

*Que
sais-je?*

LE DROIT PÉNAL



Jean Larguier

puf

QUE SAIS-JE ?

Le droit pénal

JEAN LARGUIER

Professeur émérite de la Faculté de droit
de l'Université Pierre Mendès France de Grenoble
Agrégé des Facultés de Droit

Seizième édition mise à jour

103^e mille



Introduction

L'honnête homme – aux deux sens de l'expression – se fait souvent, du droit pénal, une idée singulière. Spectaculaire, cette branche du droit évoque, pour le public, prisons et jurés, plaidoiries brillantes et crimes de sang : au point que, dans l'esprit du profane, l'ensemble du droit tout entier se ramène volontiers aux subtilités notariales et aux drames de la cour d'assises.

Mais il est des priviléges dangereux : le sens vrai du droit pénal risque de se trouver déformé dans cette conception soigneusement entretenue par la presse, la télévision et le film auprès d'une opinion publique déjà trop attirée – et d'une façon assez morbide – vers ce qui n'est qu'une face du droit pénal. Nous voudrions tenter d'éclairer le lecteur sur ce qu'est véritablement ce droit et sur quelques-uns des problèmes qui se posent en cette matière.

I. – Quelques définitions

1. Regards sur le contenu des sciences criminelles.

Le développement actuel des sciences criminelles a fait éclater en plusieurs rameaux l'étude du crime et de ses conséquences. L'objet de ce livre n'est pas la *criminologie* [1], qui consiste à rechercher les causes de l'infraction et à se pencher sur l'âme du criminel. Science ambitieuse, la criminologie est encore loin de la maturité : il faudrait, pour être un véritable criminologue, réunir la compétence du juriste, celle du sociologue, du psychologue, du médecin psychiatre, du policier, du directeur de prison, de l'assistante sociale – et quelques autres. Rien d'étonnant à ce que, pour l'heure, il y ait moins de criminologues que de gens prétendant l'être.

Directement liée à la criminologie, qui s'efforce de déterminer les causes du mal, la *politique criminelle* propose les remèdes. Si des statistiques sérieuses et suffisamment générales montrent, par exemple, que l'alcoolisme ou un certain genre de films sont des facteurs de criminalité, des interdictions appropriées constitueront des moyens de lutte contre le crime, c'est-à-dire des armes

de politique criminelle. D'autres études criminologiques relatives à l'aspect physique des délinquants – tendant par exemple à déterminer la taille moyenne des criminels – laisseront parfois la politique criminelle impuissante.

Des auteurs ont voulu ramener les facteurs de criminalité à des causes individuelles (ex., jadis : Lombroso et la théorie du *criminel-né*, aujourd'hui les biologistes étudiant les anomalies chromosomiques), d'autres ont mis l'accent sur les facteurs sociaux de criminalité (Ferri et sa *sociologie criminelle*), v. p. 8 : toute la politique criminelle pouvait se trouver orientée dans une direction bien différente selon le cas. On parle plus volontiers, aujourd'hui, de *constellation de facteurs*, pour exprimer l'idée que les causes du crime sont complexes et nombreuses, et qu'il serait vain de prétendre les ramener à l'unité. Ainsi se trouvent mis en lumière à la fois l'intérêt de la criminologie et l'extrême difficulté de cette science.

La *criminalistique* est nettement distincte de la criminologie, bien que ces deux termes soient, à l'heure actuelle encore, trop souvent confondus. Elle est, en effet, la recherche des infractions et des coupables par des voies scientifiques, et, appuyée sur la médecine, la biologie, la

chimie, la physique, les mathématiques – l’observation et la psychologie aussi –, elle aboutit souvent à des résultats absolument remarquables. Les laboratoires de police scientifique sont de précieux auxiliaires de la justice pénale, et l’étude des indices et traces diverses (empreintes digitales, empreintes génétiques, armes à feu, etc.) fait à l’heure actuelle l’objet de techniques qui comptent au nombre des conquêtes les plus sûres des sciences criminelles modernes.

Avec la *procédure pénale*, on aborde déjà un ensemble de règles juridiques qui vont permettre la mise en œuvre concrète du droit pénal. Matière importante que celle qui concerne l’organisation judiciaire répressive ainsi que le déroulement du procès pénal, et qui est aussi comme le reflet des conceptions, libérales ou autoritaires, des droits de l’individu face à l’État. Qu’il s’agisse de la composition des juridictions (un seul juge, ou un collège de juges ? Des jurés non professionnels à côté des magistrats de carrière ?) ou du déroulement de l’instruction, par exemple (procédure secrète ou publique ? et secrète à l’égard de qui ? avec quels droits pour l’avocat ?), c’est, comme un leitmotive, la liberté individuelle qui demeure, en filigrane, la préoccupation constante de ceux qui s’intéressent à cette

matière [2].

Longtemps partie intégrante du droit pénal, la *science pénitentiaire* tend désormais à acquérir une existence autonome. Il s'agit ici (on parle parfois de *pénologie*) de déterminer les mesures pénales les plus efficaces et d'en préciser le régime : un ouvrage consacré au droit pénal ne saurait ignorer les données essentielles de cette discipline, et nous aborderons donc, dans ce livre, les problèmes fondamentaux de la science pénitentiaire.

Le *droit pénal*, lui, est la branche du droit positif qui détermine les *infractions* et les *sanctions* applicables à celles-ci : toutes choses plus graves que de simples fautes et sanctions civiles. Mais l'on distingue, surtout pour les besoins de l'enseignement, un droit pénal dit *général* et un droit pénal dit *spécial*.

Par *droit pénal général*, on entend l'ensemble des règles applicables à toutes les infractions quelles qu'elles soient. Prenons un exemple : on admet que la simple tentative d'infraction doit, à certaines conditions, être réprimée ; la détermination de ces conditions soulève de difficiles problèmes (v. p. 29), qui seront les mêmes pour le meurtre, le vol, l'escroquerie. La complicité peut susciter les mêmes

difficultés, qu'il s'agisse de l'empoisonnement, des violences, de l'évasion, etc. Autant de théories qui, pouvant donc jouer quelle que soit – en principe – l'infraction envisagée, sont de portée générale, et dont l'ensemble forme précisément le droit pénal général.

Le *droit pénal spécial*, lui, est l'étude des infractions envisagées une à une : c'est une sorte de catalogue descriptif, qui définit ce qu'est un assassinat, un vol, une diffamation, etc. Les infractions ainsi considérées sont aujourd'hui si nombreuses que le droit pénal spécial, à lui seul, mériterait de forts substantiels développements : on se contentera (p. 73) d'essayer de donner une idée des difficultés et de l'intérêt de cette matière.

2. Regards des sciences criminelles vers l'extérieur.

Si tous les ordres de connaissances s'interpénètrent, cela est particulièrement vrai pour les sciences criminelles, et spécialement pour le droit pénal.

a) Dans l'ensemble des disciplines juridiques, le droit

pénal n'est pas isolé. Il vient fréquemment à l'aide du *droit civil* lorsque les sanctions que connaît cette branche du droit (dommages-intérêts notamment) se révèlent insuffisantes. Il a des rapports avec le droit *commercial* (ex. : droit des sociétés, banqueroute : on parle du *droit pénal des affaires*). Le dirigisme économique avait même fait naître un *droit pénal économique*, qui a été émoussé en 1986.

C'est aussi le *droit administratif* qui nourrit des rapports avec le droit pénal : parfois ce dernier vient assurer le respect de certaines règles administratives ou de la fonction publique (ex. délits commis, soit par des fonctionnaires, ex. corruption, soit contre les fonctionnaires, ex. outrages).

b) Au-delà des disciplines proprement juridiques, le droit pénal a des points communs avec la *psychologie*. Plus subjectif en cela que le droit civil, le droit pénal est en effet plus proche de l'être humain. Le juge pénal doit, normalement, juger, en même temps qu'un problème, un être de chair et de sang.

C'est aussi la *morale* qui a des rapports avec le droit pénal, bien que ces deux disciplines ne se confondent pas. Notons toutefois que la morale, qui est l'un des

fondements du droit, a évolué : la morale traditionnelle tend à devenir ce que l'on a appelé – l'expression n'est pas encore très claire – la morale sociale

Quiconque s'intéresse à la *sociologie* est amené à côtoyer le droit pénal – il y a une *sociologie criminelle*. La *métaphysique* elle-même et le problème de la liberté de l'homme ne sont pas étrangers au criminaliste. La *médecine* enfin apporte un précieux concours au droit pénal. Indépendamment même de la médecine légale, la justice pénale en blouse blanche, dans les esprits comme dans les faits, fait des progrès. C'est ce que peut suggérer l'étude de l'évolution contemporaine du droit pénal.

II. – Aperçu sur l'évolution du droit pénal

Il suffira ici de prendre conscience des grandes lignes de l'évolution qui s'est manifestée en cette matière. Pourquoi des peines, et de quel droit ?

Le fondement même du droit pénal est le reflet, dans une société donnée, du sens profond assigné à la peine

envisagée comme sanction de l'infraction. Il s'agit essentiellement, à l'origine, de satisfaire l'idée de *justice* : que l'on parle du talion ou de la justice chrétienne, la sanction est tournée vers le passé, et, fondée sur la faute commise, dépendra, dans son intensité, de la gravité de cette faute. Sans que cette première idée soit abandonnée, l'on se préoccupe davantage, ensuite, de *prévenir*. Tout en réprimant l'infraction commise, la justice pénale s'efforce d'éviter la commission de nouveaux crimes : orientée vers l'avenir, la peine, dans cette fonction préventive, se détache déjà de la faute commise pour devenir une mesure utilitaire, plus sociale qu'individuelle.

Plus tard, dans l'histoire de la pensée, l'*école positiviste italienne* devait avoir le mérite de poser le problème sur un plan plus scientifique – en dépit des excès auxquels fut conduit Lombroso, qui, dans sa théorie de l'homme criminel, prétendait que certains individus naissaient déjà porteurs des stigmates de criminalité, donc reconnaissables, par exemple à leur front fuyant ou à leur mâchoire volumineuse. À côté de cette *école anthropologiste*, considérant les facteurs individuels et physiques de criminalité, l'*école sociologique*, avec Ferri, mit l'accent sur les facteurs du crime qui résultent de la

civilisation, du climat, etc. : dans les deux cas, on faisait abandon des notions de justice, considérées comme dépassées ; le crime n'était plus envisagé comme résultant de la liberté humaine, mais comme découlant de facteurs naturels.

Plus récemment, les doctrines de *défense sociale* ont renouvelé certaines des controverses sur le fondement du droit de punir. En France particulièrement, la *défense sociale nouvelle* (Marc Ancel) a eu un retentissement certain. On veut, pour plus de souplesse, abandonner ce que le droit pénal présente de trop abstrait et de trop automatique. Dans le dessein, louable, de personnaliser à l'extrême la mesure prise, il faut assouplir les textes, les jugements, les mesures – il faut, a-t-on dit, “déjuridiciser” le droit pénal. Le vœu est séduisant : mais la souplesse est-elle nécessairement libérale ? Quels abus n'autoriseraient pas textes vagues et décisions indéterminées ! La loi pénale est rigueur, certes, mais elle est aussi garantie. Et le passage du droit au fait n'est pas seulement celui de l'abstrait au concret ; c'est le glissement de la sécurité à l'arbitraire.

D'aucuns pensent alors que les “coupables” sont en réalité des malades : plus que de peine, il conviendrait de

parler de traitement. Certains médecins estiment que tout délinquant est un anormal (mais qu'est-ce qu'un délinquant ? le délinquant selon la loi pénale, qui, mieux que les médecins parfois, saurait alors définir l'anormal ?). On parle hardiment de " rechute " en cas de récidive...

C'est, au passage, dans bien des cas, oublier l'existence d'un personnage inconnu de la médecine : la victime. C'est aussi faire bon marché du caractère parfois artificiel des règles de la vie sociale. Il faut avoir de la " maladie " une conception singulièrement large, pour considérer comme état pathologique l'attitude du commerçant établissant une fausse comptabilité, ou de l'industriel faisant introduire des substances toxiques dans les produits alimentaires qu'il met en vente...

D'autres penseurs, ignorant la nature humaine, se bornent à vouloir changer la société (v. p. 54). D'autres enfin font leur idée fixe de la prévention, mais cette fois opposée à la répression – ne comprenant pas qu'il est des préventions très oppressives.

Aujourd'hui le développement de la criminalité, et notamment de la violence – qu'elle soit crapuleuse, terroriste ou gratuite –, accroît dans le public le sentiment

d'insécurité. Et comme l'on doit admettre que toutes les infractions ne peuvent s'expliquer par un chromosome anormal ou par la lutte des classes, certains se demandent, après tant d'efforts orientés vers la compréhension des coupables, et donc, dans le sens de l'indulgence, avec tant de pouvoirs octroyés au juge, tout cela s'étant révélé souvent assez peu concluant, il ne faudrait pas se résoudre à réprover plus nettement l'acte criminel, et à conclure que punir est moins honteux qu'être puni...

Beaucoup de réformes ont été entreprises en matière pénale. Si notre procédure pénale est régie par le Code de 1958, plusieurs fois modifié, le droit pénal au sens strict a longtemps reposé sur le Code pénal de 1810, corrigé, remanié, complété par des centaines de textes. Un nouveau Code pénal est entré en vigueur le 1^{er} mars 1994 (et d'ailleurs modifié déjà par de nombreuses lois, notamment par celle du 9 mars 2004).

Tout ne pouvait pas, à vrai dire, être entièrement nouveau dans ce Code. Certaines incriminations, ne correspondant plus à la société actuelle, sont supprimées, d'autres apparaissent, comme le génocide. Mais des règles demeurent, parce qu'on ne pouvait pas les modifier ; et

beaucoup de précisions, désormais inscrites dans la loi, ne sont que l'expression de solutions depuis longtemps admises par la jurisprudence.

Au titre des innovations, on citera la responsabilité pénale des personnes morales et l'incrimination de la mise en danger de la personne d'autrui. D'autres changements ont consisté à accroître les pouvoirs des juges dans le sens de l'indulgence, notamment en ce qui concerne le choix des peines applicables.

L'évolution législative ne s'est donc finalement pas démentie, qui aboutit à multiplier les incriminations ; or, cette expansion s'est en quelque sorte retournée contre la sanction pénale elle-même : le phénomène est fréquent en matière juridique, d'une institution qui perd en efficacité profonde ce qu'elle gagne en étendue. À trop élargir son domaine, la peine a perdu de sa force. La création de certaines incriminations, pour des faits qui n'appelaient dans l'opinion qu'une réprobation mesurée, a pu persuader bien des gens qu'on pouvait aller en prison (ou risquer d'y aller), sans être pour autant réellement malhonnête. On a alors souhaité, en considérant ces infractions comme "artificielles", la *dépénalisation* de ces faits : mais ces

infractions sont-elles toutes vraiment artificielles ? La fraude fiscale ne saigne pas (directement) : elle est pourtant un fléau social.

Il ne faut pas oublier que la peine implique une notion de blâme moral, ce qui suffit à retenir sur la pente du crime un certain nombre de personnes. Aspect fondamental que ce rôle préventif (v. p. 77) : sans Code pénal, il y aurait beaucoup plus de meurtres. Et c'est l'un des buts du droit que d'assurer, par cette menace de sanction, la sécurité : c'est pourquoi chacun de nous est intéressé par la loi pénale.

Notes

[1] V. *La criminologie*, par G. Picca, puf, “ Que sais-je ? ”, no 2136.

[2] V. *La procédure pénale*, par J. Larguier, puf, “ Que sais-je ? ”, no 1089.

PREMIÈRE PARTIE

L'INFRACTION

Chapitre I

Analyse de l'infraction

L'infraction suppose réunies plusieurs composantes. En l'absence de l'un de ces éléments, le fait commis peut éventuellement choquer la morale, ou le droit civil : mais le droit pénal l'ignorera. Bien entendu, chaque infraction a ses éléments particuliers, dont l'étude relève du droit pénal spécial : le meurtre, le vol, par exemple, ont leur définition légale propre. Mais, quelle qu'elle soit, l'infraction doit réunir ce que les pénalistes appellent un élément légal, un élément matériel, un élément moral, dont la juxtaposition forme l'acte pénalement répréhensible (I) ; et dans certains cas pourtant, cet acte peut se trouver justifié (II) : on dit parfois qu'aux trois éléments indiqués doit s'ajouter l'absence de faits justificatifs.

I. L'acte interdit

Ne peut être infraction que l'acte défini par un texte légal, suffisamment caractérisé, et émanant d'un être responsable : trois notions à préciser successivement.

1. La loi

Le principe de légalité. – 1 / Voici le principe fondamental de notre droit pénal : seule la loi peut définir ce qui est interdit sous la menace d'une peine (pour les crimes et les délits ; pour les contraventions, il s'agit d'un règlement, v. plus loin). Garantie contre l'arbitraire du juge, conquête de la Révolution, le principe de la légalité des incriminations et des peines (« pas d'infraction, pas de peine sans texte légal ») est le reflet de la conception libérale du droit. Commettez un fait qui appelle la réprobation générale, et ressemble à des activités prévues et punies par le Code pénal : si votre action n'est pas exactement celle qui se trouve visée par la loi (ou le règlement), le droit pénal ne peut vous inquiéter.

2 / Corollaire du principe de la légalité, la règle de l'*interprétation stricte* de la loi pénale s'impose au juge français. Il en est bien des exemples : on citera celui, célèbre, de la filouterie d'aliments (dite souvent grivèlerie) ;

l'acte ressemble à un vol, à une escroquerie, mais sans être exactement ni escroquerie ni vol. On avait donc dû acquitter les auteurs de faits de ce genre, jusqu'à intervention d'une loi prévoyant expressément cette sorte d'activité.

Il est facile ici d'ironiser : l'on compare la loi pénale à une forêt de textes, et le délinquant à l'homme habile qui sait, passant entre les arbres, échapper à toute répression. Dans une formule frappante parce que paradoxale, on dit que le Code pénal est la grande charte des malfaiteurs. Au-delà de l'ironie, un courant d'idées – auquel nous avons déjà fait allusion – s'insurge contre cette conception légaliste, jugée trop étroite, de l'infraction. On s'inquiète de voir des gens malhonnêtes invoquer le Code pénal, à l'abri du principe de la légalité. Et l'on pense alors, en présence de faits voisins de la définition légale de l'infraction, que c'est trop de naïveté de ne pas punir. Il conviendrait, on l'a vu, de « déjuridiciser » le droit pénal, pour atteindre efficacement ceux qui frôlent de trop près l'interdiction légale.

Pourtant, les avantages du principe de légalité sont immenses (pour qui du moins estime que les juges doivent être au service du droit, c'est-à-dire en définitive de l'être

humain, et non, éventuellement, des gouvernants). On peut concevoir, certes, un Code pénal constitué d'un article unique : « Tout acte contraire à l'ordre public sera puni d'une peine laissée à l'appréciation du juge » : la tâche des juristes serait, à ce stade, notablement simplifiée. Mais le péril serait grand. Qu'est-ce qu'un acte contraire à l'ordre public ? Même si, de bonne foi, on se réfère à une vague notion d'équité, on n'obtient pas à cet égard plus de garanties. Ce qui vous paraît équitable peut me paraître injuste, et réciproquement. « Dieu nous garde, disait-on dans l'ancien droit, de l'équité des Parlements. » Même la loi devient inquiétante lorsqu'elle est trop large : « l'atteinte aux intérêts économiques » d'un pays peut être punie sévèrement, émanant de la femme qui, dans un ouvroir, voyant son fil se casser, déclare que celui-ci (de fabrication nationale) est de mauvaise qualité... Car c'est la mission du juriste de dénoncer ce qui est parfois respect apparent du principe de légalité, mais en réalité assouplissement auquel il convient d'assigner des frontières.

L'assouplissement du principe de légalité. – Sans doute une certaine souplesse d'application est-elle nécessaire : le juge n'est pas un automate, et la loi, bien que considérée un

peu comme une allégorie, n'est pas toujours parfaite, tant dans sa qualité que dans ses possibilités d'action. De là, un double mouvement qui concourt à saper la règle de la légalité : d'en bas, le juge voit s'accroître ses pouvoirs ; d'en haut, la loi renonce parfois aux siens. Certes, c'est toujours la loi qui accepte ou renonce : elle le fait au profit du juge (ou de l'administration chargée de l'exécution des peines), ou même au profit du pouvoir exécutif.

a) *Les pouvoirs du juge.* – Il y a des lois manifestement absurdes : entendons par là que certains textes disent très exactement le contraire de ce qu'ils veulent dire. L'inadveriance du législateur donne alors au juge le pouvoir raisonnable de faire, matériellement, la rectification. Un exemple célèbre fut celui de ce texte (depuis lors modifié) qui interdisait aux voyageurs de descendre des voitures... lorsque le train était complètement arrêté.

Plus souvent, les lois sont obscures : il faut bien alors que le juge interprète le texte. Il ne s'en tiendra pas à la lettre de la loi : l'infraction de violences existe, en dépit du pluriel, même s'il n'y a eu qu'une seule violence.

Si le texte est clair et précis, le juge n'a plus alors qu'à l'appliquer : il n'a pas le droit (comme il peut le faire en

droit civil, et, dans certains pays, en droit pénal) de *raisonner par analogie*, c'est-à-dire d'étendre à un cas non expressément prévu le texte visant un cas voisin mais différent. Si un texte interdit à un débitant de boissons de « donner à boire » (de l'alcool...) à un client en état d'ivresse, il n'interdit pas de vendre à ce client du vin à emporter...

Pourtant, il arrive que, par exemple, des progrès techniques conduisent le juge à devoir appliquer la loi à des cas que celle-ci n'avait pas prévus – parce qu'elle ne pouvait les prévoir. La diffamation par disque, radio, télévision ou cinéma a été punie dès avant la loi de 1972, la loi fondamentale (1881) n'ayant pu prévoir ces modes d'expression.

On distinguera, de ce pouvoir d'interprétation, celui que le juge retire des règles lui permettant d'abaisser la peine, dans des proportions aujourd'hui considérables, voire d'en dispenser le coupable (v. p. 111 et s.) ; au stade de l'exécution aussi, les juridictions de l'application des peines disposent de larges possibilités.

Tout cela s'exerce, observons-le, dans un sens unique, celui de l'indulgence ; et tout cela résulte d'ailleurs de règles légales. Remarquons toutefois qu'au fur et à mesure que la

loi abandonne au juge ou à l'administration pénitentiaire des pouvoirs de plus en plus étendus, elle renonce, sinon au principe de légalité, du moins à certaines de ses conséquences. Il en va pareillement, et alors même pour la qualification, lorsque le texte lui-même se fait si compréhensif que le juge peut l'appliquer à bien des choses. Par exemple, commettent une violence celui qui secoue l'échelle sur laquelle monte une autre personne, celui qui, à l'aide d'un balai, frappe des coups répétés au plafond, gênant ainsi les voisins du dessus. De même, des agissements visés par des formules telles que « tout acte quelconque », « par quelque moyen que ce soit », peuvent à l'évidence être très divers...

b) *L'abdication du législateur.* – Nous venons d'en entrevoir des exemples : il en est d'autres. Traditionnellement, on a longtemps enseigné que la loi devait être la seule source de droit pénal. Cela veut dire que la simple coutume n'a pas ici de rôle à jouer, et ne saurait créer une incrimination. Cela veut dire surtout que le droit pénal doit en principe être contenu dans le Code pénal émanant du législateur, et les lois postérieures à ce Code.

Il faut toutefois souligner que les *traités internationaux* (ex.

: cee, aujourd’hui Union européenne, Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme) ont une autorité supérieure à celle de la loi interne : celle-ci doit donc s’effacer si elle va à l’encontre d’une norme de cette convention.

Mais même sur un plan interne, un changement s'est produit depuis longtemps, au détriment de la loi. Les décrets-lois, qui ont été assimilés à des lois, sont source de droit pénal, de même que certaines ordonnances gouvernementales, et pour les contraventions, les décrets pris en Conseil d’État légalement faits.

Peuvent aussi prévoir des incriminations les préfets et les maires : les décrets et arrêtés de police sont assortis d'une sanction prévue par l'article R. 610-5 du Code pénal ; ces autorités peuvent donc édicter des interdictions dont la violation constituera une contravention de 1^{re} classe – dans les limites de la légalité certes : le juge pénal apprécie la légalité de l'acte administratif, même individuel, dont dépend la solution du procès pénal.

Mais surtout, toute la matière des contraventions contenue dans le Code pénal et jadis définie par le législateur est

devenue, depuis 1958, une partie dite « réglementaire » (d'où la numérotation des articles : R. 610-5, R. 625-1, etc.), abandonnée à la discrétion du pouvoir exécutif.

C'est peu de chose, pensera-t-on peut-être. Mais il faut, avant d'en décider, savoir que la peine applicable en matière de contraventions peut aller (pour les contraventions de 5^e classe) jusqu'à 3 000 € d'amende ; et il faut aussi savoir qu'en cas de cumul de contraventions, les peines d'amende s'additionnent... (v. p. 103).

La non-rétroactivité de la loi pénale. – « Le législateur ne doit point frapper sans avertir ; s'il en était autrement, la loi, contre son objet essentiel, ne se proposerait pas de rendre les hommes meilleurs, mais seulement de les rendre plus malheureux. » Cette phrase de Portalis illustre le sens du principe de non-rétroactivité en matière pénale, qui est un corollaire encore du principe de légalité, et est inscrit dans le Code pénal (art. 112-1) : « Sont seuls punissables les faits constitutifs d'une infraction à la date à laquelle ils ont été commis. Peuvent seules être prononcées les peines légalement applicables à la même date. »

En matière pénale, le fondement de la règle – garantie de la

liberté individuelle – en explique à la fois le point de départ et les applications. On comprendra alors que, là où recule la règle de non-rétroactivité, recule du même coup le principe plus général de la légalité.

La loi pénale s'applique à tous les actes commis après son entrée en vigueur, et ne s'applique pas aux actes commis et *définitivement jugés* avant cette date (toutefois, la peine n'est plus exécutée si elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'un texte nouveau, postérieur au jugement, n'est plus une infraction). Le problème ne se pose donc que pour un acte commis avant la loi nouvelle, mais non encore jugé définitivement lors de l'entrée en vigueur du texte nouveau.

On observe cependant : d'une part, que les lois dites *de forme* (par ex. modifiant l'organisation judiciaire ou la procédure répressives) sont en principe d'application immédiate, étant animées par le souci d'aboutir plus vite à la manifestation de la vérité ; d'autre part et surtout, que les lois nouvelles dites *plus douces* (que le texte ancien correspondant) sont également applicables aux faits antérieurs et non définitivement jugés. Si je commets un vol, aujourd'hui punissable, et si une loi nouvelle vient

supprimer du Code l'interdiction de voler ou même simplement abaisser la peine applicable au vol (avant que je sois définitivement condamné), je bénéficie de cette loi plus indulgente.

Le principe de légalité menace d'être ébranlé notamment par l'application à des faits antérieurs d'une *loi pénale nouvelle plus sévère*. Il est vrai que l'on tentera alors, pour apaiser les esprits inquiets, de justifier cette rétroactivité, en soutenant que la loi pénale, plus sévère, peut s'appliquer dans la mesure où elle n'est pas *vraiment nouvelle*, ou que la loi nouvelle, plus sévère, peut néanmoins s'appliquer, n'étant pas *réellement pénale*.

- 1) Une loi *interprétagtive*(expliquant une loi précédente, obscure) fait corps avec le texte interprété : elle s'applique donc même aux faits commis entre la première loi et sa propre entrée en vigueur. Mais il est des textes qui, sous couleurs d'interprétation, modifient en réalité le texte primitif (un peu comme un erratum au *Journal officiel* peut changer bien des choses). Et l'application rétroactive de ce texte est alors une violation de la légalité.
- 2) Des lois nouvelles s'appliquent également à des faits antérieurs, sous le prétexte qu'elles ne sont *pas réellement*

pénales. C'est le cas pour les lois prévoyant des *mesures de sûreté* et certaines interdictions professionnelles. Toute la législation des *mineurs délinquants* est également d'application immédiate : problème de nature de la mesure, non de degré, relatif et comparé, de la sanction – même si à une peine de six mois d'emprisonnement succède ainsi une mesure de deux ans de placement (Crim., 1953).

La territorialité de la loi pénale. – Le conflit de lois pénales dans le temps n'est pas le seul : deux lois pénales, ou davantage, peuvent entrer en conflit dans l'espace, dès lors qu'un élément étranger apparaît à l'intérieur du problème pénal. Si, par exemple, un Italien commet un meurtre en France, on peut songer *a priori* à appliquer soit la loi pénale italienne (en raison de la nationalité de l'auteur du fait), soit la loi pénale française (étant donné le lieu de l'infraction) – il va de soi que la question ne présente de l'intérêt que parce que les différentes lois en conflit n'ont pas le même contenu.

La loi pénale française (comme la plupart des lois pénales modernes) est *territoriale*, ce qui signifie qu'elle s'applique sur le territoire français (aux Français et étrangers, indistinctement en principe), mais qu'elle ne s'applique

pas (du moins en principe) au-dehors (même si l'infraction est commise en Italie, par exemple, par un Français). Cela suppose définis le *lieu* exact où se commet l'infraction (c'est le lieu où l'un des actes caractérisant un élément de celle-ci est accompli), et la notion de *territoire* (intérieur des frontières, mer territoriale, territoire aérien, navires et avions français).

Parallèlement à ce *conflit de lois*, peuvent se produire des *conflits de juridictions* (juge français ou étranger ?) et d'*autorités* (autorité des jugements hors des frontières) ; mais, en principe, la notion de souveraineté nationale conduit à donner compétence, pour un fait commis en France, au juge français, qui appliquera la loi française, et à refuser tout effet en France à un jugement répressif étranger.

En principe, faut-il dire : car dans une certaine mesure, on tient compte, en France, pour certaines matières déterminées, des décisions étrangères (ex. pour certaines interdictions professionnelles). Et le principe cède aussi, quant à la détermination de la loi applicable. De ce point de vue, en effet, certains étrangers commettant des infractions en France échappent cependant à notre loi pénale (ex. :

l'immunité des agents diplomatiques, qui fait notamment que la victime d'une atteinte à l'intégrité de sa personne due à l'imprudence d'un tel agent dans un accident de la route ne pourra agir qu'au civil).

En sens inverse, souvent la loi pénale française s'applique même à un fait commis (par un Français) hors du territoire. Si la loi étrangère ne s'est pas déjà appliquée à ce fait, la loi pénale française peut jouer, notamment en matière de crime, ou même de délit ; mais pour les délits il faut la plainte de la victime ou la dénonciation à l'autorité française par l'autorité du pays où l'infraction a été commise, et une condition supplémentaire de « réciprocité » : le délit doit être punissable aussi par la loi étrangère (ces conditions, toutefois, ne sont pas nécessaires dans certains cas, ex. : pour certaines infractions contre des mineurs, lutte contre le « tourisme sexuel », activité de mercenaire) ; la loi française s'applique aussi si la victime d'un crime ou d'un délit puni d'emprisonnement est française (c'est le système de la personnalité passive), et cela sans la condition de réciprocité.

Si, à l'étranger, un étranger commet une infraction, la loi pénale française s'en désintéresse davantage. Mais les

exceptions à cette indifférence sont de plus en plus nombreuses ; elles sont fondées sur le principe même de la règle : l'infraction commise dans ces conditions peut en effet concerner l'ordre public français (ex. : crime ou délit puni d'emprisonnement, dont la victime est française ; certaines infractions comme la fausse monnaie) : la loi française est alors applicable ; de même en vertu de conventions internationales, qui se multiplient (ex. : Convention sur le terrorisme).

Dans la difficile matière des relations internationales, l'idée se développe peu à peu, contre les susceptibilités de chaque pays, d'une collaboration entre États (ex. : Accord de Schengen, coopération policière, entraide judiciaire). Les procédures du mandat d'arrêt européen ou de l'*extradition* permettent de livrer à un État (sous certaines conditions de fond et de procédure) une personne qui s'est réfugiée sur le territoire de celui-ci, pour rendre possible le jugement ou l'exécution de la peine. En matière policière, un organisme (*Interpol*)[\[1\]](#) coordonne les polices nationales, et assure la transmission de renseignements, en rendant d'immenses services à la répression de la délinquance internationale ; de même *Europol*, *Eurojust*, au sein de l'ue.

Les États peuvent, par voie de convention (ces conventions se multiplient), aider à une justice pénale plus universelle (on dit parfois « droit pénal international »). Même en cas de conflits (ouverts ou non) entre États, le droit pénal (on dit parfois « droit international pénal ») tend à se développer, par ex. le jugement de Nuremberg de 1946, pour les *crimes de guerre*, les *crimes contre la paix*, les *crimes contre l'humanité* (par ex. le *génocide* : destruction physique, biologique ou intellectuelle, d'un groupe racial par exemple) ; en 1993, a été institué un Tribunal international pour les faits commis dans l'ex-Yougoslavie (de même en 1994 pour le Rwanda). Le statut d'une Cour pénale internationale, permanente, pour les infractions telles que ci-dessus a été adopté (Convention de Rome, 1998).

2. L'attitude

Seule l'attitude (définie par la loi) suffisamment caractérisée peut constituer une infraction : il s'agit de ce que les criminalistes appellent *l'élément matériel* du délit. La simple pensée coupable (même avouée, même proclamée) n'est pas punissable (alors que dans l'ancien

droit, il pouvait arriver que l'on condamnât à mort, et que l'on exécutât celui qui, par exemple, avouait avoir eu la pensée de tuer le monarque).

Rien n'est jamais tout à fait neuf : à l'époque contemporaine, un courant d'idées a tendu à faire prévoir des mesures à l'égard de ceux qui manifestent des penchants criminels. En vertu de l'idée – louable – qu'il vaut mieux prévenir que guérir, le droit pénal interviendrait alors à l'encontre du seul *état dangereux*. Pour l'heure, le droit français est encore plein de réticence à l'égard de cette thèse. L'infraction, fondement de la peine, a le mérite d'être un phénomène *relativement* défini : intervenir avant, c'est risquer l'arbitraire.

La règle demeure donc : la loi pénale n'intervient que si l'attitude criminelle s'est suffisamment matérialisée. D'où deux problèmes : en cas d'infraction *consommée*, l'attitude coupable peut revêtir deux aspects bien différents ; et, en cas d'infraction simplement *tentée*, la loi pénale ne peut punir que si l'attitude coupable a suffisamment progressé sur le chemin du crime.

1. L'aspect de l'infraction **consommée** : commission et omission.

- a) Le plus souvent, l'infraction consiste à faire ce que la loi pénale interdit de faire : on commet un meurtre, un vol, on blesse, on diffame. On parle alors de *délit de commission*, supposant un acte physique (ex. : le meurtrier presse sur la détente), un résultat (la mort de la victime dans le meurtre), et un lien de causalité entre celui-ci et celui-là.
- b) Il est plus anormal, et plus rare, que le droit pénal réprime l'*omission* – consistant cette fois à ne pas faire ce que la loi pénale oblige à faire.

Il y a cependant des infractions d'*omission* (ex. : constitue une contravention de 5^e classe le fait de ne pas déclarer la naissance d'un enfant dans les trois jours de l'accouchement) : la tendance est même à multiplier ce genre d'*incriminations*.

Une obligation de révélation concerne tout crime dont il est possible de prévenir ou de limiter les effets (art. 434-1, C. pén.) ; on doit également révéler les privations, mauvais traitements ou atteintes sexuelles infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne vulnérable (art. 434-3) ; c'est la révélation de l'infraction qui est obligatoire, non la dénonciation de son auteur. On doit aussi (art. 434-11),

lorsque l'on connaît la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, en apporter témoignage à la justice – certains parents du coupable réel étant dispensés de ces obligations.

Mais une autre forme de délit d'omission a fait difficulté. Sans réagir ni chercher du secours, vous laissez se noyer celui qui se débat dans la rivière, alors qu'il vous suffirait de lancer à la personne en péril une corde se trouvant sur la berge : omission quant à l'attitude, certes ; mais le résultat direct ressemble à celui d'un meurtre – plus généralement d'une infraction de commission (c'est pourquoi on parle parfois ici d'infraction de *commission par omission*). Faute de règle de principe, on s'est posé la question : peut-on considérer comme également coupables, pénalement, l'attitude consistant à laisser mourir et celle consistant à tuer ?

Dans l'affaire célèbre de la « séquestrée de Poitiers » (1901), les juges ont repoussé cette assimilation (le problème se posait au degré, inférieur, des violences et voies de fait). Blanche Monnier, aliénée, était laissée par ses parents dans un local obscur, dans un état de malpropreté tel que sa santé en était compromise. Pouvait-

on (la loi de 1898 sur les mauvais traitements à enfant étant inapplicable) reprocher à ces parents d'avoir commis les voies de fait ou violences prévues par le Code pénal ? Non, dirent les juges ; car la pente était dangereuse : assimiler celui qui omet de soigner à celui qui blesse doit inéluctablement conduire à assimiler à celui qui tue celui qui laisse mourir. Et cette deuxième équivalence choque sans doute plus que la première. C'est pourquoi la cour de Poitiers, dans un arrêt fameux, refusa de condamner les parents : ce qui peut, certes, heurter le sens moral.

Aujourd'hui, le Code pénal, comme le Code antérieur, contient deux dispositions importantes à cet égard. Constitue un délit le fait de ne *pas s'opposer* à la *commission* d'un crime, ou d'un délit contre l'intégrité corporelle de la personne (art. 223-6), et est également un délit le fait de *ne pas porter secours* à une personne en péril (même texte). Bien entendu, ces textes comportent des conditions déterminées ; il faut, notamment, pour que l'omission soit punissable, qu'il n'y ait pas eu danger à intervenir : l'héroïsme n'est pas obligatoire.

Pourtant, ces textes – le dernier surtout – ont fait difficulté, et il existe une jurisprudence abondante sur

l'omission de secours. Le guérisseur, par exemple, n'a-t-il pas l'obligation d'intervenir, au mépris des règles de l'exercice illégal de la médecine, en présence de malades en danger de mort ? Non, a dit la Cour de cassation, soucieuse à juste titre de ne pas légaliser par cette voie inattendue l'activité des guérisseurs. L'automobiliste passant sur une route où gît un cycliste inanimé est-il coupable s'il ne s'arrête pas ? Oui en principe ; non s'il est démontré qu'alors le cycliste était déjà mort – un mort n'est pas en péril. Mais il faudrait encore savoir ce qu'est exactement un mort : le critère perd de son apparente netteté, à une heure où les techniques de réanimation aboutissent à des résultats remarquables...

L'article 223-6 du Code pénal est donc, en définitive, un texte fort imprécis – car c'est au fond un texte de morale plus qu'un texte de droit. L'on prétendra peut-être qu'il faut se féliciter de voir notre Code consacrer ainsi un progrès moral : voire ; la nécessité même de cette incrimination ne témoigne-t-elle pas au contraire d'un affaiblissement du sens moral ?

Du moins faut-il comprendre que, malgré leur souplesse, ces textes ne réalisent pas l'équivalence de l'action et de

l'omission : les infractions dont il s'agit ne sont punissables que de peines correctionnelles (jusqu'à cinq ans d'emprisonnement, et une amende) : pénalement, et l'intention existant, laisser mourir quelqu'un n'équivaut toujours pas au fait de le tuer.

2. L'aspect de l'infraction tentée. – « Il y a loin, écrit le cardinal de Retz, de la velléité à la volonté, de la volonté à la résolution, de la résolution au choix des moyens, du choix des moyens à l'application. » Voici un cheminement qui peut s'appliquer parfaitement au parcours du criminel sur la route de l'infraction. Si, en effet, cette dernière n'est pas commise presque aussitôt que pensée (dans un moment de colère subite notamment), une phase en quelque sorte psychologique se dessine d'abord (je pourrais tuer, je voudrais tuer, je veux tuer), qui, même avouée, reste de principe à l'abri de la sanction pénale. Les choses s'extériorisent ensuite : la personne peut préparer l'infraction (par ex. en se procurant une arme), puis l'exécuter. Si l'agent est arrêté avant que l'infraction soit *consommée*(exécution parfaite), on dit qu'il y a *tentative* d'infraction.

Or, le Code pénal permet de punir la tentative *comme*

l'infraction consommée – mettant ainsi l'accent, comme le faisait le Code antérieur, sur la culpabilité réelle de l'auteur du fait ; il est donc important de savoir où commence la tentative punissable, puisque avant ce moment il n'y a pas en principe répression. L'article 121-5 du Code pénal indique les deux conditions de la tentative punissable : de la part de l'agent, il faut un *commencement d'exécution* ; et il faut une *interruption de l'exécution indépendante de la volonté* de l'agent.

a) N'est pas le **commencement d'exécution** la simple *intention* coupable ; n'est pas non plus la tentative le simple *acte préparatoire* (ex. : achat d'arme pour tuer) – sauf s'il y a association de malfaiteurs, qui est punissable, à certaines conditions, par elle-même (art. 450-1 et s. C. pén., v. p. 59). Sans doute le droit pénal permet-il parfois d'atteindre ce qui ressemble à une simple *intention* : certaines *menaces* notamment constituent des infractions ; mais elles sont punissables *par elles-mêmes* comme étant un trouble social en soi suffisant pour justifier la répression, même s'il est établi que leur auteur n'avait aucunement l'intention de les mettre à exécution.

Parfois aussi certains *actes préparatoires* sont atteints en

eux-mêmes (ex. : association de malfaiteurs) : mais ici encore on punit l'acte pour lui-même, et non comme la préparation d'un vol ou d'un meurtre.

Si l'acte préparatoire n'est donc pas punissable, alors que le commencement d'exécution l'est, il faut préciser la frontière de ces deux attitudes : ce n'est pas facile.

Voici quelqu'un qui arrive dans l'immeuble où est situé l'appartement qu'on lui a assuré être inoccupé, et dans lequel il va commettre un vol ; il monte l'escalier, et, par une dernière précaution, avant de fracturer la serrure, sonne à la porte d'entrée. Surprise : la porte s'ouvre – les occupants étant revenus prématurément ; notre homme s'enfuit, puis est arrêté. Et voilà le problème clairement posé : le coup de sonnette est-il encore un acte préparatoire du vol, ou est-il déjà un commencement d'exécution ?

La jurisprudence, considérant l'acte, mais surtout la *volonté délictueuse irrévocable*, a opté pour une thèse largement subjective. Il y a commencement d'exécution lorsque l'acte devait avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer l'infraction, avec intention de la commettre. L'agent voulait aller jusqu'au bout, et a, comme

on a dit, « coupé les ponts derrière lui ». Le coup de sonnette est alors un commencement d'exécution, de même que le fait de tâter les barreaux de la fenêtre d'un bureau, afin d'en éprouver la solidité, alors que l'on est venu avec une camionnette destinée à emporter le coffre-fort que l'on se propose de soustraire ; de même le fait de pratiquer un branchement destiné à mettre un véhicule en marche, dans l'intention de voler celui-ci ; de même l'embuscade avec armes, pour un vol ; de même le fait de rechercher des pilotes d'hélicoptère en vue d'une évasion (Crim., 1996).

Au contraire, constitue seulement un *acte préparatoire* de l'escroquerie le fait d'incendier son camion, sans réclamer d'indemnité à la compagnie d'assurances ; de même n'est pas un commencement d'exécution du meurtre le fait de remettre de l'argent à un tueur en indiquant à celui-ci le trajet de la victime (cela deviendra une complicité du meurtre, si du moins ce dernier a lieu, ou est simplement tenté, v. p. 61 : mais si l'infraction projetée est un l'assassinat ou un empoisonnement, cela constitue une infraction spéciale v. p. 61).

b) La tentative, même manifestée par un commencement d'exécution, n'est en effet punissable que s'il y a eu

interruption fortuite de l'exécution, et non s'il y a eu **désistement volontaire** de la part de l'agent : l'auteur de la tentative qui s'arrête, *avant consommation* de l'infraction, et *de lui-même*, n'est pas punissable.

1) *Avant consommation de l'infraction* : car si l'infraction est consommée, l'attitude postérieure de l'agent est sans influence sur celle-ci. Que l'auteur des violences donne des soins à sa victime, que le voleur restitue l'objet volé : ces *repentirs* sont actifs, sans doute, mais tardifs, et l'infraction est définitivement consommée (sauf, *pour la peine*, l'indulgence du juge, ou même, dans certains cas comme la tentative d'assassinat ou le trafic de stupéfiants, celle de la loi, pour les « *repentis* ») ; existent la possibilité pour le parquet de classer sans suite, par ex. en cas de réparation du dommage, ou, pour certaines infractions, de recourir à la composition pénale (ex. : s'il y a réparation du dommage), dont l'exécution éteint l'action publique.

2) Seul un désistement *volontaire* peut faire obstacle à la répression. Condition suffisante : la loi offre ici une prime à qui s'arrête assez tôt, sans lui demander pourquoi il s'arrête de lui-même. Mieux vaut encourager ce désistement, même si l'on récompense ainsi non pas la

pitié ni l'éveil du sens moral, mais la peur du gendarme. Le mobile du désistement est donc indifférent. Mais condition nécessaire : il va de soi que n'est pas spontané le « désistement » dû à l'arrivée de la police ou d'un tiers, ou à la réaction de la personne attaquée ; de même pour le fait de ne pouvoir consommer un viol en raison d'une déficience momentanée (Crim., 1996), ou de renoncer à une escroquerie parce que l'assureur demande une expertise (Crim., 2000).

Crime manqué et crime impossible. – Dans ces deux hypothèses, la jurisprudence française fait encore application du critère subjectif : l'infraction *manquée* (par maladresse du tireur, par exemple) est punissable, comme l'infraction *impossible*, qui est une infraction manquée parce qu'elle ne pouvait pas réussir ; on punit le pickpocket mettant la main dans une poche vide, comme on a puni celui qui avait tiré avec un fusil dont la cartouche avait été préalablement, à son insu, vidée de sa balle, comme celui qui avait tiré sur l'emplacement où se tenait habituellement son ennemi, par chance absente ce jour-là, de même qu'on a puni dans les cas dits de tentative de meurtre d'un cadavre : une femme, rentrant chez elle, veut asphyxier son mari infirme et alité ; elle ouvre le robinet du

gaz, sans s'apercevoir que son mari vient de mourir subitement... tentative punissable, bien que l'on ne puisse tuer un mort (de même pour un coup de bouteille et un étranglement sur une personne déjà tuée : Crim., 1986). Dans tous ces cas en effet, la tentative d'infraction impossible révèle suffisamment la *puissance de nuire* du délinquant, qui n'a été arrêté dans l'exécution de l'infraction que par des circonstances indépendantes de sa volonté.

Seuls demeureront *impunis* les actes sans lien réel avec le résultat recherché (ex. : vouloir tuer par envoûtement) ou les tentatives dans lesquelles un autre élément de l'infraction fait défaut : par exemple, l'empoisonnement suppose l'emploi de substances pouvant donner la mort ; pas de répression par conséquent si l'on tente d'empoisonner avec des substances inoffensives.

Tentative et différentes infractions. – Il convient en effet de savoir que la tentative de *crime* est en principe punissable (sauf texte contraire), la tentative de *délit* ne l'est que si le texte le prévoit – mais il le prévoit souvent, par exemple pour le vol ou l'escroquerie –, la tentative de *contravention* ne l'est pas.

À un autre point de vue, il est des infractions dont on dit qu'elles ne s'accommodent pas de l'idée d'une tentative – c'est-à-dire d'un effort volontaire orienté vers un but. C'est le cas, notamment, de l'homicide par imprudence, ou de l'atteinte à l'intégrité de la personne (on disait auparavant blessures) par imprudence : l'automobiliste qui traverse un village à une vitesse excessive commet une infraction au Code de la route, mais aucun homicide ni atteinte à l'intégrité de la personne par imprudence, même à l'état de tentative, s'il ne tue ni ne blesse personne. Pourtant, subjectivement, il est aussi coupable que celui sur le trajet duquel se trouve un piéton malchanceux... Mais, sur ce point, les idées évoluent (v. p. 42, au sujet de la faute d'imprudence) : est réprimée la simple conduite d'un véhicule alors que l'on se trouve en état d'ivresse manifeste, ou avec, dans le sang, un taux d'alcoolémie excessif, ou après usage de stupéfiants – indépendamment de tout accident ; et le Code pénal érige en délit la mise en danger : fait d'exposer directement autrui par exemple à un risque de mort, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence (art. 223-1).

3. La responsabilité pénale

Loi pénale et acte matériel : c'est déjà beaucoup ; c'est pourtant insuffisant encore. Il faut, pour punir l'agent auteur, matériellement, d'un fait prévu par la loi, que l'acte soit réellement *imputable* à cet auteur matériel, et qu'il soit une faute constitutive de *culpabilité*.

1. **L'imputabilité** de l'acte suppose d'abord un *être humain aux facultés mentales normales* (pour les *personnes morales*, v. p. 68). Qu'en est-il d'abord des *mineurs* ? Le mineur *capable de discernement* (ayant compris et voulu l'acte reproché : ayant intelligence et volonté) est pénallement responsable (pour les distinctions selon l'âge quant aux mesures, v. p. 58). L'*âge avancé*, lui, n'est pas une cause d'irresponsabilité (sauf s'il y a démence sénile : mais alors en raison de la démence) ; notons seulement que l'interdiction de séjour, en principe, cesse à 65 ans, et sachons que l'âge de 100 ans vaut retrait des fiches du casier judiciaire...

Encore faut-il, pour être pleinement responsable, être sain d'esprit : si c'est sous l'influence d'un *trouble psychique ou neuropsychique* (certains psychiatres se demandent s'il

peut y avoir trouble psychique sans trouble neuropsychique) qu'une personne commet matériellement un meurtre, par exemple, la responsabilité pénale disparaît si ce trouble a aboli chez le malade le discernement ou le contrôle de ses actes (C. pén., art. 122-1). Si le trouble n'a fait qu'altérer le discernement ou entraver le contrôle des actes, la personne atteinte demeure responsable : il appartient à la juridiction de tenir compte de cette circonstance quand elle détermine la peine et son régime. Pour avoir cet effet, le trouble (qui peut remonter à la naissance, ou être dû à l'arrêt du développement des facultés, ou à une maladie frappant l'être normal) doit avoir existé au moment des faits. S'il ne survient qu'ensuite, il peut être une cause de suspension des poursuites ou des peines physiques (sauf à placer le malade dangereux dans un établissement approprié).

Il y a beaucoup de degrés dans la psychopathie : pour certains condamnés, un suivi sociojudiciaire est prévu.

Mais même l'être sain d'esprit peut voir ses facultés intellectuelles passagèrement altérées, de l'intérieur : quelles sont, notamment, les conséquences de l'*ivresse* sur la responsabilité pénale (indépendamment de la répression

de l’ivresse en soi, publique et manifeste, ou alors que l’on conduit un véhicule) ?

L’indulgence ne sera pas de mise si la personne s’est enivrée *pour* commettre l’infraction, n’osant pas, à jeun, tuer ou voler. On peut, au contraire, écarter la responsabilité pénale dans le cas du chimiste absorbant sans le savoir des vapeurs d’éther et se trouvant ainsi en état d’ivresse sans s’en apercevoir.

Mais que décider dans l’hypothèse plus banale et plus fréquente de l’ivresse résultant de libations conscientes quoique non réalisées en vue de commettre l’infraction ? On peut songer soit à une atténuation de la responsabilité, en raison de l’obscurcissement des facultés intellectuelles, soit à une répression ordinaire, voire renforcée (dans les limites légales), pour sanctionner indirectement l’ivresse dont il s’agit.

La loi française admet aujourd’hui une *aggravation des peines* en matière d’*homicide ou atteinte à l’intégrité de la personne par imprudence* commis par un conducteur sous l’empire d’un état alcoolique. En ce qui concerne les délits *intentionnels*, on pourrait prôner au contraire l’irresponsabilité (au moins dans certaines hypothèses),

dès lors que l'intention suppose une volonté tendue vers un but (v. p. 37), et qu'ici, par hypothèse, l'ivresse est un obstacle à cette orientation de la volonté. Mais la loi, par exemple, agrave les peines des violences commises en état d'ivresse dans les stades.

La rigueur inspire la Chambre criminelle dans l'appréciation de la *contrainte*, autre cause d'irresponsabilité, supposant une déviation des facultés provenant cette fois de l'extérieur. L'infraction disparaît lorsque son auteur matériel a été poussé à la commettre par une *force irrésistible*. Cette contrainte peut être *physique* (elle évoque alors ce que les civilistes nomment plus volontiers la *force majeure*), résultant des forces naturelles (tempête) ou humaines (témoin séquestré). Mais il ne suffit pas, pour qu'elle fasse disparaître l'élément moral de l'infraction, qu'elle soit ainsi *extérieure* à l'agent : elle doit être *irrésistible* (la simple difficulté que l'on éprouve à se conformer à la loi n'est pas la contrainte), et *imprévisible* (d'où la solution, en 1921, à propos d'un marin qui fut condamné pour désertion pour n'avoir pas rejoint son bord à l'heure réglementaire, après s'être enivré et avoir été retenu au poste de police : il aurait dû, en s'enivrant, prévoir la suite des événements).

Il y a aussi une contrainte *moralement*, résultant par exemple des menaces de mort destinées à pousser quelqu'un à commettre une infraction.

Mais une simple force *intérieure* – la haine, l'amour, poussant par exemple à tuer, la passion informatique – ne constitue pas la contrainte, source d'irresponsabilité ; pas davantage un caractère particulièrement impulsif, ni les convictions politiques ou religieuses. Et l'on comprend la position de la Cour de cassation : un libéralisme plus grand conduirait à des abus certains. Parfois cependant, les tribunaux, plus proches du fait, montrent plus d'indulgence : certains ont ainsi considérer la faim comme une contrainte effaçant la responsabilité du voleur de pain ; d'autres estiment qu'il y a contrainte dans les hypothèses dites de « provocation » policière ou administrative, lorsque, pour obtenir la preuve de l'infraction, on en vient à susciter celle-ci par l'intermédiaire d'un agent de l'autorité, qui entre en relations avec un tiers sans révéler sa fonction. Pour des infractions graves, comme le trafic de stupéfiants (pour lequel la loi elle-même a autorisé l'infiltration par la police judiciaire des réseaux de traquants) la contrainte par provocation ne sera pas facilement admise (Crim., 1984).

2. La culpabilité. – L'être normal n'est pas responsable pénalement par cela seul que l'acte qu'il a commis lui est imputable : l'élément moral de l'infraction suppose, en outre, que cet acte constitue une *faute*, plus ou moins grave selon les cas, et parfois présumée, surtout en matière de contraventions légères ; la culpabilité peut revêtir deux formes : *faute intentionnelle*, ou *faute d'imprudence ou de négligence* :

a) *L'intention* est la volonté dirigée vers un but : ne pas la confondre avec le *mobile*, qui est le sentiment déterminant à agir. Je puis tuer par haine, par jalousie, par cupidité, par vengeance : le mobile est variable d'un cas à l'autre, pour une même infraction. Au contraire, l'intention, dans le meurtre, sera toujours la même : la volonté de donner la mort.

Distinction importante : les infractions intentionnelles (meurtre, empoisonnement, par exemple) supposent évidemment l'intention coupable, à défaut de laquelle l'infraction disparaît (tout en pouvant être remplacée par une autre moins grave : homicide par imprudence, par exemple). Le mobile au contraire importe peu : juridiquement, l'assassinat fait encourir la réclusion

criminelle à perpétuité, qu'il ait été commis par cupidité successorale ou pour abréger les souffrances atroces d'un malade à l'agonie – ou même qu'il ait été commis sans mobile : le crime pour le crime des *Caves du Vatican*.

En fait, juges et jurés tiennent compte des mobiles : ils abaissent notamment la peine (v. p. 111) lorsque le mobile sera tenu pour noble (ex. : certains cas d'euthanasie).

La *loi pénale*, parfois, prend elle-même en considération le mobile. Séquestrer une personne est en soi punissable : mais si on le fait par exemple pour obtenir une rançon, la peine est aggravée ; pour plusieurs infractions (ex. l'injure), la peine est aggravée par le mobile raciste. Le fait d'avoir commis certaines infractions liées à une entreprise à but de terrorisme entraîne l'application de règles répressives particulières.

Parfois aussi, légalement, la définition de l'infraction comporte l'exigence d'un mobile particulier (on parle alors de *dol spécial*, par opposition à la simple intention ou *dol général*) : à défaut de ce mobile, l'infraction n'existera pas. La diffamation, par exemple, suppose le désir de nuire à autrui (mobile qui, ici, est il est vrai présumé).

Mais, l'intention ainsi distinguée du mobile, encore faut-il préciser ce qu'est exactement la faute intentionnelle. Deux éléments sont nécessaires pour que l'on puisse parler d'intention : la recherche du résultat, et la conscience de cette recherche.

1) Il se peut que l'on envisage le résultat comme possible, mais *sans le désirer* : on dit, de principe, que le *dol éventuel* n'équivaut pas à l'intention, et que le délit *praeter intentionnel* n'est pas assimilable au délit intentionnel. Par exemple : on peut, en frappant brutalement autrui, songer à la mort qui peut en résulter pour la victime ; si pourtant on n'a pas désiré cette mort, et si elle survient en raison des coups ainsi reçus, on n'est pas coupable de meurtre, mais de violences ayant entraîné la mort sans l'intention de la donner (infraction criminelle aussi, mais moins grave que le meurtre).

Tout cela, bien entendu, sauf loi contraire : si, en mettant le feu intentionnellement, on cause sans le vouloir la mort d'autrui, on encourt, selon la loi, la réclusion criminelle à perpétuité. La loi prévoit la même sanction pour un détournement d'aéronef s'il a été cause de mort, même si on ne l'a pas voulu. Et, sans aller jusqu'à l'assimilation du

résultat voulu et de celui qui ne l'a pas été, la tendance est à réprimer des activités dangereuses, même si le résultat n'a pas été recherché : ainsi en cas de mise en danger d'autrui, ou d'aggravation des peines découlant d'un manquement à une obligation de sécurité.

Souvent, au surplus, une fois un résultat voulu, on est puni pour le résultat plus grave qui survient, même non spécialement désiré (ex. : après des violences) : on parle ici de *dol indéterminé*.

Il arrive aussi, par le jeu des principes de la complicité (v. p. 65), que le complice supporte le poids des causes d'aggravation qu'il n'a pas voulues.

2) Il y a, en matière pénale comme ailleurs, des gens *de bonne foi* – ou qui se prétendent tels. Sont-ils pour cela irresponsables ?

L'intention est constituée par la violation d'une prescription en connaissance de cause (Crim.). C'est dire que se pose le problème de l'erreur. Il se peut qu'on ignore l'existence ou le contenu de la loi pénale, ou son interprétation : certes, « Nul n'est censé ignorer la loi », trois jours après la promulgation de celle-ci ; et, longtemps,

ni l'ignorance de la loi ni l'*erreur de droit* n'ont effacé l'intention coupable. Solution dure, car la présomption de connaissance est souvent ici une pure fiction (sinon, à quoi bon les examens et les livres de droit ?... Et pourquoi, parfois, des circulaires signalent-elles aux magistrats la promulgation de telle loi ?... Et pourquoi la loi prévoit-elle que le procureur de la République peut rappeler à l'auteur d'une infraction ses obligations légales ?...).

Le Code pénal actuel décide que l'erreur de droit peut exonérer de sa responsabilité pénale la personne qui l'invoque ; mais il faut pour cela que celle-ci justifie avoir cru pouvoir légitimement accomplir l'acte, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter (art. 122-3), par exemple en consultant une personne qualifiée : la preuve ne sera pas toujours facile.

Il arrive pourtant qu'un particulier, devant la prodigieuse complexité de la réglementation, demande à l'Administration l'interprétation qu'il convient de donner de tel texte : les bureaux répondent, et peuvent se tromper ; en se conformant à ces indications, on a pu parfois invoquer sa bonne foi ; la Cour de cassation ne l'avait plus admis après 1962 : le texte actuel le permettra peut-être

dans certains cas.

L'erreur de fait, elle, n'a pas toujours les mêmes conséquences. Parfois, elle est *créatrice de bonne foi*, et d'irresponsabilité : c'est le cas de la personne distraite qui prend au vestiaire un vêtement autre que le sien. Elle peut être *modificatrice de responsabilité* : c'est le cas du pharmacien qui délivre, au lieu du médicament prescrit, une substance toxique – par défaut d'attention ; si le malade meurt, on retiendra, non l'empoisonnement, mais l'homicide par imprudence.

L'erreur de fait ne supprime pas l'intention, au contraire, si elle laisse subsister l'essentiel ; vouloir tuer X, et tuer Y par suite d'une méprise ou d'un coup mal dirigé, c'est vouloir tuer : la faute est donc intentionnelle.

b) *La faute d'imprudence ou de négligence* – termes juridiquement équivalents – (ou de *mise en danger délibérée de la personne d'autrui*) se distingue essentiellement de la faute d'intention en ce que le résultat, ici, même s'il a été éventuellement prévu comme possible, n'a pas été désiré (si le dommage n'a pas été causé directement, la responsabilité pénale – celle d'un maire par exemple – suppose, pour les infractions comportant un

dommage parmi leur éléments, la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière, ou une faute caractérisée). Prévue comme élément de l'infraction dans certains cas, la faute d'imprudence est, de principe, punie moins sévèrement que la faute d'intention, à égalité de conséquences (ex. : *l'homicide intentionnel*, ou meurtre, non aggravé, est puni de trente ans de réclusion criminelle, *l'homicide par imprudence*, au maximum de trois ans d'emprisonnement et 45 000 E d'amende, sauf dans le cas de certaines aggravations, notamment à l'encontre des conducteurs, ou en cas de violation manifestement délibérée d'une obligation de sécurité ou de prudence).

On notera que l'homicide ou les atteintes à la personne par imprudence supposent qu'un résultat s'est produit : il n'existe pas (v. p. 33) de répression directe de la tentative d'homicide par imprudence. Mais d'autres incriminations permettent de punir des attitudes dangereuses : on rappellera notamment l'existence du délit de mise en danger manifestement délibérée de la personne d'autrui, en violation d'une obligation de sécurité et de prudence, si ce manquement – par ex. un comportement dangereux – est la cause directe et immédiate du risque : un excès de vitesse, par lui-même, n'expose pas autrui à un risque immédiat

(Crim., 2000, pour une vitesse de 211 km/h ; solution contraire pour un conducteur faisant la course dans une cité : Crim., 2000).

Mais sans doute est-ce l'impossibilité de punir la tentative d'homicide ou d'atteintes à la personne par imprudence qui fait que lorsqu'un dommage corporel survient, le juge pénal le saisit, et apprécie largement, en cette matière, la causalité, remontant hardiment la chaîne des événements, à la recherche de toutes les fautes étant à l'origine, parfois lointaine, du dommage, et que l'on punira, profitant en quelque sorte de l'occasion : un chasseur tire un coup de fusil en l'air, pour avertir ses camarades ; les plombs tranchent un fil à haute tension, qui tombe, enflamme un bosquet ; un autre chasseur s'approche pour éteindre l'incendie, heurte le fil et meurt électrocuté : homicide par imprudence de la part du premier, ont décidé les juges. Toutefois, la restriction de la notion de faute quand le dommage a été causé indirectement devrait remettre en question ces solutions.

Ces incriminations légales et cette jurisprudence sont le signe d'une évolution. Dans un monde fortement technologique, la faute d'imprudence ou de négligence,

jadis considérée comme mineure, peut avoir des conséquences redoutables, et témoigne en tout cas d'un dangereux état d'esprit.

II. La justification de l'acte

Il semblerait que l'acte matériel, incriminé par la loi, imputable à un être humain capable de discernement, et sain d'esprit, et constituant une faute, fût nécessairement punissable – et ce sera généralement le cas. Pourtant, cet acte peut être *justifié* : le chef d'établissement pénitentiaire qui enferme un condamné commet, matériellement, en connaissance de cause, ce que la loi permet de nommer une séquestration ; mais il ne sera pas puni, car la loi, ordonnant de procéder à cette incarcération, est, pour lui, un *fait justificatif*. C'est pourquoi seul est une infraction l'acte réunissant, outre les trois éléments déjà étudiés, un quatrième élément nommé *élément injuste*, consistant précisément dans l'*absence de fait justificatif*.

On distinguerá ces faits justificatifs, à caractère en principe général, et faisant disparaître l'infraction, des *immunités* mettant obstacle aux poursuites pénales, pour certaines

personnes ou certaines *infractions* (ex. : l'immunité familiale de l'art. 311-12, C. pén., notamment pour les vols, escroqueries, abus de confiance commis entre certains parents et entre conjoints ; l'immunité des plaideurs, pour les diffamations commises dans les discours devant les tribunaux ; l'immunité parlementaire, pour les diffamations commises dans les opinions exprimées devant les assemblées ; l'immunité diplomatique citée p. 23).

Le droit français connaît plusieurs sortes de justifications : la loi a en effet prévu expressément trois faits justificatifs dont le caractère est général : *l'ordre légal ou le commandement de l'autorité légitime*, la *légitime défense*, et *l'état de nécessité*.

1. L'ordre de la loi ou le commandement de l'autorité légitime

Ces deux commandements peuvent se trouver juxtaposés (comme dans l'exemple de l'incarcération d'un condamné) : l'acte commis en exécution de ces impératifs ne saurait être une infraction punissable, la loi ne pouvant, par

l'intermédiaire de l'autorité légitime, ordonner et punir pour l'exécution de l'ordre.

Mais il arrive que les deux commandements soient dissociés. *L'ordre de la loi ou du règlement*, seul, est suffisamment justificatif ; la loi, par exemple, commande de secourir les personnes en péril : elle vous donne par là même la possibilité juridique d'assommer, pour le ramener plus sûrement sur la berge, celui qui, en danger de noyade, se débat de manière inquiétante, pour lui et pour vous, et qui ne pourra donc ensuite se plaindre pour violences. Un directeur de journal ne peut être condamné pour diffamation pour avoir publié une annonce comme il avait l'obligation légale de le faire.

La loi ne saurait davantage punir lorsque, sans avoir ordonné, elle a *autorisé* : la *permission de la loi* est, comme l'ordre de la loi, un fait justificatif. Ainsi, la loi permet au chirurgien d'exercer une profession où l'on est appelé à commettre ce qui constitue, matériellement et moralement, des actes de violences ; de même pour les prélèvements d'organes sur personne vivante consentante. La loi permet également aux personnes tenues par le secret professionnel de révéler les privations ou sévices, par ex. atteintes

sexuelles, infligés à un mineur de 15 ans ou à une personne vulnérable dont elles ont connaissance (v. art. 226-14) : ce faisant, elle les autorise à violer le secret. La loi autorise les « infiltrations » par la pj, et les actes que cela implique en matière, notamment, de trafic de stupéfiants. On remarquera que, dans les cas d'autorisation de la loi, l'intéressé a le choix entre deux attitudes : il peut, profitant de l'autorisation, faire ce qui serait sans cela une infraction (ex. : révéler les sévices) ; mais il n'y est pas obligé, comme il l'est dans les cas d'ordre de la loi (parce qu'alors un commandement légal se superpose à la permission, comme il peut arriver au chirurgien lorsque la vie du malade est menacée).

Le simple *usage*, impuissant à créer l'incrimination, peut parfois l'effacer : la coutume tolère certains sports de combat (qui impliquent des violences) – et la limite sera précisément l'usage lui-même (les règles du jeu), l'infraction réapparaissant en cas de coup interdit ; de même pour le joueur de rugby : il est autorisé à pratiquer sur le terrain certaines brutalités qui ne seraient pas de mise dans la rue, mais on ne saurait l'admettre à déchirer d'un coup de dent (cela s'est vu) l'oreille de l'adversaire... Certains usages ailleurs traditionnels ne doivent pas

s'imposer en France (ex. : la mutilation sexuelle par l'excision).

Le *commandement de l'autorité légitime* pose un problème difficile lorsque l'ordre ainsi donné est illégal. Doit-on obéir ? Bien des théories ont été émises sur ce sujet. Le Code pénal décide aujourd'hui que « n'est pas responsable pénalement » la personne qui accomplit un acte commandé par cette autorité, sauf si cet acte est *manifestement illégal* – auquel on ne doit pas obéir (v. le règlement militaire, le statut des fonctionnaires). Si l'illégalité n'est pas aussi éclatante, on peut obéir, et l'infraction ainsi commise est justifiée. Auparavant, il est arrivé que les tribunaux distinguent moins d'après la nature de l'ordre que d'après la *qualité de la personne* qui le reçoit. Pour un même ordre, tel subalterne, mal entraîné aux choses de l'esprit, verra son infraction justifiée par l'ordre reçu ; tel autre, plus éclairé, ne devra pas obéir et sera puni s'il a agi en exécution de l'ordre illégal – par exemple si, comme agent de la direction de l'équipement, il commet un faux sur instructions d'un maire. Et dans les entreprises privées, l'ordre du supérieur – ordonnant par exemple de commettre une fraude fiscale – n'est pas en principe un fait justificatif.

2. La légitime défense

Soucieuse de prévenir le mal, la loi vous autorise à vous défendre contre celui qui vous attaque – ou à défendre le tiers attaqué (et, dans ce cas, s'il n'y a pas danger pour vous à intervenir, la loi ne se contente pas de vous permettre l'intervention, elle vous l'ordonne... ; v. p. 27). Il convient toutefois que votre défense soit, au moins approximativement, *proportionnée* à l'attaque.

Il s'agit donc de *prévenir*; non de punir : c'est pourquoi votre agresseur, même mis à mal par vos soins, restera punissable pour son agression ; c'est pourquoi aussi l'on peut se défendre contre n'importe quel agresseur, même non punissable car pénalement irresponsable (enfant, malade mental, animal). Et c'est pourquoi aussi il faut une agression *présente* : ne prenez pas les devants (il n'y aurait pas encore danger), et n'attendez pas trop après l'attaque (votre prétendue défense ne serait que vengeance).

Seule une agression *injuste* elle-même peut motiver une défense légitime : si l'agression est justifiée, on doit la subir... Le condamné blessant le gardien qui l'enferme ne saurait se prétendre en état de légitime défense (l'agression

du gardien étant justifiée par l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité). De même, il n'y a pas de légitime défense contre la légitime défense : la personne attaquée peut riposter, sans constituer pour autant son agresseur en état de légitime défense. Tout cela, bien entendu, sous la condition permanente de *proportionnalité* : si, attaqué très légèrement, vous ripostez en usant d'une arme à feu, vous remettez votre agresseur en état de légitime défense... (les cas dits d'*excès de légitime défense* donneront souvent lieu, en justice, au prononcé d'une peine atténuée, mais l'infraction demeurant ; et la jurisprudence n'admet pas que la légitime défense justifie un homicide par imprudence). Une dame ne peut, parce qu'elle est saisie par son vêtement, frapper le crâne de son adversaire, lui lésant ainsi un nerf optique, par un coup de talon aiguille (Crim., 1995).

La défense des biens. – Le problème s'est souvent posé pour la défense *automatique* des biens (par détonateurs, pièges), qui peut causer de graves lésions à qui ne s'était introduit chez autrui que pour marauder. Contre le caractère absolu du droit de propriété, qui a jadis justifié cette défense, même de nature à entraîner l'amputation de la jambe du voleur, la jurisprudence contemporaine avait

réagi, et le Code actuel a entendu restreindre le domaine de cette légitime défense : d'abord, la légitime défense suppose ici une agression constituant un crime ou un délit ; ensuite, il n'y aura pas défense légitime si l'acte de défense a été un meurtre ; enfin, même si l'acte de défense a été moins grave, le Code consacre l'exigence jurisprudentielle de la proportionnalité entre les moyens employés et la gravité de l'infraction commise pour se défendre.

Le Code pénal édicte d'ailleurs deux règles qui peuvent s'appliquer aussi à la défense des biens ; il y a légitime défense présumée quand on agit contre l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité, ou contre les vols ou pillages exécutés avec violences ; mais il s'agit là de simples présomptions de légitime défense, susceptibles de preuve contraire. Celui qui blesse la personne qui, la nuit, s'introduit dans son jardin, n'est donc pas nécessairement acquitté (cf., en 1857, la célèbre affaire des *Dames de Jeufosse*) : si l'on établit le but peu dangereux de la visite nocturne, l'auteur de la riposte trop violente pourra être condamné (Crim., 1959, 1983, 1999) ; mais la défense peut être légitime si elle est proportionnée à l'attaque (Crim., 1984, 1996).

3. L'état de nécessité

Il ne faut pas confondre la légitime défense et l'*état de nécessité*. Dans une salle de spectacle, un incendie se déclare ; celui qui, pour éviter de périr, bouscule les autres, et, se précipitant vers la sortie, piétine les spectateurs plus faibles que lui, commet-il une infraction ? Impossible d'invoquer la légitime défense : il n'a pas été attaqué ; pas davantage la contrainte, pour peu qu'il ait conservé assez de lucidité pour décider d'agir comme il l'a fait. En réalité, l'agent s'est trouvé dans la nécessité de tuer pour ne pas mourir. Que penser de cette justification ?

Le problème est ancien (on connaît l'exemple de Carnéade concernant les deux naufragés sur le radeau qui ne peut supporter que le poids d'un seul, la décision appartenant en fait au plus fort des deux, qui peut se sacrifier pour sauver son compagnon, ou se sauver en tuant celui-ci – et tout avouer enfin pour que le problème se pose, sauf témoins...). Jusqu'au Code pénal actuel, la loi française n'apportait que des solutions particulières. La loi a admis aussi, par exemple, que l'*interruption volontaire de grossesse* puisse être pratiquée par un médecin pour motif médical, notamment si la santé de la mère est gravement

mise en péril par la grossesse. Mais, longtemps, il n'y a pas eu dans notre droit de texte général sur la nécessité (certes, la *légitime défense* elle-même est l'application légale de la nécessité, mais on comprend son effet justificatif, dans la mesure où celui qui va devenir victime a d'abord été l'agresseur). La chambre criminelle de la Cour de cassation, cependant, dans un arrêt de 1958 (et, depuis, à plusieurs reprises), avait admis le principe de cette justification – tout en repoussant, dans l'espèce, cette vertu de la nécessité, les conditions du fait justificatif n'étant pas réunies (il s'agissait d'un conducteur qui, voyant s'ouvrir sa portière avant droite, avait donné un coup de volant à gauche pour que la voiture ne heurte pas sa femme et son enfant, brusquement attirés hors du véhicule, et était ainsi entré en collision avec une autre voiture venant en sens inverse).

Le Code actuel a consacré l'état de nécessité comme fait justificatif (art. 122-7), à juste titre : l'auteur d'un acte commis dans ces conditions n'est en général pas dangereux. Au surplus, face au danger actuel ou imminent qui menace sa personne, autrui ou un bien, la perspective de la peine ne suffirait pas à arrêter l'agent sur le chemin de l'infraction nécessaire à la sauvegarde de la valeur en péril :

autant vaut ici faire reculer le droit pénal – » nécessité n'a pas de loi »... Et l'on comprend que, même avant ce texte, les juges aient utilisé ce moyen au profit, par exemple, de gens affamés qui avaient volé des aliments (la femme Ménard, acquittée par le « bon juge » Magnaud ; en 1997, une cour a condamné, mais seulement à une amende avec sursis, une mère qui avait volé des aliments pour nourrir mieux ses enfants ; une autre, en 2002 a prononcé un emprisonnement avec sursis), comme ils l'utilisent parfois aujourd'hui pour des sans-logis qui envahissent des appartements inoccupés.

Mais la pente est dangereuse, et ne doit pas conduire à voir dans tout besoin la justification de l'infraction (de même dans les rapports entre États : faut-il rappeler l'argument de l' « espace vital » ? Admettrait-on qu'un pays, pour réchauffer ses habitants transis, agresse une nation riche en pétrole ?)...

Le Code pénal a donc fixé des limites, comme le faisait déjà la jurisprudence, en exigeant (comme pour la légitime défense) une certaine proportion entre le mal évité et l'acte commis, qui doit avoir été « nécessaire ». Et une faute antérieure peut faire obstacle à la justification (Crim.,

1999).

On notera au surplus que l'état de nécessité devrait laisser subsister l'obligation de réparer civilement le dommage causé – donc, par exemple, de rembourser le prix de la chose soustraite, lorsque l'on revient à meilleure fortune. La victime de certains dommages peut obtenir indemnisation d'un Fonds de garantie (C. proc. pén., art. 706-3 et s., et L. 1986, Code assurances, pour le terrorisme).

Plus généralement, la victime d'actes justifiés pénalement par la nécessité ne devrait-elle pas disposer d'un recours semblable, à une heure où la solidarité sociale aidant, l'État vient à prendre en charge les « nécessiteux » ? La solution pourrait être d'autant plus aisément admise qu'aujourd'hui l'idée a fait son chemin (v. le drame du sang contaminé) selon laquelle il serait équitable que les pouvoirs publics, impuissants à prévenir beaucoup d'infractions punissables, garantissent du moins l'indemnisation de leurs victimes...

Notes

- [1] V. *Interpol*, par M. Lebrun, puf, « Que sais-je ? », n° 3250.

Chapitre II

Classifications des infractions

Il faut, en droit pénal général, disposer de classifications permettant ensuite de savoir quelles règles s'appliqueront à telle infraction, prenant place dans ces distinctions. Nous avons déjà rencontré les infractions de commission et d'omission, les infractions matérielles et formelles, les infractions intentionnelles et les infractions d'imprudence : nous retiendrons ici trois des plus importantes des autres classifications.

I. Crimes, délits, contraventions

C'est la distinction fondamentale du Code (art. 111.1) : on la retrouve partout en *droit pénal* (ex. : en matière de tentative, de complicité, de sursis, etc.), et en *procédure pénale* : la compétence de la cour d'assises, du tribunal correctionnel et du tribunal de police se détermine à partir de la nature de l'infraction, crime, délit, contravention. Les garanties procédurales devant s'accroître lorsque la peine encourue est plus forte, l'instruction, pour les majeurs, est facultative et rare en matière de contravention, facultative et fréquente pour les délits, obligatoire pour les crimes. La prescription (impossibilité de poursuivre quand un certain temps s'est écoulé depuis l'infraction) est, sauf pour certaines infractions (v. p. 108), de dix ans pour les crimes, trois ans pour les délits, un an pour les contraventions.

Semblable distinction, fondée sur la gravité de l'infraction, est généralement aisée à mettre en œuvre : l'infraction est un crime, un délit ou une contravention, selon qu'elle est punie de peines criminelles, correctionnelles ou contraventionnelles ; et le Code a prévu une échelle précise de ces peines : par exemple, l'omission de secours fait encourir, outre une amende, un emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans (art. 223-10) ; on sait que l'emprisonnement est de nature correctionnelle (art. 131-3)

: donc l'omission de secours est un délit.

II. Infractions instantanées et infractions continues

Un vol peut se commettre en un trait de temps : c'est une infraction *instantanée*. Le recel de chose suppose (en principe) un contact prolongé avec la chose par exemple volée, une détention (pouvant d'ailleurs être réduite à un minimum) soutenue par la volonté coupable : c'est une infraction *continue* – cf. – Je n'ai jamais fait qu'une méchanceté dans ma vie. – (Chamfort) Quand finira-t-elle ?

L'un des principaux intérêts de cette distinction concerne le *point de départ de la prescription*. Trois ans après le moment du vol correctionnel, l'action publique est éteinte (sauf interruption ou suspension du délai). Semblable règle serait trop avantageuse pour le receleur, qui, le plus souvent, ne court de risques qu'en remettant la chose recelée en circulation : il pourrait, en effet, éviter les poursuites en conservant chez lui l'objet volé, pendant trois ans (sauf perquisition malencontreuse). Mais le recel est une infraction continue : c'est dire que le point de

départ de la prescription est fixé au jour où prend fin cette infraction (ici, le jour où cesse la détention de la chose ; la justice a donc trois ans à compter de ce jour pour poursuivre le receleur – ou dix ans dans le cas d'un recel criminel). Et la jurisprudence, pour éviter le jeu de la prescription, décide, pour certaines infractions instantanées, dissimulées, que la prescription ne court que du jour de leur apparition (ex. : abus de biens sociaux).

III. Infractions de droit commun et infractions politiques

Reflet des conceptions libérales du droit pénal, cette classification évolue comme ces conceptions. Aujourd'hui encore, en France, comme au siècle dernier, le délinquant politique est traité *plus favorablement* que le délinquant de droit commun : les peines politiques sont différentes en matière criminelle des peines de droit commun : ce n'est pas la réclusion criminelle qui est prononcée pour les crimes politiques, mais la détention criminelle (à perpétuité ou à temps).

En matière correctionnelle, il n'y a pas, pour les délinquants politiques, de peines distinctes de celles du droit commun : mais, traditionnellement, les condamnés politiques (aujourd'hui, notamment, les condamnés pour infractions de presse, sauf par exemple la provocation au meurtre) sont soumis à un régime pénitentiaire comportant diverses faveurs, comme la possibilité de se réunir. De même, les condamnations politiques ne font pas encourir toutes les incapacités qui découlent des condamnations de droit commun, elles ne font pas obstacle au sursis, ne peuvent justifier une extradition... Et certaines procédures, notamment la composition pénale, la comparution immédiate devant le tribunal correctionnel, ne peuvent être utilisées pour les délits politiques.

Ce traitement de faveur s'explique notamment par la tendance à prendre en considération le *mobile*, souvent désintéressé en cette matière (notion qui a pu évoluer).

Ainsi, les crimes et délits dits ici *complexes* (c'est-à-dire de droit commun, mais inspirés d'un mobile politique) sont en principe traités comme infractions de droit commun (ex. : l'assassinat d'un chef d'État pour raisons politiques : Gorguloff fut condamné à mort pour avoir assassiné Paul

Doumer). De même, seront en principe traitées comme infractions de droit commun les infractions *connexes*, c'est-à-dire commises à l'occasion de troubles politiques, soit pour des raisons politiques (elles sont alors, en même temps, complexes : par ex. pillage d'une boutique d'armurier pour participer au mouvement), soit pour des raisons non politiques (pillage d'une bijouterie). Mais l'administration pénitentiaire a appliqué un régime de faveur à des condamnés pour violences commises, par exemple, pendant des manifestations politiques contre les représentants de l'ordre : persiste donc un certain libéralisme.

Mais ne peut-on penser que la rigueur de la répression destinée à sauvegarder la démocratie n'est pas incompatible avec le libéralisme de celle-ci... ? Et le développement du terrorisme a conduit la loi à prévoir des règles plus rigoureuses pour certaines infractions de droit commun – par exemple un meurtre – en relation avec une entreprise « ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur ».

Des conceptions ont donc changé. On a assisté à l'évolution de certains États vers une conception moins

libérale, en même temps qu'à celle des délinquants politiques vers des formes d'action plus brutales (il faut comprendre en outre que l'infraction politique est souvent plus froide que l'infraction de droit commun, plus dangereuse aussi car de nature, plus que celle-ci, à susciter l'imitation). Et l'époque contemporaine a posé la question plus largement : certains, en effet, ont voulu voir dans toute infraction une révolte – politique – contre l'ordre établi ; on séquestre, on égorgue pour exprimer son opinion ; le vol combat la propriété ; même un enlèvement d'enfant est politique, s'il sert, par la rançon, la bonne cause – ou même, sans rançon, s'il glorifie la lutte contre une conception trop antique de la famille. Mais le risque est grand. Par réaction naturelle contre ceux qui voient opinion où il y a action, le public verra action où il y a opinion. Et à vouloir trop gonfler la catégorie politique au moment même où le criminel politique prend les armes du droit commun, on aboutira au résultat opposé. Dans *Quatre-vingt-treize*, au sergent qui lui demande : « Qui a tué ton mari, un bleu, ou un blanc ? », la femme répond : « C'est un coup de fusil. »

Chapitre III

Les personnages de l'infraction

I. Le responsable

La notion d'élément moral de l'infraction a longtemps conduit le droit pénal français à atteindre seulement l'*être humain vivant* (jadis, des animaux, voire des choses ont fait l'objet de poursuites pénales, ainsi que les cadavres) ; et si, aujourd'hui, le décès du coupable éteint l'action pénale, la règle n'est pas encore universelle.

Le Code pénal actuel a élargi le domaine de la responsabilité pénale aux personnes morales, qui seront donc sinon « coupables », du moins responsables. La personne de l'auteur de l'infraction est donc une notion

importante, tant dans l'appréciation de la responsabilité de celle-ci que dans celle du rôle joué, par elle, à l'intérieur d'une criminalité collective parfois prise en compte aujourd'hui par le droit pénal.

1. L'auteur unique

La loi pénale, de longue date, a pris en considération la *personne du délinquant* : selon que le coupable est ou non mineur, parent de la victime, malade mental, fonctionnaire, récidiviste... la répression pourra varier. Ces cas, toutefois, demeurent exceptionnels dans un droit objectif. Sous l'influence de la criminologie, pour qui la personne du criminel doit être prise en compte, le droit pénal a évolué. On retiendra ici la grave question du *mineur délinquant* [1].

En France métropolitaine, 26 894 affaires de mineurs furent jugées en 1960 ; en 2002, 180 382 mineurs ont été mis en cause, et cette délinquance est de plus en plus précoce (encore ne s'agit-il que des mineurs ayant fait l'objet d'une procédure : n'apparaissent ni ceux qui n'ont pas été découverts, ni ceux qui n'ont pas été dénoncés, ni ceux qui n'ont pas été poursuivis...). En 2003, toutefois, une baisse de 6,1 % des mineurs poursuivis a été

enregistrée.

C'est que les *causes* de cette délinquance sont multiples, individuelles, sociales surtout, pour le jeune qui est souvent peu mûr socialement, même après la puberté : le milieu familial (famille dissociée, ou incroyable faiblesse de certains parents), l'habitat, le défaut d'insertion, involontaire ou non, dans la société, les médias... (v. le prétexte de l'« ennui », mais la réalité du « présentisme »). Mais si l'on a longtemps cru que le mineur délinquant n'était souvent qu'un enfant malheureux, certains renoncent aujourd'hui à discerner dans le délit du mineur un « appel de détresse », pour y voir un acte social dont son auteur doit rendre compte.

Le mineur délinquant peut être soumis à des *mesures éducatives* qui ne seront pas des peines classiques : le choix, qui se fait (par des juridictions spécialisées) compte tenu de la personnalité des mineurs, peut aussi aboutir au prononcé d'une peine, et la « réponse pénale » a dû augmenter de nos jours : 79,5 % des cas en 2003 ; mais les peines sont la plupart du temps légères : amende, et, en cas d'emprisonnement, souvent avec sursis). Il reste que le fait de *ne pas* prononcer de peine est une mesure négative : que

faire, positivement ? La loi offre toute une gamme de possibilités, dont nous reparlerons (v. p. 94).

Quant à l'âge, la loi distingue, parmi les jeunes, de la manière suivante :

- *À partir de 18 ans*, on est un adulte ; sur le plan pénitentiaire cependant, on bénéficie jusqu'à 21 ans de certains avantages.
- *De 10 à 13 ans*, seules des mesures éducatives peuvent être prononcées, et seulement si le mineur, ayant « compris et voulu l'acte », a agi « avec intelligence et volonté » ; par ex. relaxe pour des blessures non intentionnelles par un enfant de 6 ans (Crim., 1956) ; culpabilité d'un enfant de 9 ans pour un incendie intentionnel (Cass. ass. plén., 1984).
- *De 13 à 18 ans*, on peut prononcer à l'égard du mineur une mesure d'éducation ou une peine, avec, dans ce dernier cas, une diminution de peine (v. p. 106).

Le droit pénal des mineurs est donc d'une grande

souplesse – et l'on dit que *le droit pénal des mineurs est le droit pénal des majeurs de demain*, parce que, souvent, ce droit pénal préfigure ce que sera, demain, le droit pénal des majeurs : plusieurs institutions, introduites dans le droit pénal des mineurs, ont ensuite été transposées dans celui des adultes (par exemple la liberté surveillée, à laquelle le sursis avec mise à l'épreuve emprunte de nombreux traits).

2. La criminalité collective

1. Le principe de la division du travail à cours aussi en matière criminelle : souvent, l'infraction est le fait de plusieurs personnes. La loi prévoit diverses incriminations particulières, visant notamment les *attroupements*, ou les *groupes de combat* : toutes hypothèses que côtoie assez souvent une délinquance inspirée de mobiles politiques. *De droit commun*, la bande criminelle prend le nom d'*association de malfaiteurs* – la loi dit aussi entente. Elle présente souvent une envergure internationale, la bande se composant parfois de membres ayant une activité officielle licite, qui sert de paravent à une spécialisation occulte criminelle. On s'efforce de lutter contre la criminalité organisée [2] : il existait déjà, dans le Code pénal, pour

plusieurs infractions, la circonstance aggravante de bande organisée : la loi du 9 mars 2004 a accentué la répression à cet égard, tout en renforçant les règles de procédure applicables à la criminalité et à la délinquance organisées.

Les articles 450-1 et s. C. pén. permettent de réprimer l'association de malfaiteurs *indépendamment même des infractions effectivement commises* : l'infraction (punissable d'un emprisonnement de dix ou cinq ans selon le cas, et amende) est constituée par le fait, pour deux personnes ou davantage (même non encore malfaiteurs), de s'entendre en vue de la préparation, concrétisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes, ou d'un ou plusieurs délits punissables de dix ans d'emprisonnement (ex. : vol avec violences graves) ou d'au moins cinq ans d'emprisonnement (ex. : vol avec violences moins graves).

Cela représente, en un sens, la répression de l'acte préparatoire de l'infraction projetée (par exemple dans le cas de deux malfaiteurs chez qui l'on découvre divers instruments destinés à commettre un vol à main armée).

2. La complicité. – Extrêmement fréquent est le cas de la complicité, supposant un *auteur principal* qui, au lieu de

commettre une infraction, seul, ou avec un *coauteur* (autre auteur jouant un rôle d'importance égale au sien, donc punissable comme lui), agit soit sur l'instigation, soit avec l'aide d'un *complice*, c'est-à-dire d'un comparsé dont le rôle est en principe accessoire.

Que ce second rôle soit cependant punissable, personne n'en doute : celui qui réussit, en donnant de l'argent à un tueur, à ce que ce dernier commette un meurtre, doit être puni ; celui qui, en connaissance de cause, fournit au voleur la combinaison du coffre mérite également d'être condamné. Mais où commence la complicité ? Rester passif en présence d'un vol en train de se commettre, est-ce là complicité du vol ? Exciter la jalousie d'une personne, qui en vient à tuer un tiers, est-ce se rendre complice du meurtre ? La nécessaire précision du droit pénal commande de définir ce qu'est un *complice*, avant de déterminer *comment il convient de punir* celui-ci – un principe général dominant la matière en droit français : celui selon lequel le complice emprunte sa criminalité à l'auteur principal de l'infraction.

a) *Ce qu'est un complice.*

1) Il n'y a de complicité punissable que s'il y a *fait*

principal punissable ; ce qui n'est pas le cas, par exemple, du suicide ou de la tentative de suicide, faits non incriminés en droit français actuel : le fait d'aider quelqu'un à se pendre n'est donc pas une complicité punissable (mais il pourra être le délit spécial d'omission de secours à personne en péril, voire celui de provocation au suicide) ; on ne confondra pas ce cas avec celui de meurtre sur demande, dans lequel le meurtrier est parfaitement punissable comme tel, malgré le consentement de la victime (v. p. 71), étant en réalité l'auteur véritable de l'infraction. Si le fait principal n'est punissable que si son auteur a une certaine qualité (par ex. fonctionnaire), le complice n'est pas punissable si l'auteur n'a pas cette qualité, même si lui, complice, a ladite qualité (Crim., 1998).

Mais il suffit, pour que le complice soit punissable (à ce point de vue), que l'auteur principal ait commis une simple tentative elle-même punissable : en revanche, si l'auteur principal s'est arrêté au stade préparatoire (et sauf à retenir l'association de malfaiteurs), ou si, pendant le commencement d'exécution, il s'est désisté volontairement, il n'y a pas de fait principal punissable, et le complice n'est donc pas punissable comme tel ; mais quand l'infraction projetée est un assassinat ou un

empoisonnement, si celui qui remet de l'argent à un exécutant qui se désiste volontairement n'est pas complice de celui-ci, il commet lui-même une infraction punissable de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 E d'amende (art. 221-5-1, C. pén.). Dans d'autres cas, on pourra retenir l'association de malfaiteurs (Crim., 1996, à propos d'un projet d'agression au vitriol).

Au fait qui n'est pas punissable, on assimile le fait qui n'est *plus* punissable : si, à l'égard du fait principal, la poursuite pénale est éteinte par la prescription, ou par une amnistie réelle, le complice ne saurait être puni.

Nous avons dit *fait* principal : le complice peut être puni si seul l'*auteur* principal échappe à la répression pour une cause qui lui est propre (ex. : il est en fuite, ou inconnu, ou bien, pour lui, il n'y a pas d'infraction du fait du défaut d'imputabilité – il est par exemple un mineur sans discernement, ou un aliéné ; dans tous ces cas le complice ayant le discernement, et sain d'esprit, reste punissable).

Encore faut-il que le fait principal soit un *crime* ou un *délit*, ou, s'il s'agit d'une *contravention*, qu'il y ait complicité par provocation ou instructions (v. ci-dessous) : l'aide ou assistance dans la préparation ou la consommation de la

contravention n'est punissable que pour certaines contraventions (ex. : tapage nocturne, contravention de violences même légères).

2) *Du côté du complice* : celui-ci n'est punissable, d'abord, que s'il a agi *en connaissance de cause*. Le concierge trop bavard qui renseigne sans le savoir ceux qui préparent un vol ne sera pas pénalement répréhensible.

Cette condition a soulevé plusieurs difficultés. On s'est demandé si l'on pouvait se rendre complice d'un délit *d'homicide ou d'atteinte à l'intégrité de la personne par imprudence* : raisonnant comme on le fait à propos de la tentative, on estime souvent que l'action en connaissance de cause est étrangère à la simple imprudence. Ainsi, celui qui offre de l'argent au chauffeur de taxi pour que celui-ci accélère ne serait pas « complice » de l'homicide par imprudence commis par ce chauffeur.

La Cour de cassation préfère souvent traiter le prétendu complice *comme coauteur* : la solution peut être pertinente (bien qu'elle permette de ne pas aborder de front le problème), ce complice étant en réalité l'*auteur moral* de l'infraction.

Une autre difficulté se présente lorsque, complice et auteur principal ayant eu en vue la commission de telle infraction, l'auteur commet en définitive une *infraction différente*.

Le complice demeure punissable si l'infraction conserve la même structure fondamentale : celui qui donne des renseignements, en connaissance de cause, à un voleur, sera puni comme complice du vol commis, même si celui-ci est aggravé par des circonstances (ex. : port d'armes) que le complice n'avait pas prévues, ou même qu'il a expressément désavouées. Au contraire, le complice n'est plus punissable si l'infraction commise diffère de l'infraction projetée *dans ses éléments* : remettre un fusil en vue d'un délit de chasse ne vous rend pas complice du meurtre en définitive commis (et vous ne serez pas non plus, malgré votre intention, puni comme complice du délit de chasse, puisque celui-ci n'a pas été commis). Remettre des pistolets à un tiers en vue d'impressionner son débiteur récalcitrant ne rend pas complice de meurtre en définitive commis par ce tiers sur la personne du concierge de l'immeuble où habite le débiteur (Crim., 1955). Une réserve toutefois : le complice sera punissable s'il s'agit d'infractions de nature comparable (ex. : prêt d'une arme pour un meurtre ; l'agent s'étant finalement contenté,

intentionnellement, de blesser la victime : complicité de violences).

Mais il faut aussi, pour être punissable comme complice, avoir agi de la manière définie par la loi, et qui peut être :

- La *provocation* à l'infraction, par don (par ex., d'argent), promesse (même exécutoire après l'infraction), menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir. La provocation n'est punissable, *comme cas de complicité*, que si elle est *individuelle* (la provocation, par voie de presse, à commettre certaines infractions constitue une infraction spéciale), *directe* (l'excitation d'une personne à de mauvais sentiments ne suffit pas, même si cette personne finit par tuer), et, comme pour tout cas de complicité, suivie au moins d'une tentative punissable (si la provocation échoue, il n'y a pas de fait principal punissable : comme certains instigateurs – auteurs moraux – présentent un danger social certain, la loi a érigé en délits distincts certaines provocations non suivies d'effets ; ex. : remise d'argent en vue d'un assassinat ; v. aussi plus haut l'association de

malfaiteurs). Ex. : enjoindre à un préposé de franchir un feu rouge (« Vas-y, vas-y, ça passe » : complicité du délit de mise en danger, Crim., 2000).

- La fourniture d'*instructions* pour commettre l'infraction (ex. : renseignements sur les habitudes des locataires).
- *L'aide ou l'assistance* apportée sciemment à l'auteur pour lui faciliter préparation ou la consommation de l'acte, hypothèse très fréquente. Il peut s'agir par exemple d'une aide pendant l'exécution de l'infraction, ou même d'une aide antérieure, ainsi pour la fourniture de moyens matériels (ex. : armes ; fausses factures pour une escroquerie).

Bien entendu, dans tous ces cas, l'aide n'est punissable comme complicité que s'il y a eu fait principal punissable : mais la loi, ici encore, a multiplié les délits distincts, pour atteindre ces actes même non suivis d'effet (par ex. en matière de stupéfiants).

L'aide ou assistance n'est complicité punissable que si elle

se manifeste *positivement* : on ne peut être complice par simple *abstention*. Assister, impasseable, à la commission d'une infraction peut aussi constituer un délit distinct (ex. : défaut d'obstacle à la commission d'un crime) : ce n'est pas une complicité de l'infraction elle-même. Il pourra, certes, y avoir difficulté à distinguer l'attitude profondément indifférente, donc neutre pénalement (au point de vue de la complicité), de l'approbation morale qui peut encourager le délinquant à exécuter l'infraction : la Cour de cassation (1948) a jugé que l'aide morale (qui peut être très positive : le voleur consomme son vol en comptant sur la persistance de l'indifférence du témoin) ne suffit pas à constituer la complicité, sauf promesse antérieure, ou devoir professionnel (ex. : douanier), ou de fonctions, et sauf par exemple si, par sa présence volontaire faisant nombre, on a fortifié moralement un groupe d'agresseurs (Crim., 1992).

Il faut aussi, pour que l'aide ou assistance soit un cas de complicité, qu'elle soit *antérieure à l'infraction*, ou concomitante : le fait, par exemple, d'aider un évadé après son évasion n'est pas, même si on agit sciemment, une complicité de l'évasion antérieurement commise. Certains de ces agissements peuvent, le cas échéant, tomber sous le

coup de qualifications pénales particulières (ex. : recel de choses, ou recel de malfaiteur, art. 434-6), mais ils ne sont pas des actes de complicité.

b) La répression de la complicité.

Le complice est puni comme s'il était lui-même auteur de l'infraction : il en résulte que – comme d'ailleurs auparavant sur ce point – si la loi prévoit par exemple un emprisonnement de cinq ans, et à supposer que le juge veuille retenir la peine d'emprisonnement sans sursis, l'auteur peut être condamné par exemple à cinq ans, et le complice à un emprisonnement beaucoup plus bref. La solution inverse peut naturellement être retenue par le juge, mais elle ne l'est guère, en fait, que dans des hypothèses de provocation, où le complice a été le cerveau de l'infraction.

La question se pose de savoir si les *circonstances aggravantes*, existant en la personne de l'auteur principal – par exemple dans le cas d'un vol avec arme – doivent rejaillir sur le complice : oui, a dit la jurisprudence (sauf pour deux circonstances éminemment personnelles : la qualité de militaire et celle de récidiviste). À quoi l'on objecte que le complice peut les avoir ignorées, ou même avoir expressément recommandé au voleur d'agir sans

armes... : étendre l'aggravation au complice, n'est-ce pas punir le *dol éventuel* (v. p. 38) ? Mais l'on répond qu'il est assez normal que l'entreprise criminelle conserve une part d'aléa pour ceux qui mettent le doigt dans son engrenage... Aujourd'hui, toutefois, le complice étant puni comme s'il était auteur de l'infraction, faut-il admettre que le complice d'un meurtre commis par le fils de la victime ne soit puni que comme l'auteur d'un meurtre simple, alors que le père complice des violences à enfants commises par un tiers encourra une peine aggravée, puisqu'il est puni comme auteur, et non pas la peine moins forte prévue pour le tiers ?....

Pour une répression plus rationnelle, la loi a transformé certains cas de complicité (qui restaient à l'abri de la répression, notamment faute de fait principal punissable) en *délits distincts*.

Certains droits étrangers considèrent la complicité comme un cas d'*aggravation distincts*. de la responsabilité de chacun. Le droit français adopte parfois cette idée (par exemple, pour le vol, le proxénétisme, ou le viol, « commis » par plusieurs), mais il est excessif de considérer comme vérité générale que la pluralité des participants rend les

choses plus graves.

3. Autre problème de criminalité collective, que celui posé par la **responsabilité pénale pour autrui**. Le lecteur sait sans doute que certaines personnes sont responsables *civilement* pour autrui : l'employeur peut être condamné à verser des *dommages-intérêts* à la victime d'un accident causé par un employé ; les parents peuvent être tenus d'indemniser la victime d'un dommage causé par leur enfant mineur ; mais il s'agit là de dettes civiles, atténuées le cas échéant, d'ailleurs, par la pratique de l'assurance. Notre problème est autre ; en termes crus, il se pose ainsi : doit-on aller en prison pour l'infraction commise par autrui ?

Non, répond-on en droit français actuel, où la peine (même d'amende, en règle générale du moins) est *personnelle* : art. 121-1, C. pén. : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait », formule consacrant celle de la Chambre criminelle.

Pourtant, jaillissent ça et là, dans notre loi moderne, des cas dans lesquels on peut se demander s'il ne s'agit pas d'autant d'hypothèses de responsabilité pénale pour autrui. Un dirigeant peut être condamné pour une

infraction à la sécurité du travail, ou pour homicide par imprudence ou atteinte à la personne, commise dans l'entreprise (mais seulement s'il a enfreint la règle par sa faute personnelle ; à noter qu'une condamnation pour faute d'imprudence ou de négligence ayant causé mort ou blessures suppose une faute caractérisée, dès lors que le dirigeant n'a pas causé directement le dommage). Le paiement de l'amende est parfois mis à la charge d'autrui (héritiers du coupable mort après jugement, mais avant paiement ; coauteur, solvable, d'un même délit, condamné solidairement au paiement des amendes, qui n'aura, après avoir payé les deux amendes, qu'un recours illusoire contre l'autre coauteur insolvable ; possibilité de mettre à la charge du commettant, mais sans vraie responsabilité pénale dans tous les cas, tout ou partie de certaines amendes prononcées contre le préposé, particulièrement en matière de circulation, ou de sécurité du travail).

Et, ajoute-t-on, il est des cas où les tribunaux, s'efforçant d'atteindre *l'auteur moral* de l'infraction, punissent une personne à raison de l'infraction commise par autrui (comme lorsque la loi vise celui qui « fait procéder » à des traitements informatiques irréguliers, ou qui « fait modifier » un dispositif de limitation de vitesse) : je confie ma

voiture à une personne que je sais inapte à la conduite et dépourvue de permis ; un accident survient : on me condamne pour homicide par imprudence (tout en condamnant aussi l'auteur direct du fait) ; n'est-ce pas me condamner pour autrui ?

Mais, dans ces hypothèses, il est bien rare que l'on ne puisse pas reprocher une faute au prétendu responsable pour autrui : et l'on retombe alors dans une responsabilité *pénale*, certes, mais *personnelle*. Le dernier exemple est particulièrement significatif à cet égard ; une faute d'imprudence, un dommage corporel dû à celle-ci (la jurisprudence appréciant ici largement la causalité) : on est puni très normalement comme *auteur* d'un homicide par imprudence (cf. p. 62). Et les juges recherchent ainsi le vrai responsable ; le défaut de contenance des paquets vendus par une entreprise sera imputé non au chef d'entreprise, mais au chef de service de la fabrication, si celui-ci, par **délégation**, a reçu compétence, autorité et moyens nécessaires, et non au directeur général ; au contraire, le chef d'entreprise sera responsable des faits relevant des fonctions qu'il assume personnellement.

4. Mais une dernière question, concernant la criminalité

collective, a beaucoup évolué : celle de la **responsabilité pénale des groupements** pourvus de la **personnalité morale** (ex. : sociétés commerciales, syndicats). Des villes, par exemple, reçoivent des décos : si l'on récompense la collectivité, ne peut-on la punir ? La Sorbonne ne dut-elle pas, jadis, faire amende honorable, pour avoir laissé soutenir, dans une thèse, que le pape pouvait limiter les pouvoirs du roi ? De nos jours, la puissance de certains groupements rend ceux-ci dangereux : plus dangereux encore s'ils sont assurés de l'impunité. La responsabilité pénale de certains de leurs membres se révèle insuffisante, soit qu'elle ne puisse que difficilement être établie, soit que, même établies, ces responsabilités individuelles se trouvent sans commune mesure avec l'ampleur du dommage réalisé. Sans doute est-il des peines inconcevables ici : on ne peut emprisonner une personne morale. Mais les peines pécuniaires, les peines privatives de droits (ex. : fermeture d'établissement, interdiction d'émettre des chèques), ou une mesure de dissolution, sont d'application facile.

Le Code pénal actuel a admis qu'une personne morale peut être pénallement responsable (art. 121-2). Cette responsabilité (qui ne concerne pas l'État) n'était prévue

dans le Code que pour certaines infractions (ex. : homicide par imprudence, trafic de stupéfiants) ; ces cas se sont multipliés, et la loi du 9 mars 2004 a généralisé cette responsabilité à toutes les infractions (entrée en vigueur 31 décembre 2005). Mais il est des peines qui sont exclues pour certaines personnes morales : ainsi, la dissolution ne peut être prononcée par exemple contre des groupements politiques ou des syndicats professionnels.

Cette responsabilité pénale suppose, pour les infractions intentionnelles, une infraction commise, pour le compte de la personne morale, par ses organes ou ses représentants ; et elle n'exclut évidemment pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des faits (et il ne faudra pas que la responsabilité de la personne morale occulte celle des personnes physiques responsables). Pour les infractions non intentionnelles (ex. : homicide par imprudence), en cas de dommage causé indirectement, la personne morale peut être responsable même si le dirigeant ne l'est pas.

Il s'agit là de l'innovation la plus marquante du Code actuel. L'application de ces règles posera de délicats problèmes d'appréciation, les mesures prononcées

pouvant nuire indirectement à des innocents, notamment les membres minoritaires de l'organe ayant décidé la mesure répréhensible, ou les salariés de la personne morale dont le patrimoine, voire l'existence, seront atteints par les peines prononcées : le principe de personnalité des peines peut s'en trouver altéré. La loi a d'ailleurs dû édicter des règles spéciales, par exemple pour le casier judiciaire ou la réhabilitation, pour ne pas entraver trop longtemps l'activité d'une personne morale condamnée, mais dont les membres ont pu être renouvelés, ou pour éviter la concurrence économique de sociétés étrangères sans casier judiciaire, lorsque leur responsabilité pénale n'est pas prévue.

II. La victime

Le droit pénal – comme le droit en général – est fait pour l'être humain – même si la notion de « responsable » a été étendue, on vient de le voir, aux personnes morales. Vraie du côté du coupable, cette formule l'est aussi du côté de la victime. Il arrive, certes, que la loi pénale réprime des violences dirigées contre les *choses*, ou les mauvais traitements infligés aux *animaux* ; mais, derrière

l'apparence, c'est toujours la *personne humaine* qui se trouve protégée (parce que, par exemple, la cruauté envers l'animal est le signe de penchants dangereux pour l'homme).

Mais, si le droit pénal protège donc essentiellement l'être humain, son réalisme moderne fait que la victime n'apparaît plus toujours comme le personnage digne de toutes les prévenances : paradoxalement, au moment où le droit pénal a entouré le coupable de plus de douceur, il s'est montré dur pour la victime, restreignant parfois ses droits (par exemple en supprimant la contrainte dite jadis par corps pour le paiement des dommages-intérêts – une partie de la rémunération du travail du détenu est certes affectée à ce paiement, mais cela suppose une incarcération, et un travail ; sept lois, depuis 1977, ont cependant amélioré le sort des victimes), ou permettant de la soumettre aux mêmes mesures que le coupable : ainsi pour des vérifications destinées à déceler l'état alcoolique dans certains cas.

Pour l'heure, le droit pénal tient compte de la *personne* de la victime (comme il le fait pour la qualité du coupable) : à geste équivalent, le même fait (par exemple, une violence)

n'est pas traité de la même manière selon qu'il atteint une personne de moins de 15 ans ou une personne plus âgée, un descendant ou un tiers, une personne handicapée ou une autre...

Doit-on tenir compte aussi de la *volonté*, ou, plus précisément, du *consentement de la victime* ? Oui, dans les systèmes anciens où le délit est encore une affaire privée (*délit privé*), intéressant uniquement le coupable et la victime : là où celle-ci consent au délit, ce dernier disparaît (c'est ce qu'on lit au *Digeste : volenti non fit injuria*). Mais aujourd'hui la plupart des délits concernent aussi la société. Seules certaines survivances des délits privés laissent donc à la victime un tel pouvoir ; c'est le cas, par exemple, de l'atteinte à la vie privée, ou de nombreuses hypothèses de diffamation : l'action pénale est ici subordonnée à la plainte de la victime.

Parfois aussi, le consentement de la personne, dans des délits ordinaires, efface l'infraction : c'est alors que celle-ci suppose, pour être constituée, l'*absence de ce consentement*. La personne adulte qui consent librement à être « violée » ne saurait se plaindre d'un viol, qui implique l'absence de ce consentement : en réalité, il n'y a pas ici de

« victime ».

Ces cas mis à part, le consentement de la victime est sans effet sur l'infraction. Et la chose est spécialement vraie pour les *atteintes à la personne physique* de l'homme : le meurtre commis sur l'agonisant qui souffre et qui supplie qu'on lui donne la mort reste un *meurtre* : les juges pourront seulement, dans certains cas d'*euthanasie*, prononcer une peine atténuée, comme ils peuvent d'ailleurs le faire, à leur appréciation, souvent très largement (en législation, la question reste à l'étude).

Pas davantage le consentement préalable des victimes ne saurait faire obstacle à la poursuite pour des *violences*. Si le chirurgien ne commet pas d'infraction, ce n'est pas en raison du consentement du malade (qui parfois d'ailleurs ne peut être donné) ; c'est, nous l'avons dit, en vertu de l'autorisation de la loi. De même, si ce consentement est nécessaire pour un prélèvement d'organe sur personne vivante ou pour un essai thérapeutique, c'est la loi qui autorise l'acte. Et c'est l'usage qui autorise des atteintes physiques telles celles que commettent matériellement la manucure, le coiffeur, ceux qui, pour répondre au souci de décoration corporelle de leurs clients, percent des trous

dans les oreilles afin d'y suspendre des bijoux, ceux qui incisent la peau pour des tatouages, ou – mode plus récente – accrochent ici ou là perles ou anneaux, ceux qui pratiquent sur les hommes la circoncision...

Impuissant à effacer l'infraction *pour le coupable*, le consentement de la victime risque au contraire d'avoir un effet créateur de responsabilité : si, en effet, ce consentement ne profite pas au coupable, il nuit parfois à la victime elle-même. Bien des victimes d'escroqueries, par exemple – souvent naïves, mais, souvent aussi, rapaces – pourraient être poursuivies comme coauteurs ou complices, notamment dans l'opération dite vente boule de neige. Il est vrai que, dans certains de ces cas, la victime est loin d'être sans tache ; et l'on rejoint ainsi l'idée que, dans le couple délinquant-victime, les torts ne sont peut-être pas, comme eût dit La Rochefoucauld, tous du même côté ; mais, à partir de cette constatation, il ne faut pas tomber dans l'excès à la mode consistant, comme nous l'avons déjà dit, à voir dans la victime le vrai coupable, et, dans celui-ci, toujours une victime.

Un problème de droit pénal spécial

La seule *énumération* des principales infractions couvrirait

plusieurs pages de ce livre et l'analyse sérieuse d'une seule infraction (ex. : le vol) ou l'explication des différences qui séparent le vol de l'abus de confiance occuperaient encore trop de place. C'est pourquoi, tenant à donner au lecteur une idée du droit pénal spécial, nous avons préféré renverser le problème, et, partant d'un cas concret, aller à la recherche de la *qualification* applicable au fait dont il s'agit.

Au cours d'une instruction relative à une affaire de meurtre, Pierre, témoin cité devant le juge d'instruction, désigne Paul comme étant l'auteur du crime. Paul est arrêté et placé en détention provisoire. Mais Pierre doit ensuite reconnaître qu'il a menti : il savait, dès l'origine, que Jacques était le véritable et seul meurtrier, et n'a accusé Paul que pour faire condamner celui-ci. Paul est évidemment libéré, Jacques condamné. Mais que peut-on reprocher, pénalement, à Pierre ?

1 / Le lecteur sait déjà qu'il n'est pas question de considérer Pierre comme *complice* de Jacques : l'aide apportée en détournant les soupçons est *postérieure* à l'infraction, donc n'est pas complicité punissable : cela est encore du droit pénal général ;

2 / N'est-ce pas une *dénonciation calomnieuse* (art. 226-10) que le fait d'accuser mensongèrement et en connaissance de cause celui dont on sait qu'il est innocent ? Ce pourrait l'être si parmi les éléments de ce délit ne figurait la *spontanéité* de la dénonciation. Or, en l'espèce, Pierre est cité à l'instruction : ne sont pas considérées comme spontanées les affirmations de témoins déposant dans ces conditions devant un juge d'instruction ;

3 / Peut-être une *diffamation*, c'est-à-dire une allégation ou imputation de nature à porter atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne visée (L. 29 juillet 1881, art. 29) ? Mais – même si le fait justificatif du témoin (obligation de déposer) ne peut jouer – la diffamation n'est punissable comme délit que si elle est *publique*, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (la diffamation non publique est aujourd'hui une contravention de 1^{re} classe) ;

4 / On pourra penser au *recel de malfaiteur* (art. 434-6), qualification permettant d'atteindre des actes postérieurs à l'infraction principale et de nature à favoriser l'impunité de son auteur : n'est-ce pas fournir à celui-ci le moyen de se « soustraire aux recherches ou à l'arrestation », que détourner les soupçons de la justice sur un innocent, en

connaissance de cause ? Dans une interprétation large, ce texte eût pu trouver à s'appliquer : mais l'interprétation stricte est la règle, et, à trop élargir cette qualification, on atteindrait des actes qui sont considérés en droit français comme licites ;

5 / Pierre sera puni pourtant :

1. a) Avant le Code pénal actuel, on ne pouvait pas punir ici pour *faux témoignage*, car si l'un des éléments de l'infraction faisait défaut, et cela suffisait à faire écarter l'incrimination : le faux témoignage ne pouvait être commis pendant une instruction pénale (sauf si celle-ci était ordonnée par une juridiction de jugement) ; mais aujourd'hui le Code réprime le témoignage mensonger devant toute juridiction (art. 434-13) : cette qualification peut donc être retenue, le faux témoin étant seulement exempt de peine s'il se rétracte spontanément avant la fin de la procédure considérée ;
2. b) Même avant le Code actuel, une incrimination devait, elle, être retenue : Pierre savait que Paul était innocent, puisqu'il connaissait l'auteur du

meurtre. Paul, accusé par lui, était en détention provisoire. Or, est punissable celui qui, connaissant la preuve de l'innocence d'une personne détenue provisoirement ou jugée pour crime ou délit, s'abstient volontairement d'en apporter aussitôt le témoignage aux autorités judiciaires ou administratives (art. 434-11, v. p. 26). Et Pierre, persistant dans son mensonge après le début de la détention provisoire de Paul, commet ainsi le délit de *non-témoignage en faveur d'un innocent*... Mais aujourd'hui, en présence de ces deux qualifications, on retiendrait la plus forte, celle de faux témoignage.

Notes

- [1] V. *Le droit pénal des mineurs*, par J.-F. Renucci, puf, « Que sais-je ? », n° 2616.
- [2] V. *Le crime organisé*, par X. Rauffer et S. Quéré, puf, « Que sais-je ? », n° 3538.

DEUXIÈME PARTIE LA PEINE

Chapitre IV

Les différentes peines

L'éventail des mesures pénales est large : la loi distingue, parmi les peines, celles qui sont *criminelles* (ex. réclusion criminelle), *correctionnelles* (ex. emprisonnement, travail d'intérêt général, suspension du permis de conduire, amende égale ou supérieure à 3 750 €), *contraventionnelles* (ex. suspension du permis de conduire pour une durée moins longue, amende jusqu'à 3 000 €) – et l'on sait que cette classification commande celle des infractions. On distingue aussi les peines *principales* (pouvant être prononcées seules, par ex. emprisonnement), et les peines *complémentaires* (que le juge peut ajouter à la peine principale, par ex. une interdiction professionnelle, ou qu'il peut prononcer à la place de celle-ci).

Il n'y a plus dans le Code pénal de peine accessoire (encourue automatiquement, sans qu'il soit nécessaire de la

mentionner dans le jugement), ni de peine complémentaire obligatoire (devant être obligatoirement prononcée par le juge) : le Code entend qu'aucune peine ne puisse « être appliquée si la juridiction ne l'a expressément prononcée ». De nombreux textes extérieurs, non encore modifiés sur ce point, peuvent cependant comporter des peines de ce type ; mais encore faut-il que le juge respecte la règle ci-dessus.

Le Code a prévu un très grand nombre de peines, entre lesquelles, souvent, le juge peut choisir (certaines des peines prévues pour les *personnes morales* sont naturellement propres à celles-ci, par exemple la dissolution).

On va passer en revue ces différentes peines, en rappelant que la peine de mort [1] a été abolie en France en 1981.

I. Peine et liberté

1. La privation de liberté

Il y avait en France, le 1^{er} janvier 2005, 59 200 détenus (dont 3,5 % de femmes). Cet effectif ne doit pas être

confondu avec le total des « entrants » (74 987 en 2002). Il faut comprendre que les variations de ces nombres peuvent avoir des explications bien différentes. L'accroissement du nombre des détenus traduira évidemment souvent une augmentation de la délinquance : mais elle peut aussi provenir de ce que, par exemple pour répondre aux soucis de l'opinion, la police et la justice se font plus attentives et sévères – de même, inversement, qu'une diminution des effectifs en prison pourrait s'expliquer par une chute de la délinquance, ou un relâchement des autorités ; il est aussi des variations, notamment dans le sens de la diminution, qui ont d'autres causes : certaines de celles-ci jouent brusquement (ainsi quand une amnistie, tout à coup, fait sortir de prison quelques centaines ou milliers de détenus) ; d'autres sont plus lentes (ainsi lorsqu'on multiplie les mesures *en milieu libre* – par exemple, les condamnations avec sursis avec mise à l'épreuve : il y a aujourd'hui plus de condamnés à l'emprisonnement en liberté que de détenus).

Il y a plusieurs peines privatives de liberté : pour les délits, l'*emprisonnement* (pouvant aller, selon les cas, jusqu'à dix ans en principe), pour les crimes, la *réclusion criminelle*, peine de droit commun, à temps (comprise,

selon les cas, entre dix et trente ans en principe), ou à perpétuité, la *détention criminelle*, peine politique.

Les peines privatives de liberté *perpétuelles* posent un problème, celui de leur *légitimité* : ne suppriment-elles pas tout espoir, donc tout amendement ? L'objection serait valable si les peines perpétuelles l'étaient vraiment ; or il n'est rien : la grâce peut les transformer (et les transforme à peu près toujours) en peines temporaires. La critique tombe donc d'elle-même.

Mais les peines privatives de liberté posent d'autres problèmes, plus concrets : la *privation de liberté*, en elle-même, bien que négative, peut se réaliser de plusieurs manières. Aucun système (cellulaire total, de jour et de nuit, en commun pour les repas, le travail, le sommeil, ou mixte) ne saurait donner entière satisfaction.

La prison peut-elle être positive ? Depuis longtemps, elle s'est efforcée de l'être, et de nombreuses règles procèdent de la préoccupation générale de réinsertion du condamné, traduite par de multiples réformes depuis cinquante ans.

On parle aujourd'hui, en effet, de réinsertion sociale. Ces efforts ne peuvent être efficaces pour tous : la prison n'est

pas le reflet fidèle du milieu social où devra vivre le libéré, et beaucoup de détenus échappent, par leur âge ou la nature de leur délinquance (« cols blancs », « milieu »), à toute régénération ; pour ceux-là, la prison sert à faire peur, ou à garder. Mais pour les autres ?

Bien des efforts ont été entrepris. Ainsi, on a longtemps usé du *régime progressif* (réadaptation par paliers à la vie en liberté : brève première phase d'isolement total par rapport aux autres détenus, pour l'observation, avec le concours d'éducateurs ; classement dans un groupe déterminé, selon les possibilités d'amendement ; section d'amélioration, permissions de sortir, semi-liberté, libération conditionnelle). Dans son principe, ce système avait l'inconvénient de ne profiter qu'aux plus adaptables, qui en avaient le moins besoin.

On préfère aujourd'hui affecter les condamnés dans des établissements mieux différenciés. S'il reste plus d'un an à subir (car sinon le condamné va souvent en *maison d'arrêt*, établissement en principe réservé à la détention provisoire), le condamné ira en *maison centrale* (établissement fermé), en *centre de détention*, de régime plus libéral, fermé ou ouvert (par ex. centre agricole, ou

centre pour condamnés de moins de 21 ans, avec régime éducatif très développé), en *centre pour peines aménagées*, par ex. pour les condamnés dont la peine à subir est inférieure à un an, ou en *centre de semi-liberté*.

Les efforts *en milieu carcéral* sont diversifiés : formation scolaire, professionnelle (par ex. préparation aux cap), mesures d'ordre individuel et social (par ex. possibilité d'aménager sa cellule, correspondance, visites, radio, télévision, loisirs, sports, séances culturelles, travail – facultatif ; dans certains établissements, locaux distincts pour des visites familiales – « Unités de vie familiale ») ; la libéralisation a gagné du terrain (il n'y a plus de costume pénal, le travail est facultatif) – ces efforts se sont même étendus à des multirécidivistes, pour lesquels on renonçait jadis à tout espoir.

Tout cela se fait avec le concours du service pénitentiaire d'insertion et de probation (travailleurs sociaux, assistants sociaux, conseillers d'insertion et de probation), des visiteurs de prison, éventuellement des ministres du culte. Interviennent le juge de l'application des peines (« *jap* ») et le tribunal de l'application des peines : peuvent être accordés, en principe après débat contradictoire la *semi-*

liberté (profession exercée comme un travailleur libre, enseignement, formation professionnelle, stage, emploi temporaire, participation essentielle à la vie de la famille ou traitement médical ; retour à la prison après le temps nécessaire à l'activité en semi-liberté), le *placement à l'extérieur*, avec ou sans surveillance (cf. jeunes en équipes de travail), le *placement sous surveillance électronique*, les *permissions de sortir* (par ex. pour le maintien des liens familiaux), la *libération conditionnelle* (v. p. 120) ; des *réductions de peines* peuvent être décidées (pouvant aller jusqu'à plusieurs mois par année d'incarcération ; chaque condamné bénéficie d'un crédit de réduction de peine : trois mois pour la première année, deux mois pour les années suivantes, sept jours par mois ; certains repentis peuvent bénéficier d'une réduction exceptionnelle). Mais plusieurs de ces faveurs, par exemple les permissions de sortir, ne peuvent jouer après certaines condamnations (ex. : à dix ans de réclusion pour assassinat), pendant la *période de sûreté* (dans l'exemple : en principe cinq ans). En cas de condamnation à la réclusion à perpétuité, la période de sûreté est de dix-huit ans (elle peut être portée à vingt-deux ans, et même à trente ans en cas de viol ou de tortures ou actes de barbarie suivis de meurtre sur un mineur de 15 ans ; la cour, dans ce cas, peut aussi décider qu'aucune faveur

telles que des permissions de sortir ne pourra être accordée). Mais la durée de cette période peut dans tous les cas être réduite, immédiatement ou par la suite (à titre exceptionnel, le tap peut même décider de mettre fin à cette période, à certaines conditions).

Les efforts tendant à la réinsertion sociale conduisent à limiter les *courtes peines d'emprisonnement*, assez longues pour nuire au détenu (famille, emploi), mais trop brèves pour l'aider : d'où la possibilité pour les juges d'éviter l'incarcération ; c'est qu'il ne s'agit, en réalité, que d'écartier de courts emprisonnements (ex. : élargissements des sursis, v. p. 113, et surtout possibilité de prononcer d'autres peines, « *alternatives* », à la place de l'emprisonnement (ex. : stage de citoyenneté) ; ajournement et dispense de peine, v. p. 118, possibilité aussi, pour une peine à subir ne dépassant pas un an, de placement, par exemple à domicile, sous surveillance par bracelet électronique, avec le consentement du condamné ; cela permet aussi de ne pas trop encombrer les prisons...

Même ceux qui sont traités, comme on disait, ne sont pas toujours « *guéris* » : il y a des erreurs, des rechutes, des déceptions. Mais si une partie de ces condamnés suivent,

une fois libérés, un droit chemin – soyons réalistes : un chemin relativement droit –, c'est déjà beaucoup. Il importe seulement de veiller avec grand soin à la sélection des bénéficiaires de ces régimes de faveur : car s'il y a relativement peu d'inconvénient à ce qu'un condamné en semi-liberté ou en permission commette quelque chapardage, on regretterait beaucoup que fussent commis un meurtre ou des violences graves. Le sort des éventuelles victimes remettrait alors en question l'ensemble de ces efforts [2] ; à quoi certains répondront avec conviction que la libération sans aucune transition pourrait être la cause de plus de rechutes encore... Des mesures sont possibles en fin de peine.

2. La restriction de liberté

Déjà, dans la peine privative de liberté, apparaissent des mesures de milieu libre et de préparation à la libération définitive (semi-liberté, libération conditionnelle). Mais il est des peines qui ont pour but d'apporter seulement quelque limitation à certaines libertés : la liberté d'aller et venir, et la liberté de ne rien faire, restreinte par l'obligation d'accomplir un travail d'intérêt général.

a) Limitant la liberté d'aller et venir, deux peines doivent être connues. *L'interdiction du territoire* n'est applicable qu'aux étrangers, pour certaines infractions : mais elle est exclue pour plusieurs catégories d'étrangers (sauf par exemple pour le terrorisme) ; et en matière correctionnelle, pour de nombreux étrangers, elle suppose une motivation spéciale. Cette peine ne peut s'appliquer à un mineur.

Également exclue pour les mineurs, *l'interdiction de séjour*, elle, est applicable aux étrangers comme aux Français, dans les cas prévus par la loi. Elle a posé de difficiles problèmes. Il s'agit, en effet, d'interdire l'accès de certains lieux au condamné, tout en permettant à celui-ci de se réinsérer : ces deux préoccupations risquent de se trouver en contradiction. Son régime est devenu très souple, et, jadis fréquente, elle est devenue rare, car elle fait largement double emploi avec la libération conditionnelle (v. p. 120).

b) Le travail d'intérêt général porte atteinte à un autre type de liberté, celle de rester oisif (même si, pour les salariés, le tig peut se cumuler avec la durée légale du travail). Mais à vrai dire cette atteinte est relative : en matière correctionnelle, cette peine peut toujours être prononcée à la place de l'emprisonnement, mais ne peut être cumulée

avec lui ; c'est dire que la restriction de liberté se substitue à la privation de liberté, mesure plus grave ; et il faut savoir qu'en outre, cette peine ne peut être prononcée si le prévenu la refuse, ou n'est pas présent à l'audience (pas de travail forcé !). Pour une peine ne dépassant pas six mois, la décision peut être prise par le jap. Il s'agit d'un travail non rémunéré, au profit d'une personne morale de droit public, ou d'une association habilitée (ex. : nettoyage de plages, effacement de graffiti – c'est pourquoi le tig est souvent appelé, familièrement, le tig-tag...), avec certaines mesures de contrôle. La durée de ce travail devra, à partir du 31 décembre 2006, être comprise entre quarante et deux cent dix heures (vingt et cent vingt pour les contraventions de 5^e classe) ; la juridiction fixe le délai dans lequel le travail doit être accompli (maximum à partir du 31 décembre 2006 : douze mois). Mais le jap peut substituer une peine de jours-amende au tig.

II. Peine et patrimoine

La plupart des peines ont des répercussions pécuniaires. Mais certaines d'entre elles ont directement pour objet d'atteindre le condamné dans son patrimoine, soit par la

création d'une dette – l'*amende* – soit par un transfert de propriété – la *confiscation*.

1.

L'amende est une somme d'argent que le condamné doit verser au Trésor (et non pas, comme les dommages-intérêts, à la victime). Elle présente, sur le plan pénitentiaire, de nombreux *avantages* : face à l'emprisonnement, toujours coûteux, souvent corrupteur, parfois insuffisamment intimidant, l'amende rapporte à l'État, alors que la prison lui coûte cher ; elle évite l'incarcération et demeure toujours intimidante. Ajoutons que cette peine, très souple, est aisément divisible, et, en cas d'erreur judiciaire, facilement réparable.

N'est-ce pas alors la peine idéale ? D'autant que certains des reproches qu'on lui adresse portent à faux. Peine collective, dit-on, frappant la famille du condamné ? Mais c'est le lot de toutes les peines, qui ne sont personnelles que pour le principe de leur prononcé. Peine inégale, frappant le pauvre plus que le riche ? Mais le juge doit tenir compte des ressources et charges du condamné, et rétablit ainsi l'équilibre (on observera que si la

détermination des charges du prévenu peut se faire souvent facilement, celui-ci étant empressé à en exposer le détail, il n'en va pas toujours de même pour les ressources...). Sans effet d'amendement, malgré son nom ? Mais tel n'est pas l'objectif de cette peine, qui tend à intimider. Peine idéale donc ? Il s'en faut. Beaucoup peuvent payer, facilement. Pour les autres ? L'efficacité de l'amende est suspendue à son paiement effectif (« Là où il n'y a rien, le roi perd ses droits ») ; c'est une vérité pénale que de nombreux délinquants sont insolvables (ou, ce qui revient au même ici, simulent fort bien l'insolvabilité : voiture et appartement sous le nom d'amis complaisants, au risque de commettre le délit d'organisation frauduleuse d'insolvabilité) : ainsi, chaque année, bien des amendes pénales prononcées restent impayées. À noter qu'en matière correctionnelle ou de police, le condamné qui paie l'amende dans le mois bénéficie d'une réduction de 20 %, limitée à 1 500 €.

Ce n'est pas, pourtant, faute de *moyens et garanties de recouvrement*. Dans ces cas où l'amende n'a pas été payée entre les mains de l'agent verbalisateur ou par timbre, le perceuteur dispose de procédés efficaces, comme les saisies et le privilège du Trésor. Le tribunal peut décider,

lorsque l'auteur d'un crime, d'un délit ou d'une contravention de 5^e classe s'est « entouré » de coauteurs ou complices insolubles (fait bien difficile à établir), la *solidarité passive* (ou même, selon la jurisprudence, en cas de *connexité* ; ex. : vol et recel) : le paiement du total des amendes peut être exigé d'un seul des condamnés.

Certaines amendes peuvent être recouvrées *contre autrui* (v. p. 67) ; le recouvrement est parfois possible *contre les héritiers*.

Est aussi prévue la *contrainte judiciaire* (dite jadis « contrainte par corps », incarcération du condamné récalcitrant, pour l'amener à payer ; arme psychologique, et non peine de remplacement : sortant de prison, après un séjour d'un maximum fixé de vingt jours à trois mois selon l'importance de la somme due (le maximum est d'un an pour certaines infractions en matière de stupéfiants), le condamné est toujours débiteur ; ce n'est même pas une peine véritable (l'évasion n'est pas pénalement punissable).

Jours-amende

En matière correctionnelle existe la peine de jours-amende,

qui peut être prononcée à la place de l'emprisonnement prévu, mais peut aussi se cumuler avec lui (alors qu'elle ne peut se cumuler ni avec l'amende, ni avec un tig, ni avec des peines privatives de droits). Le montant de chaque jour-amende est déterminé à partir des ressources et des charges du condamné (maximum : 1 000 €), et le nombre de jours en tenant compte des circonstances de l'infraction (maximum 360). À l'expiration du nombre de jours prévus, en cas de non-paiement, le condamné est incarcéré pour une durée égale au nombre de jours impayés.

2. La confiscation

Portant sur tout ou partie du patrimoine, la confiscation dite *générale* est peu souvent prévue : il faut d'ailleurs, pour respecter la personnalité des peines, protéger certains tiers contre les conséquences de ce transfert de patrimoine.

Beaucoup plus fréquente est la confiscation *spéciale*, qui, en matière correctionnelle, peut, jouant le rôle d'une peine alternative, être prononcée à la place de l'emprisonnement prévu. Elle porte sur un objet déterminé, qui peut être le *corps* du délit (ex. : arme prohibée), le *produit* du délit (ex. : le gibier dans un délit de chasse), l'*instrument* du délit (ex. :

l'arme dans un délit de chasse).

Dans certains cas, la confiscation, mesure de police, peut porter sur des objets appartenant à des tiers étrangers à l'infraction ; mesure *réelle*, elle frappe alors l'objet lui-même, dangereux pour la sécurité ou la moralité publique (ex. : faux poids), et ne peut faire l'objet d'une dispense de peine (Crim., 1977, et C. pén., art. 132-58).

III. Peine et condition juridique

Il est des peines – très nombreuses – qui ont pour objet de priver le coupable de certains de ses droits (et qui du coup vont à l'encontre du souci moderne de maintenir leurs droits aux condamnés : d'où l'institution du relèvement). *L'interdiction de certains droits civiques, civils et de famille*, souvent prévue, en matière correctionnelle, est divisible, le juge pouvant choisir, dans la liste légale, les droits dont il va priver le condamné : il s'agit notamment du droit de vote, d'éligibilité, du droit d'exercer une fonction juridictionnelle, de représenter une partie devant la justice, de témoigner en justice (est-ce là un droit, ou un

devoir ?) autrement que pour faire de simples déclarations, du droit d'être tuteur sauf pour ses propres enfants...

À côté de cette peine, la loi a multiplié les *déchéances* ou *incapacités*, qui, en matière correctionnelle, peuvent servir de peines alternatives à l'emprisonnement. En dehors même de la fonction publique, visée depuis longtemps, de nombreuses *interdictions professionnelles* ont vu le jour. Mesures destinées à protéger la société contre le professionnel dangereux, celui-ci contre lui-même, et le prestige de la profession contre le professionnel impur, les interdictions ou déchéances existent en matière médicale, bancaire, pour les débitants de boissons, pour les professions commerciales ou industrielles, pour les hôtels et clubs divers...

Autres peines privatives de droits : la *suspension*, l'*annulation* ou l'interdiction d'obtention du *permis de conduire*, par voie judiciaire (indépendamment de la suspension administrative provisoire et du *retrait des points* du permis) – cf. le *permis à points* –, l'interdiction de conduire certains véhicules (cf. l'immobilisation du véhicule), l'*interdiction d'émettre des chèques*, d'utiliser des cartes de paiement, l'*exclusion des marchés publics*.

Signalons enfin la *fermeture d'établissement*, pouvant, comme la confiscation, être *réelle*, frappant l'établissement dangereux, notamment même si le propriétaire (qui dans certains cas a la possibilité de faire valoir ses arguments) est étranger à l'infraction commise par le gérant (on parle de « l'établissement trouvé en délit »).

Ces mesures, on le voit, se multiplient : parfois même on peut se demander si l'on n'est pas tenté de les multiplier trop, tant elles sont d'application facile (du moins en principe) et peu coûteuse. On peut, en tout cas, souhaiter que la mesure conserve un lien avec l'infraction : la suspension du permis de conduire se justifie mieux pour des infractions au Code de la route que comme sanction d'une fraude fiscale ; mais l'évolution contemporaine du droit pénal, avec les peines alternatives, fait bon marché de ce souci.

On remarquera que certaines de ces déchéances constituent en même temps de lourdes peines pécuniaires : ainsi les interdictions professionnelles.

IV. Peines morales

De nombreuses peines de ce type ont disparu depuis longtemps, comme attentatoires à la dignité humaine (on pense à l'ancien carcan), et souvent très inégales. Rappelons aussi que, dans une certaine conception des choses, ce qui devrait humilier, c'est moins le fait d'être puni que celui d'avoir commis l'infraction (« Le crime fait la honte, et non pas l'échafaud »).

Quant aux peines elles-mêmes, il en est qui peuvent avoir un effet humiliant, au moins pour certains condamnés, même si tel n'est pas leur but (de l'emprisonnement à la suspension du permis de conduire). Mais d'autres, à but directement moral, subsistent et même ont été développées : les mesures de *publicité des condamnations pénales* (qui peuvent du reste avoir aussi parfois un effet pécuniaire, par exemple quand elles sanctionnent la fraude d'un commerçant) ; il s'agit en effet soit de l'affichage soit de la diffusion (par la presse écrite ou par tout moyen de communication audiovisuelle) de la décision prononcée, dans les lieux et pour la durée indiqués par la juridiction (pour deux mois maximum en principe). Cette publicité ne peut comporter l'identité de la victime qu'avec l'accord de celle-ci ou de son représentant.

V. Mesures de sûreté et de rééducation

Sans revenir sur des caractères généraux des mesures de sûreté (v. p. 78), il faut constater que, parmi les peines que nous avons énumérées, certaines ont un régime tel qu'elles sont devenues, plus ou moins complètement, des mesures de ce genre. Ainsi en est-il de l'interdiction de séjour, de certaines confiscations, de certaines peines privatives de droits.

D'autres mesures, empruntées au cadre classique, sont à ce point transformées qu'elles contiennent, en elles, la mesure de sûreté : sursis avec mise à l'épreuve, efforts en vue de la réinsertion en établissement pénitentiaire, stage de citoyenneté ou de sensibilisation à la sécurité routière... Et il est (indépendamment des mesures *administratives* qui, hors du domaine pénal, peuvent jouer le rôle de mesures de sûreté, par ex. expulsion des étrangers, placement des personnes atteintes de troubles mentaux) des mesures judiciaires qui constituent de véritables mesures curatives : la désintoxication des toxicomanes est du nombre ; de même, pour certaines infractions (ex. : viol), et

parallèlement à une peine, le suivi sociojudiciaire, avec injonction de soins ; de même, pour la réadaptation, tout le régime rééducatif des mineurs délinquants, qui mérite quelque réflexion.

Avant même la poursuite (et en dehors de la possibilité d'une médiation, v. plus haut), ou par la suite, il peut être proposé au mineur une activité de réparation à l'égard de la victime (avec l'accord de celle-ci), ou dans l'intérêt de la collectivité. Après divers examens et enquêtes concernant la personnalité du mineur, le tribunal peut choisir de ne pas prononcer une peine ; et il est même des peines qui ne peuvent pas être prononcées contre un mineur : par exemple, on l'a vu, l'interdiction du territoire et l'interdiction de séjour.

Tout un éventail existe alors : la simple *admonestation*, la remise aux parents, à un tuteur, à une personne digne de confiance (solutions fréquentes), le placement dans une institution ou un établissement d'éducation ou de formation professionnelle, le placement dans un établissement médical ou médico-pédagogique, la remise à l'aide sociale à l'enfance (au-dessous de 13 ans), pour le mineur d'âge scolaire, le placement dans un internat

approprié ; le *placement en centre éducatif fermé*, la mise sous protection judiciaire. Des sanctions éducatives peuvent être prononcées à l'égard des mineurs capables de discernement, à partir de 10 ans (ex. : stage de formation civique). On observera que, parallèlement à une mesure éducative (ou même à une peine), peut jouer la *liberté surveillée*, avec le concours d'un *délégué à la liberté surveillée*, qui travaille en liaison avec le juge des enfants, et dont l'intervention peut conduire à la modification des mesures prises.

Beaucoup d'efforts ont été entrepris dans les institutions d'éducation, bien des méthodes essayées. On y a utilisé notamment le système des groupes, cherchant à développer chez le mineur, individuellement et collectivement, le sens de sa responsabilité, avec permissions, placement à l'extérieur peut jouer, semi-liberté.

Certains, aujourd'hui, déplorent que la récidive des mineurs soit si fréquente, alors que c'est précisément pour les mineurs délinquants que les efforts les plus considérables ont été entrepris (la thèse des « super-délinquants » consiste à observer que, comme d'ailleurs

parfois pour les adultes, 10 % des délinquants commettent 50 % des infractions). On prétend que toutes les mesures d'indulgence, légales ou judiciaires, sont ressenties par les jeunes délinquants comme autant de signes de faiblesse de la société, encourageant en réalité à récidiver (on a créé, pour les mineurs multirécidivistes, des centres renforcés, dès avant comparution).

Notes

[1] V. *La peine de mort*, par J.-M. Carbassee, puf, « Que sais-je ? », n° 1834.

[2] L'administration peut être responsable du risque ainsi créé par le fonctionnement du service pénitentiaire (Cons. État, 1956, 1981, 1987), mais seulement s'il y a une causalité suffisante entre ces mesures de faveur et l'infraction commise (C. adm. Lyon, 1989).

Chapitre V

L'aggravation légale

Pas de peine sans texte : la règle de légalité ne peut s'accommoder d'une aggravation de peine provenant de la seule volonté du juge ou de l'administration pénitentiaire. Ainsi, c'est la loi elle-même qui fixe le maximum de la peine (ex. : cinq ans d'emprisonnement).

Mais le juge s'il peut évidemment descendre audessous de ce maximum, ne saurait, de sa propre initiative, aller au-delà : cela ne lui est possible que si la loi a prévu expressément une cause d'aggravation, et seulement dans les limites où elle le permet. On dit alors qu'il y a *circonstance aggravante* : mais il n'y a pas de circonstances aggravantes judiciaires.

Les circonstances ainsi prévues par la loi sont souvent *spéciales* à telle ou telle infraction (ex. : la bande organisée,

qui fait du vol un vol criminel ; la prémeditation, qui transforme le meurtre en assassinat). Mais il existe une importante circonstance aggravante à peu près *générale*, en ce sens qu'elle peut jouer pour de très nombreuses infractions : il s'agit de la récidive, problème qui est, en raison du très grand nombre de récidivistes, fort important en politique criminelle (un peu moins pour les juges, qui peuvent contrebalancer l'aggravation légale par une atténuation de peine). On ne confondra pas la récidive et le concours d'infractions, qui, en droit français, n'est qu'exceptionnellement cause d'aggravation.

I. La récidive

On appelle *récidiviste* la personne qui, ayant déjà été condamnée (par décision définitive), commet une nouvelle infraction. Par exemple, pour une infraction commise en janvier, une personne est condamnée le 1er mars, aucun recours n'étant exercé ; elle commet une nouvelle infraction le 1^{er} juin : il y a récidive. Au contraire, il y a seulement *concours d'infractions* si la personne commet une infraction en janvier, puis une autre en février, ou même une infraction en janvier pour laquelle elle est condamnée le

1er février, puis une autre infraction le 10 février (c'est-à-dire à une date où la première condamnation n'est pas encore à l'abri de toutes les voies de recours, donc n'est pas définitive).

Le casier judiciaire.

La récidive implique donc une première condamnation (sans qu'il soit nécessaire que cette condamnation ait été exécutée). Il faut en conséquence établir les *antécédents* de la personne. C'est pourquoi l'on a centralisé les renseignements pour les obtenir aisément en cas de besoin.

Il est clair que la loi doit ici faire un choix : préfèret-on connaître exactement le passé judiciaire d'un délinquant, afin de mieux définir sa personnalité ? Ou bien est-on plutôt enclin, pour ne pas entraver la réinsertion du condamné, à effacer le plus largement possible un passé trop lourd ? On pourrait certes conserver ces informations pour la justice, mais ne pas les diffuser à d'autres : la loi va dans ce sens ; beaucoup de tiers ne pourront jamais connaître le passé pénal véritable du coupable (il existe des règles spéciales pour les personnes morales, dont les membres ont pu être renouvelés depuis l'infraction commise) ; mais même à l'égard de la justice, le casier

judiciaire est aujourd’hui souvent énergiquement expurgé, surtout dans certains cas.

Pour les personnes physiques majeures, il comporte mention des condamnations, même avec sursis, pour crime, délit ou contravention de 5^e classe, et, sauf exclusion par la juridiction, des déclarations de culpabilité avec dispense ou ajournement de peine ; sont également inscrites dans certains cas les condamnations pour contraventions des quatre premières classes.

Le relevé intégral des condamnations et déclarations de culpabilité s’appelle le *bulletin n° 1* (B. 1). Il n’est délivré qu’aux autorités judiciaires. Naturellement, après révision du procès en cas d’erreur judiciaire, la fiche correspondante sera effacée du casier.

Mais beaucoup d’autres événements entraînent la suppression de la fiche du casier : notamment l’amnistie, la réhabilitation, le fait qu’une condamnation avec sursis est réputée non avenue, l’écoulement de trois ans après dispense de peine ou condamnation pour contravention (quatre ans pour une contravention dont la récidive constitue un délit) ; il y a un régime spécial pour les

mineurs.

Le *bulletin n° 2* (B. 2), adressé entre autres aux administrations publiques de l'État saisies de demandes d'emplois publics, est un B. 1 expurgé, ne comprenant pas, par exemple, pour les personnes physiques, les décisions (même graves) concernant les mineurs, ni les contraventions, ni les condamnations que le juge décide d'exclure du B. 2 (ce qui entraîne relèvement des interdictions et déchéances résultant de plein droit de la condamnation, mais ce qui ne peut être décidé en cas d'infraction sexuelle), ni les déclarations de culpabilité avec dispense ou ajournement de peine, ni les condamnations sans sursis à une peine principale prononcée à la place de l'emprisonnement, cinq ans après la condamnation définitive.

Le *bulletin n° 3* (B. 3 – il n'y a pas de B. 3 pour les personnes morales), plus expurgé encore, est délivré à l'intéressé lui-même (non à un tiers) ; chaque intéressé peut aussi avoir communication intégrale des mentions de son casier, mais sans copie. Ce qui est exclu du B. 2 est bien entendu exclu du B. 3. Mais le B. 3 ne comporte – et encore, sauf exclusion par le juge – que les peines

privatives de liberté sans sursis (ou, en cas de sursis, s'il y a révocation entraînant révocation totale) supérieures à deux ans (ou, au-dessous, par décision du juge), les interdictions prononcées comme peines principales, et, pendant la durée de la mesure, le suivi sociojudiciaire ou l'interdiction de certaines activités ; n'y figurent donc ni les amendes, ni les condamnations avec sursis, même partiel (ex. : trois ans dont un an avec sursis), ni, sauf décision du juge, les peines d'emprisonnement ne dépassant pas deux ans – limite déjà assez élevée.

Le législateur ne veut pas entraver la réinsertion de ceux qui n'ont été frappés que de peines légères, ou même assez lourdes. Malheureusement, ce dessein nuit à ceux qui n'ont pas été condamnés du tout. En effet, pour ceux qui par exemple ont été condamnés à des amendes, que mettre sur le B.3 ? La mention « néant » serait un mensonge ; on trace donc une diagonale sur la feuille, qui ne signifie pas que l'on n'a jamais été condamné, mais seulement que, si on l'a été, on ne l'a été qu'à des peines ne devant pas figurer au B. 3, ou exclues de celui-ci par le juge. Mais si le B. 3 des personnes qui n'ont jamais été condamnées porte un autre signe, la différence va sauter aux yeux, et nuire aux condamnés que l'on veut protéger... On nivelle alors par le

bas en soumettant tout le monde au système de la diagonale : c'est pourquoi personne ne peut en France, par le B. 3, prouver n'avoir jamais été condamné...

La récidive témoigne d'une volonté persistante de violer la loi. Devant l'augmentation de la proportion des récidivistes par rapport au nombre des condamnés, et à côté du système d'aggravation déjà prévu par le Code pénal, une loi de 1885 avait édicté une mesure d'élimination, la relégation, remplacée en 1970 par la tutelle pénale, qui a disparu en 1981.

La récidive est parfois *générale* (constituée quelle que soit la nature des infractions commises successivement, par ex. en cas de peines criminelles), parfois *spéciale* (n'entraînant l'aggravation que si les infractions commises sont de même nature, ou d'une nature voisine, par ex. vol et abus de confiance). Elle est tantôt *permanente* (constituée quel que soit le temps qui sépare les deux infractions, par ex. pour les crimes), tantôt *temporaire* (l'aggravation supposant une rechute devant se produire par exemple dans les cinq ans).

Le système d'aggravation consiste par exemple, pour un récidiviste ayant déjà été condamné pour crime, et qui a commis un nouveau crime punissable de la réclusion de

quinze ans, à permettre d'élever la peine jusqu'à trente ans (des règles spéciales existent pour les *personnes morales* récidivistes : par exemple, le maximum de l'amende est multiplié par 10).

Mais la récidive n'aboutit qu'à un accroissement de sévérité facultatif, puisque les juges peuvent toujours descendre au-dessous de ce maximum aggravé (sauf certaines limites en matière criminelle) : aussi épargnerons-nous au lecteur l'exposé des différents cas de récidive. Signalons seulement qu'en matière de *contravention* la récidive n'existe que d'une contravention de 5^e classe à la même contravention de 5^e classe, et elle suppose une contravention commise *dans l'année* de la condamnation définitive (récidive très temporaire).

II. Le concours d'infractions

1 / Par opposition à la récidive, le *concours* (ou *cumul*) *réel* ou *matériel d'infractions* suppose deux infractions commises successivement, mais non séparées par une

condamnation définitive. Ici, le coupable n'a pas reçu l'avertissement de la justice : on considère qu'il n'est donc pas équitable d'aggraver son sort comme en cas de récidive. Pourrait-on admettre une autre solution ? Le *cumul* des peines, par exemple ? Mais si l'on peut additionner quelques mois d'emprisonnement, il est notamment impossible d'additionner des peines perpétuelles, ou choquant d'additionner des peines de très longue durée ; aux États-Unis, les peines s'additionnent en principe (le juge qui a condamné le fameux bandit aux gants noirs de San-Francisco à 440 années d'emprisonnement lui a dit : « Vous ferez ce que vous pourrez »...).

Plus judicieux peut-être que le système du *cumul pur et simple* serait celui dit du *cumul juridique* : sans additionner les peines encourues, on aggrave la sanction applicable à l'infraction punie de la peine la plus forte. Par exemple, pour un délit punissable d'un maximum de deux ans d'emprisonnement, commis en concours avec un délit punissable d'un maximum de cinq ans, on pourra aller jusqu'au maximum de six ans. Il arrive que le droit français considère le concours d'infractions comme circonstance aggravante : par exemple, est possible de réclusion à perpétuité, et non de réclusion de trente ans, le meurtrier

qui a commis un autre crime concomitant du meurtre, ou qui a tué pour favoriser la fuite de l'auteur d'un crime ou d'un délit ; parfois, la qualification est unique, mais la peine est aggravée, ainsi en cas d'homicide par imprudence, avec délit de fuite ou conduite en état alcoolique ou après usage de stupéfiants ; il arrive aussi que la répétition de la même infraction soit une cause spéciale d'aggravation (ainsi pour le recel de choses, ou les mauvais traitements à enfant).

Mais, ces cas mis à part, le Code actuel consacre un système mêlé de *non-cumul* ou *absorption* des peines, et de cumul.

a) Si les infractions commises en concours font l'objet d'une *poursuite unique*, chaque peine encourue peut être prononcée s'il s'agit de peines de nature différente ; si les peines sont de même nature (toutes les peines privatives de liberté sont de même nature), *une seule peine est prononcée*, dans la limite du *maximum légal le plus élevé*, parmi toutes celles qui sont encourues : c'est le *non-cumul des peines*. C'est choquant, pensera-t-on : commettre un crime grave permet, tant que l'on n'est pas condamné définitivement, de commettre ensuite impunément d'autres

infractions moins graves... Mais il va de soi que, dans les limites légales, le juge peut se montrer plus sévère lorsque plusieurs infractions ont été ainsi commises.

Au surplus, chaque peine prononcée (ou la peine prononcée) est réputée commune aux infractions en concours (ce qui est important par exemple si la condamnation la plus grave est effacée par la révision).

b) Les infractions commises en concours font souvent l'objet de *poursuites distinctes* (sans qu'il y ait récidive : par exemple, poursuite le 1^{er} février de l'infraction commise le 1^{er} janvier, poursuite le 1^{er} mars de l'infraction commise le 15 janvier) : elles ont pu être découvertes à des dates différentes, ou être de la compétence de juridictions différentes. Dans ce cas, les peines prononcées s'exécutent cumulativement, avec pour maximum le maximum légal le plus élevé (si, pour les crimes en concours, la réclusion criminelle à perpétuité encourue n'a pas été prononcée, le maximum légal est de trente ans) : au-dessus, la *confusion des peines* est obligatoire. S'il s'agit de peines de même nature, la confusion des peines, totale ou partielle, peut être ordonnée. Mais la confusion n'enlève pas leur existence aux peines confondues.

On notera que ces règles ne valent que pour les crimes et les délits (et encore, sauf les exceptions légales : ainsi, l'employeur est condamné à une amende pour chaque salarié que concerne l'infraction à la sécurité du travail). En matière de *contravention*, les amendes s'additionnent entre elles (ex. : 75 000 amendes pour utilisation abusive du titre d'artisan) et avec celles prononcées pour des crimes ou des délits en concours.

Il faut donc préciser si une seule contravention a été commise ; par exemple, un automobiliste renverse deux piétons, l'un de ceux-ci au moins étant atteint d'une incapacité qui fait de l'infraction une simple contravention : il y aura cumul des peines s'il s'agit de deux accidents distincts, non-cumul s'il s'agit d'une faute unique ayant causé les deux dommages (car il y a alors une seule infraction).

Il ne peut être question dans cet ouvrage d'entraîner le lecteur dans les méandres de ce problème.

2 / Il convient enfin de distinguer ce concours réel d'infractions de ce que l'on nomme souvent le *concours idéal* ou *formel d'infractions* : on suppose alors qu'un même fait recouvre plusieurs infractions. Par exemple,

celui qui lance une grenade dans un café entend à la fois tuer les personnes présentes et détruire un édifice : il y aura une seule peine, la plus forte, mais deux déclarations de culpabilité, en raison des deux infractions commises (meurtre et destruction de bien par explosif) ; mais il y a une seule infraction s'il y a une seule faute, par exemple une imprudence ayant causé des blessures même à plusieurs personnes. Il se peut aussi qu'il y ait *concours de qualifications* lorsqu'un seul acte tombe sous le coup de plusieurs qualifications (on parle parfois, ici encore, de concours idéal). Là aussi, on retiendra la qualification la plus forte.

Mais, en présence d'une qualification criminelle considérée comme trop forte, l'on aura parfois recours à la *correctionnalisation*, aboutissant à ne retenir dans la poursuite que la qualification correctionnelle (la loi, en correctionnalisant elle-même certaines infractions auparavant criminelles dispense de recourir à ce procédé). On notera que l'acquittement de celui qui était accusé de meurtre est définitif ; on ne peut engager d'autres poursuites pour homicide par imprudence sur la même victime en démontrant que le décès a été dû sinon à une faute d'intention, du moins à l'imprudence de l'accusé.

Chapitre VI

L'indulgence

La loi entend rester souveraine lorsqu'il s'agit d'aggraver la peine. Elle domine encore s'il s'agit d'indulgence : mais elle abandonne alors plus volontiers une large partie de ses pouvoirs au juge, et même le pouvoir exécutif a en cette matière des prérogatives remarquables.

I. L'indulgence de la loi

On suppose ici que l'infraction peut normalement faire l'objet d'une poursuite, ou même a donné lieu à condamnation (alors que dans les cas d'*immunités*, ou de *prescription de l'action publique*, il y a obstacle à la poursuite pénale). L'indulgence de la loi peut se manifester soit au moment du prononcé du jugement, soit après, soit, indifféremment, après ou avant.

1. Au moment du jugement

Au moment du jugement, peuvent jouer parfois des causes d'exemption ou de diminution de peine, qui sont des faits limitativement prévus par la loi.

1. Les causes d'*exemption de la peine*, tout en laissant subsister l'infraction et la culpabilité, font obstacle au prononcé de la peine. Ces faits, dont l'étude relève du droit pénal spécial, découlent par exemple de faits postérieurs à l'infraction, comme dans le cas de la personne ayant tenté de commettre un acte de terrorisme et qui, par son avertissement à l'autorité, évite la réalisation de l'infraction, et permet l'identification des autres coupables. Mais cette *exemption* de peine ne doit pas être confondue avec l'*acquittement* : celui qui est exempt de peine peut, par exemple, demander la révision de son procès en cas d'erreur judiciaire – car il est considéré comme coupable.

2. Les causes de diminution de la peine ont un effet moins profond : elles ne font qu'abaisser la peine au-dessous du taux normalement encouru. Certaines, spéciales, concernent des infractions déterminées (ex. : pour l'auteur d'un acte de terrorisme avertissant l'autorité, éviter que

l'infraction n'entraîne mort d'homme et permettre l'identification des autres coupables).

Mais il en est une plus générale : celle qui bénéficie aux *mineurs* ; elle peut être écartée de 16 à 18 ans, mais est obligatoire de 13 à 16 ans. La réclusion criminelle à perpétuité est ramenée à un maximum de vingt ans ; pour les autres peines privatives de liberté, le maximum est la moitié de la peine encourue ; pour l'amende, la moitié de l'amende encourue, ou 7 500 €.

2. Après le jugement

Une peine a été prononcée : l'indulgence légale peut encore se manifester.

1. La peine peut avoir été *exécutée* (ou, ce qui revient au même ici, prescrite, ou remise par voie de grâce – et, s'il s'agit d'une amende, la contrainte judiciaire, par exception, équivaut ici au paiement). Après un certain temps écoulé depuis l'exécution ou son équivalent (sans condamnation à une peine criminelle ou correctionnelle) (ex : cinq ans pour une condamnation ne dépassant pas un an d'emprisonnement, pour les personnes physiques), va

jouer, de plein droit, la *réhabilitation légale*, qui efface la condamnation ; celle-ci, comme après amnistie, ne figurera plus au casier judiciaire (pas même au B. 1), ne comptera plus pour la récidive, ne fera plus obstacle au sursis, n'emportera plus les incapacités qu'elle entraînait (toutefois, le suivi sociojudiciaire et l'interdiction de certaines activités durent jusqu'à leur terme).

Les délais sont ici souvent assez longs : mais cette réhabilitation a le grand avantage d'opérer automatiquement, donc discrètement, sans procédure attirant l'attention du public.

2. La peine peut *n'avoir pas été exécutée, en vertu même du jugement* : c'est le cas du sursis, forme d'indulgence du juge que nous retrouverons à ce titre plus loin. *Si le sursis n'a pas été révoqué* au bout du délai d'épreuve (cinq ans pour le sursis simple) :

1. a) La condamnation ainsi prononcée est effacée, ne figure plus au B. 2 (ni même au B. 1, après les délais de réhabilitation légale), n'entraîne plus les peines complémentaires.
2. b) Il y a *dispense définitive d'exécution de la peine*,

ce qui différencie évidemment ce cas de celui de la réhabilitation, qui suppose, en principe, une peine exécutée (sauf certaines équivalences, v. p. 119). Cet effet se produit même en cas de sursis partiel, mais alors la peine de jours-amende ou l'amende, ou la partie d'amende sans sursis restant due.

3. La peine peut *n'avoir pas été exécutée, malgré le jugement* : le condamné s'est évadé, par exemple, ou bien il n'a pas eu connaissance de la condamnation. Au bout d'un certain temps, la *prescription empêchera de faire exécuter la peine*.

La prescription de la peine est de vingt ans pour les peines prononcées pour crime (trente ans pour le terrorisme et le trafic de stupéfiants), de cinq ans pour les peines prononcées pour délit (vingt ans pour les délits de terrorisme et de trafic de stupéfiants), de trois ans pour les peines prononcées pour contravention (cela sauf *interruption ou suspension* du délai – par exemple dans le cas de sursis, qui est un obstacle à l'exécution de la peine).

Ces délais sont plus longs que ceux de la prescription de l'action publique, empêchant la poursuite pénale : dix ans après un crime (sauf pour les crimes contre l'humanité,

imprescriptibles) – trente ans pour le terrorisme et le trafic de stupéfiants, vingt ans pour certains crimes contre un mineur –, trois ans en principe après un délit – vingt ans pour les délits de terrorisme et de trafic de stupéfiants, dix ou vingt ans pour certains délits contre un mineur –, un an après une contravention. Cela s’explique par le fait que la prescription de la peine est en partie fondée sur « le temps puissant » qui « efface toute chose » et sur l’oubli des faits : donc, s’il y a eu procès, condamnation, éventuellement évasion, le public oubliera moins vite que dans le cas où l’infraction n’a pas donné lieu à jugement.

Pour la prescription de la peine particulièrement, on peut dire que s’ajoute à la force de l’oubli (pour le public) la voix du souvenir, qui rend le coupable repentant, ou prudent. Le condamné vit pendant la durée de la prescription une vie d’angoisses et de privations (« l’insomnie de vingt ans », a dit le langage romantique) : lui faire subir sa peine ensuite serait le punir deux fois... L’argument suppose un condamné averti de la condamnation, ce qui n’est pas toujours le cas ; il repose, au surplus, sur une vue des choses qui ne correspond qu’imparfaitement à la réalité.

On dit en outre, et c'est plus probant, que le condamné a intérêt à ne pas attirer l'attention sur lui, donc à se bien conduire : l'argument (qui, ici encore, ne vaut que pour le condamné ayant connu sa condamnation) fait de la prescription une sorte de moyen de politique criminelle. Mais la prescription n'est-elle pas alors, en définitive, une prime accordée aux plus adroits, dont on peut penser qu'ils sont les plus dangereux ?

La peine prescrite ne peut s'exécuter (mais la prescription ne fait que dispenser de l'exécution, elle ne vaut pas exécution : ainsi, les délais nécessaires pour obtenir la réhabilitation judiciaire sont doublés en cas de peine non exécutée, mais prescrite). La *condamnation* n'est pas effacée : mais elle peut être anéantie par une mesure beaucoup plus énergique : l'amnistie.

3. Avant ou après le jugement

À tout moment (avant le déclenchement des poursuites, pendant le cours du procès, après condamnation), peut intervenir une *loi d'amnistie*. Amnésie – volontaire – du législateur, cette mesure consiste à considérer comme licites, du point de vue pénal, des actes qui, lorsqu'ils ont

été commis, étaient des infractions : la condamnation est donc effacée du casier judiciaire, et on ne peut plus en faire état.

L'amnistie a d'ailleurs beaucoup évolué. Longtemps conçue comme destinée à apaiser les esprits après une période troublée, elle concernait surtout les infractions *politiques* : elle s'applique aujourd'hui couramment à des infractions de *droit commun*. Mesure *réelle*, elle visait, traditionnellement, non pas des coupables, mais des infractions : elle bénéficie aussi, aujourd'hui, à des catégories de personnes (par exemple, sont amnistiées telles infractions commises par des personnes de moins de 21 ans). Longtemps elle a eu un effet radical, s'opposant à la poursuite si elle intervenait assez tôt, ou, intervenant ensuite, faisant éclater peine et condamnation, avec *effet rétroactif* : le condamné redevenait innocent, étant censé n'avoir rien fait d'illicite pénallement. Tout au plus réservait-on les *droits des tiers*, et spécialement la réparation du dommage causé à la victime.

Mais les lois d'amnistie se sont multipliées – huit amnisties en seize ans – (ce qui a du moins l'avantage de liquider rapidement nombre d'affaires) : et, à servir trop

souvent, l'amnistie perd de sa force. Il faut, en effet, comprendre qu'il n'y a pas, dans notre droit, de véritable théorie générale de l'amnistie : le Code pénal pose quelques principes, mais chaque loi d'amnistie apporte avec elle sa propre réglementation. Partant sans doute de l'idée que la loi, libre après tout d'amnistier ou non, peut, sous réserve de respecter la Constitution, amnistier aux conditions qu'elle pose, des lois d'amnistie ont notamment restreint l'effet rétroactif de cette mesure. On comprend, à la rigueur, que le condamné bénéficiaire de l'amnistie puisse cependant, en cas de condamnation prononcée par erreur, demander la révision du procès : c'est illogique, puisqu'il est censé n'avoir pas été condamné, mais la réalité est préférable à la fiction. On comprend encore que les mesures de sûreté (ex. : fermeture d'un débit de boissons) résistent à l'amnistie. On comprend moins, par exemple, que l'amende payée avant l'amnistie ne soit pas remboursée : d'autant que l'amende non encore payée ne sera pas due (ce qui est donc une prime au mauvais payeur), sauf l'hypothèse qui suit. On comprend moins encore, en effet, cette atteinte aux principes que constituent les lois d'amnistie subordonnant cette faveur au paiement de l'amende (le Trésor ne renonçant pas aisément, il est vrai, aux sommes que représentent ces

condamnations) : il faudra donc ici que le jugement intervienne, si ce n'est déjà fait, et que l'amende soit payée.

Longtemps aussi l'amnistie était réservée aux condamnés ayant fait l'objet d'une *grâce* (c'était la *grâce amnistante*, v. p. 123) : beaucoup plus souvent aujourd'hui les bénéficiaires sont désignés par décret ; cette détermination est alors laissée à l'appréciation du pouvoir exécutif.

Parfois encore, l'amnistie suppose une infraction qui a été, ou sera punie d'une peine inférieure à tel taux : il faut alors aller devant le juge pour savoir si, après la condamnation, l'amnistie pourra jouer ou non. Et l'on assiste ainsi à une autre évolution de l'amnistie. Sans doute celle-ci demeure-t-elle légale. Mais qui ne voit qu'elle est en fait remise, dans notre exemple, aux mains du *juge* – comme, dans l'exemple précédent, au pouvoir de l'administration ? Le juge sait qu'en allant au-delà du taux prévu (par exemple trois mois), il fait obstacle à l'amnistie, qui jouera au contraire s'il ne dépasse pas ce taux. Ce n'est pas tout à fait une *amnistie judiciaire*, mais cela y ressemble fort, et c'est la marque, déjà, des pouvoirs considérables donnés au juge – par la loi il est vrai.

II. L'indulgence du juge

1. Au moment du jugement

La personnalisation judiciaire de la peine est un principe depuis longtemps acquis : il est bon que l'on puisse passer de l'abstrait légal au concret judiciaire. Le Code l'a formellement exprimé, en invitant le juge à prononcer les peines et à en fixer le régime « en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur » (art. 132-24) : le juge peut donc prendre en compte les facteurs les plus divers, tenant par exemple à la situation familiale ou économique du prévenu, le mobile ayant animé le coupable – jalouse, amour –, ou même la réparation du préjudice après l'infraction. Et il faut rappeler que les pouvoirs considérables dont dispose le juge jouent à sens unique, celui de l'indulgence. De la simple atténuation de peine à la dispense totale, la gamme est étendue, qui passe par la transformation, le fractionnement et d'autres formes de faveurs (plusieurs de ces mesures pouvant d'ailleurs se cumuler).

1. On soulignera que le Code actuel a supprimé le

mécanisme des *circonstances atténuantes*, qui permettaient au juge d'abaisser la peine au-dessous du minimum alors prévu : le Code rend ce pouvoir inutile, puisque, pour chaque infraction, seul le maximum est précisé, le juge pouvant donc prononcer une peine inférieure, sans limite, sauf en matière criminelle (la réclusion ou la détention à perpétuité ne peuvent être abaissées au-dessous de deux ans d'emprisonnement, la réclusion ou la détention à temps au-dessous d'un an d'emprisonnement, avec, éventuellement, si un emprisonnement est prononcé, le sursis si les conditions en sont réunies) : le juge n'a même pas à donner les raisons de son indulgence (c'est au contraire lorsqu'en matière correctionnelle il prononce un emprisonnement sans sursis qu'il doit motiver spécialement sa décision, comme il doit le faire pour les mineurs, même pour un emprisonnement avec sursis).

2. Le juge, on l'a dit, a très souvent un large choix dans l'éventail des peines que lui propose la loi. Et même si une peine est prononcée, la mise en œuvre de ce pouvoir aboutira souvent à retenir une mesure moins sévère que celle prévue en principe pour l'infraction commise. Ainsi, d'une manière générale, le juge peut *ne prononcer que l'une des peines principales* prévues par la loi pour l'infraction

dont il s'agit. Mais surtout, si un délit est puni d'emprisonnement (ou d'une amende seulement), le juge peut, *à la place de cette sanction*, prescrire un travail d'intérêt général, ou prononcer une peine privative de droits comme la suspension du permis de conduire ou l'interdiction d'émettre des chèques. Et lorsque le délit est puni d'une ou plusieurs *peines complémentaires* telles que celles qui emportent interdictions, déchéances ou incapacités, le juge peut ne prononcer qu'*une ou plusieurs* de ces peines, *à titre de peine principale*. Un délit punissable de dix ans d'emprisonnement et de plusieurs peines complémentaires peut donc être puni uniquement, par exemple, de quelques jours de suspension de permis. Pour le Code, il n'y a pas de hiérarchie entre les sanctions au bénéfice de l'emprisonnement (mais il faudra bien se résoudre à comparer parfois la gravité des peines, par exemple à propos du conflit de lois pénales dans le temps).

3. L'exécution de certaines peines peut être *fractionnée*, pour des motifs graves d'ordre médical, familial, professionnel ou social : il s'agit de l'emprisonnement prononcé, ou restant à subir, pour un an au plus, et de l'amende correctionnelle ou contraventionnelle ; pour les mêmes motifs, peuvent être *suspendues* ou *fractionnées*

certaines peines (contraventionnelles ou correctionnelles non privatives de liberté).

4. De fort importantes mesures de *suspension conditionnelle* des peines, enfin, peuvent être décidées.

Le *sursis* est une dispense d'exécution de la peine, dispense provisoire et conditionnelle il est vrai, pouvant ne jouer que pour une partie de la peine (*sursis partiel*), mais pouvant être totale ; il est prononcé dans le jugement de condamnation même. Le sursis est un bon moyen de *prévention individuelle* : les révocations sont relativement peu nombreuses, les condamnés étant en général conscients de l'épée de Damoclès qui les menace directement. Du point de vue de la *prévention collective*, le sursis a eu des résultats moins heureux ; les juges prononcent si souvent ce sursis (pour l'emprisonnement, dont on veut éviter l'effet corrupteur : deux fois sur trois pour le sursis total) que, dans l'opinion, on croit que le délinquant primaire a un droit au sursis – c'est-à-dire que chacun a en quelque sorte le droit de commettre un premier délit... ce qui est inexact : en effet, les conditions du sursis sont nécessaires, mais non suffisantes, le sursis restant toujours une *faveur* que le juge peut ne pas accorder (toutefois, comme la loi

impose au juge de motiver spécialement une condamnation sans sursis, pour les majeurs, le sursis est presque devenu la règle...). Mais il peut être dangereux d'abandonner complètement à lui-même le condamné avec sursis : d'où l'idée de prévoir, à côté du sursis simple, le sursis avec mise à l'épreuve ou avec obligation d'accomplir un travail d'intérêt général.

a) *Le sursis simple*, pour toutes les condamnations pouvant être assorties de ce sursis, est réservé au délinquant qui n'a pas été condamné définitivement, dans les cinq ans précédent les faits, à une peine de réclusion ou à une peine d'emprisonnement, pour crime ou délit de droit commun (pour une personne morale : à une amende de plus de 60 000 €, ou de 15 000 € pour un sursis en matière contraventionnelle). Si le prévenu a été déjà condamné à une peine autre que celle que l'on vient de dire, le sursis ne pourra être obtenu que pour l'emprisonnement, et non pour une autre peine. Peuvent donc obtenir le sursis à l'emprisonnement (sous réserve des autres conditions), outre les personnes qui n'ont jamais été condamnées, celles qui ont seulement été condamnées pour contravention, ou à une amende, ainsi que les condamnés politiques.

Le sursis peut intervenir, pour les personnes physiques, pour l'emprisonnement de cinq ans au plus, l'amende correctionnelle ou la peine de jours-amende, l'amende pour les contraventions de 5^e classe ; il peut jouer pour certaines peines privatives de droits et pour certaines peines complémentaires (sauf la confiscation et l'affichage).

Le condamné est pour l'instant dispensé d'exécuter la peine assortie du sursis (bien que la condamnation subsiste, et soit inscrite au B. 1 et, sauf dispense, au B. 2), en tout ou en partie.

Mais cette dispense est *révocable*, en tout ou en partie, pendant les 5 ans suivant la condamnation définitive, ou deux ans en cas de condamnation pour contravention, et sauf décision contraire du juge, pour crime ou délit de droit commun entraînant une condamnation à une peine de réclusion ou d'emprisonnement sans sursis (une condamnation à une autre peine révoque le sursis accompagnant une peine autre que l'emprisonnement) ; pour les contraventions, la révocation découle même d'une condamnation sans sursis pour une contravention de 5^e classe. Le condamné devra alors subir la peine assortie du sursis et celle qui vient d'être prononcée (avec

éventuellement l'aggravation résultant de la récidive) ; et la condamnation qui avait été assortie du sursis apparaîtra dans certains cas au B. 3, sauf décision du juge (cf. p. 99).

Si, au contraire, cinq ans s'écoulent sans condamnation sans sursis, pour crime ou délit de droit commun, emportant révocation (le délai est de deux ans pour les contraventions), *la dispense de peine devient définitive* (sauf pour le suivi sociojudiciaire), et la condamnation elle-même est *non avenue* : elle est effacée et ne figure plus au B. 2 ni même au B. 1 après expiration des délais de réhabilitation légale (v. p. 106).

b) Le sursis avec mise à l'épreuve ou avec travail d'intérêt général. Du côté des *bénéficiaires*, ce sursis (parfois appelé *probation*) a un domaine beaucoup plus large que celui du sursis simple : toute personne physique peut en effet obtenir le sursis avec mise à l'épreuve, même en cas de condamnation antérieure, même récente, à quelque peine que ce soit.

Du côté des *peines pouvant être assorties du sursis d'épreuve*, au contraire, le domaine de ce sursis est moins large que celui du sursis simple : le sursis d'épreuve ne peut accompagner que l'emprisonnement de cinq ans au

plus pour crime ou délit de droit commun, mais non l'amende, ni même une peine prononcée à la place de l'emprisonnement, ni une peine contraventionnelle.

Il y a alors sursis à l'exécution de la peine principale, totalement ou partiellement, pour douze mois au moins (à partir du 31 décembre 2006) et trois ans au plus, sous le régime de la *mise à l'épreuve* (la condamnation peut être déclarée exécutoire « par provision » : exécution immédiate) : des mesures de *contrôle* et d'*aide* sont prévues, avec le concours d'un travailleur social, et du service pénitentiaire d'insertion et de probation. Ces mesures peuvent être ensuite aménagées, modifiées, supprimées par le *juge de l'application des peines*. Certaines obligations peuvent être imposées au probationnaire : par exemple, réparer les dommages causés par l'infraction, exercer une activité professionnelle, ne pas engager de paris au PMU, ne pas fréquenter les débits de boissons... : c'est une dispense d'exécution de la peine, *en milieu libre*. Le jdp peut, pour une condamnation ne dépassant pas six mois également décider que le condamné, s'il accepte, accomplira un *travail d'intérêt général* (v. p. 87) : le délai est alors de douze mois au maximum ; le sursis doit être total.

Si le condamné satisfait à ces obligations, et si le « reclassement » paraît acquis, le jap peut déclarer la condamnation *non avenue* (*dès avant la fin du délai d'épreuve*, mais seulement un an après la condamnation définitive) ; à *l'expiration du délai d'épreuve* – ou, en cas de tig, dès la fin du travail avant l'expiration du délai fixé ; mais les autres obligations peuvent perdurer jusqu'à douze mois –, sans révocation, la condamnation est également réputée non avenue (sauf pour certaines interdictions d'activités). La condamnation ne figure plus au B. 2 (elle disparaîtra même du casier après expiration des délais de réhabilitation légale). Mais ce sursis peut être révoqué, totalement ou partiellement, pendant le délai fixé, soit par une condamnation, pour crime ou délit de droit commun, à une peine privative de liberté, même avec sursis, soit même, par le jap, totalement ou partiellement aussi, pour inexécution des obligations ou infraction n'ayant pas révoqué le sursis. La révocation peut concerner ou non tout ou partie des sursis antérieurement accordés. Le jap peut aussi, au lieu de révoquer le sursis, prolonger le délai d'épreuve pour trois ans au plus.

5. Autre dispense provisoire, de nature différente : en cas de délit ou de contravention, en effet, l'*ajournement* de la

peine, qui peut être prononcé par le juge lorsque sont en voie de réalisation « reclassement » du prévenu, réparation du dommage et cessation du trouble résultant de l'infraction (et il peut alors y avoir *mise à l'épreuve* comme pour le sursis). À côté de l'ajournement simple et de l'ajournement avec mise à l'épreuve, il peut y avoir, pour les majeurs, ajournement *avec injonction*, lorsque l'infraction constitue un manquement à une obligation déterminée (par exemple en cas d'abandon de famille) : le juge qui ajourne le prononcé de la peine enjoint au prévenu de se conformer aux prescriptions légales ou réglementaires, avec possibilité d'astreinte, et d'exécution provisoire (immédiate). Lors de l'audience de renvoi, il y aura soit prononcé, soit dispense de peine (trente jours avant l'audience de renvoi, le jap peut prononcer lui-même la dispense de peine, avec accord du procureur et débat contradictoire).

6. Une *dispense* totale et définitive de peine peut en effet être décidée, en cas de délit ou de contravention (et sauf pour une mesure de police réelle, par ex. la confiscation d'une balance fausse, Crim., 1977, v. p. 91), dès le jugement même, lorsque sont déjà réunies les conditions précédemment citées ; et la juridiction peut décider que sa

décision de dispense ne sera pas mentionnée au casier. L'infraction a été commise, son auteur est déclaré coupable, mais nulle peine n'est prononcée. On comprend la portée de l'octroi au juge d'une prérogative aussi fondamentale : il s'agit là d'un véritable *pardon judiciaire*.

7. On rappellera que le juge peut exclure du casier judiciaire certaines condamnations, ce qui emporte relèvement de diverses interdictions

8. Au moment de la condamnation aussi, le juge peut décider d'un *relèvement* de certaines interdictions, déchéances, incapacités, ou mesures de publication, que des textes extérieurs au Code pénal prévoient comme devant jouer automatiquement. Ce relèvement pourra aussi, pour ces peines, et pour d'autres, être demandé ultérieurement.

2. Après la condamnation

1. Après condamnation, il peut en effet y avoir *relèvement des interdictions, déchéances, incapacités, ou mesures de publication* prévues comme peines automatiques pour des textes extérieurs au Code ; s'il s'agit de peines facultatives,

ce qui est la règle pour les peines inscrites dans le Code, ce relèvement ne pourra être demandé que six mois après la décision. Il peut aussi y avoir suspension ou fractionnement de l'emprisonnement ne dépassant pas un an (ou, pour raisons médicales très graves, suspension même de longues peines) ou de l'amende, suspension ou fractionnement des peines correctionnelles non privatives de liberté et des peines contraventionnelles, pour les mêmes motifs que lors du jugement (cf. p. 113), et exclusion du casier, comme lors du jugement. Il peut encore y avoir, en cas de condamnation ne dépassant pas six mois (prononcée sans sursis, et devenue irrévocable), décision postérieure de sursis avec tig (on parle de « conversion » de la peine sans sursis ; il faut que la condamnation ait été prononcée sans sursis et soit devenue irrévocable).

2. Même la condamnation prononcée et exécutée, il reste une faveur que l'on peut obtenir : la *réhabilitation judiciaire*. Il existe il est vrai la réhabilitation légale, discrète : mais nous avons dit que les délais en sont souvent longs. Pour qui est pressé, et consent à quelque publicité, la réhabilitation judiciaire, comme la réhabilitation légale, effacera pour l'avenir les condamnations précédentes, qui disparaîtront même du B. 1, ne compteront plus pour la

récidive, ne seront plus obstacle au sursis, ne comporteront plus de déchéances.

Il faut, pour demander à être réhabilité, avoir exécuté la peine (sauf condamnation avec sursis réputée non avenue, grâce, prescription, ou services rendus au pays ; et, pour l'amende, la contrainte judiciaire équivaut au paiement). Le délai est de cinq ans pour les peines criminelles, trois ans pour les peines correctionnelles, un an pour les peines contraventionnelles (ces délais étant parfois plus longs, notamment pour les récidivistes ou en cas de prescription, parfois abrégés, ou même parfois supprimés, en cas de services rendus au pays). L'intéressé (il y a des règles particulières, plus favorables, pour les personnes morales) adresse une demande au procureur de la République : une instruction a lieu, et la décision est prise par la chambre de l'instruction. On observera qu'à certaines époques, la fréquence des lois d'amnistie rend peu utile la réhabilitation judiciaire, sauf à l'égard des mesures de sûreté.

3. Après condamnation, de modifications peuvent être décidées dans plusieurs domaines, nous l'avons vu, et notamment dans l'application du sursis avec mise à

l'épreuve, du suivi sociojudiciaire, pour la suspension et le fractionnement de l'emprisonnement ; des *réductions de peine* peuvent intervenir (86 771 en 2001).

4. Dans l'exécution des peines privatives de liberté, une décision importante peut être prise, dans un sens libéral toujours : la *libération conditionnelle* du détenu.

Cette mesure – qui ne peut être prise en *période de sûreté* (v. p. 85) – consiste à mettre en liberté, avant la date d'expiration normale de la peine, et sous condition de bonne conduite, le condamné qui manifeste « des efforts sérieux de réadaptation sociale ».

C'est une *faveur* : à ce titre, elle stimule, en prison, les efforts du détenu en vue de sa réinsertion ; mais c'est une faveur *révocable* : à ce titre, elle stimule, après la libération, la bonne conduite (268 révocations en 2001 ; en 2003, 5 509 décisions de libération). La libération conditionnelle repose sur l'idée que si les efforts du condamné sont suffisants, son maintien en prison est plus dangereux qu'utile ; au surplus, la libération conditionnelle favorise la réinsertion en permettant l'apprentissage de la vie en liberté : c'est une mesure qui joue en *milieu libre* (pour les détenus étrangers, toutefois, elle peut avoir pour

objet, par exemple, l'exécution d'une expulsion).

Il faut en principe, pour en bénéficier, avoir subi une partie de sa peine : au moins une durée égale à celle restant à subir (la référence n'étant pas la peine prononcée : on tient compte par exemple d'une grâce ou d'une réduction ayant diminué la peine à subir) ; pour un récidiviste, au moins une durée égale au double de celle restant à subir ; pour un condamné à la réclusion criminelle à perpétuité, quinze ans (ces délais sont souvent réduits indirectement par des mesures de grâce ou de réduction diminuant la durée de la peine, et, pour la peine perpétuelle, par la réduction du temps d'épreuve). La libération conditionnelle peut aussi être accordée, sauf après certaines infractions, pour un condamné à une peine ne dépassant pas quatre ans, ou à qui il ne reste pas plus de quatre ans à subir, s'il exerce l'autorité parentale sur un enfant de moins de dix ans.

Le détenu peut devoir accepter certaines conditions (ex. : paiement des sommes dues à la victime) ; diverses mesures *d'aide* et de *contrôle* peuvent intervenir (et même se prolonger : pour une peine à temps, au moins pour la durée de la peine non encore subie, au plus un an au-delà, le total ne pouvant dépasser dix ans).

La libération conditionnelle est accordée par le j^{ap} pour les peines prononcées jusqu'à dix ans, ou de durée restant à subir ne dépassant pas trois ans, dans les autres cas par le tap.

Toutefois, cette libération est *révocable*, non seulement en cas de nouvelle condamnation, mais même en cas d'inconduite notoire, ou d'inexécution des conditions mises à la libération. Il y a alors réincarcération pour le temps qui restait à courir lors de la libération (sauf réduction par la décision de révocation). Si, au contraire, la révocation n'a pas eu lieu à l'expiration du délai fixé, la libération est définitive, et le condamné est censé avoir purgé sa peine, réputée terminée dès la libération – mais il reste condamné (à la différence du cas du sursis non révoqué).

Longtemps, la libération conditionnelle a dépendu de l'administration. L'intervention des juridictions de l'application des peines fait que la mesure a désormais un caractère judiciaire. Il est à noter que la libération conditionnelle ne peut intervenir que si le condamné (sauf l'étranger dans les cas visés plus haut) ne la refuse pas : la grâce, au contraire, s'impose à celui qui en bénéficie.

III. L'indulgence du pouvoir exécutif

D'autres différences séparent libération conditionnelle et grâce – notamment le fait que cette libération ne modifie que le quantum de la peine à subir, alors que la grâce peut dispenser intégralement de l'exécution de la peine. Et la libération conditionnelle est décidée par des juges.

La grâce, elle, est une faveur émanant du *chef de l'État*. C'est une mesure personnelle, profitant à des condamnés nommément désignés. Les grâces collectives, accordées par exemple pour le 14 juillet, un peu aveugles, auraient dû être remplacées par les réductions de peines.

Lorsque la grâce est accordée, sur recours en grâce ou d'office (après examen du dossier par la *Direction des affaires criminelles et des grâces*), le décret de grâce est signé par le président de la République, et contresigné notamment par le Premier ministre et le ministre de la Justice ; aucun recours n'est admis contre cette grâce (on a vu des condamnés vouloir, pour diverses raisons, repousser leur grâce : leur prétention a été rejetée).

N'y a-t-il pas là, objectera-t-on, excessive intrusion de l'exécutif dans le judiciaire ? Mais l'actuel droit de grâce ne ressemble que d'assez loin à l'ancien droit régalien correspondant. N'y a-t-il pas là, en tout cas, mesure faisant double emploi avec les atténuations de peine et les sursis ? Non : la grâce, intervenant après la condamnation, permet de tenir compte de la bonne conduite du condamné – et le sursis ne peut d'ailleurs pas jouer pour toutes les peines. N'y a-t-il pas, pour tenir compte de cette conduite, la libération conditionnelle ? Mais celle-ci ne s'applique qu'aux peines privatives de liberté : la grâce a un domaine beaucoup plus étendu.

Acte impératif, la grâce a été longtemps considérée comme irrévocable. Aujourd'hui, se développe la pratique des *grâces conditionnelles*, c'est-à-dire subordonnées par exemple à la réparation du dommage, ou à l'absence de condamnation pendant cinq ans. La grâce se rapproche alors d'une sorte de sursis administratif – et l'on voit combien toutes ces formes d'indulgence, jadis bien tranchées, tendent aujourd'hui à se rapprocher, pour une plus grande souplesse et non sans difficulté parfois.

La grâce est soit *commutation* de peine (ex. : peine de

réclusion à perpétuité devenant peine de réclusion à temps), soit *remise* de peine, partielle (vingt ans devenant dix ans), ou totale ; de toute façon la personne reste condamnée ; il en allait différemment auparavant lorsqu'il y avait *grâce amnistante*, autre exemple de combinaison des modes d'extinction des peines : les bénéficiaires étaient alors désignés nommément, mais, pour eux, la grâce avait les effets, plus profonds, de l'amnistie prévue par la loi, et comme dans le cas, beaucoup plus fréquent aujourd'hui, de désignation par décret des bénéficiaires de l'amnistie (v. p. 110).

Ce cas mis à part, la condamnation, malgré la grâce, reste donc ensuite inscrite au casier, empêche l'octroi du sursis simple, compte pour la récidive, conserve ses conséquences accessoires (sauf disposition spéciale du décret de grâce), ne fait pas obstacle aux droits de la victime. Mais si la grâce est conditionnelle, dans quelle mesure est-on vraiment déjà dispensé de la peine ? Supposons une condamnation à dix ans de réclusion ; après que le condamné a purgé quatre ans, une grâce le dispense du reste de la peine sous condition de n'être pas condamné pendant cinq ans. Intervient une amnistie pour les infractions à propos desquelles les peines subies ne

dépassent pas cinq ans. Notre condamné peut-il invoquer l'amnistie ? En l'absence de nouvelle infraction, il n'aura subi que quatre ans d'incarcération, donc l'amnistie aura pu jouer. Mais en cas de rechute, il aura dû purger en tout dix ans : c'est pourquoi l'amnistie ne peut jouer...

On jugera peut-être que la souplesse de la politique criminelle vaut bien que l'on se heurte, de temps à autre, à de semblables difficultés. Aussi bien, particulièrement pour les peines privatives de liberté, l'administration pénitentiaire a-t-elle souhaité plus de souplesse encore.

L'idée, évoquée dans ce livre (et que nous croyons excessive) d'un traitement pénal (comme on disait) proche d'un traitement médical a conduit à prôner l'adoption du système de la *sentence indéterminée*. De même que la fixation de la peine doit laisser place à une large appréciation du juge, de même la décision de celui-ci ne doit pas être à ce point précise qu'on ne puisse ensuite la modeler : il existe, certes, la libération conditionnelle, la grâce ; mais ne devrait-il pas y avoir de plus larges possibilités d'appréciation (on pense au médecin, qui ne peut pas toujours préciser, au début du traitement, si la maladie durera six mois ou un an) ?

On ne va guère, en France, jusqu'à demander l'indétermination *absolue* (la juridiction ne condamnant qu'à l'« emprisonnement », les juridictions de l'application des peines ou l'administration faisant le reste : libérant le condamné transformé dès le lendemain, ou le gardant à perpétuité si décidément la régénération ne survient pas). Mais l'indétermination *relative* a été souvent préconisée (ex. : le juge condamnant à l'emprisonnement de six mois à deux ans) : il y aurait alors un décalage de souplesse du judiciaire à l'administratif, comme il y a eu un déplacement du législatif au judiciaire. On peut penser qu'*en fait*, le système français actuel n'est pas si éloigné de cette conception : celui qui est condamné à douze ans de réclusion sait bien qu'il ne restera pas douze ans en prison ; il peut compter sur une durée de huit ans ou même moins ; mais en cas de mauvaise conduite, l'incarcération peut durer jusqu'au terme prévu... L'indétermination absolue, elle, nous éloignerait beaucoup de la légalité, notre point de départ. Certains s'en consoleraient, il est vrai, qui ne redoutent pas l'arbitraire d'une administration proche des réalités humaines, avec au surplus l'intervention essentielle des juridictions de l'application des peines. Et l'on peut même imaginer que la possibilité d'être libéré demain ferait se bien conduire, tous les jours, tous les détenus. Mais la

question est pourtant posée, aujourd’hui, de savoir si l’indétermination de fait de la sentence pénale ne présente pas, pour le condamné, moins d’avantages (l’espérance, vivifiante) que d’inconvénients (l’incertitude, pertubatrice) : n’y a-t-il pas quelque désespérance, en prison, à être déçu chaque soir ? Et la peine indéterminée n’est-elle pas – comme eût dit le poète – la pire peine ?