration de l'intégralité des heures de travail de ses salariés, en fournissant à l'agent en charge de l'inspection du travail des bulletins de paye et plannings ne permettant pas de connaître la réalité des heures véritablement effectuées par les salariés, suffit à caractériser l'infraction¹⁶. De même, la régularisation de l'embauche de deux salariés postérieurement à la réalisation d'un contrôle est indifférente, l'obligation de déclaration préalable à l'embauche est méconnue, et donc cela suffit à caractériser le délit de travail dissimulé, conformément à la théorie du repentir actif de droit pénal général¹⁷.

¹² Cass. crim., 18 oct. 2016, n° 15-85.946.

¹³ Cass. crim., 12 déc. 2017, n° 16-87.230.

¹⁴ CJCE, 29 mai 1997, aff. C-299/95, *Kremzow*.

¹⁵ Cass. crim., 28 mars 2017, n° 16-81.944.

¹⁶ Cass. crim., 25 avr. 2017, n° 16-81.793.

¹⁷ Cass. crim., 10 mai 2017, n° 16-84.288.

L'employeur doit donc strictement respecter ses obligations, et ce d'autant plus que si un donneur d'ordre ou maître d'ouvrage décide de recourir aux services d'un entrepreneur, il doit vérifier la régularité de la situation de son partenaire économique en vertu de l'article L. 8222-1 du code du travail, pour éviter toute condamnation pour recours aux services d'une personne exerçant un travail dissimulé¹⁸.

Il en va de même en matière d'emploi irrégulier de travailleurs étrangers. En effet, si l'employeur s'abstient de vérifier si le travailleur étranger qu'il envisage d'embaucher est autorisé à exercer une activité salariée sur le territoire français, l'élément intentionnel est caractérisé, et ce même si le salarié est embauché sous une identité d'emprunt¹⁹.

Ainsi, par la présente veille, il est chose aisée de constater que toute obligation consacrée par le droit du travail est sanctionnée par une réponse pénale, ce, parfois en dépit de toute efficacité, et en tous cas, de lecture limpide de la matière du droit pénal du travail.

¹⁸ Cass. crim., 10 janv. 2017, n° 16-80.930 ; Cass. crim., 25 avr. 2017, n° 15-87590 ; Cass. crim., 27 févr. 2018, n° 17-82.130.

¹⁹ Cass. crim., 8 août 2018, n° 17-84.920.

Droit local et droit pénal

Éloi JOSEPH

*Doctorant en droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole*

Il pourrait paraître étrange, lors de cette veille, de mettre en relation le droit pénal avec le droit local dans notre système juridique français. En effet, nous héritons de la période révolutionnaire, et plus précisément des Jacobins, l'idée selon laquelle les disparités locales devraient être effacées au profit d'une unification juridique au niveau national. Cela d'autant plus dans une matière tel le droit pénal qui touche directement au pouvoir souverain étatique. Le droit pénal est développé pour protéger l'ordre public et les intérêts de la société dans son entièreté et non pas les intérêts particuliers.

Néanmoins, le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement que « le principe d'égalité ne s'oppose ni à ce que le législateur règle de façon différente des situations différentes, ni à ce qu'il déroge à l'égalité pour des raisons d'intérêt général, pourvu que, dans l'un et l'autre cas, la différence de traitement qui en résulte soit en rapport avec l'objet de la loi qui l'établit ». Le territoire doit être conçu tout à la fois comme un instrument d'unité et de diversité de l'État. Il est indissolublement territoire de l'État, c'est-à-dire de l'ensemble de la communauté nationale, et territoire des pouvoirs locaux qui, situés au sein de la République indivisible, permettent d'en exprimer la diversité.

Nous allons aborder l'actualité juridique récente en découpant notre présentation entre les spécificités au sein même de la métropole (I) et les particularités des zones situées en outre-mer (II).

I. France métropolitaine

L'article 521-1 du code pénal réprime les sévices graves et actes de cruauté envers les animaux. Néanmoins, le 7^e alinéa précise que les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux courses de taureaux et aux combats de coqs dans les localités où une tradition locale ininterrompue peut être invoquée. C'est l'exonération pénale prévue à l'article 122-4 du code pénal, c'est-à-dire l'autorisation de la loi.

Cette différenciation géographique fut mise en cause devant le Conseil constitutionnel dans une QPC mais, par une décision du 21 septembre 2012 (*n° 2012-271 QPC*), il indique que cette exonération restreinte de la responsabilité pénale découle d'une différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes du fait de traditions qui ne vont pas à l'encontre des

droits constitutionnellement garantis. La disposition contestée est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit. Ainsi, le grief tiré de la méconnaissance du principe d'égalité est rejeté.

Précision lexicale, le 7^e alinéa parle de « tradition locale ininterrompue » pour la tauromachie et de « localité où une tradition ininterrompue peut être évoquée » pour les combats de coqs. La jurisprudence n'est pas claire sur ce point. Néanmoins le 8^e alinéa de l'article 521-1 du code pénal interdit la création de nouveaux gallodromes. Cela peut laisser penser que les combats de coq doivent se dérouler précisément dans les lieux spécifiques antérieurement créés ; tandis que la tauromachie pourrait être réalisée dans une localité n'ayant jamais accueilli un tel spectacle mais faisant partie d'un espace géographique où la tradition persiste. Cette différence de traitement amena le Conseil constitutionnel à se positionner lors d'une décision QPC du 31 juillet 2015 (n° 2015-477 QPC) qui souligne que l'incrimination interdisant les nouveaux gallodromes par rapport aux arènes tauromachiques n'entrave pas le principe d'égalité devant la loi. Un arrêt récent de la chambre criminelle du 11 septembre 2018 (n° 17-85.817) refuse d'accepter la légalité d'un transfert de gallodrome.

À la suite de l'annexion de l'Alsace et d'une partie de la Lorraine par le 2^e Reich en 1871, les départements d'Alsace et de Moselle deviennent terres d'Empire renommées *Reichsland Elsass-Lothringen* et bénéficient d'un statut spécifique (du fait du régime fédéral présent en Allemagne). Lors de leur retour dans la mère patrie après la 1^{ère} Guerre mondiale, leur système juridique particulier reste en vigueur, à savoir des règles de droit français conservées par les autorités prussiennes, des lois allemandes dont le code pénal et le code de procédure pénale allemands, et, enfin, des dispositions édictées par le pouvoir législatif local, par exemple dans le domaine cynégétique. Pour éviter les chamboulements trop soudains, les autorités françaises font le choix de préserver ce bloc juridique. Néanmoins, le droit pénal concerne l'ordre public ; de ce fait, la loi du 17 octobre 1919 déclare le caractère transitoire de ce système et permet au gouvernement d'introduire les lois françaises par simple décret. Deux décrets du 25 novembre 1919 introduisent l'ensemble du droit pénal français tout en laissant subsister les dispositions répressives antérieures. Une décision QPC du 5 août 2011 (n° 2011-157 QPC, *Société SOMODIA*) crée un PFRLR. La question posée portait sur l'interdiction du travail salarial dominical applicable exclusivement en Alsace-Moselle ; le Conseil souligne que, « tant qu'elles n'ont pas été remplacées par les dispositions de droit commun ou harmonisées avec elles, des dispositions législatives et réglementaires particulières aux départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle peuvent demeurer en vigueur ; qu'à défaut de leur abrogation ou de leur harmonisation avec le droit commun, ces dispositions particulières ne peuvent être aménagées que dans la mesure où les différences de traitement qui en résultent ne sont pas accrues et que leur champ d'application n'est pas

élargi ». Précision : un arrêt de la chambre criminelle du 31 janvier 2012 (n° 10-86.968) casse un arrêt d'appel condamnant la gérante d'un commerce pour avoir ouvert elle-même son exploitation, sans recours à ses salariés. En effet, la disposition locale n'interdit que le travail salarial et non celui du gérant lui-même.

Une certaine polémique sur le délit de blasphème eut lieu lorsqu'une *femen* se déshabilla sur l'autel de la cathédrale de Strasbourg en novembre 2014 pour protester contre la venue du Pape au Parlement européen. En effet, l'article 166 du code pénal local indiquait que « celui qui aura causé un scandale en blasphémant publiquement contre Dieu par des propos outrageants, ou aura publiquement outragé un des cultes chrétiens ou une communauté religieuse établie sur le territoire de la Confédération et reconnue comme corporation, ou les institutions ou cérémonies de ces cultes, ou qui, dans une église ou un autre lieu consacré à des assemblées religieuses, aura commis des actes injurieux et scandaleux, sera puni d'un emprisonnement de trois ans au plus ».

Un individu fut condamné par cet article en 1954 car il avait perturbé un office dans la cathédrale de Strasbourg. Plus récemment, en 1999, la Cour de cassation avait confirmé un arrêt de la Cour d'appel de Colmar condamnant une personne pour des faits similaires, écartant l'argument du requérant avançant que la disposition était rédigée en allemand.

La loi n° 2017-86 du 27 janvier 2017 relative à l'égalité et la citoyenneté est venue abroger cet article et remplace l'article 167 du code pénal local par les articles 31 et 32 de la loi du 9 décembre 1905 concernant la séparation des Eglises et de l'État indiquant que « seront punis des amendes prévues pour les contraventions de 5^e classe ceux qui auront empêché, retardé ou interrompu les exercices d'un culte par des troubles ou désordres causés dans le local servant à ces exercices ». Ainsi, il n'y aura plus de distinction entre les différents cultes.

Un décret du 27 août 2013 a publié les traductions des lois et règlements locaux maintenus en vigueur dans les différents départements. En effets, de nombreux textes n'étaient encore lisibles qu'en allemand. Y sont compris notamment le code pénal local du 15 mai 1871 et la loi pénale du 9 juillet 1888 sur la police locale.

Pour information, demeurent encore quelques délits spécifiques : l'article 128 vise la participation à une association dont l'existence, l'organisation ou le but doivent rester secrets pour le gouvernement de l'État ou dont les membres s'engagent à prêter obéissance à des chefs inconnus ; l'article 129 concerne la participation à une association dont le but ou l'activité tend à empêcher ou paralyser par des moyens illégaux l'exécution des lois ; l'article 130a réprime le fait pour un ecclésiastique ou un ministre du culte de se livrer, au sujet des affaires d'État, à des déclarations publiques de nature à porter atteinte à la paix publique ; enfin, l'article 361 punit ceux qui laissent leur

enfant ou les enfants dont ils ont la surveillance réaliser des vols, des infractions aux lois de douanes, d'impôt, aux lois relatives à la protection des forêts, des récoltes de la chasse ou de la pêche.

II. Outre-Mer

Concernant la Nouvelle-Calédonie, un arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 2009 (*n° 08-85.954*) indique que si une juridiction pénale est invitée à statuer sur des intérêts civils lorsque toutes les parties sont de statut civil kanak, elle doit se dessaisir et renvoyer l'affaire devant la juridiction civile composée d'assesseurs coutumiers après avoir statué sur l'action publique. Selon elle, cette position ne s'oppose pas au principe de non-discrimination prévu à l'article 14 CEDH. Cette jurisprudence devient néanmoins obsolète en raison de la loi organique du 15 novembre 2013 venant modifier la loi organique du 19 mars 1999. Selon l'article 25, en effet, « sauf demande contraire de l'une des parties, après s'être prononcée sur l'action publique concernant des faits de nature pénale commis par une personne de statut civil coutumier à l'encontre d'une personne de même statut civil coutumier, la juridiction pénale de droit commun, saisie d'une demande de dommages et intérêts, statue sur les intérêts civils dans les conditions prévues par la loi » et, « en cas de demande contraire de l'une des parties, prévue au deuxième alinéa, la juridiction pénale de droit commun ordonne le renvoi devant la juridiction civile de droit commun, siégeant dans les conditions prévues au premier alinéa, aux fins de statuer sur les intérêts civils. La décision de renvoi constitue une mesure d'administration judiciaire qui n'est pas susceptible de recours ». Le Conseil constitutionnel émet une réserve quant à la conformité de l'article aux Accords de Nouméa dans une décision du 14 novembre 2013 (*n° 2013-678 DC*) : « La juridiction pénale peut décider de recourir à une expertise pour l'évaluation du préjudice selon le droit coutumier et que l'alinéa 2 du paragraphe I de l'article 150 de la loi organique du 19 mars 1999 permet à toute juridiction de consulter le conseil coutumier sur l'interprétation des règles coutumières ; [...] sous cette réserve, l'article 25 est conforme à la Constitution ».

La société traditionnelle kanak est hiérarchisée avec des statuts attribués à ses membres tels que « Grand Chef », « Petit Chef », « Anciens » qui peuvent se retrouver en « conseil » pour appliquer des sanctions pénales coutumières : « la bastonnade », « l'astiquage », « l'incendie de bâtiment ». Dans un arrêt du 10 octobre 2000 (*n° 00-81.959*), la Cour de cassation indique « qu'aucun texte ne reconnaît aux autorités coutumières une quelconque compétence pour prononcer et appliquer des sanctions à caractère de punitions, même aux personnes relevant du statut civil coutumier ». Les auteurs de ces sanctions coutumières passent du statut de victime coutumière à celui de délinquant au regard de l'État. Un arrêt de la Cour d'appel de Nouméa du 28

avril 2009 sanctionna les auteurs d'une expulsion et d'un incendie qui voulaient sanctionner coutumièrement un individu.

La notion de coutume n'a pas le même sens chez les populations autochtones que dans notre pensée occidentale. Un assesseur coutumier, répondant à un magistrat lui expliquant la différence entre le droit civil et le droit pénal, lui rétorqua : « La coutume ce n'est pas un saucisson qu'on coupe en tranches [...], c'est un tout. Et on ne peut pas couper les choses comme vous le faites ». Dans un commentaire, Raphaële Parizot souligne néanmoins que le code pénal pourrait déresponsabiliser les auteurs de ces sanctions coutumières par le jeu des articles 122-2 et 122-3 qui parlent de l'emprise d'une force ou d'une contrainte ou de l'erreur sur le droit que la personne n'était pas en mesure d'éviter. Souvenez-vous de l'argumentaire du juge Magnaud vis-à-vis de Madame Ménard.

Selon l'article 814 du code de procédure pénale, lorsque la garde à vue se déroule en dehors des communes de Nouméa, Mont-Doré, Dumba et Païta et que le déplacement d'un avocat paraît matériellement impossible, les attributions dévolues à l'avocat par les articles 63-4 à 63-4-3 du code de procédure pénale peuvent être exercées par une personne quelconque choisie par la personne gardée à vue, qui n'est pas mise en cause pour les mêmes faits ou pour des faits connexes et qui n'a fait l'objet d'aucune condamnation, incapacité ou déchéance mentionnée au bulletin n° 2 du casier judiciaire. Les dispositions de l'article 63-4-4 du code de procédure pénale sont applicables à la personne choisie, qui en est informée par l'officier de police judiciaire. Selon la chambre criminelle, la question de la constitutionnalité des dispositions de l'article 814 du code de procédure pénale n'est pas sérieuse dès lors que le principe d'égalité ne s'oppose pas à ce que le législateur règle de manière différente des situations distinctes et que la faculté offerte par ce texte à la personne gardée à vue, dans certaines zones géographiques de la Nouvelle-Calédonie, de désigner, pour l'assister, une personne de son choix ne s'applique que dans le cas d'impossibilité matérielle de déplacement d'un avocat et n'a donc, pour effet, ni de créer une discrimination injustifiée, ni de porter atteinte aux droits de la défense (*Crim. 31 oct. 2012, n° 12-90.056*).

Le code de l'organisation judiciaire prévoyait, pour la chambre correctionnelle du TGI de Wallis-et-Futuna, une composition faite d'un magistrat du siège et de deux assesseurs non-professionnels. L'article L. 532-8 du code de l'organisation judiciaire et 836 alinéa 2 du code de procédure pénale font l'objet d'une QPC renvoyée par la chambre criminelle et ont été déclarés non conformes à la Constitution, au motif qu'en permettant la présence d'une majorité de juges non-professionnels au sein d'une formation correctionnelle de droit commun compétente pour prononcer des peines privatives de liberté, ils méconnaissent les exigences découlant de l'article 66 de la Constitution (*Crim. 6 janv. 2016, n° 15-82.384 et Cons. const. 1^{er} avr. 2016, n° 2016-532 QPC*).

Droit routier et droit pénal

Fabien ROMEY

ATER

Doctorant en droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

1. Un contentieux de masse. – Le contentieux routier est un contentieux massif en France. Pour l'année 2017, les statistiques de la chancellerie établissent que 21 % du traitement judiciaire des infractions pénales touchent à ce domaine¹. Ce caractère massif rejaillit sur l'appréhension judiciaire, législative, mais surtout règlementaire du droit pénal routier, se manifestant d'autant plus à la veille des départs estivaux.

2. Le droit pénal routier : une matière vaste. – Le droit pénal routier ne saurait être résumé à la seule constatation et imputation des incriminations réprimées et prévues par le code de la route. Son contentieux trouve également un terreau fertile d'application sur l'aspect procédural notamment par le recours quasi systématique à l'amende forfaitaire ou encore par les divers mécanismes permettant de constater l'existence d'une infraction ou la qualité de conducteur. Ces derniers traits touchant au droit pénal routier dans la forme ne seront pas traités dans la présente veille, privilégiant une analyse plus approfondie du droit pénal routier de fond relatif aux incriminations. Cette étude ne prétend à aucune exhaustivité, mais à poser des thèmes choisis par son auteur afin de dresser un tour d'horizon saisissant certains enjeux propres aux incriminations routières.

3. Illustration de la notion de « véhicule en circulation ». – De nombreuses incriminations routières prévoient au sein de leurs éléments constitutifs que le véhicule soit en circulation au moment de la constatation de l'infraction². Cette notion pourrait, de prime abord, être considérée comme opposée à un véhicule stationné³. Aussi, un véhicule stationné de manière irrégulière pourrait-il être admis comme étant en situation de circulation ? C'est à cette question qu'a dû répondre la chambre criminelle de la Cour de cassation le 23 janvier 2018⁴. En l'espèce, le conducteur d'un véhicule a été poursuivi pour usage d'un

¹ http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Stat_Annuaire_ministere-justice_2017_chapitre6.pdf.

² V. par ex. art. R. 412-6-1 c. route (usage du téléphone dans un véhicule « en circulation ») ; art. R. 412-1 et s. c. route (obligation de port de la ceinture de sécurité de tout conducteur et passager d'un véhicule « en circulation »).

³ Cass. crim., 13 mars 2007, *Bull. Crim.* n° 77, n° 06-88.537 ; *AJ Pénal* 2007, p. 281, obs. J.-P. CÉRÉ ; *Dr. pénal* 2007, comm. 105, obs. J.-H. ROBERT.

⁴ Cass. crim., 23 janv. 2018, n° 17-83.077 ; *Dr. pén.* 2018, comm. n° 44, obs. J.-H. ROBERT.

téléphone pendant la circulation de son véhicule à la suite d'un contrôle. Le prévenu argua qu'il utilisait son téléphone à la main tandis qu'il était stationné sur la file de droite d'un rond-point, feux de détresse allumés tout en soulignant, contrairement à l'agent de circulation, que son moteur était éteint au moment du contrôle lui permettant de considérer que le véhicule n'était pas en circulation. Outre le débat sur le caractère actif ou non du moteur, la Cour de cassation rejeta le pourvoi formé par le prévenu contre le jugement de condamnation, aux motifs que « doit être regardé comme étant toujours en circulation, au sens et pour l'application de l'article R. 412-6-1 du Code de la route, le véhicule momentanément arrêté sur une voie de circulation pour une cause autre qu'un événement de force majeure ». Cet attendu de la chambre criminelle nous amène à dresser deux remarques.

Tout d'abord, il convient de constater une certaine contradiction entre la caractérisation d'un « stationnement » et d'un « arrêt ». Dans son rappel des faits, la chambre criminelle relève que le demandeur au pourvoi était « stationné » sur la file de droite d'un rond-point, tandis que dans son dernier attendu, elle souligne que le « véhicule est momentanément arrêté » sur une voie de circulation.

Ensuite, il convient également de se désoler de l'absence de définition de la circulation ; la reconnaissance de la condamnation de l'agent ayant fait l'objet d'une motivation lapidaire : « doit être regardé comme étant toujours en circulation ». La chambre criminelle n'explique pas pourquoi le véhicule irrégulièrement stationné doit être considéré comme étant toujours en circulation.

Ce constat a mené le professeur Jacques-Henri Robert à opérer une distinction entre la *circulation matérielle* et la *circulation juridique*⁵. Cette analyse nous apparaît contestable puisqu'elle privilégie la circulation juridique comme l'élément constitutif de la notion de « circulation »⁶ : dans cette hypothèse, un véhicule circulant matériellement sur une voie qui n'est pas destinée à accueillir une telle activité ne pourrait être admis comme étant « en circulation ». Pour notre part, nous proposons d'apprécier la « circulation » comme étant une *appréhension matérielle concrétisée par le mouvement du véhicule, le stationnement irrégulier pouvant être considéré comme une assimilation à la circulation*. Cette assimilation, tenant à son irrégularité, résulte du fait que le véhicule est censé être en circulation, le stationnement étant, ici, illégitime.

4. 90, 80, 90 : problèmes de droit transitoire ? – Si l'œil populaire apparaît indifférent ou ignorant des différentes évolutions juridiques touchant à la

⁵ J.-H. ROBERT, *préc.*

⁶ Pour cet auteur, il convient d'opérer une distinction entre le véhicule « en mouvement » et le véhicule « en circulation » sur le postulat que ces deux expressions sont employées respectivement aux arts. R. 412-6 et R. 412-6-1 c. route.

matière routière, il en va différemment lorsque cette évolution vient abaisser le seuil de la vitesse maximale autorisée ! Face à une vague de protestation populaire, le gouvernement a choisi, le 16 mai 2019, d'infléchir quelque peu la baisse de la limitation de vitesse à 80 km/h sur les routes secondaires édictée quelques mois auparavant. Certaines voix se sont ainsi fait entendre dans divers médias, affirmant que le rétablissement d'une limitation de vitesse à 90 km/h constituerait une loi pénale *in mitius*, emportant rétroactivité exonératrice des prévenus non définitivement condamnés pour avoir circulé à une vitesse supérieure à 80 km/h et inférieure à 90 km/h. Ce constat nous apparaît erroné. En effet, si la vitesse des véhicules est réglementée selon des critères tenants au conducteur ou à certaines spécificités géographiques et temporelles, les incriminations d'excès de vitesse sont bâties sur la base de cet excès opéré par le véhicule : soit les dépassements de vitesse inférieurs à 20 km/h⁷, à 50 km/h⁸ et supérieurs à 50 km/h⁹ ; le seuil de limitation de la vitesse n'entrant donc pas au sein de l'incrimination. C'est la différence entre la vitesse autorisée et la vitesse constatée qui permet de caractériser l'infraction.

L'état de ces questions a d'ailleurs reçu un accueil jurisprudentiel dans une affaire où un conducteur a été poursuivi pour excès de vitesse prévu par un arrêté préfectoral limitant la vitesse à un certain seuil abrogé par la suite par un nouvel arrêté. La Cour de cassation valida le jugement de condamnation en estimant que ce nouvel arrêté ne retire pas le *support légal de l'incrimination* et souligne que ce nouvel arrêté ne retire pas aux faits poursuivis leur caractère punissable¹⁰.

5. Incrimination de non-dénonciation et personne morale. –

L'incrimination de non-délation est récente. Son inscription par l'article L. 121-6 du code de la route résulte d'une loi du 18 novembre 2016 venant créer une incrimination spécifique à l'encontre du représentant légal d'une personne morale appelé en redevabilité pécuniaire au sens de l'article L. 121-3 du code de la route. Concrètement, cette incrimination vient se greffer sur le mécanisme de dénonciation existant déjà comme une des possibilités exonératoires établies par l'article L. 121-2 du code de la route¹¹. L'incrimination s'applique lorsqu'une des infractions routières prévues par elle est commise avec un véhicule appartenant à une personne morale. Dans un tel cas de figure, la personne appelée en paiement sera le représentant légal

⁷ Art. R. 413-14, al. 2, c. route : dépassement de vitesse inférieur à 20 km/h uniquement lorsque la vitesse maximale autorisée est établie à 50 km/h.

⁸ Art. R. 413-14 al 1 c. route.

⁹ Arts. R. 413-14-1 c. route et L. 413-1 c. route (récidive).

¹⁰ Cass. crim., 18 janv. 2006, n° 05-84.369.

¹¹ Attention : en application de l'article L. 121-3 al. 5 du code de la route, les possibilités exonératoires pesant sur le représentant légal d'une personne morale sont celles prévues par l'article L. 121-2 du même code et non les modalités exonératoires prévues par l'article L. 121-3 du code de la route.

et non la personne morale¹². En pratique, le représentant de la personne morale préférerait payer l'amende plutôt que de dénoncer le conducteur véritable. Le législateur est ainsi intervenu afin de créer une incrimination spécifique pesant sur ce représentant consistant à réprimer le fait de ne pas avoir dénoncé le conducteur du véhicule objet de la contravention. *Entre le pouvoir et le devoir, l'exercice d'une des possibilités exonératoires est à présent érigé en obligation.*

Ainsi, si la personne morale échappe à la qualité de responsable ou de redevable pécuniaire, peut-elle être considérée comme coupable de l'infraction de l'article L. 121-6 du code de la route ? C'est à cette question qu'a répondu la chambre criminelle le 15 janvier 2019¹³. En l'espèce, un représentant légal fut appelé en redevance pécuniaire pour un excès de vitesse commis par un véhicule immatriculé au nom de la personne morale. N'ayant pas coché la case permettant de se déclarer conducteur, ce représentant paya l'amende. Par la suite, la personne morale a reçu un avis de contravention de l'article L. 121-6 du code de la route. Si le tribunal de police relaxa la société aux motifs que son représentant légal se serait « autodésigné » comme conducteur par le paiement de la redevance malgré son « erreur matérielle », la chambre criminelle invalida le jugement aux motifs que « la société n'avait pas indiqué, selon les modalités précitées, l'identité, l'adresse et la référence du permis de conduire de la personne physique qui conduisait le véhicule, fût-elle son gérant ».

La portée de cet arrêt est mystérieuse. En le publiant au *Bulletin*, de nombreuses interrogations surviennent. En premier lieu, considérant que « la société n'avait pas indiqué » les éléments d'identification du conducteur, la Cour de cassation semble assimiler une personne à une autre, puisque c'est sur la tête du représentant que pèse l'obligation de dénonciation et non sur la société¹⁴ ! En second lieu, en admettant que la responsabilité pénale des personnes morales est une responsabilité basée sur la représentation d'un organe ou d'un représentant, la démonstration de la condition de l'action « pour le compte » apparaît gommée¹⁵, à moins d'admettre que cette condition soit constituée par l'environnement de commission allant au-delà d'une action *es qualité* de l'organe ou du représentant. En troisième et dernier lieu, alors que le paiement d'une amende forfaitaire est considéré comme un aveu, l'arrêt oppose cet « aveu » à l'autodénonciation.

¹² Ce qui peut apparaître critiquable : Ph. BONFILS et J.-P. CÉRÉ, « Du fait pour le représentant d'une personne morale d'être redevable pécuniairement d'une amende », *D.* 2010, 2693.

¹³ Cass. crim., 15 janv. 2019, n° 18-82.380 ; *Dr. pén.* 2019, comm. 48, obs. J.-H. ROBERT.

¹⁴ Notons à ce titre, que les dispositions des articles L. 121-2 et L. 121-3 du code de la route excluent la responsabilité et la redevabilité pécuniaire de la personne morale au détriment de son représentant légal.

¹⁵ X. PIN, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 10^e éd. 2018, n° 338.

6. Le délit de rodéo motorisé. – Création législative d'une loi du 3 août 2018, le délit de rodéo motorisé est pourtant inconnu du grand public. Cette ignorance est regrettable, car cette incrimination pourrait venir s'appliquer à diverses situations connues de tous à l'instar des concerts de klaxons célébrant un mariage ou une victoire sportive¹⁶ pouvant, effectivement, être qualifiés de rodéos motorisés ! Régi par l'article L. 236-1 du code de la route, le délit de rodéo motorisé, puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende, consiste à commettre « intentionnellement » au moyen d'un véhicule terrestre à moteur au cours de la même conduite plusieurs violations d'obligations particulières de prudence ou de sécurité prévues par le code de la route dans des conditions qui compromettent la sécurité des usagers ou troublant la tranquillité publique. Cette incrimination viendrait ainsi ériger en délit le fait de commettre, au cours d'une même conduite, deux contraventions routières. Aussi, la structure de l'incrimination apparaît quelque peu maladroite, tant sur la détermination de son élément moral que de son résultat¹⁷, nous laissant pessimiste sur l'utilisation et la portée conférées à ce nouveau délit pouvant être suppléé au délit d'exposition d'autrui à un risque prévu par l'article 223-1 du code pénal, lorsque l'exposition d'autrui n'est pas directe ou que le risque n'est pas immédiat.

7. « Pousse-pousse » aux péages. – L'arrêt rendu par la Cour d'appel de Chambéry le 3 mai 2018¹⁸ s'insère au sein d'une pratique répandue consistant, pour certains automobilistes à se coller à un autre véhicule afin de passer juste derrière lui et ainsi éviter le paiement au péage. Les infractions de non-acquittement des péages sont des contraventions de 2^e classe prévues au sein des articles R. 412-17 et R. 421-1 du code de la route. Or, en l'espèce, un conducteur ayant commis un tel agissement a été poursuivi et condamné du chef d'escroquerie, la cour d'appel refusant de requalifier l'infraction comme un non-acquittement en péage au motif d'une « différence de nature des infractions concernées ». De plus, la Cour considère que le prévenu avait l'intention de « "spolier" la société d'autoroute et de ne pas ainsi payer le péage » et que « l'acte positif *particulièrement grave et recherché commis par le prévenu* » lui permettait de qualifier le délit de l'article 313-1 du Code pénal. Cet arrêt apparaît fort critiquable. Tout d'abord, un défaut de motivation apparaît : en soulevant seulement que les faits sont « graves », la Cour d'appel n'a en rien exposé une manœuvre ayant procédé à une remise au préjudice de la société. Ensuite, en affirmant que les infractions sont de nature distincte,

¹⁶ F. ROMÉY, « Étude critique et prospective de la loi n° 2018-701 du 3 août 2018 sur la lutte contre les rodéos motorisés », *Revue générale du droit on line*, 2019, n° 40133 (www.revuegeneraledudroit.eu/?p=40133).

¹⁷ F. ROMÉY, *préc.*

¹⁸ Chambéry, 3 mai 2018, n° 17/01152 : *JurisData* n° 2018/007857.

l'interrogation est posée : les deux infractions ne protégeraient-elles pas la propriété d'autrui ?

Si l'escroquerie apparaît inadaptée et la contravention trop faiblement sanctionnée, ne serait-il point opportun d'ouvrir un cas de filouterie aux péages ?

Expertise et droit pénal

Adèle TOURNÉ

Doctorante contractuelle en droit privé et sciences criminelles,
Université Toulouse 1-Capitole

L'expertise pénale dans la littérature et le cinéma. André Gide publie en 1930 des documents et des analyses d'affaires l'ayant passionné, dans une collection appelée « Ne jugez pas ». Dans la préface de *L'affaire Redureau*, il explique que l'enquête « [...] nous montre un enfant docile et doux, reconnu parfaitement sain de corps et d'esprit, né de parents sains et honnêtes, qui, sans que l'on parvienne à comprendre pourquoi, égorge tout à coup sept personnes. "Psychologie normale", diront les médecins experts, c'est-à-dire non pathologique. Mais les ressorts de cet acte abominable ne sont ni la cupidité, ni la jalousie, ni la haine, ni l'amour contrarié, ni rien que l'on puisse aisément reconnaître et cataloguer. Certes, aucun geste humain n'est proprement immotivé ; aucun "acte gratuit", qu'en apparence. Mais nous serons forcés de convenir ici que les connaissances actuelles de la psychologie ne nous permettent pas de tout comprendre, et qu'il est, sur la carte de l'âme humaine, bien des régions inexplorées, des *terrae incognitae* »¹. Au début du siècle dernier, les médecins experts mandatés dans l'affaire Redureau n'ont pu apporter qu'un élément de réponse aux interrogations : l'enfant ne souffrait pas d'une pathologie apparente. Cette réponse, jugée insuffisante par l'auteur, est sûrement plus souhaitable qu'un avis plus développé. Si l'expert, dans un tel dossier, avait cherché à comprendre les motivations intimes de l'enfant, n'aurait-il pas outrepassé la mission que le juge lui avait confiée ?

André Gide ne fut pas le seul à s'intéresser à l'intervention d'experts au sein de l'enquête pénale. Le cinéma s'est également saisi de ce sujet, avec des illustrations plus ou moins proches de notre réalité. La série américaine « Les Experts » sera par exemple laissée de côté, considérée comme « très médiocre dans sa catégorie »² car elle véhicule l'idée selon laquelle le juge ne jugerait plus, mais s'en remettrait à l'homme de l'art dès lors qu'il a fait appel à son expertise. Cette idée est théoriquement fautive, puisque le juge n'est pas tenu de suivre ses conclusions, bien qu'en pratique il soit rare que le magistrat seul les réfute. Il sera plus courant que soit ordonnée une « contre-expertise » en cas de doutes.

¹ A. GIDE, *La séquestrée de Poitiers suivi de l'affaire Redureau*, Gallimard, coll. Folio, 2009, p. 99-100.

² P. GONNOD et P. FRYDMAN, « Le juge administratif et l'expertise », *AJDA* 2014, p. 1361.

Actualité du sujet. Ce premier aperçu de l'expertise criminelle nous permet d'aborder un sujet aussi actuel qu'ancien : celui de la place de l'expert dans la justice pénale. Sujet actuel, puisqu'il a fait l'objet, en 2016, d'un Congrès national à Strasbourg³, mais aussi d'une épreuve à l'examen d'entrée au CRFPA la même année⁴. Plus tard, en 2018, c'est la revue « Experts » qui consacre un dossier spécial au statut de l'expert⁵. Mais voilà un thème dangereux par son ampleur, puisqu'il implique une méditation sur tout le droit judiciaire privé, sur l'organisation judiciaire comme sur la procédure en elle-même. Le choisir était exposé notre veille au double danger des considérations trop générales, conduisant vite à la banalité du déjà-dit, ou de l'accumulation de discussions de détails faisant non moins rapidement perdre de vue les idées générales indispensables aux esprits quelque peu cartésiens qui veulent y voir clair. Il convient donc de savoir habilement naviguer entre ces deux écueils.

Définition. L'expertise pénale, puisque c'est bien le domaine pénal qui nous intéresse ce soir⁶, doit connaître une définition précise. L'expert est un technicien requis par l'autorité répressive de mettre ses connaissances au service de la justice pour lui donner son avis sur les questions de sa compétence⁷. L'expertise peut correspondre au résultat du travail de l'expert, matérialisé en un rapport final, c'est-à-dire les conclusions données au juge l'ayant mandaté. Mais il peut aussi s'agir, dans une acception plus large, de la mission même de l'expert. L'expertise, en procédure pénale, répond d'abord au perfectionnement des moyens scientifiques d'investigation et à la technicité indispensable à la découverte ou à l'appréciation de certaines données matérielles, qui rendent fréquent le recours à l'expert au stade l'enquête et de l'instruction.

Recours fréquent à l'expertise. À tous les stades de la procédure, interviennent des experts. Il convient donc d'étudier, presque chronologiquement, ses différentes interventions, du stade de l'enquête à celui de l'exécution de la peine, en passant par l'instruction et la phase de jugement. Toutefois, tout ne pourra pas être étudié. Il conviendra de se focaliser sur les points interrogeant les rapports qu'entretiennent le juge, l'enquêteur et l'expert, afin de comprendre quelles sont les places de chacun dans le processus de la justice pénale.

³ XX^e Congrès national des compagnies d'experts de justice, Strasbourg, sept. 2016.

⁴ « Quelle place pour l'expert dans la justice ? », IEJ de Rouen.

⁵ *Le statut de l'expert de justice*, « La boîte de Pandore ! », Revue *Experts*, n° 139, août 2018.

⁶ Malgré une fructueuse jurisprudence civile en matière d'expertise. Pour les plus curieux v., not., sur la désignation de l'expert : Cass. civ. 2^e, 7 juin 2018, n° 17-18.722.

⁷ G. BRIÈRE DE L'ISLE, P. COGNIART, *Procédure pénale, t. II : Police, instruction, jugement*, Collection U, Librairie A. Colin, 1972.

L'expertise judiciaire. La loi du 29 juin 1971 relative aux experts judiciaires définit en partie encore le cadre juridique de l'expertise pénale, et la législation peut être commune au droit civil et au droit pénal. Toutefois, il faut exclure aujourd'hui l'étude d'une partie de la jurisprudence civile de la Cour de cassation, qui précise notamment le statut de l'expert judiciaire. Il existe en effet une polémique sur son rôle en tant qu'auxiliaire de justice⁸. Nous laissons également de côté l'étude du phénomène civil de contractualisation de l'expertise. Pour ce qui est du domaine pénal, nous intéressons la question du recours à l'expertise. Il peut être facultatif, au long de l'enquête, de l'instruction et du jugement, mais devient parfois obligatoire. En effet, à tous les stades de la procédure, peuvent ou doivent intervenir des experts.

Problématique. Lorsqu'il y a un recours à un expert au cours du procès pénal, dans son acception large, le juge va « mandater » cet expert, en lui demandant de répondre à des questions, dans un cadre bien délimité. Comment le droit organise une telle relation ? S'agit-il d'une collaboration, auquel cas l'expert a pour mission d'aider le juge à juger, ou bien son intervention n'est-elle pas limitée de manière à laisser au magistrat son plein pouvoir de jugement ?

Annnonce de plan. Lors de l'enquête et de l'instruction, il est devenu courant de pratiquer plusieurs expertises, qui tendent à rechercher la vérité et poursuivre les auteurs de l'infraction. Les conclusions des expertises seront ensuite présentées le jour de l'audience (I) pour permettre le jugement de l'affaire. Le cas échéant, en cas de condamnation à certaines peines, d'autres expertises peuvent avoir lieu, notamment pour déterminer l'état dangereux du détenu (II). Nous allons rapidement étudier les phases d'enquête/instruction ainsi que de jugement, bien connues, avant de s'intéresser tout particulièrement au domaine de la peine. Lors de l'exécution de celle-ci, des expertises peuvent ou doivent être menées. Dans quelles conditions ? Quels enjeux naissent ?

I. L'expertise avant la condamnation pénale

Mission de l'expert. L'expert aide à recueillir la preuve de l'infraction, sans rechercher la vérité ! La preuve en justice, définie comme « les opérations et moyens visant à emporter la conviction du juge sur l'exactitude ou l'inexactitude d'une affirmation de fait dans une procédure juridictionnelle »⁹ joue un rôle déterminant pour l'enquête et l'instruction (A), et l'expert pourra

⁸ Traditionnellement, il n'est pas un auxiliaire au sens de l'article 47 du code de procédure civile : Cass. civ. 2^e, 7 mai 1980, n° 78-15.382 ; mais des arrêts récents lui accordent ce statut : v. Cass. civ. 2^e, 24 juin 2004, n° 02-10.200 et Cass. civ. 3^e, 17 oct. 2012, n° 10-23.971.

⁹ E. VERGÈS, G. VIAL et O. LECLERC, *Droit de la preuve*, PUF, coll. Thémis Droit, p. 8.

ou devra alors apporter son concours à ce stade. Ce rôle pourra être poursuivi lors du jugement, dans les conditions du procès équitable (B).

A. L'expertise pendant la phase d'enquête et d'instruction

L'existence de différentes et multiples expertises. Il est impossible et inutile aujourd'hui d'établir une liste de toutes les expertises possibles pendant l'enquête ou l'instruction, tant les techniques évoluent au fil du temps. Balistique, chimie, comptabilité, psychiatrie, architecture,... L'expert prête son concours à la justice dans les domaines les plus divers. Toutefois, concernant les intervenants, il convient de distinguer entre les unités de la police nationale (« identité judiciaire »), celles de la gendarmerie (« identification criminelle ») qui emploient des individus ayant des connaissances poussées dans certains domaines ; et les experts mandatés, exerçant un métier libéral ou salariés d'entités ou laboratoires privés.

Concernant l'expertise « première », naturelle de l'enquête. Les enquêteurs chercheront sur une scène de crime des traces et indices leur permettant de poursuivre leurs investigations. Sans revenir en détails sur l'histoire de la police scientifique, il convient de retenir les noms de : Bertillon, qui inventa les premiers fichiers policiers d'identification, Galton et Henry, qui utilisèrent les empreintes digitales pour remplacer le système des fiches Bertillon, et Locard, qui créa le premier laboratoire de police scientifique à Lyon, en 1910. La science évolue rapidement à ce sujet, et dès les années 1990, l'enquête utilise des traces ADN pour rechercher ou innocenter des auteurs potentiels d'infractions (v. affaire Guy Georges, en France, en 1998). À Toulouse, un laboratoire est situé au sein du Commissariat central, qui fait partie de l'Institut national de la police scientifique. Il procède notamment à des analyses de traces et indices¹⁰, des reconstitutions afin de savoir ce qui a été techniquement possible ou impossible, des autopsies, ou encore il assiste aux perquisitions pour permettre aux enquêteurs de porter leur attention sur les éléments les plus intéressants. Il procède en dernier lieu, le cas échéant, aux dépositions en cour d'assises.

¹⁰ En 2016, le fichier national automatisé des empreintes génétiques (FNAEG) comptait plus de 3 millions de profils génétiques contre 2 547 499 au 1^{er} septembre 2013 et 16 771 en 2003. Cela représente près de 5% de la population française, étant précisé que 75% des personnes seraient fichées en tant que « mis en cause » - et donc présumées innocentes, 18% en tant que condamnés et 7% sont des traces inconnues. V. son régime juridique aux art. 706-54 et s. c. proc. pén.

Cadre juridique. L'officier de police judiciaire (« OPJ ») ou le procureur de la République peuvent avoir recours à l'expertise lors de l'enquête¹¹. Les indices recueillis seront placés sous scellés. Cachet de cire ou adhésif spécial, cette mise sous scellés est cruciale pour que le prélèvement effectué ait une valeur, tant scientifique que légale. Elle est généralement effectuée par l'OPJ. Pour l'instruction, l'article 156 du code de procédure pénale prévoit une expertise facultative, selon les besoins de l'affaire, à la demande du ministère public, soit d'office, soit à la demande des parties. Lorsque le juge d'instruction estime ne pas devoir faire droit à une demande d'expertise, il doit rendre une ordonnance motivée au plus tard dans un délai d'un mois à compter de la réception de la demande.

Intervention facultative de l'expert. En pratique, une expertise est cruciale dans la recherche des éléments de preuve et dans la compréhension du rôle du suspect dans les faits en cause. Par exemple, une expertise psychiatrique permet de prendre connaissance de l'analyse du mode de fonctionnement comportemental de l'intéressé et d'avoir une réponse quant à l'existence de troubles permettant d'atténuer ou d'exclure sa responsabilité pénale. Mais, s'il est fréquent qu'un tel acte soit prescrit au cours de l'information judiciaire, son absence peut-elle faire grief aux droits de la défense et est-elle d'abord obligatoire ? La jurisprudence estime que non, et rappelle qu'aucune disposition du code de procédure pénale ne fait obligation au juge d'instruction d'ordonner, dans le cadre d'une information ouverte en matière criminelle, une expertise psychiatrique ou psychologique¹². Si le juge d'instruction n'est pas tenu de demander une expertise, toutefois, il doit motiver son refus. De plus, la chambre criminelle de la Cour de cassation explique qu'il est possible de déroger au caractère contradictoire de l'expertise, pendant l'instruction. Si tel est le cas, il faut que soit établi, au jour de l'ordonnance commettant l'expert, un risque d'entrave à l'accomplissement des investigations¹³.

Possibilité d'une contre-expertise. À la suite de la réception des conclusions de l'expert, le juge d'instruction les communique aux parties et à leurs avocats *via* une convocation ou une notification. Le juge d'instruction fixe alors un délai aux parties pour présenter des observations ou formuler une demande, notamment aux fins de complément d'expertise ou de contre-expertise¹⁴. Ce délai, qui tient compte de la complexité de l'expertise, ne saurait être inférieur à quinze jours¹⁵. Passé ce délai, il ne peut plus être formulé de demandes de contre-expertise, de complément d'expertise ou de nouvelle expertise portant

¹¹ Art. 60 et 77-1 c. proc. pén.

¹² Cass. crim., 24 août 2016, n° 16-83.546.

¹³ Cass. crim., 15 juin 2016, n° 16-80.347.

¹⁴ Art. 167 c. proc. pén.

¹⁵ S'il s'agit d'une expertise comptable ou financière, le délai est d'un mois.

sur le même objet, sous réserve de la survenance d'un élément nouveau. Une affaire judiciaire rappelle l'importance de ces contre-expertises. Dans l'affaire Michel Courtois, coupable idéal faussement accusé du meurtre de son amie, avaient été retrouvés des apparents résidus de poudre sur son blouson et son sac. Or, après une seconde expertise, la précision suivante avait été faite : il n'y a jamais eu de poudre d'armes à feu sur ses vêtements, seulement des « particules compatibles avec des résidus de tirs ». Or, son activité professionnelle, qui s'effectuait dans le cadre de travaux du bâtiment, pouvait expliquer l'existence de telles traces.

Assistance par un avocat. Le régime prévu par l'article 167 du code de procédure pénale a fait l'objet d'une question prioritaire de constitutionnalité. Cet article qui prévoit la communication des conclusions des experts aux parties et à leurs avocats, avait pour effet de priver les parties non assistées par un avocat du droit d'avoir connaissance de l'intégralité d'un rapport d'expertise pendant le délai qui leur est accordé pour présenter des observations ou formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise. Dans la mesure où est reconnue aux parties la liberté d'être assistées d'un avocat ou de se défendre seules, à moins que la restriction d'accès ne soit jugée nécessaire au respect de la vie privée, à la sauvegarde de l'ordre public ou à l'objectif de recherche des auteurs d'infractions, toutes les parties à une instruction doivent pouvoir avoir connaissance de l'intégralité du rapport d'une expertise ordonnée par le juge d'instruction afin de leur permettre de présenter des observations ou de formuler une demande de complément d'expertise ou de contre-expertise. L'article, jugé partiellement inconstitutionnel, sera donc modifié. La date de l'abrogation est reportée au 1^{er} septembre 2019¹⁶.

Supplément d'information. À côté de la contre-expertise, il peut être procédé à un supplément d'information, une mesure d'instruction complémentaire rendue nécessaire à la suite d'une expertise notamment. La Cour de cassation a pu se prononcer sur le sujet, dans un arrêt de la chambre criminelle du 5 septembre 2018¹⁷ ; elle a jugé que l'opportunité d'ordonner un tel supplément est une question de fait, qui ne relève pas de son contrôle.

Expertise obligatoire. Depuis un arrêt du 19 septembre 2018¹⁸, lorsqu'un mis en examen voit ses facultés altérées, de telle sorte qu'il se trouve dans l'impossibilité de se défendre personnellement contre l'accusation, il doit être sursis à son renvoi devant la juridiction de jugement jusqu'à constatation que l'intéressé a recouvré la capacité à se défendre. Alors, la chambre de

¹⁶ Déc. n° 2018-765 QPC du 15 févr. 2019.

¹⁷ N° 17-84.980.

¹⁸ Cass. crim., 19 sept. 2018, n° 18-83.868.

l'instruction ne peut rejeter une demande d'expertise médicale du mis en examen qui se plaint de troubles cognitifs graves pour le renvoyer devant la juridiction. Elle doit apprécier directement la compatibilité de l'état de santé avec sa comparution devant la juridiction de jugement.

B. L'expertise pendant la phase de jugement

Présentation des expertises. Les expertises, effectuées en enquête ou en instruction, sont présentées lors de l'audience. Mais il arrive qu'un expert, venu à l'audience, puisse procéder « en direct » à une expertise, lors des débats. C'est notamment le cas lorsque se révèle un fait nouveau, ou si des lacunes dans l'instruction apparaissent. C'est assez rare, mais cela arrive, comme par exemple dans l'affaire Michel Caux, tueur à gage, qui avait demandé à sa mère d'envoyer à la police des lettres. À l'audience, Madame Caux avait dû procéder à une dictée.

Cadre juridique. Les juges peuvent recourir d'office à un acte d'information¹⁹ ou à une expertise²⁰. Le président des assises dispose de la même faculté avant l'ouverture même de la session²¹. Il dispose, en outre, d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de prendre, « en son honneur et conscience », toutes mesures qu'il croit utiles pour découvrir la vérité²². L'opportunité d'ordonner un supplément d'information est une question de pur fait qui échappe au contrôle de la Cour de cassation²³. Toutefois, la motivation de cette décision doit apparaître²⁴. Il serait utile de se demander si la création future d'un tribunal criminel²⁵ modifiera les textes et pourra octroyer un pouvoir similaire à celui du président de la cour d'assises aux juges concernés.

Choix de l'expert. Les experts sont choisis parmi les personnes physiques ou morales figurant sur une liste nationale dressée par la Cour de cassation ou sur une des listes dressées par les cours d'appel.

Cette liste a pour double avantage de faciliter la tâche du juge et d'opérer une sélection parmi les techniciens. L'inscription est temporaire²⁶ et une radiation de la liste est envisageable en cas de faute disciplinaire, par l'autorité qui l'a

¹⁹ Art. 538 c. proc. pén. pour le juge de police, art. 463 du même code pour le tribunal correctionnel.

²⁰ Art. 156 c. proc. pén.

²¹ Art. 283 c. proc. pén.

²² Art. 310 c. proc. pén.

²³ Cass. crim., 10 mai 2011, n° 10-88.697.

²⁴ Cass. crim., 25 avr. 2006, n° 05-87.318, *Bull. crim.* n° 111.

²⁵ L'article 42 du projet de loi de programmation pour la justice prévoit pendant 3 ans, à titre expérimental, la création d'un tribunal composé de juges professionnels pour juger certains crimes.

²⁶ Une période probatoire de 3 ans peut être suivie d'une période de 5 ans renouvel.

désigné. Cette liste ne confère ni monopole, ni droit acquis. L'article 157 du code de procédure pénale prévoit d'ailleurs qu'à titre exceptionnel, les juridictions peuvent, par décision motivée, choisir des experts ne figurant sur aucune de ces listes. On voit ici qu'une certaine liberté est laissée au juge, conférant aux listes un caractère purement informatif. Cette liberté de choix a été rappelée par un arrêt en date du 21 octobre 2015²⁷. Dans un tel cas, les experts prêtent serment²⁸, sous peine de nullité²⁹.

Impartialité de l'expert. Pour garantir les conditions du procès équitable, l'expert ne peut dépendre de l'une des parties. Par exemple, dans un arrêt de la chambre criminelle du 25 septembre 2012³⁰, l'expert était le salarié de la société partie civile ayant déposé la plainte initiale. La sanction est la nullité de l'acte. Cette impartialité s'inscrit dans la mission de l'expert, qui doit seulement faire de la lumière sur des questions techniques posées par le juge. Son rôle est limité, afin de ne pas entraver le rôle du juge, qui lui seul est investi du pouvoir de juger.

II. L'expertise après la condamnation pénale

Mission de l'expert. Au stade du prononcé et de l'exécution des peines, l'expert n'a plus le même rôle, une fois la culpabilité déclarée. Il n'est plus nécessaire de rechercher la vérité et la présomption d'innocence n'est plus un enjeu. L'expert cherchera alors à accompagner l'individu pendant sa peine, notamment privative de liberté (**A**), mais il faut se rappeler qu'il reste un technicien susceptible d'aider l'État dans le recouvrement du paiement de sanctions financières et dans la vente de biens confisqués (**B**).

A. L'expertise et les peines privatives de liberté

Principales expertises. Concernant les peines privatives et restrictives de liberté, deux questions peuvent être posées au juge, qui aura besoin du concours d'un expert pour y répondre : la mesure de suspension médicale est-elle fondée, en présence d'un condamné malade et, le condamné, à la fin de sa peine, est-il dangereux ?

La mesure de suspension médicale. Depuis la loi du 4 mars 2002, pour toute peine d'emprisonnement ou de détention, une mesure de suspension médicale de peine peut être prononcée soit par la commission d'application des peines,

²⁷ Cass. Crim., 21 oct. 2015, n° 15-83.395.

²⁸ Art. 160 C. proc. pén.

²⁹ Cass. crim., 25 juill. 1987, n° 86-96.682.

³⁰ Cass. crim., 25 sept. 2012, n° 12-82.770.

soit par le tribunal de l'application des peines³¹. Il s'agit d'un aménagement de la peine prononcée, reposant sur des considérations sanitaires et humanitaires³². Toutefois, s'il existe « un risque grave de renouvellement de l'infraction », la suspension n'est plus possible. Jusqu'à la loi du 24 novembre 2009, le texte exigeait deux expertises médicales pour autoriser la suspension, et la jurisprudence estimait qu'une suffisait à la refuser³³. Désormais, une seule expertise suffit pour autoriser la suspension. Lorsque la peine est criminelle, une expertise médicale est réalisée tous les 6 mois pour vérifier que les conditions sont toujours remplies. Il est intéressant de voir ici que le médecin a un rôle crucial dans le processus, puisqu'il est désormais seul à fournir un avis favorable ou non à la suspension médicale. Toutefois, son rôle reste consultatif. Par un arrêt du 26 juin 2013, la Cour de cassation relève que même en présence de deux expertises concordantes établissant que le condamné ne se trouve pas dans l'une des situations ouvrant droit à une suspension médicale de peine, le juge conserve la possibilité d'ordonner une nouvelle expertise ou de rechercher si le maintien en détention de l'intéressé n'est pas constitutif d'un traitement inhumain ou dégradant, notamment par son incompatibilité avec les garanties qui lui sont dues pour protéger sa santé. Autrement dit, le juge n'est tenu par les conclusions des experts. Cet arrêt rappelle l'avis du Contrôleur général des lieux de privation de liberté³⁴, qui estimait que les conditions légales posées étaient trop restrictives. La Professeur Martine Herzog-Evans rappelle de plus que les experts « connaissent fort mal la réalité carcérale, que ce soit sur le plan matériel ou psychologique »³⁵.

Les expertises obligatoires en cas de suivi socio-judiciaire. Elles concernent les ordonnances concernant les réductions de peine, les autorisations de sorties sous escortes et les permissions de sortir³⁶, les mesures de placement à l'extérieur, de semi-liberté, de fractionnement et suspension des peines, de placement sous surveillance électronique et de libération conditionnelle³⁷ et les mesures concernant le relèvement de la période de sûreté, la libération conditionnelle ou la suspension de peine³⁸. Ces mesures ne peuvent être accordées sans une expertise psychiatrique préalable de la personne condamnée à un suivi socio-judiciaire. Cette expertise est réalisée par deux experts lorsque la personne a été condamnée pour le meurtre, l'assassinat ou le viol d'un mineur de quinze ans. Lorsqu'elles concernent les infractions

³¹ Art. 720-1-1 c. proc. pén.

³² X. PIN, *Droit pénal général*, 10^e éd., 2019, coll. Cours, Dalloz, p. 510.

³³ Cass. crim., 23 juin 2004, *Dr. pén.* 2004, obs. A. MARON.

³⁴ Rapport de 2012 : <https://oip.org/analyse/suspension-de-peine-medicale-les-juges-ne-sont-plus-tenus-par-les-expertises/>

³⁵ V. Rapport B. Cotte, (2015), note 40.

³⁶ Art. 712-5 c. proc. pén.

³⁷ Art. 712-6 c. proc. pén.

³⁸ Art. 712-7 c. proc. pén.

violentes ou de nature sexuelle mentionnées à l'article 706-47 du code de procédure pénale, les expertises psychiatriques ordonnées préalablement aux mesures d'aménagement des peines doivent se prononcer spécialement sur le risque de récidive du condamné. D'autres expertises obligatoires apparaissent, par exemple, concernant le dispositif d'injonctions de soins, introduit par la loi du 9 juin 1998, à l'égard de certains auteurs de violences sexuelles, et progressivement étendu à des catégories larges d'infractions. Plusieurs auteurs soulignent que la multiplication des cas de recours obligatoires à des expertises psychiatriques interroge sur leur viabilité matérielle en période de pénurie d'expert.

L'épineuse question de la dangerosité. De plus, la différence entre la dangerosité criminologique et la dangerosité psychiatrique est soulignée par les experts eux-mêmes. Ces deux dangerosités se distinguent : la première, d'ordre psychiatrique, se trouve directement liée à un trouble mental. La seconde, criminologique, est liée à des aspects individuels et contextuels. Cette dernière, depuis la loi de mars 2012³⁹, ne saurait relever de la seule évaluation médicale. L'expert médecin ne peut donc être seul pour évaluer un éventuel risque de récidive. Par ailleurs, certains précisent que la majorité des experts étant réticents à se prononcer de manière pertinente sur le risque de récidive, l'intérêt de ces expertises systématiques est limité. Ils proposent de diminuer le nombre d'expertises obligatoires, en maintenant l'exigence d'une expertise psychiatrique uniquement pour les peines les plus importantes, en excluant les permissions de sortie du champ des expertises obligatoires, ou de rendre les expertises facultatives⁴⁰.

B. L'expertise et les peines patrimoniales

La vente des biens confisqués. Sujet qui m'est cher, la confiscation perturbe la chronologie du procès, puisque des biens peuvent être saisis dès l'enquête, *en vue* d'être confisqués, de la même manière que la juridiction peut prononcer l'ajournement d'une peine si la personne accepte de consigner une somme d'argent en vue de garantir le paiement d'une éventuelle peine d'amende⁴¹. Après le prononcé de la peine de confiscation, il est classique de faire intervenir un expert, pour la vente de certains biens, comme les biens immeubles par expert. Des commissaires-priseurs peuvent aussi apporter leur concours à cet acte de vente, qui procèdent à une expertise du bien avant la vente, afin de connaître sa valeur, mais aussi sa provenance. Cette expertise

³⁹ Loi n° 2012-409.

⁴⁰ Rapport sur la refonte du droit des peines (18 déc. 2015), Commission présidée par Bruno Cotte, président honoraire de la chambre criminelle de la Cour de cassation et ancien président de chambre de jugement à la Cour pénale internationale, déc. 2015, p. 47 et s.

⁴¹ Art. 132-70-3 c. pén., v. X. PIN, *Droit pénal général*, *ibid.* note 31, p. 494.

est en fait la conséquence d'une réquisition ordonnée par l'Agence de gestion et de recouvrement des avoirs saisis et confisqués (« AGRASC »), ce qui m'amène à développer la mission particulière de cet organisme.

Missions de l'AGRASC. Établissement public administratif placé sous la double tutelle des Ministères de Justice et du Budget, l'AGRASC a été créée par la loi du 9 juillet 2010 visant à faciliter la saisie et la confiscation pénales. Son régime est prévu aux articles 706-159 et suivants du code de procédure pénale. À la lecture de la plaquette en ligne de l'Agence, on peut constater qu'une de ses missions est de « s'assurer de la vente *au meilleur prix* des biens saisis et confisqués ». Outre le fait qu'il soit permis de vendre un bien seulement saisi⁴², est exigée une évaluation du bien. L'Agence qui intervient dès l'enquête, notamment pour rendre les perquisitions plus efficaces et saisir les biens en lien avec l'infraction, va faire appel à des experts pour connaître la valeur d'un bien, immobilier par exemple. Des experts en comptabilité peuvent aussi aider à décrypter certaines opérations financières. Sa présence tout au long du procès pénal démontre bien l'ambition actuelle de développement du mécanisme de la confiscation, séduisant puisqu'il finance la lutte contre la criminalité, tout en sanctionnant l'auteur de l'infraction.

Conclusion. Si les experts ne sont pas des juges, leur rôle étant limité précisément au mandat donné par le juge, ils doivent disposer d'une culture judiciaire, ce que souhaitait Vincent Lamanda, ancien Premier président de la Cour de cassation. Qu'il s'agisse d'aider les enquêteurs dans la recherche des preuves utiles à la découverte de la vérité, du déroulé du procès ou de l'exécution de certaines peines, l'expert joue un rôle important. La chambre criminelle, lorsqu'elle rend un arrêt à propos de la motivation d'un refus d'une demande d'expertise d'un mis en examen⁴³, le fait au visa de l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme⁴⁴, ce qui est la preuve que l'expert se place au cœur du procès équitable. L'exigence de neutralité s'impose à lui, avec d'autres principes, mais cette neutralité devrait être mieux garantie, à travers certains mécanismes juridiques, problématique qui mériterait d'être approfondie...

⁴² Une telle vente est prévue par l'art. 706-160 c. proc. pén., dans le cas où les biens ne sont plus utiles à la manifestation de la vérité ou si leur gestion est périlleuse.

⁴³ Cass. crim., 19 sept. 2018, n°18-83.868.

⁴⁴ Article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

Pour aller plus loin :

- Allocution de M. Jean-Claude MARIN, procureur général près la Cour de cassation, prononcée lors du colloque « L'expertise : entre neutralité et partis pris » qui s'est tenu le 16 mars 2018, en ligne : https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/marin_procureur_7116/neutralite_partis_38825.html ;
- « Denis Diderot, l'expert et l'Encyclopédie », D. GILTARD et J.-M. HEISSER, *Chronique juridique et judiciaire*, Revue *Experts*, n° 107, avril 2013 ;
- « Vers la construction d'une expertise européenne en matière de coopération pénale ? Spécialisation et légitimation des professionnels de la coopération judiciaire », A. Mégie, *Droit et société*, vol. 74, n° 1, 2010, p. 129-149.

Union Européenne et droit pénal

Alice MORNET

ATER

Doctorante en droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

« Union européenne et droit pénal » : il y a quelques années, l'expression aurait pu heurter la sensibilité de certains eu égard à l'antagonisme de ces deux composantes. Matière éminemment attachée à la souveraineté, le droit pénal est *a priori* hostile à toute immixtion internationale. Pour autant, au fil de la construction européenne, celui-ci ne semble plus épargné.

Il convient, très rapidement, de rappeler les grandes étapes de cette rencontre. Au départ, la Communauté européenne ne disposait d'aucune compétence en matière pénale et, si la coopération policière et judiciaire existait, elle s'exerçait de manière informelle en dehors des structures communautaires. Le traité de Maastricht bouleversa la logique strictement mercantile de la Communauté en introduisant un Titre VI dans le TUE comprenant des « Dispositions sur la coopération dans les domaines de la Justice et des Affaires intérieures »¹. À compter de son entrée en vigueur, l'Union put adopter des instruments destinés à permettre une coopération et une harmonisation en matière pénale. Le traité d'Amsterdam confirma cette logique et fixa un objectif à la compétence pénale de l'Union européenne : la construction d'un Espace de liberté, de sécurité et de justice². Finalement, le Traité de Lisbonne acheva cette construction en communautarisant la matière : le Parlement devient « colégislateur », l'unanimité est abandonnée au profit de la majorité qualifiée³ et les directives et les règlements deviennent la règle.

L'Europe pénale se construit aujourd'hui autour de deux concepts : l'harmonisation et la coopération. L'harmonisation consiste à supprimer les différences les plus importantes entre les États membres tandis que la coopération renvoie à l'aide que doivent s'apporter les autorités policières et judiciaires étatiques dans la lutte contre la criminalité. Opposées dans les manuels, ces deux méthodes sont pourtant inextricablement liées : l'harmonisation facilite la coopération et la coopération peut être à l'origine de nombreuses harmonisations.

¹ Traité de Maastricht, 7 février 1992, entré en vigueur le 1^{er} novembre 1993.

² Traité d'Amsterdam, 2 octobre 1997, entré en vigueur le 1^{er} mai 1999.

³ Toutefois, par exception, certaines matières supposent encore l'unanimité. Il en va ainsi de l'institution d'un Parquet européen, de l'organisation d'une coopération opérationnelle entre les autorités compétentes étatiques, ou encore des instruments organisant l'intervention d'autorités étatiques sur le territoire d'un autre État membre : art. 86 § 1, 87 § 3 et 89, TFUE.

Dans le cadre de cette construction, la lutte contre le terrorisme et la criminalité financière semblent, très rapidement, avoir attiré l'attention de l'Union européenne. Il n'est donc pas étonnant que ces domaines fassent l'objet d'innovations importantes, susceptibles de mettre en exergue l'influence de l'Union européenne sur la politique criminelle des États membres.

Les innovations relatives à la lutte contre le terrorisme (I) précéderont celles afférentes à la lutte contre la délinquance financière (II).

I. Le terrorisme et le droit de l'Union européenne

Constituant une priorité depuis les origines de l'Union européenne, la lutte contre le terrorisme a été modernisée par la directive 2017/541 (A) ainsi que par certains instruments de coopération policière s'inscrivant dans son sillage (B).

A. La directive relative à la lutte contre le terrorisme

Établie sur le fondement de l'article 83 § 1 du TFUE, la directive 2017/541⁴ se substitue à la décision-cadre 2002/475/JAI⁵ adoptée peu de temps après les attentats du 11 septembre 2001. La présentation de cette dernière et des raisons ayant justifié son remplacement (1) précéderont l'étude de la directive 2017/541 (2).

1) Les avancées et insuffisances de la décision-cadre 2002/475/JAI

Sans définir le terrorisme, la décision-cadre 2002/475/JAI introduisait trois familles d'incriminations : les infractions terroristes, les infractions relatives à un groupe terroriste et les infractions liées aux activités terroristes.

Les infractions terroristes *stricto sensu*, tout d'abord, se composent de trois éléments constitutifs. Le premier, élément intentionnel, suppose que les auteurs recherchent l'un des buts énumérés par la décision-cadre⁶. Le deuxième, élément contextuel, implique que les actes soient susceptibles de porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale. Quant

⁴ Directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, JO L 88 du 31 mars 2017, p. 6.

⁵ Décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 164 du 22 juin 2002, p. 3.

⁶ Gravement intimider une population, contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale : art. 1 § 1, décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*

au troisième, l'élément matériel, l'Union a fait le choix de dresser une liste de comportements correspondant à des infractions de droit commun, à l'instar de la France⁷ ou de l'Espagne.

Les infractions liées à un groupe terroriste, ensuite, visent à réprimer la direction ou la simple participation à un tel groupe.

Enfin, parmi les infractions liées aux activités terroristes, l'Union européenne réclamait l'incrimination des vols aggravés, chantages et établissements de faux documents administratifs en vue de réaliser les infractions terroristes correspondant aux deux premières catégories.

Les comportements étant précisés, la décision-cadre venait également imposer des seuils minimaux de peines⁸ et déterminer certaines règles visant à éviter les éventuels conflits positifs de compétences⁹.

En 2008¹⁰, trois nouvelles infractions liées aux activités terroristes ont été ajoutées au sein de la décision-cadre. S'inspirant de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme¹¹, l'Union européenne imposa l'incrimination de la provocation publique à commettre une infraction terroriste, de recrutement pour le terrorisme et d'entraînement au terrorisme¹².

Le cadre européen de la lutte antiterroriste semblait donc complet. Toutefois, la décision-cadre de 2002, telle que modifiée en 2008, présentait certaines insuffisances. Tout d'abord, l'instrument devait être modernisé, les décisions-cadres n'ayant pas la même force que les directives ni les mêmes ambitions¹³. Ensuite, et surtout, celle-ci contenait une faiblesse majeure selon les institutions européennes en ce qu'elle n'envisageait pas suffisamment la poursuite des « combattants terroristes étrangers ».

2) La volonté de lutter contre les « combattants terroristes étrangers » justifiant l'adoption de la directive 2017/541

En réponse aux attentats perpétrés en Europe, la Commission européenne, dans le cadre du *Programme européen en matière de sécurité*, recommanda

⁷ Art. 421-1 c. pén. La liste française est plus complète en prévoyant également le recel, le blanchiment et le délit d'initié.

⁸ Art. 5, décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative à la lutte contre le terrorisme, *op. cit.*

⁹ *Ibid.*, Art. 9.

¹⁰ Décision-cadre 2008/919/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 modifiant la décision-cadre 2002/475/JAI relative à la lutte contre le terrorisme, JO L 330 du 9 déc. 2008, p. 21.

¹¹ Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme du 16 mai 2005.

¹² Ces infractions ont ainsi été intégrées en droit français et se retrouvent aux articles 421-2-1, 421-2-4 et 421-2-5 du code pénal.

¹³ En effet, les décisions-cadres n'harmonisaient que légèrement les droits nationaux et, surtout, elles étaient dépourvues d'effet direct et ne pouvaient faire l'objet d'une action en manquement devant la Cour de justice de l'Union européenne.

« une réaction ferme de l'UE face au terrorisme et au phénomène des combattants terroristes étrangers¹⁴ ». Une telle expression renvoie aux citoyens européens rejoignant les groupes établis au sein de zones de conflits afin d'y recevoir un entraînement avant de revenir sur le sol européen. Estimant qu'il s'agit d'une menace grave pour la sécurité, l'Union souhaite par le biais de la directive « endiguer le flux de combattants terroristes étrangers¹⁵ ».

Pour ce faire, quatre nouvelles infractions liées à des activités terroristes sont ajoutées au sein de la directive¹⁶. Premièrement, l'Union européenne invite les États membres à incriminer le fait de recevoir un entraînement au terrorisme. Deuxièmement, ces derniers doivent punir les voyages à des fins de terrorisme. Troisièmement, les États doivent réprimer le fait d'organiser ou de faciliter de quelque autre manière des voyages à des fins de terrorisme. Enfin, quatrièmement, la directive leur impose de réprimer le fait de fournir ou de réunir des fonds, par quelque moyen que ce soit, directement ou indirectement, avec l'intention que ces fonds soient utilisés ou en sachant qu'ils seront utilisés, en tout ou en partie, en vue de commettre l'une des infractions énumérées¹⁷.

Devant être transposée au plus tard le 8 septembre 2018, la directive n'a pas sensiblement modifié le droit pénal français. En effet, tous les comportements décrits étaient déjà incriminés en France, en tombant sous le coup de l'infraction d'entreprise individuelle terroriste¹⁸ ou de celle de financement du terrorisme¹⁹.

Si le droit de l'Union européenne encourage la création de délits obstacles en matière terroriste, elle promeut également l'institution d'une procédure pénale dérogatoire. En effet, la directive demande aux États de prendre « les mesures nécessaires pour que des outils d'enquête efficaces, tels que ceux qui sont utilisés dans les affaires de criminalité organisée ou d'autres formes graves de criminalité, soient mis à la disposition des personnes, des unités ou des services chargés des enquêtes ou des poursuites concernant les

¹⁴ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, Le programme européen en matière de sécurité, COM(2015) 185 final, Strasbourg, le 28 avril 2015, p. 14.

¹⁵ Cons. 12, directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, *op. cit.*

¹⁶ Lesquelles avaient préalablement été préconisées par la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies du 24 septembre 2014 et par le protocole additionnel à la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme.

¹⁷ Titre III, directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, *op. cit.*

¹⁸ Créée par la loi n° 2014-1353 du 13 nov. 2014 et prévue à l'article 421-2-6 du code pénal.

¹⁹ Créée par la loi n° 2001-1062 du 15 nov. 2001 et prévue à l'article 421-2-2 du code pénal.

infractions » énumérées²⁰. Une fois encore, une telle réclamation n'apparaît pas révolutionnaire, ne faisant qu'épouser la logique française²¹.

La directive n'a donc pas transformé le droit interne et ne corrige pas d'importantes lacunes. Notamment, elle ne définit toujours pas le terrorisme en retenant une définition contextuelle peu compatible avec le principe de légalité. Finalement, le seul apport de cette directive consiste en l'incrimination des infractions liées aux combattants terroristes étrangers que l'Union entend également combattre par la coopération.

B. Une directive confortée par certains instruments de coopération

La lutte contre les combattants terroristes étrangers nécessite, selon l'Union européenne, la mobilisation de toutes les bases de données disponibles et, *a fortiori*, l'exploitation des informations. Deux instruments récents manifestent nettement cette volonté : la directive PNR²² (1) et le règlement 2017/458 modifiant le code frontières Schengen²³ (2).

1) La directive PNR

L'objectif de la directive PNR est d'identifier, par l'analyse de données, « des personnes qui n'étaient pas soupçonnées de participation à des infractions terroristes ou à des formes graves de criminalité avant cette évaluation et qui devraient être soumises à un examen plus approfondi par les autorités compétentes²⁴ ». Ainsi, l'ambition consiste à « débusquer les loups solitaires » et, parmi ces derniers, les combattants terroristes étrangers.

²⁰ Art. 20, directive 2017/541 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 relative à la lutte contre le terrorisme et remplaçant la décision-cadre 2002/475/JAI du Conseil, *op. cit.*

²¹ Toutefois, sur le plan de la méthode, il est étonnant qu'une disposition relative à l'harmonisation des procédures pénales soit insérée au sein d'une directive adoptée sur la base de l'article 83 § 1 lequel ne vise que l'harmonisation des incriminations et des sanctions.

²² Directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *JO L 119* du 4 mai 2016, p. 132.

²³ Règlement (UE) 2017/458 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, *JO L 74* du 18 mars 2017, p. 1.

²⁴ Cons. 7, directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *op. cit.*

Très simplement, les transporteurs aériens ont l'obligation de conserver les données de réservation²⁵ et relatives aux passagers afin de les transférer aux Unités d'informations passagers (UIP). Ces UIP sont ensuite chargées de traiter les données et, si celles-ci révèlent un soupçon, de les communiquer aux autorités compétentes de leurs États, des autres États membres et d'Europol.

Le traitement réalisé par les UIP consiste à évaluer les passagers, à partir de leurs données, avant leur arrivée prévue dans l'État membre ou leur départ de celui-ci afin d'identifier les personnes pour lesquelles s'impose un examen plus approfondi par les autorités compétentes à des fins pénales. La communication est justifiée lorsqu'il appert que ces personnes « peuvent être impliquées dans une infraction terroriste ou une forme grave de criminalité²⁶ ». Nécessairement, une telle évaluation est automatisée et repose sur des critères préalablement définis ne devant, selon la directive, en aucun cas être fondés « sur l'origine raciale ou ethnique d'une personne, ses opinions politiques, sa religion ou ses convictions philosophiques, son appartenance à un syndicat, son état de santé, sa vie sexuelle ou son orientation sexuelle²⁷ ». Si une telle affirmation se veut rassurante, les critères fixés ne sont toutefois pas communiqués publiquement, si bien que rien ne permet de les vérifier. Par ailleurs, ce traitement repose également sur le croisement de bases de données. En effet, selon la directive, « l'UIP peut confronter les données PNR aux bases de données utiles aux fins de prévention et de la détection des infractions ainsi que des enquêtes et des poursuites en la matière, y compris les bases de données concernant les personnes ou les objets recherchés ou faisant l'objet d'un signalement²⁸ ».

Si les données sont transmises aux autorités répressives des États membres, ces dernières ne peuvent les utiliser qu'aux fins de la prévention ou de la détection d'infractions terroristes ou de formes graves de criminalités, ainsi que des enquêtes et poursuites en la matière. Toutefois, la directive prend le soin de préciser que cette limite cède si d'autres infractions ou des indices d'autres infractions apparaissent²⁹.

²⁵ Il s'agit des données dites API. Elles correspondent aux données d'enregistrement et d'embarquement communiquées par les passagers : directive 2004/82/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant l'obligation pour les transporteurs de communiquer des données relatives aux passagers, JO L 261 du 6 août 2004, p. 24.

²⁶ Art. 6 § 2, directive (UE) 2016/681 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relative à l'utilisation des données des dossiers passagers (PNR) pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalité, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, *op. cit.*

²⁷ *Ibid.*, Art. 6 § 4.

²⁸ *Ibid.*, Art. 6 § 3.

²⁹ *Ibid.*, Art. 7 §§ 4-5.

Là encore, la directive n'a pas eu une incidence importante en France, un système PNR ayant été créé dès la loi du 18 décembre 2013³⁰. Il appert, au contraire, que la France et le Royaume-Uni ont été de grands défenseurs de la directive³¹, imposant ainsi leur logique proactive aux autres États européens. Pourtant, si les systèmes PNR présentent un intérêt certain³², ils instaurent une suspicion généralisée difficilement conciliable avec le principe de la présomption d'innocence et participent à la surveillance maximale des citoyens européens.

2) Le règlement 2017/458 modifiant le code frontières Schengen

Le règlement 2017/458 du 15 mars 2017, adopté le même jour que la directive relative à la lutte contre le terrorisme³³, modifie le code frontière Schengen et renforce les vérifications des bases de données pertinentes aux frontières extérieures. Le législateur européen ayant conscience qu'« un grand nombre de combattants terroristes étrangers sont des citoyens de l'Union » souhaite étendre les vérifications aux frontières extérieures « à l'égard des personnes jouissant du droit à la libre circulation »³⁴. Pour ce faire, le règlement impose un contrôle systématique, à l'entrée et à la sortie du territoire des États membres, des documents de voyages des citoyens européens. Là encore, une telle vérification passe par la consultation de toutes les bases de données relatives aux documents de voyage volés, détournés, égarés et invalidés³⁵. Par ailleurs, pour les ressortissants de pays tiers, ce contrôle est renforcé et nécessite, en plus des bases de données précédentes, la consultation

³⁰ Loi n° 2013-1168 du 18 décembre 2013 relative à la programmation militaire pour les années 2014 à 2019 et portant diverses dispositions concernant la défense et la sécurité nationale.

³¹ Face, notamment, à l'hostilité du Parlement européen vis-à-vis du projet en raison des risques que celui-ci engendrait pour les libertés et droits fondamentaux.

³² La Commission, dans l'exposé des motifs de la proposition de directive PNR a ainsi souligné l'incidence des systèmes PNR en matière de lutte contre les trafics de stupéfiants. Par exemple, elle relève que la Belgique a affirmé que 95% de l'ensemble des saisies de drogue effectuées en 2009 résultaient exclusivement ou essentiellement du système PNR. Le taux est de 65 à 75% selon la Suède : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'utilisation des données des dossiers passagers pour la prévention et la détection des infractions terroristes et des formes graves de criminalités, ainsi que pour les enquêtes et les poursuites en la matière, COM(2011) 32 final, Bruxelles, le 2 février 2011, p. 8.

³³ V. *supra*.

³⁴ Cons. 2, règlement (UE) 2017/458 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, *op. cit.*

³⁵ Il s'agit, principalement, du Système d'information Schengen, de la base de données SLTD d'Interpol et des bases de données nationales contenant des informations sur les documents de voyage volés, détournés, égarés et invalidés.

de « toutes les bases de données pertinentes³⁶ » qui incluent alors également celles relatives aux infractions pénales, nationales comme européennes.

En outre, d'autres bases de données européennes ont été créées afin, très justement, de surveiller les déplacements des ressortissants de pays tiers³⁷ et des citoyens européens : l'EES³⁸ et l'ETIAS³⁹. Le premier enregistre et conserve les données relatives à la date, l'heure et le lieu d'entrée et de sortie des ressortissants de pays tiers franchissant les frontières extérieures, ainsi que celles des ressortissants s'étant vu refuser l'entrée sur le territoire. Le second contient les données relatives aux voyageurs exemptés de l'obligation de visa souhaitant accéder aux territoires des États membres afin de déterminer, en amont, s'ils ne constituent pas un danger en matière d'immigration irrégulière, de sécurité ou de santé publique. Ayant pour vocation principale d'assurer la gestion des frontières, ces deux fichiers peuvent également être utilisés à des fins de lutte contre la criminalité et sont donc, sous certaines conditions, accessibles aux autorités répressives étatiques et à Europol.

³⁶ Cons. 4, règlement (UE) 2017/458 du Parlement européen et du Conseil du 15 mars 2017 modifiant le règlement (UE) 2016/399 en ce qui concerne le renforcement des vérifications dans les bases de données pertinentes aux frontières extérieures, *op. cit.*

³⁷ Il convient également de mentionner le système d'information ECRIS-TCN visant à compléter le système européen d'information sur les casiers judiciaires en y intégrant les données relatives aux ressortissants de pays tiers et aux apatrides : règlement (UE) 2019/816 du Parlement européen et du Conseil portant création d'un système centralisé permettant d'identifier les États membres détenant des informations relatives aux condamnations concernant des ressortissants de pays tiers et des apatrides (ECRIS-TCN), qui vise à compléter le système européen d'information sur les casiers judiciaires, et modifiant le règlement (UE) 2018/1726, *JO L 135* du 22 mai 2019, p. 1.

³⁸ Règlement (UE) 2017/2226 du Parlement européen et du Conseil du 30 novembre 2017 portant création d'un système d'entrée/de sortie (EES) pour enregistrer les données relatives aux entrées, aux sorties et aux refus d'entrée concernant les ressortissants de pays tiers qui franchissent les frontières extérieures des États membres et portant détermination des conditions d'accès à l'EES à des fins répressives, et modifiant la convention d'application de l'accord de Schengen et les règlements (CE) no 767/2008 et (UE) n° 1077/201, *JO L 327* du 9 déc. 2017, p. 20.

³⁹ Règlement (UE) 2018/1240 du Parlement européen et du Conseil du 12 septembre 2018 portant création d'un système européen d'information et d'autorisation concernant les voyages (ETIAS) et modifiant les règlements (UE) n° 1077/2011, (UE) n° 515/2014, (UE) 2016/399, (UE) 2016/1624 et (UE) 2017/2226, *JO L 236* du 19 sept. 2018, p. 1.

L'Union européenne promeut ainsi une utilisation maximale des bases de données à des fins de lutte contre le terrorisme⁴⁰, là encore dans une logique hautement préventive, largement encouragée par la France⁴¹.

Si l'Union européenne revoit sa politique criminelle relative à la lutte contre le terrorisme, il en va de même s'agissant de celle établie en vue de combattre la délinquance financière.

II. La délinquance financière et le droit de l'Union européenne

La lutte contre la délinquance financière constitue, également, un des domaines de prédilection du droit pénal de l'Union européenne. Deux nouveaux instruments ont vocation à la moderniser : la directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union (A), ainsi que la directive relative au blanchiment (B).

A. La directive relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union

La lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts de l'Union européenne constitue la matière de prédilection du droit pénal européen, depuis

⁴⁰ Par ailleurs, celles-ci sont également interopérables. En effet, deux nouveaux règlements visent à garantir l'interopérabilité des systèmes EES, VIS, Eurodac, SIS et ECRIS-TCN en introduisant un portail de recherche européen permettant de consulter, à partir d'une seule interface, l'ensemble de ces fichiers. Également, un service d'établissement de correspondances biométriques est créé et permet aux autorités compétentes d'effectuer une recherche, à partir d'une empreinte biométrique, dans l'ensemble des systèmes concernés. De surcroît, les règlements instaurent un répertoire commun de données d'identité recensant toutes celles contenues dans les fichiers précités. Enfin, un détecteur d'identités multiples est créé, celui-ci permettant de lutter contre les usurpations d'identités : règlement (UE) 2019/817 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine des frontières et des visas et modifiant les règlements (CE) n° 767/2008, (UE) 2016/399, (UE) 2017/2226, (UE) 2018/1240, (UE) 2018/1726 et (UE) 2018/1861 du Parlement européen et du Conseil et les décisions 2004/512/CE et 2008/633/JAI du Conseil, *JO L* 135 du 22 mai 2019, p. 27 ; règlement (UE) 2019/818 du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 2019 portant établissement d'un cadre pour l'interopérabilité des systèmes d'information de l'UE dans le domaine de la coopération policière et judiciaire, de l'asile et de l'immigration et modifiant les règlements (UE) 2018/1726, (UE) 2018/1862 et (UE) 2019/816, *JO L* 135 du 22 mai 2019, p. 85.

⁴¹ La vérification systématique des citoyens européens était, en effet, un souhait de la France : H. LABAYLE, « La crise des politiques européennes d'asile et d'immigration, regard critique », *RFDA*, 2017, p. 893.

l'affaire du *Maïs grec*⁴² jusqu'à la création du Parquet européen⁴³. En ce domaine, le droit pénal est au service de la protection d'un intérêt strictement européen en ce qu'il protège les intérêts financiers de l'Union étant compris comme l'ensemble des recettes perçues, des dépenses exposées et des avoirs relevant des budgets de l'Union et de ses institutions, organes et organismes.

Dotée d'une telle importance, la matière a été harmonisée dès la Convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes du 26 juillet 1995⁴⁴ que la directive a vocation à moderniser.

À l'instar de la Convention, la directive vient harmoniser les incriminations (1), les sanctions (2) et quelques éléments de droit pénal général (3).

1) L'harmonisation des incriminations

La directive reprend, pour l'essentiel, le contenu de la Convention de 1995 et de ses protocoles⁴⁵.

Toutefois, il convient de relever certains changements concernant les fraudes, la fraude à la TVA et les infractions pénales liées.

Tout d'abord, s'agissant des fraudes, la directive ajoute deux nouveaux objets : les dépenses relatives aux marchés publics et les recettes issues de ressources provenant de la TVA⁴⁶. Toutes ces fraudes ont un élément matériel constitué de trois comportements possibles : les utilisations ou présentations

⁴² CJCE, 21 septembre 1989, *Commission des Communautés européennes contre République hellénique*, Aff. 68/88.

⁴³ Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen, *JOL* 283 du 31 oct. 2017, p. 1.

⁴⁴ Acte du Conseil du 26 juillet 1995 établissant la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JO C* 316 du 27 nov. 1995, p. 48 ; acte du Conseil du 27 septembre 1996 établissant un protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JO C* 313 du 23 oct. 1996, p. 1 ; acte du Conseil du 29 novembre 1996 établissant, sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, le protocole concernant l'interprétation, à titre préjudiciel, par la Cour de justice des Communautés européennes de la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JO C* 151 du 20 mai 1997, p. 1 ; acte du Conseil du 19 juin 1997 établissant le deuxième protocole à la convention relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, *JO C* 221 du 19 juill. 1997, p. 11.

⁴⁵ V. également en ce sens, I. RODOPOULOS, « Un "langage commun" sans "grammaire commune", Quelques réflexions à propos de la "proposition de directive du 11 juillet 2012, relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal" », *RUE*, 2014, p. 454.

⁴⁶ En effet, la directive fut proposée dès le 12 juillet 2012 et les discussions furent très longues précisément en raison de la question de l'admission de la fraude à la TVA, certains États membres craignant que l'Union ne s'immisce dans « leur compétence de principe en ce qui concerne la structure, l'organisation et le fonctionnement de leur système fiscal » : P. BEAUVAIS, « Le renforcement de la protection pénale des intérêts financiers de l'Union européenne », *RTD Eur.*, 2017, pp. 875-883.

de déclarations ou de documents faux, inexacts ou incomplets ; la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique ; le détournement de fonds ou d'un avantage.

Ensuite, malgré les contestations de certains États membres, la fraude à la TVA est admise. Un tel ajout est essentiellement dû au courage de la CJUE ayant affirmé, dans un arrêt *Taricco* du 8 septembre 2015⁴⁷, que la TVA constituait une ressource propre pour le budget européen et que, par conséquent, la fraude au système commun de TVA était couverte par la convention de 1995. Si elle consacre cette jurisprudence, la directive ménage les susceptibilités nationales en ne l'appliquant qu'aux cas les plus graves⁴⁸. De surcroît, au moins deux États membres doivent être impliqués et la fraude doit entraîner un préjudice d'un montant total d'au moins 10 000 000 euros. Ainsi, conformément aux logiques étatiques, seules les fraudes les plus importantes relèvent du juge pénal, les autres étant laissées à la compétence des autorités fiscales⁴⁹.

Enfin, s'agissant des infractions pénales liées, doivent être incriminés le blanchiment des fraudes à la TVA, la corruption et le détournement. Il n'y a pas de grande nouveauté dans l'énoncé de ces comportements si ce n'est que la notion, plus large, d'agent public remplace celle de fonctionnaire, conformément à l'assimilation déjà proposée au sein des rapports explicatifs de la convention de 1995.

Si la directive n'apporte pas de grandes nouveautés concernant les incriminations, il en va autrement s'agissant des sanctions.

2) L'harmonisation des sanctions pénales

Sur ce point, la directive apparaît bien plus ambitieuse que la Convention de 1995. En effet, cette dernière n'imposait que les caractères de la sanction, laquelle devait être « effective, proportionnée et dissuasive » et, s'agissant de la seule fraude grave, elle ajoutait qu'une peine d'emprisonnement devait être prévue. La directive, elle, fixe des seuils minimaux⁵⁰. Ainsi, les infractions doivent être passibles d'une peine maximale qui prévoit une durée d'emprisonnement d'au moins quatre ans lorsqu'elles entraînent un préjudice ou un avantage considérable. À cet égard, s'il est toujours réputé considérable pour les fraudes à la TVA, il doit s'élever à plus de 100 000 euros pour les autres fraudes ainsi que les infractions liées. La peine maximale d'au moins

⁴⁷ CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, Aff. C-105/14.

⁴⁸ C'est-à-dire la fraude carrousel, la fraude intracommunautaire à l'opérateur défaillant et la fraude commise dans le cadre d'une organisation criminelle.

⁴⁹ P. BEAUVAIS, *op. cit.*

⁵⁰ Art. 7, directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, JO L 198 du 28 juill. 2017, p. 29.

quatre ans d'emprisonnement peut également être appliquée « pour d'autres circonstances graves » définies, arbitrairement, par les États membres. En outre et à l'exception de la fraude à la TVA, les législateurs nationaux peuvent exclure le prononcé d'une sanction pénale lorsque le préjudice ou l'avantage est inférieur à 10 000 euros.

À l'analyse, l'harmonisation des sanctions se révèle décevante. En effet, pour les infractions dont le préjudice ou l'avantage est inférieur à 10 000 euros, la nature de la sanction fluctuera selon l'État concerné. En outre, pour celles dont l'avantage ou le préjudice se situe entre 10 000 et 100 000 euros, la sanction sera nécessairement pénale mais son *quantum* sera laissé à la discrétion des États.

Quelques éléments de droit pénal général, essentiels à l'efficacité de la directive, sont également harmonisés.

3) L'harmonisation de certains éléments de droit pénal général

La directive vient, timidement, harmoniser certains éléments de droit pénal général : la responsabilité des personnes morales, d'une part ; les délais de prescription, d'autre part.

Il convient de rappeler que le deuxième protocole à la Convention de 1995 fut le premier instrument de l'Union à proposer une réglementation de la responsabilité des personnes morales à l'égard des infractions qu'elles commettent. Dès lors, il n'est pas étonnant que la directive consacre et développe cette proposition. La notion de personne morale est définie dans les mêmes termes qu'en droit interne⁵¹ et la responsabilité est également envisagée dans des conditions identiques. Ainsi, l'infraction doit être commise « au profit » de la personne morale, « par toute personne agissant soit individuellement, soit en tant que membre d'un organe de la personne morale, qui exerce un pouvoir de direction en son sein sur la base : d'un pouvoir de représentation, de prendre des décisions en son nom, ou d'exercer un contrôle en son sein »⁵². Si la directive consacre une responsabilité des personnes morales, celle-ci n'a pas nécessairement à être pénale et peut demeurer civile ou administrative. Faute de consensus sur cette question, l'Union se contente donc d'une harmonisation alternative⁵³.

Quant aux délais de prescription, le législateur européen impose aux États de prévoir un délai suffisamment long « afin de lutter contre ces infractions pénales de façon efficace » et, pour les infractions passibles d'une peine

⁵¹ *Ibid.*, Art. 2, b).

⁵² *Ibid.*, Art. 6.

⁵³ V. également en ce sens, I. RODOPOULOS, *op. cit.*

maximale d'au moins quatre ans d'emprisonnement, le délai doit être *a minima* de cinq ans, à compter de la commission de ces infractions, ou de trois à cinq ans, si celui-ci est susceptible d'être interrompu ou suspendu⁵⁴. Si la directive n'apparaît pas très contraignante, il s'agit d'une avancée politique importante. En effet, pour la première fois, les délais de prescription sont harmonisés dans le souci, sans doute, de faciliter le travail du Parquet européen.

La directive a l'avantage de la modernité et offre une base de travail relativement solide au Parquet européen dont la compétence matérielle est désormais fixée et actualisée. La proposition de directive blanchiment, elle aussi, met l'harmonisation au service de la coopération.

B. La directive blanchiment

La directive (UE) 2018/1673⁵⁵ remplace la décision-cadre du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime⁵⁶. Si cette dernière permet certaines avancées, elle n'eut aucune incidence en matière d'harmonisation, notamment car elle ne contenait aucune définition. La coopération policière et judiciaire en matière pénale était, de ce fait, paralysée⁵⁷. En effet, l'hétérogénéité du champ d'application des infractions principales empêchait les Cellules de renseignement financiers et les autorités répressives étatiques de coordonner leurs actions⁵⁸. De surcroît, il convenait de mettre le droit de l'Union en conformité avec le droit international⁵⁹.

⁵⁴ Art. 12, directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2017 relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, *op. cit.*

⁵⁵ Directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, *JO L 284* du 12 nov. 2018, p. 22.

⁵⁶ Décision-cadre 2001/500/JAI du Conseil du 26 juin 2001 concernant le blanchiment d'argent, l'identification, le dépistage, le gel ou la saisie et la confiscation des instruments et des produits du crime, *JO L 182* du 5 juill. 2001, p. 1.

⁵⁷ Cons. 4, directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, *op. cit.*

⁵⁸ À cet égard, une proposition de directive vise à moderniser les échanges d'informations financières aux fins de la lutte contre la criminalité. Il s'agira d'offrir aux autorités étatiques un accès direct aux registres centralisés des comptes bancaires des autres États membres et de renforcer la coopération entre les cellules de renseignement financier : Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil fixant les règles facilitant l'utilisation d'informations financières et d'autre nature aux fins de la prévention et de la détection de certaines infractions pénales, et des enquêtes et poursuites en la matière, et abrogeant la décision 2000/642/JAI du Conseil, COM(2018) 231 final, Strasbourg, le 17 avril 2018.

⁵⁹ Conseil de l'Europe, Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme, Varsovie, 16 mai 2005 ; Recommandations du Groupe d'action financière (GAFI).

La directive (UE) 2018/1673 tente de corriger ces lacunes en harmonisant les infractions de blanchiment (1) et les peines (2).

1) L'harmonisation des incriminations

La directive réprime le blanchiment de biens provenant d'une « activité criminelle ». Pour définir cette dernière notion, le législateur européen reprend la liste de la Convention de Varsovie en y ajoutant la cybercriminalité⁶⁰.

Le blanchiment, quant à lui, peut revêtir trois formes⁶¹. Premièrement, la directive vise la conversion ou le transfert de bien dans le but de dissimuler ou déguiser leur origine illicite. Deuxièmement, elle réprime le fait de dissimuler ou de déguiser la nature, l'origine, l'emplacement, la disposition, le mouvement ou la propriété réels de biens ou des droits qui y sont liés. Enfin, troisièmement, elle prohibe l'acquisition, la détention ou l'utilisation de biens provenant d'une activité criminelle. Dans tous les cas, la directive impose un élément intentionnel identique : l'auteur doit savoir que les biens proviennent d'une activité criminelle ou d'une participation à une activité criminelle.

Sur ce point, le législateur ne fait que reprendre les recommandations du GAFI et la Convention de Varsovie. Cependant, en réprimant l'auto-blanchiment, il apparaît plus ambitieux. En effet, la directive prévoit que les deux premières formes de blanchiment s'appliquent aux personnes ayant commis l'activité criminelle dont le bien provient ou y ayant participé⁶². Il s'agit d'une innovation importante dans la mesure où certains États membres ne punissaient pas l'auto-blanchiment, même si sa répression était préconisée par la Convention de Varsovie⁶³. La directive, devant être transposée au plus tard le 3 décembre 2020, aura donc une incidence sur les droits nationaux. Notamment, elle permettra, en France, de consacrer légalement la jurisprudence de la Cour de cassation⁶⁴, conformément aux souhaits d'une partie de la doctrine soucieuse du respect du principe de légalité⁶⁵.

⁶⁰ La logique retenue consiste donc à dresser une liste, nonobstant les différentes approches étatiques. En effet, si certains établissent une liste, d'autres visent toutes les infractions ou seulement les plus graves.

⁶¹ Art. 3, directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, *op. cit.*

⁶² *Ibid.*, Art. 3 § 5.

⁶³ V. à ce sujet, M. SEGONDS, « De l'incrimination *a minima* du blanchiment », *Dr. pén.*, n° 3, 2019, étude 10.

⁶⁴ Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-82.977, *Bull. crim.* n° 43 ; Cass. crim., 14 janv. 2004, n° 03-81.165, *Bull. crim.* n° 12 ; Cass. crim., 2 juin 2010, n° 09-82.013, *Bull. crim.* n° 199 ; Cass. crim., 9 déc. 2015, n° 15-83.204, *Bull. crim.* n° 282 ; Cass. crim., 14 juin 2017, n° 16-84.921.

⁶⁵ V. not., M. SEGONDS, « De l'incrimination *a minima* du blanchiment », *op. cit.* ; M. SEGONDS, « Les métamorphoses de l'infraction de blanchiment... ou les enjeux probatoires de la lutte contre le blanchiment », *AJ Pénal*, 2016, p. 168 ; G. BEAUSSONIE, « Quelques observations à partir de (et non sur) l'"auto-blanchiment" », *AJ Pénal*, 2016, p. 192.

À l'image de la France, l'Union tend également à autonomiser le blanchiment n'étant, théoriquement, qu'une infraction de conséquence. Ainsi, la directive précise qu'il n'est pas nécessaire, pour entrer en répression, d'établir une condamnation préalable ou concomitante de l'activité criminelle ayant généré le bien, l'identité de l'auteur ou d'autres circonstances liées à cette activité. En outre, il importe peu que l'activité criminelle ayant généré le bien ait été commise sur le territoire d'un autre État membre ou sur celui d'un pays tiers. Toutefois, dans ce cas, la directive impose une réciprocité d'incrimination s'agissant de l'infraction d'origine.

Si la jurisprudence française autonomise depuis longtemps déjà l'infraction de blanchiment⁶⁶, il semble que la directive aille un peu plus loin encore en énonçant que l'identité de l'auteur ayant généré le bien ou « d'autres circonstances liées à cette activité criminelle » n'ont pas à être établis. En effet, la chambre criminelle continue d'exiger que les éléments constitutifs de l'infraction d'origine soient relevés par les juges du fond, sauf si les faits sont opaques. Ainsi, selon certains auteurs, cette disposition « pourrait conduire à l'abandon de la nécessité, en droit français, de caractériser les éléments constitutifs de l'infraction préalable. Il est en effet difficile de comprendre comment relever les éléments constitutifs d'une infraction sans en établir les circonstances⁶⁷ ».

La directive harmonise également les peines de l'infraction de blanchiment.

2) L'harmonisation des peines

La directive impose que les infractions de blanchiment soient passibles de peines d'emprisonnement d'au moins quatre ans⁶⁸. Elle prévoit également certaines circonstances aggravantes obligatoires et facultatives. S'agissant des premières, les États doivent aggraver la peine encourue lorsque l'infraction a été commise dans le cadre d'une organisation criminelle, c'est-à-dire en bande organisée, ou lorsque l'auteur de l'infraction est une entité assujettie à la directive (UE) 2015/849⁶⁹ a commis l'infraction dans le cadre de ses fonctions.

⁶⁶ V. par exemple, Cass. crim., 20 févr. 2008, n° 07-82.977, *Bull. crim.* n° 43 ; Cass. crim., 24 févr. 2010, n° 09-82.857, *Bull. crim.* n° 37 ; Cass. crim., 31 mai 2012, n° 12-80.715, *Bull. crim.* n° 139.

⁶⁷ A. LEVY, J. MONIN de FLAUGERGUES, « Le blanchiment – Un objet privilégié de poursuites et de justice négociée », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juill. 2017, dossier 24.

⁶⁸ Art. 5 § 2, directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, *op. cit.*

⁶⁹ Directive (UE) 2015/849 du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, modifiant le règlement (UE) no 648/2012 du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 2005/60/CE du Parlement européen et du Conseil et la directive 2006/70/CE de la Commission, *JO L* 141 du 5 juin 2015, p. 73.

S'agissant des secondes, les États peuvent aggraver les peines lorsque les biens blanchis proviennent de certaines infractions énumérées⁷⁰ ou lorsque la valeur de ces biens est « considérable ».

En outre, le législateur européen prévoit la responsabilité des personnes morales⁷¹, à l'image de la directive sur la protection des intérêts financiers de l'Union⁷².

En dépit des constats dressant une Union européenne engourdie, l'activité normative de l'institution se révèle riche. Si les instruments présentés se contentent, conformément au TFUE, d'une harmonisation minimale, il n'empêche que, peu à peu, un droit pénal de l'Union se construit autour d'une politique criminelle commune.

Pour autant, l'harmonisation reste, pour le moment, insuffisante. En effet, l'harmonisation des éléments constitutifs des infractions ne permet pas celle de leur poursuite effective dépendant de nombreux autres éléments tenant, par exemple, aux modes d'imputation, aux faits justificatifs et, évidemment, aux règles de procédure pénale. Le constat est le même s'agissant des peines : si l'Union peut fixer des *minima* communs, elle ne peut imposer une peine identique et, même si elle le pouvait, la peine encourue ne sera jamais la peine subie par l'individu qui dépendra, toujours, des règles étatiques.

⁷⁰ Il s'agit de la participation à un groupe criminel organisé et racket d'extorsion, du terrorisme, de la traite des êtres humains et du trafic illicite de migrants, de l'exploitation sexuelle, du trafic illicite de stupéfiants et de la corruption.

⁷¹ Art. 7, directive (UE) 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux au moyen du droit pénal, *op. cit.*

⁷² V. *supra*.

LES MÉMOIRES

Guillaume BEAUSSONIE

Professeur de droit privé et sciences criminelles

Université Toulouse 1-Capitole

Codirecteur de l'Institut Roger Merle

Il existe, à l'Université Toulouse 1-Capitole, un Master 1 « Droit pénal et sciences criminelles », créé et dirigé par le professeur Bertrand de Lamy et actuellement porte d'accès vers deux Masters 2 : le Master 2 « Droit pénal et sciences criminelles » (avec, en sus, un parcours franco-qubécois ; dir. : Bertrand de Lamy) et le Master 2 « Droit pénal des affaires publiques et privées (dir. : Marc Segonds et Guillaume Beaussonie).

Chaque année, seront publiés dans les *Annales de l'Institut de criminologie et de sciences pénales Roger Merle*, des études synthétisant le contenu des meilleurs mémoires de recherche rédigés et soutenus dans le cadre de ces Masters. Ces travaux de grande valeur, en effet, ne sont pas suffisamment valorisés.

Cette année, d'après les jurys, les deux meilleurs mémoires étaient ceux de Monsieur Pierrick Calimache (M2 Droit pénal et sciences criminelles) et de Monsieur Jean-Baptiste Lorient (M2 Droit pénal des affaires publiques et privées). Ils nous ont fait l'honneur et le plaisir d'accepter de réaliser une synthèse de leurs très beaux travaux.

La prison à perpétuité

Pierrick CALIMACHE

M2 Droit pénal et sciences criminelles
Université Toulouse 1-Capitole

Introduction

« La véritable ligne de partage, parmi les systèmes pénaux, ne passe pas entre ceux incluant la peine de mort et les autres ; elle passe entre ceux qui admettent les peines définitives et ceux qui les excluent [...]. Va-t-on sortir radicalement d'une pratique qui affirme être destinée à corriger mais qui maintient que certains ne peuvent et ne pourront jamais l'être par nature, par caractère, par une fatalité biopsychologique ou parce qu'ils sont en somme intrinsèquement dangereux¹ ? » Cette ligne que trace Michel Foucault est au cœur du système pénal, car plus que le débat sur les peines définitives, elle emporte celui qui s'établit entre la rétribution et l'utilité de la peine, débat qui, pour certains, se rapporte à « presque tous les problèmes pénaux² ». Puisque, comment considérer autrement que rétributive une peine se voulant être définitive, et comment considérer utile une peine dont ceux qui la subissent demandent eux-mêmes son remplacement au profit de la peine de mort³ ? Le débat est posé, il concerne la peine de prison à perpétuité et le rapport qu'elle entretient avec notre droit pénal.

Le droit français connaît la peine de prison à perpétuité, elle ne se veut pour certains pas être « réelle », mais est pourtant bien présente dans notre système juridique. Elle comporte un aspect éminemment rétributif et évidemment neutralisateur car c'est bien là le but initial d'une peine visant à ne jamais se terminer. Pourtant, la spécificité de cette pensée est frappante eu égard à sa contradiction avec le développement de la volonté de réinsertion et de resocialisation des détenus. Quelle antinomie plus grande pourrait-on retrouver entre le développement d'une part, d'une peine devant être infinie, d'autre part, des moyens de réinsérer l'individu lorsque sa peine, précisément,

¹ M. FOUCAULT, *Contre les peines de substitution*, *Libération*, 18 sept. 1981.

² F. TULKENS, *Les principes du code pénal de Bentham*, In P. GERARD et al., *Actualités de la pensée juridique de Bentham*, Presses de l'Université Saint-Louis, 28 mai 2019, p. 615-662.

³ *Des détenus réclament le rétablissement de la peine de mort face au désespoir des longues peines*, *Le Monde*, 25 janv. 2006 ; sur la base de : A. HAKKAR et al., *Appel des perpétuités de Clairveaux pour un rétablissement effectif de la peine de mort pour nous*, 16 janv. 2006.

se finit ? Cette contradiction est d'autant plus frappante que les deux logiques se sont construites parallèlement.

La réinsertion, « l'action permettant à la personne de se réadapter et de se réintégrer à la société en préparant sa sortie⁴ », a été consacrée comme étant le but essentiel de la peine privative de liberté dès la réforme Amor de 1945⁵. Ce même objectif sera poursuivi par les différentes lois successives^{6,7,8} jusqu'à s'imposer dans le code pénal actuel : « La peine a pour fonctions [...] de favoriser son amendement [au condamné], son insertion ou sa réinsertion⁹ » ; et le code de procédure pénale : « Le régime d'exécution des peines privatives et restrictives de liberté vise à préparer l'insertion ou la réinsertion de la personne condamnée¹⁰ ».

La perpétuité quant à elle, du latin *perpetuare* (continu)¹¹, se définit comme le « caractère de ce qui est perpétuel¹² », lorsque ce caractère se définit comme ce qui est « à vie, destiné à durer autant que la vie de la personne concernée »¹³. Par définition, la prison à perpétuité est donc celle qui dure toute la vie de l'individu. Bien que substantiellement comparable aux anciennes peines de travaux forcés et de déportation à perpétuité¹⁴, la prison à perpétuité ne sera consacrée qu'en 1960, en remplacement des travaux forcés¹⁵. Elle sera généralisée en 1981¹⁶, devenant le palliatif de la peine de mort. Depuis, on constate un mouvement visant à empêcher que le détenu condamné à cette peine fasse l'objet d'une libération conditionnelle, allongeant sans cesse sa durée réelle. Le principal outil pour ce faire est le mécanisme de la période de sûreté créée en 1978¹⁷, qui atteindra son paroxysme en 1994¹⁸ en instituant une période de sûreté illimitée. Le domaine de cette mesure sera ensuite sans cesse étendu¹⁹.

⁴ J. SCHMITZ, *Les contradictions de la loi pénitentiaire de 2009*, In Colloque : *Le droit à la réinsertion des personnes détenues*, 2016.

⁵ 1^{er} Principe de la commission de réforme Amor de mai 1945.

⁶ Loi n° 87-432 du 22 juin 1987.

⁷ Loi n° 2009-1436 du 24 nov. 2009.

⁸ Loi n° 2014-896 du 15 août 2014.

⁹ Art. 130-1 CP.

¹⁰ Art. 707 CPP.

¹¹ *Dictionnaire Maxipoche*⁺, Larousse, 2019.

¹² G. CORNU, *Vocabulaire juridique, Vocabulaire juridique*, 12^e éd. PUF, 2018.

¹³ *Idem*.

¹⁴ Art. 1 du Code pénal de 1791.

¹⁵ Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960.

¹⁶ Loi n° 81-908 du 9 oct. 1981.

¹⁷ Loi n° 78-1097, du 22 nov. 1978.

¹⁸ Loi n° 94-89, du 1^{er} févr. 1994.

¹⁹ Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011 et loi n° 2016-731 du 3 juin 2016.

Ces deux tendances parallèles sont l'histoire de la contradiction qui s'est progressivement affirmée entre l'objectif de réinsertion de la prison et le développement de la prison à perpétuité. Le constat de cette contradiction engrange des problèmes aussi logiques que juridiques. En effet, tant le droit national que le droit international consacrent le droit à la réinsertion du détenu comme un droit fondamental, et il est légitime de se questionner sur l'appréciation des hautes juridictions d'une peine semblant entrer en contradiction avec ces principes. De surcroît, la peine de prison à perpétuité n'est en rien tombée en désuétude en France²⁰. Le constat est donc fait que notre système pénal accepte une telle peine malgré des principes allant à son encontre. Par conséquent, se pose la question de savoir comment une peine visant à éviter la sortie d'un détenu de prison peut se pérenniser dans un système visant à favoriser sa réinsertion ?

La contradiction de la peine avec son système étant posée, il apparaît évident que son régime est un équilibre constant entre l'objectif initial de la peine de neutralisation permanente et l'objectif de réinsertion imposé par le droit. Cet équilibre s'exprime dans les règles entourant le prononcé de la peine de prison à perpétuité, puisque c'est là qu'il se heurte aux droits fondamentaux fixés par le droit national et international (I). Pour autant, c'est dans le cadre de l'exécution de la prison à perpétuité qu'il se révèle être le plus vivace, car c'est là que se concrétise le respect des règles précédemment mises en place (II).

I. Le prononcé de la prison à perpétuité

« C'est une nécessité : toute peine privative de liberté, même celle qui s'affiche affranchie de la durée, doit demeurer un temps²¹ ». En matière de perpétuité, la détermination de ce temps dépend d'un régime complexe (A), amplement influencé par le droit du Conseil de l'Europe (B).

A. Le régime de la prison à perpétuité

1) La prison à perpétuité simple

L'étude de la perpétuité ne saurait s'affranchir de celle des modalités encadrant son prononcé. En la matière, cette peine ne concerne que les infractions considérées comme les plus graves. On dénote ainsi logiquement

²⁰ Statistiques des condamnations issues du casier judiciaire, ministère de la Justice et des Libertés, cité par P. TOURNIER, *Condamnés à perpétuité : quelle espérance de vie ?*, La perpétuité perpétuelle : réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité, PUR, 2012, p. 69.

²¹ G. BEAUSSONIE, *Faut-il imaginer Sisyphe heureux ? À propos de la longueur des peines*, In *Mélanges en l'honneur de J.-F. SEUVIC*, 13 sept. 2018, p. 373-386.

qu'elle s'applique surtout aux infractions internationales²² et politiques²³. Au niveau international, le Statut de Rome²⁴ punit lui aussi de perpétuité les infractions de génocide, crime contre l'humanité, crime de guerre et crime d'agression²⁵. Elle est également le palier aggravant des infractions initialement punies de 30 ans de prison. L'infraction est probablement la meilleure illustration de la valeur expressive du droit pénal, puisque son étude met en exergue les comportements portant l'atteinte la plus grave aux « valeurs essentielles de la société ou des règles d'organisation de la vie en société²⁶ » : la personne humaine, entité principalement protégée par les crimes contre l'humanité²⁷, la sûreté nationale et la protection de la vie à travers le droit de la guerre.

Malgré la gravité des faits, mais surtout de la sanction prononcée, le recours par le juge à cette peine ne requiert aucune exigence spéciale de motivation. La juridiction n'est tenue qu'à une exigence de motivation classique de la peine.²⁸ Le juge voit par ailleurs son pouvoir (et devoir²⁹) d'individualisation être restreint, les infractions faisant encourir la perpétuité souffrant d'une peine plancher de 2 ans³⁰. Bien que le Conseil constitutionnel ne se soit jamais prononcé sur la constitutionnalité de cette norme, on peut comprendre l'admission de ces peines au regard de sa jurisprudence récente³¹ qui admet plus largement qu'auparavant³² le mécanisme des peines planchers. Par ailleurs, la perpétuité ne peut jamais être prononcée à l'encontre d'un mineur, ce qui tient tant à une interdiction conventionnelle³³ qu'une interdiction légale depuis 2016³⁴.

La majorité des méthodes d'individualisation de la peine sont également écartées en raison de la nature criminelle des faits. Sont ainsi exclus les peines alternatives³⁵ et les ajournements ou dispenses de peine³⁶. Sont en revanche

²² Art. 211-1 et s., art. 212-1 et s., art. 461-3 et s. CP.

²³ Art. 411-2 et art. 412-6 CP.

²⁴ Statut de Rome de la Cour pénale internationale, 1^{er} juill. 2002.

²⁵ Art. 5 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

²⁶ C. MARIE, *Droit pénal général*, Hachette, 2005, p. 27.

²⁷ M. DELMAS-MARTY, *Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme et l'irréductible humain*, RSC 1994, p. 477.

²⁸ Déc. n° 2017-694 QPC du 2 mars 2018.

²⁹ Art. 132-1 CP.

³⁰ Art. 132-18 CP.

³¹ Déc. n° 2018-731 QPC du 14 sept. 2018 et déc. n° 2019-778 DC du 21 mars 2019.

³² Déc. n° 2007-554 DC du 9 août 2007.

³³ Art. 37 de la Convention relative aux droits de l'enfant du 20 nov. 1989.

³⁴ Loi n° 2016-1547 du 18 nov. 2016.

³⁵ À titre d'ex. : art. 132-41 CP.

³⁶ Art. 132-58 CP.

admises les peines complémentaires telles que l'interdiction de séjour³⁷, l'interdiction du territoire français³⁸ ou le suivi socio-judiciaire³⁹. Ce dernier se démarque alors par sa durée puisqu'il peut, associé à une infraction faisant encourir la perpétuité, être prononcé pour une durée perpétuelle. De manière générale, les peines complémentaires offrent une étonnante contradiction de régime lorsqu'elles sont associées à la prison à perpétuité. En guise d'illustration, le suivi socio-judiciaire s'applique en principe « à compter du jour où la privation de liberté a pris fin⁴⁰ ». Dès lors, on comprend difficilement qu'une peine s'applique à compter du jour où une autre peine, censée être infinie, doit se terminer. Il ressort de cela que le législateur semble parfaitement conscient que la peine de prison à perpétuité ne peut durer éternellement, puisqu'il n'y aurait sinon aucune utilité à l'accompagner d'une peine complémentaire. Bien que la pratique justifie l'application des peines complémentaires à la perpétuité, la théorie semble donc indiquer l'inverse.

2) La prison à perpétuité assortie d'une période de sûreté

Depuis 1978⁴¹ la prison à perpétuité est assortie d'une période de sûreté. Celle-ci consiste en l'exclusion des aménagements de peine prévus à l'article 720-2 du code de procédure pénale dont le principal, la libération conditionnelle⁴². La perpétuité est nécessairement assortie d'une période de sûreté correspondant au minimum à la moitié de la peine prononcée. Depuis 1994, cette période peut être prononcée pour une durée illimitée pour certains cas de meurtre aggravé⁴³ et, depuis 2016, pour les cas de terrorisme initialement punis de 30 ans de prison⁴⁴. Une possibilité de relèvement de cette période est alors prévue à partir de 30 ans de peine effectuée ainsi que des conditions très strictes⁴⁵. Lesdites conditions se voient aggravées en matière de terrorisme⁴⁶ par le biais de certains critères dont on perçoit d'ailleurs mal l'aspect pénologique tels que le risque de trouble à l'ordre public ou la demande d'avis des victimes.

L'institution de la période de sûreté illimitée ressort de la volonté de mise en place d'une perpétuité dite réelle. Cette volonté s'est heurtée au principe

³⁷ À titre d'ex. : art. 213-1 CP.

³⁸ À titre d'ex. : art. 221-11 CP.

³⁹ À titre d'ex. : art. 221-9-1 CP.

⁴⁰ Art. 131-36-5 CP.

⁴¹ Loi n° 78-1097, *op cit.*

⁴² Art. 132-23 CP.

⁴³ Art. 221-3, 221-4 CP.

⁴⁴ Art. 421-7 CP.

⁴⁵ Art. 720-4 CPP.

⁴⁶ Art. 720-5 CPP.

de nécessité tel que dégagé par le Conseil constitutionnel dès 1986⁴⁷. Le contrôle de la loi du 1^{er} février 1994⁴⁸ aboutira à l'admission de la période de sûreté illimitée en raison du contrôle restreint qu'opère le conseil, se limitant à une absence de disproportion manifeste. Bien que compréhensible en raison de la volonté du Conseil de ne pas se substituer à l'appréciation du législateur, on ne peut que regretter l'absence de réserve de sa part. Celui-ci aurait « pu recommander aux juges, qui ne sont pas toujours des magistrats de carrière (en l'espèce il peut s'agir de la cour d'assises du droit commun), de subordonner leurs décisions à une absolue nécessité⁴⁹ ». Il faut cependant noter qu'il consacre l'objectif de réinsertion des détenus à travers l'exécution des peines, énonçant qu'elle vise à « favoriser l'amendement de celui-ci [le détenu] et préparer son éventuelle réinsertion⁵⁰ ». Partant, il n'admet finalement la période de sûreté illimitée qu'en raison de l'existence du mécanisme de relèvement de cette période. Ce raisonnement nous pousse à considérer que le mécanisme institué en 2016 par le législateur s'agissant des périodes applicables aux infractions terroristes et à son mécanisme de relèvement spécifique peut être remis en question. Bien que n'ayant fait l'objet d'aucun contrôle de constitutionnalité à l'heure actuelle, l'institution de conditions de relèvement bien plus restrictives, et contestables⁵¹, qu'en 1994 peut paraître opposée au principe de nécessité et à l'objectif de réinsertion visé par la décision susvisée.

L'hypocrisie de l'admission d'une période de sûreté illimitée assortie d'une possibilité de relèvement se retrouve dans l'admission conventionnelle de la peine de perpétuité assujettie à une condition de compressibilité.

B. La conventionnalité de la prison à perpétuité

1) La prison à perpétuité : une admission de principe

C'est désormais une formule récurrente pour la Cour, « le prononcé d'une peine d'emprisonnement perpétuel à l'encontre d'un délinquant adulte n'est pas en soi prohibé par l'article 3 ou toute autre disposition de la Convention⁵² ». La souffrance causée par le prononcé d'une peine infinie n'est donc pas excessive au regard de la Convention. La position de la Cour est si bien affirmée qu'elle considérerait au sein de l'affaire Léger, dans le cadre de laquelle

⁴⁷ Déc. n° 86-215 DC du 3 sept. 1986.

⁴⁸ Déc. n° 93-334 du 20 janv. 1994.

⁴⁹ T.-S. RENOUX, *Contrôle de constitutionnalité de la loi du 1^{er} février 1994 [...]*. [Note sous *décision n° 93-334 DC*], *Recueil Dalloz*, 1995, n° 40, p. 340-341.

⁵⁰ Déc. n° 93-334, *op. cit.*, § 12.

⁵¹ J.-B. THIERRY, *Loi du 3 juin 2016, Actualité du droit criminel*, sinelege.hypotheses.org, juin 2016.

⁵² CEDH, 12 févr. 2008, *Kafkarys c/ Chypre*, n° 21906/04, § 97.

un détenu avait passé 41 ans en prison, « qu'une condamnation à perpétuité entraîne nécessairement angoisses et incertitudes liées à la vie carcérale, mais ne considère pas que dans les circonstances de l'espèce, la peine du requérant atteignait le seuil de gravité requis par l'article 3 de la Convention⁵³ ». Y compris s'agissant de peines extrêmement longues, la durée à elle seule ne saurait constituer une souffrance excessive pour la Cour. La position de la Cour est étonnante dans la mesure où elle admet classiquement que l'emprisonnement peut soulever des problèmes par sa durée⁵⁴. Le juge Borrego Borrego conteste cette prise de position au sein de son opinion partiellement dissidente relative à l'affaire Kafkarys. Résumant la logique que doit suivre l'emprisonnement il énonce que « le crime commis est horrible, mais le fait que le commanditaire est toujours en liberté ne peut en aucun cas être neutralisé, caché par l'emprisonnement à vie du requérant ». Les juges Tulkens, Cabral Barreto, Fura-Sandström, Spielmann et Jebens soulevaient eux aussi, toujours au sein de cette affaire, l'évidente contradiction qui existe entre l'admission de la prison à perpétuité et le droit à la réinsertion, en énonçant qu'« à partir du moment où il est admis que les « exigences légitimes de la peine » sont la réinsertion, on pourrait se demander si un emprisonnement qui met en péril cet objectif ne serait pas susceptible de constituer en lui-même un traitement inhumain et dégradant ».

Le rapport entre la perpétuité et l'article 5 de la Convention a également pu faire débat. Un raisonnement s'est développé visant à considérer qu'« au-delà d'un certain temps, la détention n'est plus légale au sens de l'article 5 § 1 de la Convention »⁵⁵. Il a été énoncé par certains requérants que « le lien de causalité entre la condamnation initiale et la prolongation de la privation de liberté se distend peu à peu avec le temps »⁵⁶. Or la peine de perpétuité étant particulièrement longue, ce qui justifiait initialement la condamnation a pu finir par disparaître au bout de 20, 30 ou 40 ans. De telle sorte que le lien causal exigé par la Cour peut finir par se rompre. Elle considère qu'« en pareil cas, un internement régulier à l'origine se muerait en une privation de liberté arbitraire »⁵⁷. Le raisonnement est particulièrement valable dans le cas d'un individu condamné à perpétuité, puis remis en liberté et, ayant violé les conditions de sa libération, finalement réincarcéré. La Cour énonçait dans ce cas que considérer que tout comportement violant la libération conditionnelle puisse aboutir à une détention perpétuelle ferait peser une « présomption de

⁵³ CEDH, 11 avril 2006, *Léger c/ France*, n° 19324/02, § 93.

⁵⁴ CEDH, 6 mai 1978, *Kotälla c/ Pays-Bas*, n° 7994/77.

⁵⁵ Y. LÉCUYER, *La perpétuité, la dignité humaine et la Cour européenne des droits de l'homme*, RDP 2010 n° 3, p. 563-572.

⁵⁶ A. GILLET et É. CUQ, *La réclusion criminelle à perpétuité et la Cour européenne des droits de l'homme, La perpétuité perpétuelle*, PUR, 2012, p.111.

⁵⁷ CEDH, 24 juin 1982, *Van Droogenbroeck c/ Belgique*, n° 7906/77, § 40.

dangerosité perpétuelle »⁵⁸ sur l'individu. Elle impose là une des premières limites à la peine de prison à perpétuité, requérant que la réincarcération à perpétuité soit basée sur « des considérations de risque et de dangerosité »⁵⁹ et non sur la simple constatation de la violation de la libération conditionnelle.

2) La prison à perpétuité incompressible : une admission conditionnée

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme a apporté une limite notable à la peine de perpétuité en rejetant peu à peu tout système au sein duquel l'individu n'aurait pas de véritable possibilité de libération. Elle illustre, ce faisant, encore une fois, l'hypocrisie d'un système qui admet une peine... sauf si elle est appliquée.

C'est à partir de 2006 qu'elle va pleinement consacrer cette jurisprudence et interdire de manière absolue la prison à perpétuité incompressible dans l'affaire *Léger c/ France*⁶⁰. Elle énonce à cette occasion que la peine de l'individu doit être compressible « *de jure* ou *de facto*⁶¹ ». Cette même expression sera reprise dans l'arrêt *Kafkarys* où la Cour énoncera que « là où le droit national offre la possibilité de revoir la peine perpétuelle dans le but de la commuer, de la suspendre ou d'y mettre fin ou encore de libérer le détenu sous condition, il est satisfait aux exigences de l'article 3⁶² ». Malgré cela, la Cour conclut, en l'espèce, à la non-violation de l'article 3 en raison de la procédure de grâce prévue par le droit chypriote. Ainsi, l'existence de la procédure du droit de grâce, même seule possibilité de libération, permet l'existence de la prison à perpétuité. C'est là le versant critiquable de la solution de la Cour car il est « permis de se demander dans quelle mesure il est conforme à la Convention européenne des droits de l'homme que ce soit l'exécutif et non un tribunal qui décide d'accorder une libération⁶³ », ce notamment au regard de l'article 5 § 4 de la Convention prévoyant le droit au recours juridictionnel en matière de détention.

La jurisprudence de la Cour perdurera durant plusieurs années, celle-ci maintenant une jurisprudence incertaine sur le sort des condamnés puisque considérant qu'une « peine perpétuelle ne devient pas incompressible par le

⁵⁸ F. Massias, « Peine perpétuelle obligatoire et maintien de la détention », *RTDH* 2003, n° 55, p. 945.

⁵⁹ CEDH, 28 mai 2002, *Stafford c/ R-U*, n° 46295/99.

⁶⁰ CEDH, 11 avril 2006, *Léger c/ France*, *op. cit.*

⁶¹ *Idem*, § 92.

⁶² CEDH, 12 février 2008, *Kafkarys c/ Chypre*, *op. cit.*, § 98.

⁶³ A. GILLET et É. CUQ, *La réclusion criminelle à perpétuité et la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*

seul fait qu'elle risque en pratique d'être purgée dans son intégralité⁶⁴ ». Il s'agit de l'affaire *Vinter et autres c/ Royaume-Uni*⁶⁵ qui va consacrer en 2013 le fait qu'une simple possibilité de grâce ne soit pas suffisante pour permettre le prononcé d'une peine de perpétuité. Ce faisant, la Cour fonde un véritable « droit à l'espoir » pour le détenu. Elle considère que celui-ci doit avoir le droit d'espérer un jour la fin de sa peine car, à défaut, celle-ci se révélerait à la fois parfaitement inutile puisque *de facto* désocialisante, et contraire à la Convention, car dégradante. La Cour ira plus loin encore en 2016, en considérant que l'État a l'obligation d'« offrir une possibilité réaliste [...] d'accomplir sur la voie de l'amendement des progrès propres à leur permettre [aux détenus] d'espérer pouvoir un jour bénéficier d'une libération conditionnelle⁶⁶ ». Ce faisant, elle transforme ce « "droit à l'espoir" en un droit concret et effectif⁶⁷ ».

Malgré l'illogisme de l'admission d'une peine dont on fait tout pour qu'elle ne s'applique pas, la Cour trouve ici une vision profondément humaniste. Rien ne la résume mieux que les mots du juge Power-Forde au sein de son opinion concordante de l'arrêt *Vinter* : « Ceux qui commettent les actes les plus odieux et les plus extrêmes et infligent à autrui des souffrances indescriptibles conservent néanmoins leur humanité fondamentale et portent en eux la capacité de changer. Aussi longues et méritées leurs peines d'emprisonnement puissent-elles être, ils conservent l'espoir que, un jour, ils pourront se racheter pour les méfaits qu'ils ont commis. Ils ne devraient pas être entièrement privés d'un tel espoir. Les empêcher de nourrir cet espoir reviendrait à nier un aspect fondamental de leur humanité et, ainsi, serait dégradant. »

II. L'exécution de la prison à perpétuité

En matière de perpétuité comme s'agissant des autres peines, l'objectif de réinsertion se révèle dans le cadre du régime de son exécution (A). Il apparaît que celui-ci est particulièrement dérogoire, révélant une véritable logique propre à l'exécution de la perpétuité (B).

⁶⁴ CEDH, 2 sept. 2010, *Iorgov c/ Bulgarie*, n° 36295/02, § 50.

⁶⁵ CEDH, *Vinter et autres c/ R.-U.*, 9 juill. 2013, n° 66069/09.

⁶⁶ CEDH, 26 avr. 2016, *Murray c/ Pays-Bas*, n° 10511/10, § 103.

⁶⁷ D. ZYL SMIT, *Réhabilitation et perspective de libération pour toute personne condamnée à la réclusion à perpétuité*, *AJ pénal* 2016, p. 322.

A. Le régime d'exécution de la prison à perpétuité

1) Les mesures visant à la réinsertion de l'individu

L'exécution de la peine est, on peut le dire, tournée tout entière vers la réinsertion finale du détenu. La justification en est, outre l'assise nationale de la réinsertion prévue aux articles 707 du code de procédure pénale et 130-1 du code pénal, sa valeur fondamentale. Le pacte international des droits civils et politiques prévoit ainsi en son article 10 § 3 que « le régime pénitentiaire comporte un traitement des condamnés dont le but essentiel est leur amendement et leur reclassement social ». S'agissant plus spécifiquement de la perpétuité, le Conseil de l'Europe consacre dès 1976 « qu'une politique de prévention de la criminalité qui accepterait de maintenir en prison un condamné à perpétuité, alors qu'il n'est plus un danger pour la société, ne serait compatible ni avec les principes actuels de traitement des prisonniers [...] ni avec l'idée de réintégration des délinquants dans la société⁶⁸ ». Par ailleurs, et si la majorité des États maintiennent la peine de perpétuité dans leur système juridique, on constate que certains l'interdisent totalement⁶⁹ en considérant qu'« aucun être humain ne devrait être considéré comme insusceptible de progrès et, en conséquence, [...] devrait toujours pouvoir avoir la possibilité d'être libéré⁷⁰ ».

Les mesures favorisant la réinsertion prévues par le régime français sont pourtant pour la plupart exclues s'agissant des détenus à perpétuité. On observe ainsi qu'ils ne peuvent bénéficier des réductions de peine automatiques prévues à l'article 721 du code de procédure pénale et que la majorité des modalités d'exécution ne leur sont applicables que dans le cadre d'une libération conditionnelle qui, rappelons-le, ne leur est permise qu'une fois la période de sûreté terminée. Il en est ainsi des permissions de sortir⁷¹, du placement en milieu semi-ouvert⁷², et du placement restreint en milieu libre⁷³. Seules ne sont pas soumises à un régime dérogatoire les mesures accordées pour motif humanitaire telles que les autorisations de sortie⁷⁴ ou les suspensions de peine pour motif médical⁷⁵. Ces dernières fondent, malgré

⁶⁸ Résolution du comité des ministres, Conseil de l'Europe, 17 févr. 1976.

⁶⁹ L'Espagne, le Portugal et la Norvège.

⁷⁰ D. ZYL SMIT, *L'Europe à la veille de rendre illicites les peines incompressibles ?*, *La perpétuité perpétuelle : réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, PUR, 2012, p. 91.

⁷¹ Circulaire AP 88-06 du 10 mai 1998.

⁷² Art. 723-1 CPP.

⁷³ Art. 723-7 CPP.

⁷⁴ Art. D147 CPP.

⁷⁵ Art. 720-1-1 CPP.

quelques dissonances de procédure⁷⁶, le droit pour les détenus à perpétuité de ne pas mourir en prison.

Malgré l'objectif évident de sévérité à l'encontre de ces détenus, il est difficilement compréhensible que leur soit retirée ou restreinte la majorité des mesures d'exécution de peine. S'ils constituent, en raison de la gravité de leurs actes, les détenus les plus sévèrement punis, ils n'en sont pas moins ceux qui sont le plus désocialisés et, partant, ceux qui requièrent le plus des mesures favorisant leur réinsertion. La question de leur remise en liberté apparaît plus complexe encore.

2) Les mesures visant à la remise en liberté de l'individu

La libération conditionnelle est la principale possibilité de libération des détenus à perpétuité. Outre les « gages sérieux de réadaptation sociale » que doit présenter le condamné, elle est classiquement restreinte à l'épuisement de la moitié de la peine réelle⁷⁷. Dans l'impossibilité de fixer un temps d'épreuve à la moitié de la peine, le législateur a fixé pour les détenus à perpétuité une durée relativement arbitraire. Elle correspond à 18 ans, ou 22 ans en cas de récidive. À cette limite, à laquelle il faut ajouter la période de sûreté potentiellement illimitée, le détenu est soumis à des mesures préalables obligatoires⁷⁸ ainsi qu'à une évaluation de dangerosité créée en 2008⁷⁹. Il est clair que « l'objectif du législateur a [...] été de rendre plus difficile l'obtention de libérations conditionnelles pour ce public⁸⁰ ». Depuis 2019, cette évaluation ne passe plus que par un séjour pour une durée déterminée par le chef de l'administration pénitentiaire dans un centre national d'évaluation⁸¹. Le centre est bien plus largement tourné vers les capacités de réinsertion de l'individu que vers son risque de récidive (bien que l'un soit lié à l'autre), ce dont on peut se féliciter étant donné le flou de la notion de dangerosité.

La seule autre possibilité de libération de ces détenus est la mesure de grâce présidentielle⁸². Celle-ci passe soit par la dispense de tout ou partie de la peine, soit par sa commutation. Cette dernière consiste à substituer à la peine prononcée une peine plus douce dont la nature et la durée sont précisées par le décret de grâce. « La commutation est essentiellement utilisée pour les peines perpétuelles, puisqu'une dispense d'exécution partielle est impossible dans ce

⁷⁶ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, 5^e éd., Dalloz, 2016-2017, p. 644.

⁷⁷ Art. 729 CPP.

⁷⁸ Art. 730-2 CPP.

⁷⁹ Loi n° 2008-174 du 25 févr. 2008.

⁸⁰ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.* p. 684.

⁸¹ Art. D. 527-1 CPP.

⁸² Art. 17 de la Constitution.

cas⁸³. » Malgré l'évidente contradiction du droit de grâce au principe de séparation des pouvoirs, celui-ci nous apparaît devoir être maintenu pour corriger « des situations bloquées et désespérées, pour rouvrir des perspectives⁸⁴ » bloquées par la dureté de la procédure. Le cas de la grâce de Monsieur El Shennawy le démontre⁸⁵. Cet individu avait passé 38 années en prison. Il avait été condamné à perpétuité en 1977 et avait accumulé 13 condamnations depuis, dont deux pour évasion, et ne devait pouvoir être libéré qu'en 2032. Il avait, au moment de l'acceptation de sa grâce, commencé une grève de la faim depuis deux ans. Son avocate, Virginie Bianchi raconte : « Il se laissait mourir, [...] il ne pouvait plus supporter l'incarcération⁸⁶. » Il apparaît dès lors que si la grâce est insuffisante pour satisfaire à l'existence de la perpétuité selon les règles conventionnelles, elle est toutefois complémentaire à la procédure de libération conditionnelle et doit, pour cela, être maintenue.

B. La logique d'exécution de la prison à perpétuité

1) La perpétuité en théorie : une prison perpétuelle

Il est établi que la peine de perpétuité et ses contours s'inscrivent dans le souhait d'une peine absolument infinie. Pour autant, l'étude de sa place au sein de la dichotomie des sens de la peine, sens prospectif et sens restitutif⁸⁷, met en exergue certains caractères surprenants. Des auteurs⁸⁸ vont jusqu'à observer son sens économique en ce qu'elle permet l'inapplication de la peine de mort : le raisonnement consiste à dire que comme « tout ce qui est en plus est [...] superflu, et par là même tyrannique⁸⁹ », pourquoi appliquer la peine de mort lorsqu'on peut appliquer la perpétuité ? Ce sens économique était déjà utilisé par la Commission européenne des droits de l'homme lorsqu'elle admettait la perpétuité même incompressible, pourvu qu'elle remplace la peine capitale⁹⁰. On constate pareillement une inscription au sein de l'aspect réparatif de la peine par le biais de la prise en compte des intérêts des victimes, comme l'illustre la prise de leur avis dans la procédure de relèvement de la période de

⁸³ M.-H. RENAUT, *V° Grâce, Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, janv. 2013.

⁸⁴ *Idem*.

⁸⁵ A. COIGNAC, *Les grâces présidentielles en France, un « fait du prince » de plus en plus rare*, *Dalloz actualité*, éd. du 19 avr. 2019.

⁸⁶ *Philippe El Shennawy sort de prison après 38 ans*, *Le Monde*, 22 janv. 2014.

⁸⁷ P. PONCELA, *Droit de la peine*, 2^e éd., Flammarion, 2001, p. 58.

⁸⁸ Cesare Beccaria et Michel Foucault, cités par S. MANACORDA, *Cesare Beccaria et la peine de réclusion criminelle à perpétuité*, *RSC* 2015, p. 313.

⁸⁹ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 124.

⁹⁰ CEDH, 6 mai 1978, *Kotalla c/ Pays-Bas*, n° 7997/77.

sûreté illimitée relative aux cas de terrorisme⁹¹. Prise en compte qui, au stade de l'application de la peine, continue de nous paraître contestable. Outre ces spécificités, le rapprochement le plus évident entre la prison à perpétuité et un sens classique de la peine est celui qui se forme avec sa fonction rétributive. Puisque, dans ce sens, il est question d'équivalence entre le mal subi et le mal rendu, alors « pour les crimes les plus graves, on peut concevoir que seule la peine de mort hier, l'emprisonnement perpétuel aujourd'hui remplisse cette fonction⁹² ».

Sa confrontation aux écoles criminologiques démontre, quant à elle, la prééminence de la prise en compte de la dangerosité. Cette notion est systématiquement déterminante au sein de ces écoles mais par le biais d'un postulat différent, déterminisme pour l'école positiviste⁹³, désocialisation pour l'école de la défense sociale⁹⁴. Or cette même notion irrigue la peine perpétuelle. Cela s'observe principalement au cours de son exécution. En réalité, passée la période de sûreté, le régime français est relativement similaire à son équivalent anglo-saxon. Le maintien ou non de l'individu en détention ne dépend plus de sa condamnation ou de la gravité des faits commis, mais uniquement de sa dangerosité lorsqu'il sortira de prison. En cela, la peine de prison à perpétuité peut presque se rapprocher d'une mesure de sûreté à part entière. La notion de dangerosité reste pourtant critiquable, en ce que le flou de ses contours pourrait « favoriser la vision déshumanisée d'une certaine catégorie de criminels désignés, y compris par les responsables publics, comme des "prédateurs" ou des "monstres" dont l'élimination doit être recherchée à tout prix⁹⁵ ». Poussée jusqu'à ses limites, la prise en compte de la dangerosité de l'individu dans la peine de perpétuité peut aller jusqu'à la rapprocher du droit pénal de l'ennemi⁹⁶, droit pour lequel « il est seulement nécessaire de le vaincre [l'individu dangereux] en l'éliminant ou en le neutralisant⁹⁷ ». La comparaison n'est pas dénuée d'intérêt. Lorsque notre problématique consiste à essayer de comprendre le maintien de la peine de perpétuité dans un système voué à la réinsertion, ce droit répond que malgré ce système, certains individus doivent simplement être écartés de cette réinsertion.

⁹¹ Art. 720-5 CPP.

⁹² C. MARIE, *Constats et réflexions autour de la notion de peine perpétuelle, La perpétuité perpétuelle : réflexions sur la réclusion criminelle à perpétuité*, PUR, 2012, p. 15.

⁹³ L. GREGOIRE, *Les mesures de sûreté, Essai sur l'autonomie d'une notion*, Institut Universitaire Varenne, Collection des Thèses, 2015, p. 60.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, 2009, p. 49.

⁹⁶ G. JAKOBS, *Feindstrafrecht*, 1990.

⁹⁷ G. JAKOBS, *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi*, RSC 2009, p. 7.

2) La perpétuité en pratique : une surveillance perpétuelle

Le législateur est allé jusqu'à prendre en compte la dangerosité de l'individu une fois sa peine accomplie et donc, que cela soit dit, pour des individus parfaitement innocents puisque n'ayant commis aucune nouvelle infraction. La création en 2008⁹⁸ de la surveillance et de la rétention de sûreté illustre cette logique : « Par un renversement total des valeurs qui fondent notre histoire juridique depuis plusieurs siècles, c'est la probabilité d'un acte futur et non plus l'acte consommé qui entraîne la décision⁹⁹. » La rétention de sûreté consiste ainsi en une rétention d'un an renouvelable à l'infini dans un centre socio-médico-judiciaire. Elle est décidée par la cour d'assises de condamnation initiale, puis par la juridiction régionale de la rétention de sûreté après une évaluation de dangerosité par un service spécialisé d'observation¹⁰⁰. La surveillance de sûreté consiste, quant à elle, en un relais d'autres mesures telles que la rétention précitée¹⁰¹, le suivi socio-judiciaire¹⁰² ou la libération conditionnelle¹⁰³. Prononcée pour une durée de deux ans, elle est également renouvelable indéfiniment. De telle sorte que la mesure transfère son caractère perpétuel à des mécanismes initialement limités dans le temps¹⁰⁴.

« Il est pour le moins stupéfiant que le Conseil constitutionnel ne s'en soit pas ému¹⁰⁵ » lors de son contrôle de 2008¹⁰⁶. Il valide pourtant l'une et l'autre des mesures en raison de leur caractère exceptionnel et des garanties les accompagnant, et détermine, ce faisant, leur respect du principe de nécessité. Sa validation n'en est pas moins critiquée au regard de sa référence à l'évaluation de dangerosité, évaluation qui « ne présente aucune garantie permettant sérieusement de limiter l'application de la rétention aux seules personnalités effectivement dangereuses et à risque élevé de récidive¹⁰⁷ » en raison du flou de la notion. Ces critiques émises, il n'est pas inconcevable de considérer que « le fait que la loi sur la rétention de sûreté ait été jugée conforme à la Constitution ne change pas sa nature : ce sera toujours une mauvaise loi¹⁰⁸ ».

⁹⁸ Loi n° 2008-174, *op. cit.*

⁹⁹ B. Lavielle, *Une peine infinie*, *Gaz. Pal.* 2008, n° 64, p. 2.

¹⁰⁰ Art. 706-53-13 CPP.

¹⁰¹ Art. 706-53-19 CPP.

¹⁰² Art. 763-8 CPP.

¹⁰³ Art. 732-1 CPP.

¹⁰⁴ À titre d'ex. : le suivi socio-judiciaire, art. 131-36-1.

¹⁰⁵ M. HERZOG-EVANS, *La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des « principes cardinaux » de notre droit*, *AJ pénal*, 2008, p. 161.

¹⁰⁶ Déc. n° 2008-562 DC du 21 févr. 2008.

¹⁰⁷ M. HERZOG-EVANS, *Droit de l'exécution des peines*, *op. cit.*, p. 788.

¹⁰⁸ R. BADINTER, *Nous sommes dans une période sombre pour notre justice*, *Le Monde*, 23 févr. 2008.

La conventionnalité de la rétention de sûreté, bien que n'ayant jamais été tranchée par la Cour européenne des droits de l'homme, pose également question au regard de son respect de l'article 5 de la Convention. Pour mémoire, l'article 5 prévoit six motifs admissibles de privation de liberté dont le premier est celui d'une condamnation par un tribunal compétent. Il est considéré comme suffisant par certains auteurs, puisque la rétention n'est envisageable qu'après condamnation initiale par la cour d'assises¹⁰⁹. Il est cependant possible de considérer tout à fait l'inverse car « il n'en reste pas moins que la cause de la rétention de sûreté n'est pas une condamnation pénale, mais une décision de la JRRS se fondant sur le risque de récidive et la dangerosité¹¹⁰ ». Tout dépend donc du moment que l'on prend en compte pour fixer le réel prononcé de la rétention. Outre ce motif, il aurait pu être soulevé l'alinéa c) de l'article prévoyant la possibilité d'une privation de liberté s'il « y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ». La Cour a cependant eu l'occasion de préciser que « ce motif de détention ne se prête pas à une politique de prévention générale [...] contre une personne ou une catégorie de personnes qui se révèlent dangereuses [...]»¹¹¹. C'est pourquoi un État ne peut pas justifier la mise en place d'un système entier de privation de liberté uniquement sur la base de la dangerosité d'une catégorie d'individus. Conséquemment et dans l'hypothèse où le véritable prononcé de la rétention serait considéré comme la décision de la juridiction régionale de la rétention de sûreté, force est d'admettre que le système français pourrait bien être frappé d'inconventionnalité.

Conclusion

Le constat de l'équilibre précaire de la peine de perpétuité ne doit pas pousser à conclure à sa conciliation avec le principe de réinsertion. À l'instar de toutes les autres peines de prison, la prison à perpétuité peut être aménagée, et l'individu peut solliciter sa libération anticipée. Mais encore une fois à l'instar des autres peines, rien ne l'empêche de se poursuivre jusqu'à son terme si l'individu est jugé trop dangereux pour être relâché. Or ce simple fait, cette unique possibilité de maintenir un individu sinon enfermé, au moins surveillé, durant la totalité de son existence donne bien toute sa réalité à la peine de prison à perpétuité et, partant, fonde une contradiction indépassable avec le principe de réinsertion.

¹⁰⁹ J-P CERE, *La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, *AJ pénal*, 2008, p. 220.

¹¹⁰ *Idem*.

¹¹¹ CEDH, 17 déc. 2009, *M. c/ Allemagne*, n° 19359/04, § 89.

Les conséquences contractuelles d'un fait de corruption

Jean-Baptiste LORiot

*Doctorant de droit privé et sciences criminelles
Université Toulouse I-Capitole,
Juriste conformité*

« Obscène »

Issu du latin *ob scenum* signifiant « hors scène », ce mot fait dire au juge antimafia Roberto Scarpinato la chose suivante : « Le véritable pouvoir est toujours obscène¹. » La corruption est une histoire de pouvoir, un pouvoir qui se joue hors de la scène publique, derrière le rideau, en coulisse. Sa principale conséquence est d'entraîner une perte de confiance dans les institutions démocratiques ainsi que dans le personnel politique – le fameux « Tous pourris ! » – et de nuire aux relations commerciales tant à l'échelle d'une commune qu'au niveau international. Qu'elle soit publique, privée ou judiciaire, internationale ou étrangère – plus ou moins vingt-cinq infractions à ce jour² – elle est surtout pensée par le prisme du droit pénal, délaissant ainsi l'approche civile qui peut apporter son lot d'outils utiles à la sanction de ce phénomène. Toutefois, cette perspective a été l'objet d'un rapport³ ayant donné lieu à une Convention civile sur la corruption⁴ elle-même ratifiée⁵ par un législateur français laconique⁶. En effet, lors des travaux préparatoires de ratification, le rapporteur se contentera de constater que le droit civil français est conforme aux exigences de ladite convention, manquant l'occasion d'initier une réflexion autour d'une stratégie civiliste de lutte contre la corruption. De son côté, la répression pénale a évolué pour aboutir en 2016 à la loi Sapin II⁷ instaurant notamment l'obligation pour les entreprises –

¹ R. SCARPINATO, S. LODATO, *Le retour du prince : pouvoir et criminalité*, La contre allée, 2015, p. 53.

² M. SEGONDS, « (Ré)écrire le(s) délit(s) de corruption », *AJ Pénal 2006*, p. 193.

³ Rapport explicatif de la Convention civile sur la corruption, Strasbourg, 4 nov. 1999, Conseil de l'Europe.

⁴ Convention civile sur la corruption, Strasbourg, 4 nov. 1999, Conseil de l'Europe.

⁵ Loi n° 2005-103 du 11 févr. 2005 autorisant la ratification de la convention civile sur la corruption.

⁶ Rapport n° 1424, fait au nom de la Commission des affaires étrangères sur le projet de loi (n° 958), autorisant la ratification de la convention civile sur la corruption, par M. Marc REYMANN, député, 11 févr. 2004.

⁷ Loi n° 2016-1691 du 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

contrairement au FCPA et au UKBA – de se munir d'un programme de conformité dont l'efficacité sera contrôlée par l'Agence française anticorruption.

Ainsi, l'objet de cette recherche est de proposer un début de réponse, une pierre à la construction d'une stratégie civiliste de lutte contre la corruption. A cette fin, le choix a été fait d'exclure toute approche pénale (tant substantielle que procédurale) et de se concentrer sur le contrat. L'idée est d'abord d'observer son utilisation dans un fait de corruption (I) pour ensuite voir le rôle qu'il peut avoir dans la prévention de la corruption (II). Enfin, il a fallu regarder les conséquences qu'un fait de corruption peut avoir sur la relation contractuelle et les parties elles-mêmes pour finir par interroger le rôle du tiers à cette relation et identifier les actions à sa disposition (III).

I. L'utilisation du contrat dans un fait de corruption

Acte juridique indispensable au fonctionnement de notre société, il régit nos interactions avec les autres, les relations auxquelles nous voulons attacher des effets de droit. Cette rencontre de volontés faisant office de loi aux parties, elle se positionne différemment selon le fait de corruption. En raison de son caractère protéiforme, il va soit présenter un intérêt certain pour servir le pacte de corruption (A), soit présenter un intérêt certain car il sera le but à atteindre du fait de corruption (B).

A. Le contrat de corruption, un acte servant les besoins du pacte de corruption

Le pacte est secret et il est nécessaire pour les agents qu'il le reste. À cette fin, le contrat présente des avantages pratiques. En raison d'obligations déclaratives⁸, lorsque l'avantage indu prend la forme d'une somme d'argent, il faut être en mesure de la justifier, d'autant plus lorsqu'elle est inhabituelle ou qu'il s'agit d'une personne politiquement exposée. Le contrat, par les effets de droit qu'il engendre, va permettre de transformer ce pacte en relation débiteur-créancier. Néanmoins, il sera dépourvu de toute substance, de toute volonté contractuelle ; sa seule fonction est d'habiller une transaction.

Ainsi, une des obligations ne sera pas exécutée ou le sera de mauvaise foi, la relation contractuelle sera fictive. La « formation » d'un tel contrat est dépourvue de sa contrepartie qui est ainsi inexistante ou au mieux illusoire. S'agissant d'un contrat à titre onéreux, c'est une cause de nullité du contrat⁹. Par ailleurs, la simulation en droit civil est possible mais elle peut être

⁸ C. mon. fin., art. L. 561-15, L. 561-10 2°, R. 561-18, R. 561-20-2 et R.561-20-3.

⁹ C. civ., art. 1169.

appréhendée par le droit pénal grâce à l'incrimination de faux lorsque « les fausses énonciations ont été concertées avec l'intention coupable de tromper les tiers et de leur porter éventuellement un préjudice¹⁰ ».

L'affaire Boucheron peut servir d'exemple. Lors de son mandat de maire de la ville d'Angers (fonction pourtant très chronophage), ce dernier, instituteur de formation, exerçait en outre des fonctions d'ingénieur technico-commercial pour une société d'études. Il devait rechercher et développer de nouveaux marchés, notamment en Afrique, contre un salaire de 35 000 francs par mois. Monsieur Boucheron n'a pas réussi à démontrer la réalité de sa prestation de travail. L'objectif du contrat était de créer un flux (la rémunération) pour le remercier d'avoir attribué le marché des eaux de la ville, attribution ayant eu pour effet de faire payer 70% plus cher l'eau aux habitants¹¹.

Un juge pénal confronté à un tel contrat peut utiliser un raisonnement civiliste pour forger sa conviction et observer qu'en raison des qualifications professionnelles et des liens d'amitiés unissant le maire et le dirigeant de la société d'études, l'*intuitu personae* nécessaire au contrat de travail est absent. Au plan civil, le régime de la simulation veut que la contre-lettre produise ses effets car elle correspond à la volonté réelle des parties¹² mais elle ne permet pas de sanctionner un pacte. Le code civil prévoit des hypothèses de nullité de la contre-lettre¹³ mais pas celle d'atteinte à la probité. Il reste alors au juge des contrats la possibilité de la prononcer sur le fondement de l'objet illicite.

Le contrat peut aussi servir de support au versement de l'avantage indu en le dissimulant parmi les obligations en baissant le niveau des prestations attendues par le cahier des charges¹⁴. Il s'agit de payer plus cher une prestation moindre. C'est une corruption auto-financée : la surfacturation permet au prestataire de se payer et la différence de prix sera l'objet d'une rétrocession par la constitution d'une caisse noire. Le coût est supporté par l'entité d'appartenance du corrompu.

De même, dans les marchés publics, le recours aux travaux supplémentaires¹⁵ et aux procédures d'urgence permet de sortir des procédures et conditions d'appels d'offres classiques. Il y a deux types d'urgence : simple et impérieuse. Pour être qualifiée d'impérieuse, l'urgence renvoie aux conditions de la force majeure. L'urgence simple répond à des conditions plus souples : les délais de livraison ne peuvent être respectés en raison de la survenance d'un événement

¹⁰ Crim. 12 dec. 1977, n° 77-90.632, *Bull. crim.* n° 393.

¹¹ M. HENRY, « Boucheron le flambeur s'embrouille au tribunal. L'ancien maire d'Angoulême se repent un peu et nie beaucoup », *Libération*, 3 juin 1997.

¹² M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, 4^e éd., 2016, n° 528.

¹³ C. civ., art. 911.

¹⁴ Forum mondial de l'OCDE sur la gouvernance, *La lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics*, Jean-Pierre BUEB, les 30 nov. et 1^{er} déc. 2006, p. 36.

¹⁵ *Ibid.*

objectif. Est motivée l'urgence résultant de la proximité de l'ouverture d'un parc d'attraction et du retard avec lequel un tiers a remis les ouvrages¹⁶. Le nombre d'interlocuteurs pour les nouvelles négociations sera plus restreint et les délais plus courts, offrant aux candidats une meilleure position durant les négociations. Il se peut même qu'un « bug » imposant le recours à un avenant soit prévu dès le départ par les parties¹⁷ : un problème d'étanchéité connu avant les travaux mais dissimulé et révélé au moment opportun. Seule l'analyse du contrat et un audit de ce dernier permettra de déceler ce genre d'arrangement. Dans l'affaire des marchés truqués des lycées d'Ile-de-France¹⁸, les rétrocessions étaient organisées en amont entre partis politiques, charge à la maîtrise d'ouvrage de répartir les marchés. La commission des appels d'offres, telle une chambre d'enregistrement, votait l'attribution des projets décidés par la maîtrise d'ouvrage. Toutefois, cette répartition pouvait parfois poser problème entre entreprises, ces dernières s'arrangeant alors entre elles en majorant des clauses de dédit dans d'autres contrats les unissant¹⁹. Ainsi, la clause était actionnée et la majoration payait le concurrent qui devait alors retirer sa candidature de l'appel d'offre.

B. Le contrat de la corruption, un acte résultant d'un fait de corruption

Contrat de la corruption car obtenu grâce à elle. Pour conclure des marchés, notamment sur la scène internationale, les parties peuvent avoir recours à des intermédiaires. Intervenant de différentes manières dans la conclusion d'un contrat, la corruption produira des effets différents.

Quand l'intervention a pour but de favoriser la conclusion d'un marché, il y a deux actes distincts indépendants l'un de l'autre²⁰ : l'intervention de l'intermédiaire sera nulle pour cause illicite quand elle consiste à conclure un acte illicite²¹ ou, à l'inverse, ne s'agissant pas d'un ensemble contractuel, l'illicéité de l'intervention pourra ne pas avoir d'effet sur le contrat principal. Ce type de contrat est contraire au principe de loyauté des relations commerciales et crée une distorsion de concurrence. Ces accords sont nuls car contraires à l'ordre public national²², international et transnational²³. Un des

¹⁶ CE, 30 septembre 1996, *Préfet de la Seine-et-Marne*, n° 164114.

¹⁷ J-P. BUEB, *La lutte contre la fraude et la corruption dans les marchés publics*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁸ P. ROBERT-DIARD, « Le procès des marchés publics d'Ile-de-France s'ouvre à Paris », *Le Monde*, 21 mars 2005.

¹⁹ Crim. 20 févr. 2008, n° 02-82.676 et n° 07-82.110, *Bull. crim.* n° 44 p. 167 ; *RTD com.* 2008, 880, obs. B. BOULOC.

²⁰ N. DISSAUX, *La qualification d'intermédiaire dans les relations contractuelles*, LGDJ, t. 485, 2007.

²¹ Com. 7 mars 1961, *Bull.* n° 125.

²² C. civ. art. 1162.

²³ P. LE TOURNEAU, *L'éthique des affaires et du management au XXI^e siècle*, Dalloz-Dunod, 2000, p. 193.

modes d'intervention d'intermédiaires identifié²⁴ consiste à affecter l'argent à un proche du corrompu afin d'éviter tout lien direct avec le corrupteur. Des indices permettent de détecter l'illégalité de l'intervention d'un intermédiaire : quand sa rémunération dépend de l'obtention du marché et ce, malgré un ensemble de clauses « vertueuses²⁵ » ou alors que sa fonction consiste à créer une cascade de sociétés écrans dans des paradis fiscaux et judiciaires. Le juge devra se saisir de tous les indices entourant la relation pour analyser le contrat et trancher sur sa légitimité²⁶. Toutefois, intermédiaire n'est pas synonyme de corruption dans un marché : sa présence peut parfaitement être justifiée. Il peut s'agir d'un cabinet d'intelligence économique dont la mission principale est l'étude de marché pour orienter son client.

La corruption dans le commerce international a connu un essor important ces dernières années notamment en raison de la globalisation des rapports commerciaux et de l'évolution des technologies de la communication. Parfois, les entreprises peuvent se retrouver dans une position inconfortable : un conteneur bloqué par la douane locale qui exige un paiement pour accomplir son office, l'activité de l'entreprise est paralysée tant qu'elle ne cède pas. Si elle cède, elle peut se rendre coupable de corruption, si elle résiste et intente une action pour extorsion, elle risque de subir des représailles. Face à ces comportements, la communauté internationale a décidé de réagir en les incriminant et plusieurs textes ont vu le jour. D'abord le FCPA de 1977, puis la Convention de l'OCDE de 1997 incitant les parties à condamner les corruptions d'agents publics étrangers et enfin la Convention de Mérida de 2003 dont le nombre d'Etats parties est bien plus important.

II. L'utilisation du contrat dans la prévention et la lutte contre la corruption

Le contrat peut aussi être source de prévention aux différents moments de la relation contractuelle : divers procédés permettront de sécuriser les parties durant les négociations (A). En outre, une surveillance du cocontractant peut être instaurée lors de l'exécution du contrat et l'arbitre, bien qu'il ne soit pas un juge étatique, peut se saisir de la corruption (B).

²⁴ *Typologie du rôle des intermédiaires dans les transactions commerciales internationales*, OCDE, Rapport final, 4 novembre 2009.

²⁵ E. GAILLARD, « La corruption saisie par les arbitres du commerce international », *Revue de l'arbitrage*, 2017, n° 3, p. 817.

²⁶ *Ibid.*

A. La prévention de la corruption durant la phase précontractuelle

La loi Sapin II impose la mise en place d'outils de prévention de la corruption permettant d'appréhender des risques lors de la recherche de nouveaux marchés. Les paiements de facilitation d'abord. Considérés comme de la corruption par le droit français, ils peuvent être admis par certaines législations, notamment américaine, qui peut les qualifier d'actes administratifs usuels. Lors de la mise en place du code de conduite – imposée par la loi Sapin II – l'entreprise devra rappeler à ses salariés que ce type de paiements est interdit et devra diffuser cette bonne pratique à ses interlocuteurs. Ensuite, il faut les distinguer d'une sollicitation, qui diffère dans sa finalité : elle vise l'attribution d'un marché alors que le paiement de facilitation a pour but de faire avancer la procédure. Ainsi, la gestion du risque de sollicitation sera différente. La Chambre du commerce international donne des exemples de conduite à tenir dans ces situations²⁷ et la loi Sapin II permet aux entreprises de se prémunir ou à tout le moins d'avoir un *process* de gestion de ces risques en les cartographiant et en évaluant ses tiers efficacement. En cas de sollicitation, une entreprise dotée d'un véritable système de conformité pourra justifier une rupture brutale des pourparlers pour défaut de bonne foi²⁸ ouvrant la voie à l'indemnisation des dépenses engagées pour les négociations sur le fondement de la perte de chance de remporter un marché²⁹.

D'autres outils permettront aussi de prévenir ce risque avant la conclusion du contrat. Les *due diligences* permettent de réaliser une étude de réputation de la cible³⁰, ce qui peut, avant ou pendant les négociations, dissuader de contracter. C'est un risque à considérer notamment lors des opérations de fusion-acquisition où des questions réputationnelles et pénales peuvent venir impacter la société absorbante. Aussi, une cible avec un système de conformité cosmétique ou absent nécessitera une mise à niveau pouvant avoir un coût conséquent. Un audit peut également être organisé afin d'avoir une meilleure vue de l'historique opérationnel de la cible, de sa gestion et de ses liens avec les clients et fournisseurs. La fonction conformité a donc un rôle important à jouer en cas de fusion-acquisition, bien qu'elle soit encore trop souvent oubliée lors de ce processus³¹.

La question qui se pose alors est de déterminer comment cadrer contractuellement les choses lors des pourparlers. En cas de fusion-acquisition,

²⁷ Règles d'ICC pour combattre la corruption, mis à jour en 2011.

²⁸ C. civ. art. 1112.

²⁹ Civ. 3^e, 7 janv. 2009, n° 07-20.783 ; *RTD civ.* 2009, 113, obs. B. FAGES.

³⁰ N. KEREBEL, « Due diligence : les enseignements de l'affaire Sonepar », www.Atlantico.fr (consultable en ligne), 30 juillet 2019 (consulté le 6 août 2019).

³¹ N. TOLLET, « Evaluer et se protéger des risques de corruption en cas d'acquisition d'une entreprise industrielle », *RLDA* n° 103, avril 2015.

les *due diligences* et audits peuvent prendre du temps, or la vie des affaires a besoin de célérité. Ainsi, il est possible de contracter avant la fin des opérations en insérant une condition suspensive – appelée MAC clause pour *Material adverse change*³² – stipulant qu'en cas de *due diligence* ou d'audit défavorable, le contrat ne sera pas considéré comme conclu. Enfin, il est possible de responsabiliser le cocontractant par des clauses de *hardship* et des clauses pénales. La clause de *hardship* permet d'insérer dans le contrat un évènement considéré comme une imprévision par l'une des parties, justifiant la renégociation du contrat en cours d'exécution. En outre, une clause pénale peut être ajoutée afin de s'assurer de la tenue des engagements du cocontractant. Actionner une clause pénale n'est d'ailleurs pas exclusif d'une action civile pour réparation du dommage causé par la violation de l'obligation contractée.

B. La prévention de la corruption durant l'exécution du contrat et le rôle de juge arbitral

Le cocontractant peut être surveillé, notamment par des clauses d'audit³³. Le but est de vérifier que les actions menées par l'autre partie sont toujours en adéquation avec ses engagements. A défaut, des dispositions pourront être prises soit sur le fondement du droit commun des contrats (exécution de mauvaise foi), soit par le jeu de clauses prévues à cet effet. Néanmoins, une clause d'audit impose des obligations assez lourdes. Il semble qu'une solution intermédiaire est envisageable : une clause de droit d'audit. Cette dernière n'exige pas que des audits obligatoires réguliers soient réalisés mais ils seront rendus possibles uniquement en cas de suspicion d'un comportement contraire à la politique anticorruption. Au sein de la clause il est possible de préciser les documents qui seront audités tout comme les personnes habilitées à le faire, ce qui la rend plus facilement acceptable. Cependant, il ne faut pas oublier un détail : la réciprocité de toutes les clauses susmentionnées peut être demandée et c'est parfois la condition nécessaire pour leur acceptation. Elles devront donc être rédigées avec justesse et leur présence justifiée.

Par ailleurs, il peut être imposé au cocontractant de surveiller ses sous-traitants et franchisés. Attention cependant à ne pas demander la lune. En effet, dans des contrats-cadres, imposer des dispositifs et obligations entraînant de lourds surcoûts risque de générer un déséquilibre significatif³⁴. De plus, et ironie du sort, dans des réseaux de distribution, ces coûts pourraient avoir un impact sur le prix final des marchandises rendant la lutte anticorruption aussi chère voire plus que la corruption elle-même. Partant, les clauses peuvent être utiles mais

³² A-C. PELISSIER, « La MAC clause », *RLDC* n° 26, avril 2006.

³³ A. LECOURT, « La clause d'audit : définition, objet et utilité de la clause d'audit dans les contrats d'affaires », *AJ Contrat d'affaires*, 2014, p. 271.

³⁴ T. CHARLES, « Relations de sous-traitance : état des lieux des progrès accomplis », *AJ contrat* 2019, p. 122.

doivent faire l'objet d'une véritable réflexion et stratégie pour être à la fois acceptables et efficaces.

Pendant l'exécution du contrat (et même postérieurement) des litiges liés à la corruption peuvent survenir. En matière de commerce international, l'arbitre est son juge naturel. Ce dernier, confronté à cette question, a fait évoluer sa jurisprudence. Initialement³⁵, il se déclarait incompétent pour en traiter, considérant que « les parties ont perdu tout droit de s'adresser à la justice pour faire trancher leur différend³⁶ ». N'en déplaise au juge Lagergren, le principe de compétence-compétence pousse les arbitres à s'en saisir, à aborder le fond et rendre une décision conforme à l'*ordre public véritablement international*, c'est-à-dire à la conscience mondiale de l'enjeu de lutte contre la corruption. L'arbitre dispose de pouvoirs d'instruction intéressants pour trancher le litige comme la production des éléments de preuve³⁷ ou l'utilisation de faisceaux d'indices pour se forger son opinion. Une difficulté subsiste en matière d'exequatur : le tribunal étatique peut ne pas accueillir la sentence et permettre à un pacte de corruption de produire ses effets³⁸ mais la situation inverse est aussi possible³⁹.

III. La relation contractuelle et la victime face à la corruption

La corruption produit des effets sur la relation contractuelle et il convient de s'y intéresser afin de déterminer la façon dont le juge du contrat peut les appréhender (A). Enfin, le tiers victime peut aussi participer par ses actions à l'effectivité de la sanction de ces comportements (B).

A. La relation contractuelle face à la corruption

Une réflexion : est-ce que le ministère public se préoccupe réellement de la corruption privée et est-ce que les parties ont envie qu'un magistrat s'imisce dans leurs affaires ? Selon notre opinion, elles auraient plus intérêt à se tourner vers un arbitre, un juge civil ou commercial pour trancher leur différend. C'est la raison pour laquelle nous prenons le parti de nous intéresser à leurs pouvoirs. Un constat : ils ne sont pas soumis aux exigences probatoires

³⁵ Sentence CCI n° 1110/1963.

³⁶ O. CACHARD, « La révocation du sursis à statuer arbitral en présence d'une allégation de corruption, un pont trop loin », *Le droit maritime Français*, mai 2017, n° 791.

³⁷ G. MASSOULIER, « L'arbitre international, nouvel acteur dans la lutte contre la corruption ? », *Journal de l'arbitrage de l'Université de Versailles*, 2016.

³⁸ Sentence CCI n° 5622/1988, *affaire Hilmarton* ; Cour de Justice du canton de Genève, 17 novembre 1989.

³⁹ O. CACHARD, *op. cit.*

du procès pénal, ce qui présente un avantage pour trancher un litige contractuel lié à un fait de corruption⁴⁰. Par ailleurs, les enquêtes pénales peuvent être longues et à rebours des attentes de la vie des affaires : six ans en moyenne entre le début de l'enquête et le jugement de première instance⁴¹ alors que le délai de traitement d'une affaire devant les juridictions civiles et commerciales peut prendre moins d'un an⁴².

Un juge du contrat sensibilisé à la corruption pourra, grâce à ses pouvoirs d'appréciation, la déceler dans un litige et agir en conséquence. Il peut par exemple s'écarter de la lettre du contrat s'il estime qu'elle n'est pas conforme à la volonté des parties⁴³ ou bien recourir à la notion de bonne foi pour rejeter une demande d'application littérale de la lettre du contrat⁴⁴. Les usages, l'objet du contrat ou encore les clauses sont des éléments objectifs qui peuvent guider le juge lorsque la volonté des parties n'est pas claire⁴⁵. Il peut en outre faire appel aux règles pénales⁴⁶ pour qualifier l'infraction et en tirer toutes les conséquences sur l'acte juridique litigieux. Des indices « graves, précis et concordants⁴⁷ » lui permettront de rapporter la preuve de ce qu'il constate.

Quid de la nullité du contrat ? C'est une sanction évidente et le juge constatant une infraction doit la soulever d'office. Néanmoins, le droit pénal aura une emprise différente selon que le contrat sera un élément constitutif de l'infraction ou son résultat⁴⁸. Le contrat d'intermédiaire dont l'objet est la rémunération de la corruption sera un élément constitutif et sera frappé d'une nullité absolue⁴⁹. Quant au contrat obtenu par corruption, il s'agit d'un acte de complaisance. Il faudra démontrer un lien direct entre le contrat et l'infraction, à défaut, il sera valable⁵⁰.

La nullité automatique du contrat est discutable. Le juge reste maître des conditions de la nullité et doit considérer le comportement des cocontractants pour trancher. Un contrat attribué car l'intermédiaire a corrompu le pouvoir adjudicateur à l'encontre des consignes de son mandant se rendrait coupable

⁴⁰ Rapport annuel d'activité 2018, Agence Française Anticorruption, page 39, sur les atteintes à la probité : « Parmi les personnes mises en cause, 55,2% ont été déclarées « non poursuivables », notamment car l'enquête n'a pas permis de suffisamment caractériser l'existence d'une infraction ».

⁴¹ *Ibid.*, p. 42.

⁴² Références statistiques Justice, *Activités des juridictions*, Chapitre 12 : l'activité civile et commerciale des juridictions, année 2017.

⁴³ C. civ. art. 1188.

⁴⁴ M. FABRE-MAGNAN, *Contrat et engagement unilatéral*, Presses universitaires de France, 4^e éd., 2016, p. 562.

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ C. proc. civ. art. 12.

⁴⁷ V. par ex. Paris 21 fév. 2017, n° 15/01650, *République du Kirghizistan c/ Belokon*.

⁴⁸ A. DADOUN, *La nullité du contrat et le droit pénal*, LGDJ, t. 529, 2011.

⁴⁹ Ch. Requ. 5 fév. 1902 ; Ch. Requ. 15 mars 1911.

⁵⁰ A. DADOUN, *op. cit.*

d'abus de confiance⁵¹. Le mandant est victime d'une double erreur : son agent n'a pas exécuté loyalement ses obligations et ne connaît pas les manœuvres durde son mandataire. Son consentement est vicié⁵². La nullité prononcée met fin à la relation et entraîne la restitution des prestations⁵³, ce qui peut être ruineux pour la victime. Automatiser la nullité dans ces cas n'est pas idéal surtout si les parties souhaitent poursuivre leur relation. En outre, la partie lésée peut demander (pour les contrats conclus après le 1^{er} octobre 2016) l'une des sanctions prévues au nouvel article 1217 du code civil, comme par exemple une réduction du prix et des dommages et intérêts.

B. La place du tiers au contrat face à la corruption

Il peut être difficile pour un tiers au contrat de s'identifier comme victime de celui-ci en raison des effets indirects du pacte sur sa personne. Pourtant, un contribuable paiera plus d'impôts lorsque des fonds publics sont concernés, le consommateur paiera plus chers ses produits⁵⁴. Alors quand celui-ci apprend l'existence de l'infraction, peut-il pour autant se constituer partie civile ? La recevabilité de son action devant le juge pénal est soumise à la démonstration d'un préjudice particulier en raison du pacte⁵⁵ et non pas de ses effets, ce qui limite les possibilités.

Néanmoins, le concurrent évincé peut tenter une action sur le fondement de la perte de chance s'il arrive à la démontrer. C'est l'occasion pour lui de faire valoir son droit sans avoir à justifier de la pertinence de son offre, évitant ainsi au juge de déterminer artificiellement le mieux-disant. Toutefois, seule la perte de chance sera indemnisée et non le bénéfice qui aurait été tiré de la survenance de l'évènement empêché.

L'action en concurrence déloyale est plus intéressante pour le concurrent victime. La corruption nuit à la concurrence⁵⁶ et il paraît opportun d'interroger la recevabilité d'une telle action sur ce fondement. Fondée sur l'article 1240 du code civil et non pas sur les pratiques anticoncurrentielles, dès lors qu'il existe une atteinte au libre jeu de la concurrence, elle peut être exercée sans qu'un rapport de concurrence soit nécessaire⁵⁷. Elle n'est pas réservée aux

⁵¹ L'intermédiation professionnelle : de la découverte d'une myriade de droits spéciaux (patents) à la recherche d'un authentique droit commun (latent), 4 octobre 2018, Toulouse, « Intermédiation et droit pénal », G. BEAUSSONIE.

⁵² N. DISSAUX, *op. cit.*

⁵³ C. civ. art. 1178, al. 3.

⁵⁴ Crim. 27 oct. 1997, n° 96-83.698.

⁵⁵ Crim. 21 mai 1997, *Bull. crim.* n° 193 ; Crim. 10 mars 2004, *Bull. crim.* n° 64.

⁵⁶ Projet de directive sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, adopté le 16 avril 2019, considérant n° 6 et n° 16 ; B. PEREIRA, « Éthique commerciale, bonnes gouvernances des entreprises et corruption internationale », *Revue internationale de droit économique*, 2008, t. XXII, p. 21 ; ou encore I. FADLALLAH, « Les instruments de l'illicite », *op. cit.*

⁵⁷ Com. 25 janv. 2000, n° 97-19.957, *Gaz. Pal.* 2001. 1085, note G. FLECHAUX.

commerçants mais est ouverte à toutes les activités professionnelles et à tous les intervenants du marché⁵⁸. Les actes de concurrence déloyale créent des troubles commerciaux étant à eux seuls des intérêts nés et actuels ouvrant la voie à une action en justice permettant la demande de dommages et intérêts⁵⁹. En outre et de surcroît, l'existence d'un préjudice s'infère nécessairement des actes déloyaux constatés⁶⁰ et l'existence du dommage se déduit de la faute⁶¹. Les dommages et intérêts peuvent être alloués fonctions du bénéfice réalisé par le concurrent déloyal⁶². De plus, la doctrine semble accueillir le mécanisme des dommages et intérêts punitifs⁶³. Cela pourrait avoir pour effet de dissuader la commission de faute lucrative⁶⁴.

Quant aux consommateurs, l'action de groupe pourrait être envisagée mais serait plus difficile à démontrer. Pourtant elle permet de réparer un dommage diffus, c'est-à-dire « très faible voire dérisoire mais très largement répandu⁶⁵. » Ce type de dommage correspond parfaitement à celui causé par la corruption aux consommateurs d'un réseau de distribution. C'est ce qui nous pousse à penser que cette dernière action doit être accueillie.

⁵⁸ C. LUCAS DE LEYSSAC, G. PARLEANI, *Droit du marché*, PUF, 2002.

⁵⁹ Com. 22 mai 1984, n° 82-13.482, *Bull. civ. IV* n° 172 ; 19 juin 2001, n° 99-15.411, *Bull. civ. IV* n° 123 ; 28 sept. 2010, n° 09-62.272, *RCA* 2010, n° 301.

⁶⁰ Com. 22 fév. 2000, n° 97-18.728 ; *CCC* 2000, 20, note M. MALAURIE-VIGNAL.

⁶¹ L. GRATTON, « Le dommage se déduit de la faute », *RTD civ.* 2013, 275, p. 281.

⁶² Com. 1er avril 1997, n° 94-22.129, *Bull. civ. IV*, n° 87.

⁶³ P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats. Régimes d'indemnisation*, p. 854, n° 2214.36.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ M. DEPINCE, *JCl commercial*, V° *Action de groupe française*, fasc. 979, *Dispositions générales et procédures spéciales*, n° 31.



Dépôt légal : février 2020
Réalisation & impression : www.corep.fr