

# LA VEILLE JURIDIQUE

Centre de Recherche de l'Ecole des Officiers de la Gendarmerie Nationale

**RUBRIQUE**

**ACTUALITÉ PÉNALE**

**ANNÉE 2021**

***PAR CLAUDIA GHICA-LEMARCHAND***



**CREOGN**  
CENTRE DE RECHERCHE  
ET D'INFORMATION DE LA GENDARMERIE NATIONALE





## TABLE DES MATIÈRES



**CREOGN**  
CENTRE DE RECHERCHE  
DE L'ÉCOLE DES OFFICIERS DE LA GENDARMERIE NATIONALE

### Janvier

Vidéosurveillance – Enquête de police.....	<u>8</u>
Responsabilité pénale de la personne morale – Modulation de l'application des revirements de jurisprudence dans le temps – Fraude à la loi.....	<u>13</u>
Pollution – Responsabilité pénale du capitaine.....	<u>15</u>
Loyauté de la preuve.....	<u>16</u>
Saisie – Droits de la défense – Correspondances entre un avocat et son client.....	<u>18</u>

### Février

Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.....	<u>22</u>
<i>I. Les dispositions relatives au Parquet européen</i>	
<i>II. Les dispositions relatives à la justice pénale spécialisée</i>	
Liberté d'expression.....	<u>31</u>
Délit d'intrusion dans un établissement d'enseignement supérieur.....	<u>33</u>
Perquisition – Majeur protégé.....	<u>34</u>

Prescription d'infraction fiscale – Utilisation du trust dans une succession..... [35](#)

## **Mars**

Droit de se taire..... [40](#)

Justice pénale des mineurs..... [51](#)

Présentation ou publication de comptes infidèles..... [53](#)

Preuve – Présomption – Matière douanière..... [54](#)

## **Avril**

Administration de substances nuisibles – Éléments constitutifs..... [60](#)

Peine – Suspension de peine pour raison médicale grave..... [67](#)

Technique de l'encerclement dans le cadre du maintien de l'ordre..... [71](#)

Secret de l'enquête – Enregistrement d'un contrôle par des journalistes..... [74](#)

Mandat d'arrêt européen – Dialogue et contradiction entre Cours suprêmes..... [78](#)

Cour européenne des droits de l'Homme, 25 mars 2021, *Bivolaru et Moldovan C/France* – Droits fondamentaux.. [81](#)

Imputation de la durée des mesures de détention subies dans un autre État..... [85](#)

Exécution du MAE – Pas d'obligation pour la chambre de l'instruction de notifier le droit de se taire..... [87](#)

Présidence du tribunal pour enfants par un juge des enfants ayant instruit l'affaire..... [88](#)

Non-lieu affaire Rémi Fraise..... [90](#)



## **Mai**

Affaire Sarah Halimi – Irresponsabilité pénale – Abolition du discernement causée par la consommation de drogues.....	<a href="#"><u>96</u></a>
Infractions sexuelles sur mineurs.....	<a href="#"><u>110</u></a>

## **Juin**

Peines.....	<a href="#"><u>138</u></a>
Enquête préliminaire – Preuve – Captation d'images – Droits de la défense.....	<a href="#"><u>140</u></a>
Renseignements administratifs – Terrorisme – Attentat de la rue Copernic.....	<a href="#"><u>142</u></a>
Circonstance aggravante de conjugalité.....	<a href="#"><u>144</u></a>
Secret professionnel – Partage.....	<a href="#"><u>149</u></a>
État de nécessité.....	<a href="#"><u>153</u></a>

## **Septembre**

Loi n° 2021-998 du 30 juillet 2021 relative à la prévention d'actes de terrorisme et au renseignement / Conseil constitutionnel 2021-822 DC du 30 juillet 2021.....	<a href="#"><u>160</u></a>
Loi n° 2021-1040 du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire / Conseil constitutionnel 2021-824 DC du 5 août 2021.....	<a href="#"><u>166</u></a>

## **Octobre**

Application de la loi dans le temps.....	<a href="#"><u>170</u></a>
Droit de tirer des forces de l'ordre.....	<a href="#"><u>172</u></a>
Travail dissimulé.....	<a href="#"><u>176</u></a>
Mesure de sûreté – Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions terroristes.....	<a href="#"><u>177</u></a>
Information du droit de se taire.....	<a href="#"><u>180</u></a>

## **Novembre**

<b>Droits des personnes victimes d'infractions commises au sein du couple ou de la famille.....</b>	<b><u>184</u></b>
<b>Application de la loi dans le temps – Décision du Conseil constitutionnel.....</b>	<b><u>185</u></b>
<b>Crimes contre l'humanité – Compétence de la loi pénale française pour des faits commis à l'étranger.....</b>	<b><u>187</u></b>
<b>Surveillance judiciaire.....</b>	<b><u>192</u></b>
<b>Circulation routière .....</b>	<b><u>195</u></b>
<b>Responsabilité civile des membres de l'enseignement public.....</b>	<b><u>196</u></b>
<b>Notification du droit de se taire – Mineur.....</b>	<b><u>196</u></b>
<b>Notification du droit de se taire – Peine.....</b>	<b><u>198</u></b>

# JANVIER 2021

## VIDÉOSURVEILLANCE – ENQUÊTE DE POLICE

*Crim. 8 décembre 2020, arrêt n° 2739, site Cour de cassation, n° 20-83.885, publ. Bull.*

Une enquête préliminaire a été ouverte à la suite d'un renseignement selon lequel une habitation était susceptible d'abriter une plantation de mille pieds de cannabis devant être récoltés sous peu. Les investigations ont permis de découvrir 5 kg d'herbe séchée et abandonnée sur les lieux. Dans le cadre de l'enquête préliminaire, les policiers ont mis en place des surveillances physiques complétées par des moyens vidéo sur la place publique. Une des personnes mises en examen a demandé la nullité des preuves fondées sur la vidéosurveillance, entraînant donc l'annulation des procès-verbaux de surveillance et des actes subséquents.

La chambre de l'instruction a refusé la nullité, se fondant sur deux considérations. D'une part, l'installation de vidéosurveillance enregistrant l'image de personnes se trouvant dans un lieu public est étrangère aux dispositions de l'article 706-96, car ces images sont susceptibles, par nature, d'être vues « *par quiconque* », ce qui signifie qu'elles ne sont pas soumises à un dispositif spécifique de captation et fixation et ne relèvent pas de la protection de la vie privée. D'autre part, « *la mise en œuvre d'un tel dispositif n'implique pas d'acte de contrainte, ni d'atteinte à l'intégrité des personnes dont l'image est ainsi recueillie, ni de saisie, d'interception ou d'enregistrement des paroles de ces personnes et que les officiers de police judiciaire, agissant en préliminaire, tiennent de l'article 14 du Code de procédure pénale le droit de mettre en place et d'exploiter,*

*au surplus avec l'autorisation préalable du procureur de la République et sous le contrôle de celui-ci, un dispositif de vidéosurveillance ayant pour objet, sans le consentement des intéressés, de capter, fixer et enregistrer les images de personnes se trouvant dans un lieu public, afin d'identifier les auteurs ou complices d'infractions ».*

Un pourvoi en cassation est formé contre cette décision en se fondant, à la fois, sur des dispositions internes et européennes puisqu'il vise l'article 14 du Code de procédure pénale et l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHFL). D'une part, l'installation d'un dispositif de vidéosurveillance dans un lieu public « suppose nécessairement une ingérence dans la vie privée », donc ne peut être mise en place sans une autorisation préalable et un contrôle d'un juge. La validation d'un dispositif de vidéosurveillance mis en place par des policiers dans le cadre d'une enquête préliminaire permettant le captage et l'enregistrement d'une image constituerait ainsi une violation de l'article 8 de la CSDHFL garantissant la protection de la vie privée. D'autre part, l'article 14 ne donne pas une autorisation générale aux officiers de police judiciaire, de sorte qu'ils ne peuvent décider de l'utilisation des moyens de vidéosurveillance de leur propre chef.

Si la Chambre criminelle rejette le pourvoi, elle ne valide pas pour autant l'analyse juridique des juges d'instruction et apporte un certain nombre de précisions utiles pour le régime juridique de la vidéosurveillance qui n'est pas spécifiquement prévue par le Code de procédure pénale. L'article 706-96 prévoit la captation, la fixation, la transmission et l'enregistrement de paroles ou d'images dans un lieu privé. Les enquêteurs peuvent obtenir, sur réquisitions, des informations sous toute forme, même numérique, issues de la vidéosurveillance dans le cadre des enquêtes de police. Selon

l'article 60-1, ils peuvent demander directement ces informations dans le cadre de l'enquête de flagrance, alors qu'ils ont besoin de l'autorisation du procureur de la République dans le cadre de l'enquête préliminaire, en vertu de l'article 77-1-1. Mais il n'y a pas de dispositions spécifiques quant à l'utilisation de la vidéosurveillance à des fins probatoires dans le cadre d'une enquête de police. Son utilisation ne pose des problèmes que si elle est considérée comme une atteinte potentielle à la vie privée.

En premier lieu, la Cour de cassation considère que la mise en place de moyens de vidéosurveillance peut constituer une ingérence dans la vie privée et relève, à ce titre, de l'article 8 CSDHLF. Cette précision est utile et importante, car si la vidéosurveillance dans un lieu privé relève incontestablement de la protection de la vie privée, son utilisation sur la voie publique a pu échapper à l'article 8 qui garantit le respect de la vie privée, mais pas de façon absolue. Son deuxième paragraphe autorise d'éventuelles ingérences, à condition qu'elles soient prévues par la loi et que les mesures prévues soient nécessaires et proportionnées au but poursuivi. La Cour de cassation considère que la vidéosurveillance mise en place par les policiers est susceptible de porter atteinte à la vie privée, mais cette ingérence, « *par sa nature même* », présente « *un caractère limité et est proportionné[e] au regard de l'objectif poursuivi* ». Le calcul de proportionnalité auquel procède la Cour de cassation est intéressant puisqu'elle met en balance la protection de la vie privée et les besoins de constatation et de preuve des infractions. L'atteinte à la vie privée devient admissible et tolérable uniquement si elle est d'une gravité relative (« *limitée dans le temps* »), alors que l'infraction poursuivie doit être d'une gravité suffisante (« *proportionné au regard de l'objectif poursuivi* »). Donc, la gravité de l'infraction surveillée compense et surplombe la gravité de l'atteinte à la vie privée. Mais cette dernière, pour se conformer à

l'article 8 CSDHLF, doit aussi « être prévue par la loi », ce qui oblige les juges à lui trouver un fondement légal.

Ensuite, la Cour de cassation identifie le texte permettant de définir le régime probatoire des moyens de vidéosurveillance utilisés à des fins probatoires. À ce titre, la Cour de cassation rappelle que les enquêteurs ne pouvaient mettre en place des moyens de vidéosurveillance sans autorisation du Procureur de la République. Puisque la vidéosurveillance n'a pas été spécifiquement réglementée par la loi, la Cour de cassation doit se rattacher aux textes généraux définissant les pouvoirs de police déployés dans le cadre de l'enquête. Si l'article 14 du Code de procédure pénale donne pouvoir aux officiers de police judiciaire « de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte », ce pouvoir n'est pas général. La Cour de cassation se place sous l'égide des articles 39-3 et 41 qui définissent les pouvoirs de direction de la police judiciaire attribués au procureur de la République. Selon le premier de ces textes, le procureur peut ainsi adresser des « instructions générales ou particulières aux enquêteurs » et doit même veiller à ce que les investigations « tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient accomplies à charge et à décharge », depuis la loi de 2016 qui a tenté de rapprocher son statut des exigences de l'autorité judiciaire, en vertu de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). Cela permet au procureur de contrôler « la légalité des moyens mis en œuvre par ces derniers, la proportionnalité des actes d'investigation au regard de la nature et de la gravité des faits, l'orientation donnée à l'enquête ainsi que la qualité de celle-ci ». L'article 41 lui donne le pouvoir de « procéde(r) ou fai[re] procéder à tous les actes nécessaires à la recherche et à la poursuite des infractions à la loi pénale ». La Chambre criminelle inscrit la mise en place des moyens de

vidéosurveillance dans ce cadre. L'officier de police judiciaire ne peut pas décider de les utiliser de sa propre initiative, mais il peut les mettre en place à la demande du procureur. C'est la raison pour laquelle la Cour de cassation rejette le pourvoi, même si l'appréciation de la chambre de l'instruction est erronée. « *Le procureur de la République tient des articles 39-3 et 41 du code de procédure pénale le pouvoir de faire procéder, sous son contrôle effectif et selon les modalités qu'il autorise s'agissant de sa durée et de son périmètre, à une vidéosurveillance sur la voie publique, aux fins de rechercher la preuve des infractions à la loi pénale.* » Or, en l'espèce, les juges ont constaté que « *le procureur de la République a spécialement autorisé les enquêteurs à installer le dispositif contesté selon des modalités précises et qu'il en a effectivement assuré le contrôle* ».

Le régime juridique de la vidéosurveillance utilisée dans le cadre de l'enquête de police est ainsi clarifié par la Cour de cassation. Les moyens de vidéosurveillance doivent être ordonnés et contrôlés par le procureur de la République, même s'ils sont mis en place par les officiers de police judiciaire qui ne peuvent agir sur initiative.

(Sur ce même arrêt, voir [La Veille juridique annuelle 2021 de la rubrique « Droit de l'espace numérique »](#), p. 12-15)



## BRÈVES

### RESPONSABILITÉ PÉNALE DE LA PERSONNE MORALE – MODULATION DE L'APPLICATION DES REVIREMENTS DE JURISPRUDENCE DANS LE TEMPS – FRAUDE À LA LOI

*Crim. 25 novembre 2020, n° 18-86955, publ. Bull.*

La Chambre criminelle a opéré un important revirement de jurisprudence dans cet arrêt et a apporté de nombreuses précisions en matière de principes généraux du droit.

S'alignant sur la jurisprudence européenne, à la fois émanant de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne, la Cour de cassation décide qu'une société absorbante peut endosser la responsabilité pénale pour l'infraction commise par la société absorbée avant l'opération de fusion. Auparavant, elle considérait que l'absorption était l'équivalent du décès de la personne physique et qu'elle éteignait l'action publique. En même temps, la responsabilité pénale ne pouvait être transférée à la société absorbante en vertu de la personnalité des peines. Dorénavant, la société absorbante peut subir une peine patrimoniale en application d'une directive et de la jurisprudence européennes. Cette interprétation répressive permet que la fusion-acquisition ne fasse obstacle à la responsabilité pénale d'une société ayant commis une infraction pénale et qui souhaiterait échapper à la condamnation. Mais l'arrêt procède à une articulation des principes généraux dont l'importance semble dépasser la solution technique retenue par les juges.

En premier lieu, intrinsèquement, ce revirement de jurisprudence s'appuie sur les règles européennes, soulignant une nouvelle fois

l'influence considérable et toujours croissante du droit européen en droit pénal. Les règles européennes peuvent, désormais, s'opposer à certains principes généraux du droit pénal.

Ensuite, la Cour de cassation décide de moduler l'application du revirement de jurisprudence dans le temps et d'appliquer la nouvelle solution uniquement aux faits commis après la formulation de la nouvelle règle. Si elle vise le principe de prévisibilité juridique, elle aboutit à l'interdiction de l'application de la solution de l'espèce au cas de l'espèce, ce qui soulève certaines interrogations au regard du principe de légalité pénale et d'interdiction des arrêts de règlement. La jurisprudence semble désormais soumise au principe de non-rétroactivité de la norme pénale plus sévère, que cette norme émane du législateur ou du juge. La nature et la philosophie du droit pénal français s'en trouvent considérablement affectées et modifiées. Désormais, le juge devient l'égal du législateur et ne se contente plus d'appliquer la règle à l'espèce qui lui est soumise, mais formule une règle générale valant pour l'avenir. Aussi louable soit l'intention de la Chambre criminelle, cette position doit être sérieusement analysée et évaluée à l'avenir.

Enfin, lorsque l'opération de fusion « *constitue une sorte de fraude à la loi* », la responsabilité pénale de toutes les sociétés, au-delà de celles prises en compte par le droit européen, doit pouvoir être engagée. Si l'on peut être perplexe quant à la formule employée par la Chambre criminelle qui suggère que l'opération n'est pas véritablement une fraude à la loi, le malaise est encore plus fort lorsque les juges décident de retenir la responsabilité pénale de la personne absorbante dans l'espèce qui leur est soumise, car il s'agit « *d'un principe qui n'était pas imprévisible, il reçoit une application immédiate et s'applique en conséquence à toutes les fusions, quelle que soit leur date* ». L'office du juge consistant à dire le droit dans une affaire doit désormais être justifié par l'intermédiaire des règles

européennes qui examinent la prévisibilité des normes afin d'en valider l'application.

Le droit pénal français, sous pression et influence du droit européen, se soumet ainsi au modèle du droit anglais et prend en compte, à la fois, les sources formelles, la loi et le règlement, ainsi que les sources matérielles, la jurisprudence, en droit pénal. Le juge fait un pas de plus dans l'acquisition d'un statut qui le rapproche d'un véritable pouvoir au sein de l'État plutôt que celui d'une simple autorité judiciaire.

## POLLUTION – RESPONSABILITÉ PÉNALE DU CAPITAINE

*Crim. 24 novembre 2020, n° 19-87651, publ. Bull.*

Le centre de sécurité des navires de Marseille a procédé à un contrôle du combustible utilisé par un navire de croisière. Les analyses ont révélé un taux en soufre supérieur à celui autorisé par le Code de l'environnement. D'ailleurs, ce dépassement était indiqué sur le bon de soutage. Le capitaine ainsi que la société propriétaire et exploitante du navire ont été poursuivis pour pollution de l'air en raison de l'utilisation, par un navire en mer territoriale, de combustible dont la teneur en soufre est supérieure aux normes autorisées. Condamnés par le tribunal correctionnel, ils ont interjeté appel. La Cour d'appel relaxe le capitaine en considérant qu'il suivait « *les instructions de sa compagnie* » et qu'il « *pouvait légitimement penser qu'elles étaient conformes à la législation qu'il devait respecter* ». En effet, le capitaine déclarait ne pas avoir eu connaissance des obligations particulières françaises, car les normes sont fluctuantes d'un pays à l'autre, et qu'il n'avait aucune marge d'appréciation puisque la décision d'approvisionnement en carburant était prise par un service

spécialisé de la société. La Cour de cassation casse l'arrêt de relaxe en considérant que « *le capitaine, garant de la sécurité du navire et de son équipage, de la protection de l'environnement et de la sûreté, et tenu personnellement à ce titre de connaître et de faire respecter les règles relatives à la pollution par les rejets des navires, devait s'assurer de la conformité à la législation du combustible utilisé* ». Ainsi, la simple détention du bon de soutage indiquant la teneur en soufre qui n'est pas conforme à la celle autorisée par la législation permet d'établir la violation consciente de la norme.

## LOYAUTÉ DE LA PREUVE

*Crim. 1<sup>er</sup> décembre 2020, n° 20-82.078, publ. Bull.*

Les faits sur lesquels se prononce l'arrêt rendu par le Cour de cassation le 1<sup>er</sup> décembre 2020 sont très connus, car ils ont été largement médiatisés puisqu'ils touchaient un membre du cabinet du Président de la République, M. A.B. Une vidéo montrant un homme portant un casque avec les insignes CRS en train de frapper un manifestant lors d'un rassemblement a été relayée sur les réseaux sociaux. L'affaire a pris une grande ampleur lorsque les journaux ont révélé qu'il s'agissait d'un conseiller du Président de la République. Une information a été ouverte et l'homme mis en examen et placé sous contrôle judiciaire, avec interdiction d'entrer en contact avec quatre autres personnes impliquées dans l'affaire. Un site de média en ligne a publié un article et des enregistrements sonores montrant que M. A.B. a eu des conversations avec une des ces personnes, un gendarme réserviste au sein de la Garde républicaine. Une enquête a été ouverte pour déterminer l'origine de ces enregistrements. Si les journalistes ont accepté de les

remettre aux enquêteurs, ils ont invoqué le droit à la protection des sources pour ne pas indiquer leur provenance, qui n'a pas pu être déterminée par les investigations de la police technique et scientifique. M. A.B. a demandé la nullité de ces enregistrements, demande refusée par la chambre de l'instruction.

Un pourvoi en cassation est formé. Le moyen soutient qu'il y a un sérieux doute quant au fait que l'enregistrement ait été effectué par les journalistes, une partie privée. Il serait impossible d'exclure que l'enregistrement ait été effectué par les autorités publiques et ensuite remis aux journalistes. Dans ce cas, la régularité de la preuve serait compromise car elle serait déloyale. Or, la chambre de l'instruction considère que cette question affecterait la validité de la preuve et pas la régularité de la procédure.

La Cour de cassation rejette le pourvoi, même si elle en approuve une partie de la démonstration. En effet, les impératifs de légalité et de loyauté de la preuve ne peuvent affecter la validité de la preuve sans rejaillir sur la régularité de la procédure, puisqu'elle repose sur les preuves. Or, les obligations de loyauté et de légalité dans le recueil de la preuve pèsent uniquement sur l'autorité publique, donc les journalistes, en tant que personnes privées, en sont exclus. Les investigations menées n'ont pas pu écarter, avec certitude, l'intervention de l'autorité publique dans le recueil des preuves. Néanmoins, deux éléments permettent à la Cour de cassation d'écarter toute critique. D'une part, des investigations sérieuses et complètes ont été menées pour identifier la source de l'enregistrement. Cet argument rappelle la philosophie de la Convention européenne des droits de l'Homme qui double les droits fondamentaux d'une obligation procédurale d'identification et de mise en œuvre des moyens. Tant que les autorités publiques ont rempli cette obligation positive, l'absence de résultat ne peut leur être imputée, car elle constitue une obligation de moyen, pas de

résultat. D'autre part, il n'est pas possible d'invalider des preuves au simple motif que « *les conditions de leur recueil restent incertaines* ». La formule de la Cour de cassation est intéressante, même si elle ne paraît pas exempte de critique. En effet, on semble assister à une inversion des principes. Normalement, le doute profite toujours à la personne mise en cause. Mais pas dans cette hypothèse où le doute sur les modalités de recueil de la preuve profite à la partie poursuivante qui obtient la validation de la preuve au bénéfice du doute...

(Sur ce même arrêt, voir [La Veille juridique annuelle 2021 de la rubrique « Droit de l'espace numérique »](#), p. 10-12)

## **SAISIE – DROITS DE LA DÉFENSE - CORRESPONDANCES ENTRE UN AVOCAT ET SON CLIENT**

*Crim. 25 novembre 2020, n° 19-84.304, publ. Bull.*

Le juge des libertés et de la détention a autorisé la Direction régionale des entreprises de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Auvergne Rhône-Alpes (DIRECCTE) à procéder à des opérations de visite et saisies au sein d'une société. Les agents ont procédé à la saisie de courriers électroniques constituant des correspondances échangées entre l'avocat et son client. Le premier président a rendu une ordonnance décidant d'annuler la saisie des correspondances entre l'avocat et son client et ordonnant leur retrait de la procédure, décision contestée par pourvoi.

La Cour de cassation décide de casser et d'annuler l'ordonnance d'annulation en raison du contexte spécial de la procédure. L'article 66-5 de la loi du 31 décembre 1971 prévoit qu'en « *toutes matières,*

*que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat (...) sont couvertes par le secret professionnel* ». Dans un arrêt de principe rendu le 24 avril 2013 (n° 12-80331), la Chambre criminelle avait dessiné un régime spécial de ces correspondances, se fondant expressément sur les pouvoirs d'enquête en matière de liberté des prix et de la concurrence : « *Le pouvoir reconnu aux agents de l'Autorité de la concurrence par l'article L. 450-4 du Code de commerce, de saisir des documents et supports informatiques, trouve sa limite dans le principe de la libre défense qui commande de respecter la confidentialité des correspondances échangées entre un avocat et son client et liées à l'exercice des droits de la défense* ». Dans l'arrêt du 25 novembre 2020, elle rappelle que la règle spéciale prévaut sur la règle générale et que le régime spécial des enquêtes en matière de concurrence l'emporte sur le droit commun, mais dans le cadre strict du respect de ses conditions. Le pouvoir des enquêteurs se trouve limité uniquement dans l'hypothèse selon laquelle les correspondances sont relatives aux droits de la défense. Le client qui se prévaut de la nullité de la saisie des correspondances avec son avocat devra faire la preuve du lien avec l'exercice des droits de la défense, sous peine de ne pas profiter de la limitation des pouvoirs d'enquête. La nullité n'est donc pas automatique, mais soumise à cette condition.





# FÉVRIER 2021

## **LOI N° 2020-1672 DU 24 DÉCEMBRE 2020 RELATIVE AU PARQUET EUROPÉEN, À LA JUSTICE ENVIRONNEMENTALE ET À LA JUSTICE PÉNALE SPÉCIALISÉE**

La loi du 24 décembre 2020 n'est pas tant un cadeau de Noël que l'adoption d'une série de mesures qui permettent de mettre en conformité le droit pénal avec une série de mesures européennes et des corrections rendues nécessaires par la jurisprudence du Conseil constitutionnel ou de la Cour de cassation. Au delà de l'eupéanisation du droit pénal, elle témoigne de la montée en puissance des procédures dérogatoires, phénomène classique depuis plusieurs années, et du développement du rôle des procureurs, accentuant leur place prépondérante au sein de la phase préalable au jugement.

### **I. LES DISPOSITIONS RELATIVES AU PARQUET EUROPÉEN**

Le règlement européen du 12 octobre 2017 a créé un nouvel organe européen, le Parquet européen. S'il ne regroupe pas l'ensemble des pays membres de l'Union européenne, il a été adopté dans le cadre d'une coopération renforcée. La loi du 24 décembre 2020 adapte la législation française à cette nouvelle institution européenne.

Organe indépendant, doté de la personnalité juridique, le Parquet européen se compose d'un procureur européen, fonction assumée par Laura Codruta Kövesi, de deux adjoints et de 22 procureurs nommés pour une durée de sept ans non renouvelables. Ils sont en charge du suivi général des affaires, de la gouvernance du Parquet et de la définition de sa politique. Ensuite, le Parquet se compose de

chambres permanentes qui supervisent et dirigent les enquêtes et de procureurs européens délégués qui mènent les enquêtes et les poursuites pénales. Ce dernier échelon devait être précisé par la législation française, car ils constituent la passerelle entre l'échelon national et l'échelon européen. À ce titre, ils sont intégrés dans le Code de procédure pénale, aux articles 696-108 et suivants.

La compétence du Parquet européen est strictement définie et est limitée *ratione materiae et ratione temporis*. Il peut connaître des auteurs et complices d'infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne prévues par la directive du 5 juillet 2017 et seulement si elles ont été commises après le 20 novembre 2017. Cela concerne, pour l'instant, la fraude à la TVA, les infractions de corruption, de détournement de fonds publics, d'abus de confiance et de blanchiment. Il ouvre des enquêtes lorsque les fraudes concernant les fonds de l'UE sont supérieurs à 10 000 euros ou en cas de fraude transfrontalière à la TVA lorsque le préjudice est supérieur à 10 millions d'euros. Cependant, la volonté de l'Union européenne, exprimée autant dans le Traité de Lisbonne que dans les travaux préparatoires à l'adoption du Parquet européen, est d'élargir sa compétence aux infractions graves transfrontières, ce qui signifie qu'il est appelé à monter en puissance.

Le procureur européen délégué exerce les attributions du procureur de la République et du procureur général, y compris pour l'exercice des voies de recours. Mais, en même temps, il peut constituer une équipe commune d'enquête, avec le consentement des autres États et après avoir informé le ministre de la Justice. Ce positionnement montre son double ancrage – national et européen. La compétence de jugement de ces affaires est réservée au Tribunal judiciaire de Paris et à la Cour d'appel de Paris. Si la saisine du Parquet européen est simple, elle se fait par l'intermédiaire du procureur de la

République compétent, elle prime sur la compétence nationale. C'est la raison pour laquelle le procureur national et le juge d'instruction doivent attendre la décision du Parquet européen (article 696-134). À ce titre, le juge d'instruction ne peut pas statuer sur la recevabilité d'une action civile dans cette affaire, raison pour laquelle le délai de prescription se trouve suspendu pendant ce délai.

Le mécanisme mis en œuvre à l'article 696-112 présente une double spécificité. D'une part, le modèle du Parquet européen s'inscrit dans un modèle de compétence primauté, qui s'éloigne du modèle de subsidiarité généralement retenu dans le cadre européen ou international. Cela signifie que la compétence du Parquet européen prime sur la compétence nationale et sa saisine opère automatiquement l'obligation de se dessaisir pour les autorités nationales. D'autre part, le modèle retenu crée un nouveau déséquilibre en procédure pénale française. En effet, la saisine du Parquet européen entraîne le dessaisissement du juge d'instruction. Si le parallélisme des formes rend facile le dessaisissement d'un procureur au profit d'un autre, il en est autrement pour le juge d'instruction qui fait incontestablement partie de l'autorité judiciaire, alors que les discussions sont permises pour l'appartenance du procureur à cette catégorie. Le procureur européen délégué continue les investigations dans le cadre procédural préalablement utilisé par la procédure nationale.

Les cadres procéduraux ouverts aux procureurs européens délégués sont très larges puisqu'ils peuvent agir selon les dispositions applicables à l'enquête de flagrance, à l'enquête préliminaire, au Code des douanes, mais aussi, de manière plus novatrice et étonnante, à l'instruction, lorsqu'il est nécessaire de recourir à des actes qui ne sont possibles que dans ce cadre ou de mettre en

examen la personne ou la placer sous le statut de témoin assisté. Cela conduit à des aménagements spécifiques de la procédure. Ainsi, les dispositions relatives aux réquisitoires, introductifs ou supplétifs, ne sont pas applicables. Mais, surtout, le procureur européen délégué devient compétent pour certains actes réservés au juge d'instruction dans la procédure nationale – la mise en examen, les auditions, confrontations, interrogatoires, commissions rogatoires, expertises, mandats de recherche, de comparution, d'amener, le placement, la modification ou le maintien du contrôle judiciaire (avec une possibilité de recours devant le juge des libertés et de la détention). En revanche, l'assignation à résidence sous surveillance électronique ou le placement en détention provisoire sont réservés au juge des libertés et de la détention après réquisitions écrites et motivées du procureur européen délégué et après débat contradictoire. Si le procureur européen délégué ne peut pas décider de ces deux dernières mesures, il peut les modifier dans le sens d'un allègement et décider de supprimer ou modifier certaines obligations les assortissant. De même, la décision de décerner un mandat d'arrêt ne peut être prise que par le juge des libertés et de la détention, mais le procureur européen délégué peut la mettre à exécution sous la forme d'un mandat d'arrêt européen. Les interceptions de correspondance, les mesures de géolocalisation, les techniques spéciales d'enquêtes, l'infiltration, les saisies spéciales sont décidées exclusivement par le juge des libertés et de la détention. Le procureur européen délégué se conforme strictement aux dispositions en matière de perquisition et saisie et ne peut agir autrement que dans le cadre de la flagrance ou avec l'assentiment de la personne.

La procédure garantit les droits des parties à la procédure, la personne mise en cause, comme la victime, qui peut se constituer

partie civile. Elles peuvent être assistées d'un avocat, avoir accès au contenu de la procédure et exercer les différentes demandes et voies de recours prévues.

Lorsque la procédure lui paraît terminée, le procureur européen délégué en avise les parties et leurs avocats. Elles peuvent présenter des observations et des requêtes dans les délais fixés par les textes. À l'issue de ce délai, il procède au règlement du dossier et rend une ordonnance. Il est possible de noter, encore une fois, que le procureur européen délégué agit ici comme un juge et se substitue totalement au juge d'instruction.

Les modes alternatifs au jugement sont prévus et encouragés. Ainsi, le procureur peut proposer à la personne physique une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. De la même manière, il peut proposer à la personne morale la procédure de l'article 41-1-2 – la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Cette dernière n'entraîne pas de déclaration de culpabilité et n'a pas les effets d'un jugement de condamnation, mais a le mérite de proposer des amendes d'un montant très élevé.

L'introduction du Parquet européen semble mettre le droit français à un double défi. D'une part, l'Union européenne revendique de plus en plus une politique pénale ambitieuse s'éloignant des analyses traditionnelles de droit pénal. D'autre part, l'effacement du juge d'instruction au profit du procureur européen délégué présage d'un transfert de pouvoirs juridictionnels vers ce dernier. Réforme pénale envisagée pendant un temps, cela relance le débat sur la survie du juge d'instruction ou sur le juridicisation des enquêtes. Elle s'accompagne, de surcroît, d'autres mesures qui semblent aller dans le même sens.

## II. LES DISPOSITIONS RELATIVES À LA JUSTICE PÉNALE SPÉCIALISÉE

La loi du 24 décembre 2020 continue à accentuer la lutte contre la délinquance organisée, économique et financière et le terrorisme. À ce titre, elle renforce les compétences et pouvoirs des Parquets spécialisés face au ministère public compétent en droit commun.

Le nouvel article 43-1 du Code de procédure pénale prévoit que lorsque le ministère public dispose « *d'une compétence spécialisée et concurrente qui s'étend aux ressorts d'autres tribunaux judiciaires, spécialisés ou non, cette compétence s'exerce de façon prioritaire sur celle des parquets près ces tribunaux tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement* », ce qui conduit ces Parquets à se dessaisir, sans délai, à son profit.

Le procureur de la République anti-terroriste, créé par la loi du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice, détient une compétence nationale pour les infractions terroristes et les infractions connexes. Il voit sa compétence doublement étendue par la loi du 24 décembre 2020, tirant toutes les conséquences de l'extension de sa compétence aux crimes contre l'humanité. D'une part, il est chargé de l'exécution des demandes d'entraide judiciaire émanant de la Cour pénale internationale. D'autre part, il représente le ministère public dans les audiences relatives aux crimes contre l'humanité, de torture, de disparition forcée ou aux crimes et délits de guerre. Il est expressément précisé qu'il est compétent pour les infractions relevant de la compétence du Tribunal international « *en vue de juger les personnes présumées responsables de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991* ».

Si la lutte contre la criminalité et la délinquance organisées est peu abordée, les dispositions relatives à la lutte contre la délinquance économique et financière sont bien plus importantes. En premier lieu, le procureur national financier reçoit compétence en matière d'infractions relatives aux règles de la concurrence. Ensuite, la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) est modifiée. Cette alternative aux poursuites réservée aux personnes morales, créée par la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, a le vent en poupe et est destinée à un développement important. Désormais, l'article 180-2 du Code de procédure pénale n'exige plus la condition selon laquelle « *la personne morale mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue* ». Cette précision est conforme à la nature de cette mesure de justice transactionnelle qui n'emporte pas déclaration de culpabilité. Si elle a été initialement prévue pour les faits de corruption et atteintes à la probité, la loi de 2020 l'étend aux faits de blanchiment de ces mêmes infractions. La modification est logique et tend à étendre la procédure dédiée aux infractions de conséquence des faits de corruption.

Si les procédures relatives aux autres types de délinquances sont marginalement modifiées, la justice environnementale est plus particulièrement redessinée par cette réforme.

En premier lieu, dans la continuité du succès de la convention judiciaire d'intérêt public en matière économique, la loi de 2020 crée l'article 41-1-3 dans le Code de procédure pénale qui l'étend à la matière environnementale. La CJIP peut être proposée à une personne morale poursuivie pour un ou plusieurs délits prévus par le Code de l'environnement et autres infractions connexes, à l'exclusion des crimes et délits contre les personnes prévus par le Livre II du Code pénal. La convention peut imposer trois types



d'obligations. La première est identique à celle imposée en matière de corruption puisqu'il s'agit d'une amende d'intérêt public fixée de manière proportionnée, le cas échéant au regard des avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements, dont le versement peut être échelonné sur une durée maximale d'un an. La deuxième obligation, inspirée par la matière économique, est adaptée au droit de l'environnement et prévoit « *un programme de mise en conformité d'une durée maximale de trois ans, sous le contrôle des services compétents du ministère chargé de l'environnement* » permettant de régulariser sa situation au regard de la loi ou des règlements applicables. La troisième obligation est spécifique au contentieux environnemental puisqu'il porte sur la réparation du préjudice écologique résultant des infractions commises, dans un délai maximal de trois ans. Les frais générés par le recours aux experts ou agents du ministère sont supportés par l'entreprise, dans la limite d'un montant fixé par convention. S'y ajoute la réparation du préjudice subi par la victime, qui doit intervenir dans un délai maximal d'un an. La convention et les modalités de réparation sont rendues publiques.

Si la sanction transactionnelle s'impose en droit de l'environnement, le législateur veille aussi à la plus grande spécialisation de la justice en la matière. Les préoccupations écologiques se sont accentuées dans le monde entier et la réponse judiciaire se renforce. La loi maintient les Pôles interrégionaux spécialisés en matière d'atteinte à l'environnement et à la santé publique (articles 706-2 à 706-2-2 du Code de procédure pénale) pour les infractions les plus graves, regroupant des atteintes à la personne humaine ou des infractions des Codes de la santé publique, de l'environnement, du travail, du

sport, etc. Désignés par décret, ils siègent à Paris et Marseille. Mais la loi du 24 décembre 2020 crée un deuxième chapitre, se composant d'un article unique – 706-2-3 – relatif aux Pôles régionaux spécialisés en matière d'atteinte à l'environnement. « *Dans le ressort de chaque cour d'appel, la compétence territoriale d'un tribunal judiciaire est étendue au ressort de la cour d'appel pour l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement des délits* » expressément énumérés par le texte et « *qui sont ou apparaîtraient complexes, en raison notamment de leur technicité, de l'importance du préjudice ou du ressort géographique sur lequel elles s'étendent* ». Sont expressément exclues les infractions relevant de la criminalité et de la délinquance organisées (article 706-75), ainsi que la pollution des eaux maritimes par rejet des navires (706-107). Dans le cadre de ces juridictions, il y aura une section du Parquet et des formations d'instruction et de jugement spécialisées exerçant une compétence concurrente aux autres juridictions sur le ressort de la cour d'appel. Ils sont compétents pour les atteintes à l'environnement mais aussi pour les aspects civils de ces mêmes affaires. Ils pourront s'appuyer sur des inspecteurs de l'environnement compétents pour la recherche et la constatation des infractions portant atteinte à l'environnement, en application de l'article L. 172-1 du Code de l'environnement, affectés à l'Office français de la biodiversité, qui disposeront des mêmes prérogatives et obligations que celles attribuées aux officiers de police judiciaire. La « surspécialisation » de la justice environnementale s'accompagne d'attributs en matière de constatation et preuve des infractions (les inspecteurs de l'environnement) mais aussi en diversifiant l'éventail des sanctions (la CJIP en matière environnementale) et l'effectivité de la réponse pénale. À ce titre, les infractions s'échelonnent selon une gradation de gravité à trois

degrés, allant des plus graves, réservées aux Pôles interrégionaux de Paris et Marseille, en passant par les infractions graves, mais sans caractère exceptionnel, relevant de la compétence des nouveaux pôles régionaux, jusqu'aux affaires courantes dont pourront continuer à connaître toutes les juridictions.

## **BRÈVES**

### **LIBERTÉ D'EXPRESSION**

*Cour européenne des droits de l'Homme, 14 janvier 2021,  
Mediapart c/ France*

En 2009, une sombre affaire opposa Liliane Bettencourt à sa fille au sujet de donations importantes consenties au bénéfice d'un photographe. Des enregistrements effectués par le maître d'hôtel au domicile de Liliane Bettencourt ont été remis aux policiers dans le cadre de la procédure. Deux journalistes de *Mediapart* ont décidé de publier de larges extraits de ces enregistrements. Le chargé d'affaires de Liliane Bettencourt a demandé le retrait des extraits car étant issus d'enregistrements illicites et constituant une atteinte à la vie privée, délit puni au titre des articles 226-1 et suivants du Code pénal. La présidente du Tribunal de grande instance (TGI) de Paris a rejeté la demande, considérant qu'elle reviendrait à exercer une censure sur des informations relatives à l'intérêt général. La Cour de cassation a cassé cet arrêt et la Cour d'appel de renvoi a suivi cette analyse en condamnant les journalistes à retirer le contenu illicite sous peine d'astreinte. La Cour de cassation a rejeté leur pourvoi, ce qui les a conduits à saisir la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH). La CEDH écarte la violation de l'article 10

et semble suivre la voie tracée par la Chambre criminelle de la Cour de cassation.

L'injonction de retrait formulée par les juges doit s'analyser comme une ingérence de l'autorité publique dans la liberté d'expression des journalistes. À ce titre, il convient d'en examiner les conditions. L'ingérence était prévue par la loi, autant le Code de procédure pénale que le Code pénal. Et cette dernière référence est particulièrement importante, car la CEDH vise les articles 226-1 et 226-2, définissant les atteintes à la vie privée et protégeant le domicile, qui pouvaient être mobilisées pour appréhender ces interceptions illicites. Il devient ainsi nécessaire d'établir une balance entre l'article 10 (la liberté d'expression) et l'article 8 (la protection de la vie privée). La Cour rappelle qu'en contrepartie de l'article 10, les journalistes assument « *des devoirs et des responsabilités* ». L'article 10 ne leur offre pas une protection inattaquable et ne les soustrait pas aux lois pénales de droit commun. Lors de la transcription des enregistrements clandestins, les journalistes étaient parfaitement conscients qu'ils portaient atteinte à la vie privée de Liliane Bettencourt, ce qui aurait dû les conduire à faire preuve « *de prudence et de précaution* ». Les juges français avaient souligné « *la dimension spectaculaire inutile* » de l'accès aux enregistrements, alors qu'ils avaient d'autres moyens de rendre compte de l'affaire en cours. L'appartenance d'un individu à la catégorie des personnalités publiques n'autorise pas les médias à transgresser les principes déontologiques et éthiques et légitimer les intrusions dans la vie privée. L'intérêt public de ces informations devait d'effacer devant la protection de la vie privée de Liliane Bettencourt.

Il est intéressant de voir que les juges européens assortissent leur décision de plusieurs conditions, ce qui nous donne à voir une

typologie complexe d'application de l'article 10. D'une part, toutes les personnalités publiques bénéficient de la protection de leur vie privée, « a fortiori, *lorsqu'elles n'exercent pas de fonctions officielles* ». D'autre part, les sites Internet de communication, même si leur accès est limité et payant, ont une plus grande capacité à emmagasiner et à diffuser l'information, de sorte que leur devoir à cet égard se trouve renforcé.

La mesure de suppression de l'accès aux enregistrements est considérée comme adéquate, indépendamment du fait qu'elle ait été reprise par d'autres journaux, ou que ces informations aient été débattues lors du procès pénal. La différence vient du fait que le procès pénal permet de débattre et de discuter contradictoirement ces éléments, ce qui n'est nullement le cas pour le journal. Par ailleurs, les journalistes ont été relaxés dans le cadre de la procédure pénale initiée à leur encontre et ont pu publier des articles relatifs à cette affaire retentissante. La CEDH se range donc à l'avis de la juridiction interne et approuve « *sa mise en balance* ». L'injonction prononcée était nécessaire dans une société démocratique et proportionnée pour assurer le respect de la vie privée.

## **DÉLIT D'INTRUSION DANS UN ÉTABLISSEMENT D'ENSEIGNEMENT SUPÉRIEUR**

***Conseil constitutionnel, DC n° 2020-810 du 21 décembre 2020***

La loi de programmation de la recherche pour les années 2021-2030 portant diverses dispositions relatives à la recherche et à l'enseignement supérieur devait introduire un nouvel article dans le Code de l'éducation réprimant l'intrusion dans l'enceinte d'un

établissement d'enseignement supérieur qui était censé le protéger des intrusions, des occupations illégales et dégradations commises lors de différentes manifestations. Il est défini comme « *le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement supérieur sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes, dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement* ». La création de ce délit est critiquée, car elle représenterait un « cavalier législatif » introduit en première lecture sans lien avec le projet initial. Il méconnaîtrait « *le droit d'expression collective des idées et des opinions ainsi que le principe de légalité des délits et des peines* » et « *il contreviendrait également aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines* ». Sans examiner ces griefs de fond, le Conseil constitutionnel le censure comme étant un cavalier législatif ne présentant aucun lien direct ou indirect avec les autres dispositions du projet de loi.

## PERQUISITION – MAJEUR PROTÉGÉ

*Conseil constitutionnel, 15 janvier 2021, QPC n° 2020-873*

L'article 706-113 du Code de procédure pénale fait obligation au procureur de la République ou au juge d'instruction d'aviser le tuteur ou le curateur en cas de poursuites engagées à l'encontre d'un majeur protégé. Une question prioritaire de constitutionnalité vise ces dispositions qui « *méconnaîtraient les droits de la défense et le droit à un procès juste et équitable en ce qu'elles ne prévoient pas, lorsqu'une perquisition est envisagée au domicile d'un majeur protégé dans le cadre d'une enquête préliminaire, que son curateur ou son tuteur en soit préalablement averti. Selon lui, en l'absence de cette garantie, le majeur protégé risquerait, s'il n'est pas assisté de son*

*curateur ou de son tuteur, de donner son assentiment à la perquisition et ainsi d'exercer ses droits sans discernement* ». Le Conseil constitutionnel relève d'office le grief d'inviolabilité du domicile en ne prévoyant pas que le curateur ou le tuteur d'un majeur protégé soit averti d'une perquisition effectuée dans le cadre d'une enquête préliminaire. En effet, « *en ne prévoyant pas que l'officier de police judiciaire ou l'autorité judiciaire sous le contrôle de laquelle est réalisée la perquisition soit, en principe, tenu d'avertir le représentant d'un majeur protégé lorsque les éléments recueillis au cours de l'enquête préliminaire font apparaître que la personne fait l'objet d'une mesure de protection juridique révélant qu'elle n'est pas en mesure d'exercer seule son droit de s'opposer à la réalisation de cette opération* », c'est le principe d'inviolabilité du domicile qui se trouve violé. La déclaration d'inconstitutionnalité est assortie d'effet différé, car l'abrogation immédiate produirait des effets excessifs étant donné qu'elle annulerait la protection offerte aux majeurs protégés par l'information des tuteurs en cas de poursuites. L'abrogation des dispositions est reportée au 1<sup>er</sup> octobre 2021.

## **PRESCRIPTION D'INFRACTION FISCALE – UTILISATION DU TRUST DANS UNE SUCCESSION**

***Crim. 6 janvier 2021, n° 18-84570, publ. Bull.***

C'est une nouvelle étape dans la procédure relative à la succession Wildenstein, célèbre marchand d'art, qui a déjà abouti à plusieurs décisions judiciaires et du Conseil constitutionnel. Dans son arrêt du 6 janvier 2021, la Chambre criminelle a apporté une double précision.

D'une part, se posait la question de la prescription de la fraude

fiscale. Ce délit est défini à l'article 1741 du Code général des impôts comme le comportement d'une personne qui s'est « *frauduleusement soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts visés dans la présente codification, soit qu'il ait volontairement omis de faire sa déclaration dans les délais prescrits, soit qu'il ait volontairement dissimulé une part des sommes sujettes à l'impôt, soit qu'il ait organisé son insolvabilité ou mis obstacle par d'autres manœuvres au recouvrement de l'impôt, soit en agissant de toute autre manière frauduleuse* ». En l'espèce, les héritiers avaient procédé à une première déclaration dans le délai de six mois imparti pour l'ouverture de la succession en 2002. Après mise en demeure de l'administration fiscale, ils avaient procédé à une nouvelle déclaration en 2008, reprenant les mêmes éléments que ceux communiqués en 2002. L'administration fiscale a porté plainte pour fraude fiscale en raison de l'omission de nombreux actifs détenus dans des trusts basés à l'étranger. La Cour d'appel de Paris a déclaré prescrit le délit de fraude fiscale par dissimulation dans une déclaration de succession aux motifs que la prescription a commencé à courir lors d'une première déclaration, déposée dans le délai légal de six mois du décès, et que la déclaration litigieuse, portant sur la même succession et les mêmes omissions déclaratives, ne peut constituer un nouveau délit de fraude fiscale, ce délit ayant été définitivement consommé lors de la première déclaration, alors que la seconde déclaration de succession visait à l'établissement et au paiement des droits de mutation à la suite du décès. La Cour de cassation casse cet arrêt en considérant que le dépôt d'une déclaration fiscale qui comporte des omissions, même si elle est tardive par rapport aux règles fiscales la régissant, fait courir le délai spécial de prescription prévu par l'article L 230 du livre des



procédures fiscales. La deuxième déclaration fait donc courir le délai de prescription. La plainte de l'administration fiscale intervient dans les trois ans de la déclaration frauduleuse. À noter que le délai spécial de prescription de l'article L 230 du livre des procédures fiscales a été porté à six ans par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

D'autre part, l'arrêt de la Cour de cassation revient sur l'appréhension des trusts en droit français. Si le droit français a introduit dans ses mécanismes la fiducie, les trusts continuent de poser des questions dans les successions importantes, comme l'affaire Johnny Halliday a pu nous le rappeler. *« Même avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2011-900 du 29 juillet 2011, lorsque le constituant d'un trust de droit étranger, fût-il, aux termes de l'acte de trust, qualifié de discrétionnaire, irrévocable et ne prenant pas fin à son décès, ne s'est pas irrévocablement et effectivement dessaisi des biens placés, ses héritiers sont tenus de les déclarer lors de la succession. Par voie de conséquence, la méconnaissance de cette obligation déclarative est susceptible de caractériser le délit de fraude fiscale. »* Donc, le juge a l'obligation d'étudier le fonctionnement concret du trust pour déterminer si le constituant a continué à exercer des prérogatives du droit de propriété à l'égard des biens logés dans le trust. Dans ce cas, il ne peut être considéré comme s'en étant véritablement dessaisi, ce qui fait naître une obligation déclarative successorale à l'égard de ses héritiers.



# MARS 2021

## DROIT DE SE TAIRE

Le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, que l'on appelle aussi droit de ne pas s'auto-accuser ou s'auto-incriminer, prend sa source dans la présomption d'innocence et le droit au procès équitable. Le Pacte des droits civils et politiques de 1966 le consacre formellement dans son article 14 §3 littéra g, « *toute personne accusée d'une infraction ayant le droit à ne pas être forcée de témoigner contre elle-même ou de s'avouer coupable* », mais lui assigne un domaine d'application relativement restreint. En revanche, la jurisprudence européenne l'ouvre largement en puisant dans l'inspiration du principe « *nemo se ipsum accusare tenetur* ».

« *Même si l'article 6 Conv. EDH ne le mentionne pas expressément, (...) le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est une norme internationalement reconnue et qui est au cœur du procès équitable* » (CEDH 3 mai 2001, *J.B. c/ Suisse*, § 64). S'il est une notion procédurale centrale, « *le droit de se taire et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination sont au cœur de la notion de procès équitable* » (CEDH 8 février 1996, *John Murray c/RU*) ou « *étroitement lié au principe de la présomption d'innocence* » (CEDH 17 décembre 1996, *Saunders c/ Royaume-Uni*, § 68), il revêt aussi un aspect substantiel puisqu'il exclut l'emploi de la force (CEDH Gr. Ch. 11 juillet 2006, *Jalloh c/ Allemagne*) et écarte de la procédure des éléments de preuve recueillis au mépris de l'article 3 interdisant l'usage (CEDH Gr. Ch. 1er juin 2010, *Gäfgen c/Allemagne*) des traitements inhumains, dégradants et de la torture en vue d'obtenir des aveux (CEDH 17 janvier 2007, *Göçmen c/ Turquie*). Son « *but [est] de protéger l'accusé contre une coercition abusive de la part des autorités et, ainsi, d'éviter les erreurs judiciaires et d'atteindre les buts de l'article 6* » (CEDH 10 mars 2009, *Bykov c/ Russie*, § 92).

Le droit de ne pas s'auto-incriminer s'entend largement comme révélant le choix de ne pas s'exprimer oralement devant des policiers, des enquêteurs, des magistrats, mais aussi le droit de refuser de s'exprimer par écrit. S'il connaît plusieurs manifestations, parmi lesquelles le droit de refuser de produire certains documents (CEDH 25 février 1993, *Funke c/ France*) ou de se soumettre à certaines investigations ou prélèvements, la procédure pénale le relie notamment au droit de se taire ou de garder le silence, à tel point qu'une rivalité s'établit entre les deux notions. Si les premières décisions en la matière considèrent le droit de garder le silence comme l'essence même du droit de ne pas s'auto-incriminer, analyse matérialisée par la forme même des motivations considérant l'article 6 comme attribuant le droit pour tout accusé « *de se taire et de ne point contribuer à sa propre accusation* » (CEDH 8 février 1996, *Murray c/ Royaume-Uni*, R.S.C. 1997, p. 476, obs. KOERING-JOULIN), l'ordre de préséance change ultérieurement. Le droit de ne pas s'auto-incriminer est utilisé en premier par les juges, car il est le fondement même de tous les autres droits qui en découlent : il ne peut être admis que des mesures d'investigation portent atteinte « *à la substance même du droit de ne pas s'auto-incriminer et du droit de garder le silence* » (CEDH 21 décembre 2000, *Heaney et Mc Guinney c/ Irlande*, § 55). Le droit de garder le silence devient une manifestation du droit de ne pas s'incriminer : « *Le droit de ne pas s'incriminer soi-même est au cœur de la notion de procès équitable... et il tend principalement au respect de la volonté d'un accusé de garder le silence* » (CEDH 17 décembre 1996, *Saunders c/Royaume-Uni*, § 68).

Le principe général de ne pas s'auto-incriminer peut neutraliser l'obligation de collaborer aux mesures d'investigation. Il s'analyse comme un prolongement naturel des droits de la défense. Ainsi, son respect doit être assuré dans les procédures judiciaires, comme dans

le cadre des procédures administratives, notamment douanières (Crim. 24 février 2009, Bull. n° 46), fiscales, etc. S'il s'applique aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, la question se pose de savoir s'il s'applique à toutes les phases de la procédure pénale. Le droit français a assuré une réception progressive au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination inspiré par la tradition anglaise. Le droit au silence, sujet éminemment classique, même s'il a vu sa force affermie par des réformes successives, se trouve renouvelé et relancé par plusieurs arrêts récents, émanant de juridictions différentes.

***Conseil constitutionnel n° 2020-886 QPC du 4 mars 2021 –  
Information du prévenu du droit qu'il a de se taire devant le juge  
des libertés et de la détention en cas de comparution immédiate***

Le Conseil constitutionnel est saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) relative à l'article 396 du Code de procédure pénale mettant en place la comparution immédiate du prévenu devant le juge des libertés et de la détention (JLD) dans l'hypothèse dans laquelle une mesure de détention provisoire semble nécessaire. Cette procédure méconnaîtrait le principe de la présomption d'innocence, dont découle le droit de se taire, ainsi que les droits de la défense, dans la mesure où elle ne prévoit pas que le JLD doit notifier au prévenu qui comparait devant lui son droit de garder le silence. Cette absence aurait plusieurs conséquences défavorables à l'égard de la personne concernée – le juge doit apprécier les charges, ce qui peut conduire la personne à faire des déclarations auto-incriminantes qui seraient consignées dans le procès-verbal et pourraient être apportées à la connaissance du tribunal chargé de statuer sur sa culpabilité. Naît ainsi « *une différence de traitement inconstitutionnelle entre les prévenus jugés*

*en comparution immédiate selon qu'ils sont traduits devant le tribunal correctionnel le jour même de sa saisine ou seulement après avoir comparu devant le juge des libertés et de la détention, lorsque la réunion du tribunal est impossible le jour même ».*

Le Conseil constitutionnel constate l'inconstitutionnalité de l'article 396 du Code de procédure pénale, car « *lorsqu'il est invité par le juge des libertés et de la détention à présenter ses observations, le prévenu peut être amené à reconnaître les faits qui lui sont reprochés* », alors que, de surcroît, « *le fait même que le juge des libertés et de la détention invite le prévenu à présenter ses observations peut être de nature à lui laisser croire qu'il ne dispose pas du droit de se taire* ». Si la décision du JLD est sans incidence sur la qualification des faits retenus et soumis au tribunal correctionnel, les observations du prévenu consignées dans le procès-verbal sont susceptibles d'être portées à la connaissance de ce tribunal. Le Conseil constitutionnel s'appuie sur l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen qui garantit la présomption d'innocence, de laquelle « *résulte le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire* ».

Sans aucune autre considération, le Conseil constitutionnel décide que l'article 396 porte atteinte au droit de se taire, mais choisit d'aménager ses effets dans le temps. L'inconstitutionnalité est assortie d'effet différé, car l'abrogation prend effet au 31 décembre 2021 afin d'éviter des conséquences manifestement excessives. Les décisions prises sur son fondement ne pourront pas être contestées sur le fondement de l'inconstitutionnalité. En revanche, à compter de la publication de la décision, le JLD intervenant dans le cadre de l'article 396 doit informer le prévenu de son droit de se taire.

Cette décision est intéressante, car elle intervient dans un domaine inattendu et de manière indirecte. En effet, même s'il y a eu de

nombreuses évolutions et contestations sur l'information de se taire dans le cadre de la phase d'enquête, le Code de procédure pénale le prévoyait dans le cadre de l'instruction. Les articles 116, à l'égard du mis en examen, et 113-4, à l'égard du témoin assisté, font obligation au juge d'instruction d'informer la personne « *de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ». Ce droit est indirectement renforcé par le fait que le mis en examen et le témoin assisté ne sont pas soumis à l'obligation de prêter serment, ce qui renforce leur droit au silence, même si les juges peuvent déduire des conséquences négatives de son exercice. Mais si le droit de se taire est un droit général qui perdure tout au long de la procédure, le juge n'est pas obligé de le rappeler à toute nouvel acte de procédure. Ainsi, dans un arrêt récent rendu le 4 novembre 2020, n° 20-84.046, la Chambre criminelle affirme « *qu'aucun texte ne fait obligation au magistrat instructeur, de renouveler, à l'occasion de chaque acte, l'avertissement [de ce] droit [...]* », de sorte que la nullité des actes ne peut être prononcée lorsque la personne ne peut démontrer aucun grief ni aucune atteinte à ses droits. Il convient d'attendre les nouvelles dispositions relatives aux obligations du juge des libertés et de la détention pour avoir le tableau complet des obligations faites aux magistrats.

***Crim. 12 janvier 2021, n° 20-85.841 (QPC) ; Crim. 27 janvier 2021, n° 20-86.037 ; Crim. 9 février 2021, n° 20-86.533 (QPC); Crim. 10 février 2021, n° 20-86.310 (QPC) ; Crim. 16 février 2021, n° 20-86.537 (QPC) ; Crim. 24 février 2021, n° 20-86.537***

La multitude des arrêts relatifs à la notification du droit de se taire démontre un renouvellement et une vivacité de la question dans la jurisprudence récente. Si certaines réponses sont encore attendues,



ces décisions permettent de renforcer la notification du droit de se taire. La Cour de cassation est confrontée à une série de QPC portant sur l'information du droit de se taire, devant les juridictions d'instruction plus particulièrement. Elles prennent une importance particulière à la suite de la transmission de la QPC de décembre 2020 au Conseil constitutionnel qui a abouti à la déclaration d'inconstitutionnalité commentée précédemment.

Les QPC visent l'article 199 du Code de procédure pénale régissant l'audience devant la chambre de l'instruction lorsqu'elle statue en appel et est déclinée selon les différents objets de l'audience.

Dans l'arrêt du 12 janvier 2021, la Chambre criminelle statue sur l'appel soumis à la chambre de l'instruction lorsqu'elle statue sur la requête en nullité de la mise en examen. À cette fin, elle apprécie la comparution personnelle des parties qui ne peuvent pas présenter des observations, mais doivent répondre aux questions que les juges estiment utiles à l'instruction du dossier. Dans ce contexte, la personne peut faire des déclarations, sans avoir reçu notification de son droit de se taire. La QPC considère que ce dispositif est contraire au principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser et aux droits de la défense. La Chambre criminelle décide de transmettre cette question au Conseil constitutionnel.

Lorsque la personne comparaît devant la chambre de l'instruction qui statue sur la détention provisoire, elle n'est pas informée de son droit de se taire « *alors que la chambre de l'instruction doit s'assurer que les conditions légales de la détention provisoire sont réunies, et notamment de l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation de la personne mise en examen aux faits reprochés* (Crim. 14 octobre 2020, n° 20-82.961, publié au bulletin) », ce qui méconnaîtrait les droits et libertés constitutionnellement garantis et plus particulièrement les articles

6, 9 et 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. La Chambre criminelle, dans son arrêt du 9 février 2021, décide de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel, car la personne détenue peut être amenée à faire des déclarations qui resteront au dossier de la procédure. Or, « *en l'absence d'une notification préalable à la personne détenue de son droit de se taire, il pourrait être porté atteinte à son droit de ne pas s'accuser* ». L'arrêt du 16 février porte sur une QPC identique, raison pour laquelle la Cour de cassation décide de ne pas renvoyer au Conseil constitutionnel. En application de l'article R 49-33 du Code de procédure pénale, la Cour de cassation n'est pas tenue de renvoyer au Conseil constitutionnel une question prioritaire de constitutionnalité mettant en cause, par les mêmes motifs, une disposition législative dont le Conseil constitutionnel est déjà saisi, mais elle diffère sa décision jusqu'à l'intervention de la décision.

En revanche, dans son arrêt du 10 février 2021, la Chambre criminelle décide de renvoyer une QPC portant sur le même article 199 et l'absence de l'information du droit de se taire mais appliquée à la procédure de l'appel formé contre une ordonnance de règlement, donc de renvoi devant une juridiction de jugement. La déclaration d'inconstitutionnalité fait planer un doute sérieux sur la constitutionnalité de ces dispositions, mais la Cour de cassation complique la situation en apportant sa propre appréciation de ces dispositions.

Dans l'arrêt du 27 janvier 2021, une personne est mise en accusation devant la Cour d'assises pour violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner par personne ayant autorité sur la victime. Elle fait appel de l'ordonnance du juge d'instruction devant la chambre de l'instruction qui confirme la décision. La personne

forme un pourvoi en cassation dans lequel elle fait valoir la violation de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHLF) dans la mesure où la chambre de l'instruction ne l'informe pas de son droit de répondre aux questions ou de se taire. La Chambre criminelle rejette le pourvoi en estimant « *la personne mise en examen n'a pas comparu au sens de l'article 199 du code de procédure pénale et n'a à aucun moment, au cours des débats, été entendue sur les faits qui lui sont reprochés ou sur la nature des charges pesant sur elle* ». Même si elle affirme un principe général d'information de la personne de son droit de faire des déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire par la chambre de l'instruction, elle le limite au cadre de l'article 199.

Dans l'arrêt du 24 février 2021, une personne est mise en examen et placée en détention provisoire le même jour. Sa demande de mise en liberté est rejetée par le JLD et l'appel confirme cette décision. Il forme un pourvoi en cassation dans lequel il exploite, à la fois, l'inconstitutionnalité et l'inconventionnalité de l'article 199 du Code de procédure pénale, plus particulièrement la procédure devant la chambre de l'instruction statuant sur la détention provisoire. D'une part, la déclaration d'inconstitutionnalité de l'article 199 priverait la décision de base légale puisque la chambre de l'instruction n'a pas informé le mis en examen de son droit de se taire. D'autre part, la méconnaissance de l'obligation d'informer la personne de son droit de se taire constitue une violation de l'article 6 de la CSDHLF. La Cour de cassation écarte facilement la première branche du moyen. En décidant de ne pas renvoyer la QPC formulée par l'intéressé (l'arrêt rendu le 16 février 2021 sus-cité), la Chambre criminelle refuse de statuer dans un délai de temps rapproché et diffère sa décision, même si l'individu est privé de sa liberté. La seconde

branche du moyen retient l'attention.

La Chambre criminelle assure une interprétation large au droit à l'information issu de l'article 6 CSDHLF dans la mesure où « *une juridiction prononçant un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité ne peut tenir compte, à l'encontre de la personne poursuivie, de déclarations sur les faits effectuées par celle-ci devant cette juridiction ou devant une juridiction différente sans que l'intéressé ait été informé, par la juridiction qui les a recueillies, de son droit de se taire, lorsqu'une telle information était nécessaire* ». Or, la Cour de cassation estimait précédemment (Crim. 7 août 2019, n° 19-83.508) que cette information n'avait pas à être donnée lors d'une audience au cours de laquelle est examinée la détention provisoire de la personne mise en examen, car son audition a pour objet non pas d'apprécier la nature des indices pesant sur elle, mais d'examiner la nécessité d'un placement ou d'un maintien en détention. Le contentieux des mesures de sûreté était soumis à un régime juridique différent des décisions sur la suite de la procédure, notamment le renvoi devant la juridiction de jugement. Une jurisprudence récente produit un effet incident. Dans un arrêt rendu le 27 janvier 2021 (n° 20-85.990), la Cour de cassation juge désormais « *qu'il se déduit de l'article 5 1. c de la Convention européenne des droits de l'homme que la chambre de l'instruction, à chacun des stades de la procédure, doit s'assurer, même d'office, que les conditions légales des mesures de sûreté sont réunies, en constatant expressément l'existence d'indices graves ou concordants rendant vraisemblable la participation comme auteur ou complice de la personne mise en examen à la commission des infractions dont le juge d'instruction est saisi* ». Dans la mesure où ces déclarations sont consignées dans le dossier renvoyé à la juridiction de jugement chargée de se prononcer sur la culpabilité, le droit de se taire doit nécessairement être apporté à la connaissance de la personne afin

de pouvoir les prendre en compte. La Cour de cassation aboutit à une conclusion nuancée. « *Le défaut d'information du droit de se taire est sans incidence sur la régularité de la décision rendue en matière de mesure de sûreté* » qui ne trouve pas entachée de nullité. En l'espèce, la confirmation du refus de mise en liberté par la chambre de l'instruction est valable. Mais, « *à défaut d'une telle information, les déclarations de l'intéressé ne pourront (...) être utilisées à son encontre par les juridictions appelées à prononcer un renvoi devant la juridiction de jugement ou une déclaration de culpabilité* ». La chambre de l'instruction devra en faire abstraction lorsqu'elle sera amenée à statuer sur le bien-fondé de la mise en examen, qui relève d'un contentieux distinct de celui des mesures de sûreté.

Il en résulte que l'information du droit de se taire est obligatoire devant la chambre de l'instruction lorsqu'elle statue sur les mesures de sûreté, donc la détention provisoire, mais pas lorsqu'elle statue sur la mise en examen et la suite de la procédure. Si le progrès des droits de la défense est évident, il semble bridé par cette réserve. Les décisions attendues du Conseil constitutionnel devraient dissiper les doutes en la matière.

En conclusion, il est intéressant de constater que le droit au silence continue de secouer la procédure pénale une décennie après l'arrêt *Brusco*, rendu le 14 octobre 2010, dans lequel la Cour européenne des droits de l'Homme avait condamné la France pour violation du droit du requérant de ne pas contribuer à sa propre incrimination et de garder le silence, violation aggravée par l'assistance tardive d'un avocat qui n'avait pu l'informer correctement de ces droits. Si la loi du 14 avril 2011 l'a réintroduit dans la phase de l'enquête de police, c'est la loi n° 2014-535 du 27 mai 2014 portant transposition de la directive n° 2012/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 relative au droit à l'information dans le cadre des

procédures pénales qui l'a généralisé et étendu à l'ensemble de la procédure pénale. Il s'applique à toutes les phases de la procédure, qu'il s'agisse de l'enquête de police, à l'égard du suspect gardé à vue (art. 63-1) ou entendu librement (art. 61-1), ou de l'examen de l'affaire par les juridictions d'instruction, qu'il s'agisse de la mise en examen par la juridiction de l'instruction (art. 116) ou du placement sous le statut de témoin assisté (art. 113-4), mais aussi devant les juridictions de jugement, qu'elles statuent en matière contraventionnelle (art. 535), délictuelle (art. 406) ou criminelle (art.328). Dans le sillage de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, l'obligation d'information du droit de se taire sera étendue aux autres phases se déroulant devant les juridictions d'instruction, qu'elles portent sur la détention provisoire, la mise en liberté, la suite de la procédure et affecteront largement, non plus seulement le juge d'instruction, mais aussi la chambre de l'instruction et le juge des libertés et de la détention, à terme.

La Cour de Justice de l'Union européenne vient aussi apporter sa pierre à l'édifice. Dans un arrêt du 2 février 2021 (Grande chambre, *DB c/ Commission nazionale per la societa et la Borsa*), la Cour considère qu'une personne physique soumise à une enquête administrative pour délit d'initié a le droit de garder le silence. D'une part, les sanctions prononcées en la matière peuvent revêtir un caractère pénal. D'autre part, même si elles ne présentent pas de caractère pénal, le droit au silence doit être garanti dans le cadre des procédures administratives, telles que celles organisées en droit de la concurrence. Cependant, le droit au silence ne peut justifier tout refus de coopération avec les autorités. En revanche, les autorités ne doivent pas sanctionner le refus de répondre aux questions posées. Les articles 47 et 48 de la Charte des droits fondamentaux (droit au recours effectif, présomption d'innocence et droits de la défense) « *doivent être interprétés en ce sens qu'ils*

*permettent aux États membres de ne pas sanctionner une personne physique qui, dans le cadre d'une enquête menée à son égard par l'autorité compétente au titre de cette directive ou de ce règlement, refuse de fournir à celle-ci des réponses susceptibles de faire ressortir sa responsabilité pour une infraction passible de sanctions administratives présentant un caractère pénal ou sa responsabilité pénale ».*

## **BRÈVES**

### **JUSTICE PÉNALE DES MINEURS**

***Loi 2021-218 du 26 février ratifiant l'ordonnance n° 2019-950 du 11 septembre 2019 portant partie législative du Code de la justice pénale des mineurs***

La loi du 26 février 2021 a ratifié l'ordonnance constituant le Code de la justice pénale des mineurs (CJPM), déjà commentée dans la veille lors de son adoption (voir [La veille juridique n° 80](#), septembre 2019, p. 36-44). La loi maintient le socle du dispositif et apporte quelques modifications mineures.

Le Titre préliminaire du CJPM constitue une déclaration de principe et permet d'insuffler l'autonomie du droit pénal des mineurs et la prépondérance de la prévention sur la répression. L'article L 11-1 pose le principe de responsabilité pénale des mineurs lorsqu'ils sont capables de discernement et pose une présomption de discernement pour les mineurs de plus de treize ans ainsi qu'une présomption de non-discernement pour les mineurs de moins de treize ans. La loi du 26 février 2021 apporte une précision utile,

même nécessaire, car elle ajoute un alinéa supplémentaire qui précise la notion. « *Est capable de discernement le mineur qui a compris et voulu son acte et qui est apte à comprendre le sens de la procédure pénale dont il fait l'objet* ». Il est possible d'identifier ici l'inspiration de l'arrêt de principe rendu par la Chambre criminelle le 13 décembre 1956, dit *Laboube*, dans lequel elle exige que le mineur soit doté de l'intelligence et de la volonté afin d'engager sa responsabilité pénale. D'autres modifications de cohérence ou d'articulation sont effectuées. Il en est une qui retient l'attention. L'article L 111-1 énumère les mesures éducatives applicables à « *l'enfant et adolescent* », termes qui sont venus remplacer « *le mineur* » figurant dans le texte initial de l'ordonnance. Le choix est éminemment politique, car il allège la charge répressive de la désignation de l'auteur de l'infraction. Néanmoins, il présente un inconvénient juridique qui est celui de son manque de précision. Si le mineur est objectivement désigné par son âge, quelles sont les caractéristiques des enfants et adolescents ? Comment les distinguer entre eux ? Et des autres catégories de personnes qui seraient « *des adultes* », ou des « *jeunes* », ou des « *ânés* » ? Cette confusion est regrettable.

Mais la mesure la plus importante est le nouveau report de l'entrée en vigueur du CJPM. Si elle était prévue le 31 mars 2021, elle a été reportée au 30 septembre 2021. Les discussions actuelles autour des phénomènes de bandes, des violences urbaines qui flambent, ne devraient pas entraîner de modifications de ce texte, le garde des Sceaux se montrant fort protecteur de ce texte qui a engagé juridiquement et politiquement la majorité.



## PRÉSENTATION OU PUBLICATION DE COMPTES INFIDÈLES

*Crim. 17 février 2021, n° 20-82.068, publ. Bull.*

Dans le cadre d'un groupe de sociétés, les comptes consolidés sont présentés avec une survalorisation des actifs afin de masquer les fautes de gestion commises au cours du mandat de gestion assumé par l'une d'entre elles. Après avoir découvert avoir été trompés, les associés ont porté plainte du chef de présentation de comptes inexacts. Une information judiciaire a été ouverte et le juge d'instruction a rendu une ordonnance de non-lieu confirmée par la chambre de l'instruction au motif que la présentation des comptes consolidés n'est prévue par aucune disposition du Code de commerce. La Chambre criminelle est saisie de pourvoi. Si elle apporte des précisions sur la méthode d'évaluation des flux futurs pouvant être utilisée pour établir les comptes, qui rend contestables la survalorisation et surtout sa proportion, c'est le périmètre de l'incrimination de la présentation de comptes inexacts qui retient l'attention. La Cour de cassation affirme de façon claire et péremptoire que « *la présentation des comptes annuels consolidés (...) est exclue du champ d'application du délit de présentation ou publication de comptes infidèles prévu par l'article L. 242-6, 2°, du code de commerce* ».

Les comptes consolidés sont destinés à présenter dans des comptes uniques et synthétiques la situation et le résultat du groupe, comme si les sociétés qui en sont membres ne formaient qu'une seule entité comptable. Si l'article L 247-1, II, prévoit un délit d'omission d'établissement de comptes sociaux, puni de 9 000 euros d'amende, aucun texte ne prévoit le délit de présentation de

comptes inexacts. Pour rappel, les articles L 242-6, 2°, pour les sociétés anonymes, et L 241-3, 3° pour les sociétés à responsabilité limitée, répriment deux comportements distincts portant sur la présentation (communication aux actionnaires ou associés) ou sur la publication (communication aux tiers) de comptes annuels inexacts. Les comptes annuels se composent du bilan, du compte de résultat et d'une annexe comptable et ils doivent être « *réguliers, sincères et donner une image fidèle du patrimoine, de la situation financière et du résultat de l'entreprise* », selon l'article L 123-14 C. com. Dès lors qu'ils sont inexacts, donc ne donnent pas « *une image fidèle* » de l'entreprise, le délit est constitué. Mais l'incrimination est soumise au principe d'interprétation stricte et ne peut être appliquée à des éléments qui ne figurent pas dans sa définition. Ainsi, les comptes consolidés, qui ne sont pas énumérés dans les comptes annuels, ne peuvent être intégrés dans le périmètre du délit de présentation de comptes inexacts. À la différence de l'article L 247-1,II, qui vise spécifiquement les comptes consolidés en permettant de leur appliquer le délit d'omission d'établissement de comptes sociaux.

## **PREUVE - PRÉSUMPTION - MATIÈRE DOUANIÈRE**

*Crim. 17 février 2021, n° 20-81.282*

À l'occasion du contrôle routier d'un camion, les agents des douanes ont découvert 870 kg de cannabis. Le passager du camion a été poursuivi du chef d'importation en contrebande de marchandises prohibées. Les premiers juges l'ont condamné, notamment, à une amende douanière de 1 700 000 euros et à la confiscation du camion. La Cour d'appel l'a relaxé car son intention délictueuse n'était pas établie. Les juges retiennent particulièrement des éléments de contexte – « *la sincérité de ses premières déclarations*

*sur les circonstances du voyage confirmées par l'enquête, son absence de contacts téléphoniques avec "le chef" en cours de route, sa mise à l'écart lors des discussions d'étapes, et la chronologie des événements, les caisses en bois dissimulant la résine de cannabis ayant été chargées dans la remorque avant la date à laquelle il avait participé au reste du chargement » – qui permettent d'établir son ignorance quant à la présence de la résine de cannabis saisie, ignorance confortée par sa mise hors de cause par son co-prévenu, le conducteur du camion. La Cour d'appel conclut qu'il ne peut être « fait grief au prévenu, non initié au trafic de stupéfiants, d'avoir manqué de lucidité sur les comportements suspects du conducteur et de son chef, s'agissant de son unique voyage », ce qui constitue une absence d'élément intentionnel. La Cour de cassation casse l'arrêt en reprochant aux juges de s'être fondés sur des « éléments inopérants ».*

L'article 392, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code des douanes établit une présomption en réputant le détenteur de marchandises de fraude responsable de la fraude. La Cour de cassation rappelle qu'il « ne peut combattre cette présomption qu'en rapportant la preuve des diligences effectuées pour s'assurer de la nature de la marchandise transportée afin d'établir sa bonne foi ». Or, en l'espèce, le prévenu n'a pas rapporté la preuve des diligences effectuées pour s'assurer de la nature des marchandises transportées. En l'absence de preuve de sa bonne foi, il ne peut s'abstraire de la responsabilité de principe établie par le Code des douanes.

Si la solution semble relever du droit pénal de forme, sa portée ne peut être comprise que si l'on part du droit pénal de fond. Le comportement visé par l'espèce relève d'un concours de qualifications car il tombe, à la fois, sous le coup d'une qualification

établie par le Code pénal (trafic de stupéfiants) et d'une qualification établie par le Code des douanes (importation en contrebande de marchandises prohibées). Le choix de la qualification détermine le régime juridique applicable à l'infraction. Le régime juridique établi par le Code des douanes est plus exigeant que celui établi par le Code pénal. En droit pénal, le fardeau de la preuve pèse sur le ministère public, car il supporte l'accusation. À ce titre, il doit établir tous les éléments constitutifs de l'infraction, avec les difficultés inhérentes à l'établissement de l'élément moral, plus particulièrement. Le droit douanier inverse la logique et se montre plus favorable à la répression. Le Code des douanes établit une présomption de responsabilité en cas de détention des marchandises de fraude. Ce n'est plus au ministère public de prouver l'élément moral de cette détention frauduleuse, mais au prévenu d'établir sa bonne foi. La *probatio diabolica* change de côté. Tout comme il est difficile pour le ministère public d'établir l'intention délictueuse, il est difficile, pour ne pas dire impossible, au prévenu d'établir sa bonne foi. Le fardeau de la preuve détermine l'issue de l'affaire et celui qui ne peut s'acquitter de son devoir en subit les conséquences négatives.

L'arrêt illustre, une nouvelle fois, la vigueur et la rigueur du droit douanier qui se montre plus offensif et répressif que le droit pénal. L'utilisation des présomptions de culpabilité par l'établissement de certains éléments constitutifs des qualifications pénales pose des questions en droit pénal, d'où une utilisation timide, alors qu'elle est plus facile et fréquente dans d'autres matières. Les présomptions de responsabilité sont admises par une jurisprudence concordante du Conseil constitutionnel, de la Cour européenne des droits de l'Homme et de la Cour de cassation à deux conditions. D'une part, elles doivent être simples et céder devant la preuve contraire. D'autre part, elle doivent être vraisemblables et assurer

une proportionnalité entre le procédé employé et l'importance de l'enjeu. L'arrêt rendu par la Chambre criminelle semble légitimer la présomption de responsabilité établie par l'article 392 du Code des douanes. La première condition est formellement vérifiée. Le détenteur des marchandises de fraude est réputé responsable, mais il peut échapper à cette responsabilité s'il apporte la preuve de sa bonne foi. La présomption peut ainsi être combattue par la preuve contraire, donc elle a un caractère simple. La deuxième condition est implicite. Le juge admet que la présomption de responsabilité soit utilisée dans le cadre de la contrebande de stupéfiants et la balance effectuée montre que la valeur protégée, la lutte contre le trafic de stupéfiants, justifie l'utilisation d'une technique juridique de présomption.



# AVRIL 2021

## ADMINISTRATION DE SUBSTANCES NUISIBLES – ÉLÉMENTS CONSTITUTIFS

*Crim. 23 mars 2021, n° 20-81.713, publ. Bull.*

Un mineur de 13 ans a été admis à l'hôpital dans le coma à la suite de l'ingestion de l'infusion d'une plante. La victime a subi une incapacité totale de travail de quinze jours. La personne lui ayant remis l'infusion a été condamnée (appel confirmatif) pour administration de substances nuisibles et a formé un pourvoi en cassation en critiquant les deux éléments constitutifs du délit.

L'article 222-15 du Code pénal incrimine l'administration de substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui. La répression est organisée par un système de référence, puisque le législateur renvoie aux incriminations de violences volontaires ordinaires des articles 222-7 à 222-14-1 du Code pénal. L'incrimination est une synthèse des infractions d'empoisonnement et violences volontaires. Elle permet d'appréhender des agissements échappant à ces qualifications pénales en vertu de l'interprétation stricte de la loi pénale. L'empoisonnement ne peut être qualifié en l'absence de caractère mortifère de substance, alors que « *les coups et blessures* » de l'ancien Code pénal exigeaient un contact physique entre l'auteur des violences et sa victime, même si la terminologie du nouveau Code pénal s'en est affranchie en retenant la référence unique aux « *violences* ».

Du point de vue de la répression, le délit d'administration de substances nuisibles est puni par référence aux violences en calquant les peines sur le résultat effectivement produit. Du point de vue de sa définition juridique, le délit punit « *l'administration de*



*substances nuisibles ayant porté atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui* », sans autre précision complémentaire. La définition légale rappelle fortement celle de l'empoisonnement, ce qui conduit à établir un parallélisme avec les éléments constitutifs de ce dernier, mais s'en distingue par son régime juridique, ce qui conduit à interroger cette proximité apparente.

Le pourvoi semble exploiter cette absence de définition légale claire afin d'obliger la Cour de cassation à en préciser les éléments constitutifs.

Le premier moyen du pourvoi porte sur l'élément matériel du délit d'administration de substances nuisibles. Si l'attention se porte généralement sur le caractère nuisible des substances, le pourvoi exploite la définition légale étroite de l'élément matériel. En effet, l'article 222-15 vise exclusivement l'acte « *d'administration* » de substances, contrairement à l'empoisonnement, défini à l'article 221-5, qui punit « *le fait d'attenter à la vie d'autrui par l'emploi ou l'administration de substances de nature à entraîner la mort* ». La jurisprudence donne un champ d'application fort large à l'empoisonnement et semble distinguer en son sein l'administration, l'action directe consistant à faire prendre à la victime le poison, alors que l'emploi se situe en amont et englobe les actes de préparation et de mise à disposition des substances mortifères. Le pourvoi exploite cette différence de rédaction lorsqu'il critique la caractérisation du délit en l'absence de l'élément matériel retenu « *sans relever le moindre acte matériel d'administration de l'infusion* », alors que l'ingestion avait eu lieu en dehors de la présence de la personne condamnée. La Chambre criminelle écarte sans ambiguïté cette critique en affirmant : « *La remise à son destinataire de l'infusion contenant la plante toxique préparée par le prévenu, peu important que l'ingestion de celle-ci ne*

*soit intervenue qu'ultérieurement et hors sa présence* » caractérise l'élément matériel du délit. Elle donne ainsi une définition large à l'administration, en retenant une remise directe ou indirecte de la substance, conforme à sa définition étymologique et à l'interprétation jurisprudentielle déjà retenue (Crim. 10 janvier 2006, Bull. n° 11). La seule exigence semble imposer un comportement positif, le délit est une infraction de commission et ne peut être constitué par une simple abstention.

Même si la Cour de cassation ne revient pas sur les autres caractéristiques de l'élément matériel, il est utile de les rappeler. L'article 222-15 punit l'administration de substances nuisibles ayant entraîné un résultat effectif, allant de la mort de la victime à une incapacité totale de travail de diverses durées. Apparaît ici la différence essentielle entre l'empoisonnement et l'administration de substances nuisibles qui, pourtant, obéissent à une inspiration commune. L'empoisonnement est une infraction formelle qui n'exige pas de résultat pour être juridiquement qualifiée, car il punit « *le fait d'attenter à la vie d'autrui* », pas d'y porter effectivement atteinte comme dans le cadre d'un homicide volontaire, par l'administration de « *substances de nature à entraîner la mort* », sans exiger que cette issue fatale survienne. Il suffit que la substance soit mortifère, mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit mortelle. En revanche, l'administration de substances nuisibles est une infraction matérielle qui exige un résultat effectivement préjudiciable pour la victime, même s'il est de gravité variable, allant de la mort à une incapacité totale temporaire de travail. La substance doit être nuisible et entraîner un résultat effectif, elle ne peut pas être simplement nocive puisque l'absence de résultat empêche la qualification pénale. La Cour de cassation ne rappelle pas ces éléments, car ils ne posaient pas de difficulté en l'espèce. La

substance administrée était nuisible, car connue comme étant une drogue, et la victime avait subi une incapacité totale de travail de quinze jours. Un lien de causalité entre l'administration des substances et le dommage subi par la victime permet d'entrer en voie de condamnation.

Le second moyen critique l'élément moral du délit d'administration de substances nuisibles. L'article 222-15 ne définit pas l'élément moral, mais le délit est nécessairement intentionnel. Non seulement en vertu de l'article 121-3, alinéa premier, qui postule les crimes et délits intentionnels, sauf exception expressément prévue par le législateur dans ce dernier cas, mais aussi par parallélisme avec l'empoisonnement. L'intention recouvre-t-elle un dol spécial ou se compose-t-elle exclusivement d'un dol général ?

Le dol général recouvre la conscience de l'interdiction et la volonté de violer la loi pénale. Le dol spécial se caractérise par la volonté d'obtenir le résultat spécifique interdit par la loi pénale, mais il ne se confond pas avec le mobile qui couvre la raison personnelle de l'auteur de l'infraction. L'apport de l'arrêt du 23 mars 2021 est essentiel à cet égard.

Le pourvoi soutenait que l'élément moral du délit se caractérisait par « *un dol spécial, lequel réside dans la conscience doublée de volonté de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique d'autrui* ». Les juges du fond ayant retenu simplement la « *connaissance du caractère toxique* » de la substance préparée, sans volonté d'intoxication de la victime, ne se seraient pas conformés aux exigences de l'article 222-15. La Cour de cassation rejette la critique sans ambiguïté et conforte l'interprétation large de l'élément intentionnel déjà retenue (Crim. 10 janvier 2006, Bull. n° 11). « *L'élément intentionnel du délit prévu à l'article 222-15 du code pénal résulte de la connaissance, par l'auteur, du caractère*

*nuisible de la substance qu'il administre* ». Sans entrer dans la polémique de savoir si cela correspond au dol général ou au dol spécial, la doctrine récente contestant cette distinction, la Chambre criminelle donne une définition minimale de l'élément moral, le réduisant à la simple connaissance du caractère nuisible de la substance. Si cette définition a le mérite d'être simple et claire, elle fait naître un doute et ravive une des polémiques les plus importantes du droit pénal contemporain, polémique née de l'affaire du « sang contaminé » qui a dû se prononcer sur la responsabilité pénale des responsables politiques, administratifs, sanitaires, médecins lors de l'administration de produits sanguins contaminés par le virus HIV à des malades en toute connaissance de cause. Même si la qualification juridique envisagée était l'empoisonnement, la question de la définition de l'élément moral se posait dans des termes identiques, le parallélisme de la définition juridique produisant ici tous ses effets.

Une première interprétation favorisait la place de l'article 221-5 dans le cadre des atteintes volontaires à la vie et ramenait la définition de son élément moral à des paramètres communs en la matière. L'intention était constituée par la volonté de donner la mort à la victime.

Au contraire, la deuxième interprétation faisait droit à la nature autonome de l'empoisonnement, qui n'est pas un homicide volontaire aggravé, mais une infraction spécifiée, et tire les conséquences de sa nature d'infraction formelle qui se détache de la prise en compte du résultat. Dans ce cas, l'élément moral serait constitué par la simple connaissance de la nature mortifère de la substance administrée. Dans un des arrêts les plus célèbres du droit pénal (Crim. 18 juin 2003, Bull. n° 127), la Cour de cassation a décidé que « *le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral*

*commun à l'empoisonnement et aux autres atteintes volontaires à la vie* ». Elle exige ainsi l'*animus necandi*, le dol spécial caractérisant les infractions d'atteintes à la vie, alors même que l'empoisonnement n'exige pas une atteinte effective à la vie, puisqu'il constitue un attentat porté à la vie par l'administration d'une substance pouvant potentiellement causer la mort, mais sans exiger ce résultat.

Il aurait été compréhensible que la Cour de cassation transpose ce raisonnement à l'administration de substances nuisibles, diminutif de l'empoisonnement. On administre la substance car on souhaite infliger un dommage à la victime en connaissance du caractère « *nuisible* » de la substance. Mais la Cour de cassation choisit d'aller à l'encontre de la logique interne de l'article 222-15 et de la logique de l'ensemble des interprétations des articles 222-15 et 221-5 du Code pénal. « *La connaissance du caractère nuisible de la substance* » suffit, il n'est pas nécessaire de vouloir porter atteinte à la victime. Cette lecture répressive déstabilise le lecteur, non en raison de sa sévérité, mais en raison de sa rédaction et de sa signification.

Les termes employés contiennent une gradation de nuances, sinon une apparente contradiction. La connaissance du caractère nocif d'une substance peut suffire, car elle signifie que le résultat effectif est indifférent à la répression. Cette interprétation était logique et souhaitable dans le cadre du sang contaminé. En revanche, la connaissance du caractère « *nuisible* » porte en elle-même la volonté de porter atteinte à l'intégrité de la victime. En effet, si on connaît le caractère « *nuisible* », qui porte atteinte à l'intégrité et ne se contente pas d'une simple potentialité, la logique veut que l'on soit motivé par la volonté de porter cette atteinte effective à la victime. Si la logique réunit les deux aspects, la qualification pénale impose de les distinguer et, surtout, de les caractériser. La connaissance du caractère nuisible de la substance constitue le dol général de

l'infraction. La volonté de porter atteinte à la victime constitue le dol spécial. Si le dol spécial englobe le dol général et fait l'économie de sa preuve lorsqu'il est caractérisé, l'inverse n'est pas vrai. Le dol général ne comprend pas le dol spécial qui doit faire l'objet d'une constatation distincte. Or, la Cour de cassation choisit de retenir le dol général pour l'administration de substances nuisibles, alors même que la rédaction de l'article 221-15 exige la recherche d'un dommage effectif. Si cette observation rédactionnelle semble plus facile à écarter, tel n'est pas le cas de l'étude de cette décision au sein des infractions de référence.

L'administration de substances nuisibles se caractérise par « *la connaissance du caractère nuisible des substances* », ce qui semble conforme à son rapprochement avec les violences volontaires mais contredit ouvertement son rapport avec l'empoisonnement. Les violences volontaires, définies aux articles 222-7 s., se caractérisent par un dommage effectif, mais l'élément intentionnel est constitué par la volonté d'infliger un dommage à la victime, sans qu'il soit possible de le quantifier préalablement. En d'autres mots, l'intention est constituée par la volonté d'infliger les violences ayant entraîné le dommage respectif, indépendamment du dommage recherché ou imaginé par l'auteur. La définition retenue par la Chambre criminelle dans son arrêt du 23 mars 2021 va dans le même sens puisque les juges du fond s'étaient assurés du fait que l'auteur connaissait les effets de la drogue administrée, l'ayant lui-même expérimentée. En revanche, la définition de l'élément intentionnel de l'administration de substances nuisibles s'écarte considérablement de la définition de l'élément moral retenu dans l'arrêt du « sang contaminé ». En écartant expressément la volonté de l'individu de porter atteinte à l'intégrité de la victime et en se contentant de la simple connaissance de la nature nuisible de la substance, la Cour de cassation l'oppose formellement à sa position

réductrice en matière d'empoisonnement, ce qui conduit à poser une question de politique criminelle.

L'arrêt du 23 mars 2021 retenant une définition large de l'élément moral constitué par la simple connaissance du caractère « nuisible » des substances est justifié du point de vue de sa rédaction et des principes généraux du droit. Dès lors, il semble démontrer, une fois de plus s'il en était besoin, que l'arrêt rendu le 18 juin 2003 dans l'affaire du sang contaminé était un arrêt de politique criminelle justifié par des raisons d'opportunité, mais qui a introduit une instabilité et une incertitude en la matière.

## PEINE – SUSPENSION DE PEINE POUR RAISON MÉDICALE GRAVE

*Crim. 3 mars 2021, n° 20-81-692, publ. Bull.*

Un individu a été condamné à dix-huit ans de réclusion criminelle assortie d'une période de sûreté de neuf ans pour entente en vue de commettre plusieurs crimes et violences ayant entraîné la mort et à une peine de treize ans assortie d'une période de sûreté de moitié pour association de malfaiteurs terroriste. Il a bénéficié d'une suspension de peine pour raison médicale. Cinq ans après, il a formé une demande de libération conditionnelle accueillie par les juges de première instance et confirmée en appel. Le ministère public a formé pourvoi contre cette décision. La modification de la suspension de peine pour raison médicale en libération conditionnelle doit-elle se soumettre aux conditions de la première ou de la seconde modalité d'exécution de la peine, dans la mesure où les deux types d'aménagement semblent incompatibles du point de vue de leur application à la mesure de sûreté ?

L'article 720-1-1 prévoit une suspension exceptionnelle pour raison

médicale « *pour les condamnés dont il est établi qu'ils sont atteints d'une pathologie engageant le pronostic vital ou que leur état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention* ». Cette mesure est largement applicable puisqu'elle peut intervenir « *quelle que soit la nature de la peine ou la durée de la peine restant à subir, et pour une durée qui n'a pas à être déterminée* ».

La libération conditionnelle est une modalité d'aménagement de la fin de la peine et est accordée pour favoriser la réinsertion des individus et lutter contre la récidive, selon l'article 729 du Code de procédure pénale. Si la libération conditionnelle peut intervenir, en principe, à partir de la moitié de la peine exécutée, cette demande est soumise aux règles de la période de sûreté. En effet, l'article 132-23 du Code pénal prévoit que « *le condamné ne peut bénéficier, pendant une période de sûreté, des dispositions concernant la suspension ou le fractionnement de la peine, le placement à l'extérieur, les permissions de sortir, la semi-liberté et la libération conditionnelle* ». L'article 729, dernier alinéa, prévoit expressément que la libération conditionnelle peut être accordée dans le cadre de la suspension pour raison médicale, sans condition quant à la durée de la peine accomplie, mais impose une condition de forme : « *À l'issue d'un délai d'un an après l'octroi de la mesure de suspension, une nouvelle expertise établit que son état de santé physique ou mentale est toujours durablement incompatible avec le maintien en détention et si le condamné justifie d'une prise en charge adaptée à sa situation* », mais n'envisage pas son articulation avec la période de sûreté.

Dès lors, l'espèce posait une question intéressante. La suspension médicale avait été accordée, indépendamment de la période de sûreté, puisque cette condition y était étrangère. Mais à partir du moment où le condamné formule une demande de libération



conditionnelle, doit-on appliquer les règles de droit commun et la refuser car incompatible avec la période de sûreté ?

Le pourvoi développait trois arguments qui semblaient juridiquement solides. D'une part, l'article 729 du Code de procédure pénale est d'interprétation stricte, principe à valeur constitutionnelle qui s'impose avec une force exceptionnelle en droit pénal. L'article prévoit la suspension de la peine par rapport à la durée déjà accomplie, mais garde le silence sur la période de sûreté, ce qui semble exclure cette dernière hypothèse du champ d'application du texte. D'autre part, si l'articulation de la période de sûreté (article 729) et de la suspension de peine pour raison médicale (article 721-1-1) n'est pas spécialement prévue par le législateur, c'est parce qu'il entend appliquer le droit commun représenté par l'article 721-2 (remarquer la suite logique et numérique des articles) qui prévoit que la libération conditionnelle n'est pas applicable à la période de sûreté. Enfin, l'article 730-2-1 prévoit un régime particulier de libération conditionnelle aux condamnés pour des infractions à caractère terroriste en imposant de recueillir l'avis d'une commission chargée de procéder à une évaluation pluridisciplinaire de la dangerosité de la personne condamnée.

La Cour de cassation rejette le pourvoi en imposant une analyse unitaire de la suspension de la peine pour raison médicale et en gommant toutes les autres spécificités des infractions commises ou des condamnations prononcées. Elle reprend le raisonnement proposé par les juges du fond et applique une cascade d'exceptions qui rendent le droit difficilement lisible. L'article 729, dernier alinéa, permettant la libération conditionnelle d'une personne ayant bénéficié d'une suspension médicale de peine est une exception à l'article 720-2 qui l'exclut, par principe. Il constitue « *le prolongement nécessaire* » de l'article 720-1-1 qui autorise la suspension médicale

de peine et qui est aussi une exception à l'article 720-2. L'articulation des deux exceptions mettrait ainsi hors jeu le principe de l'exclusion de la libération conditionnelle pendant la période de sûreté. Une fois de plus, l'union fait la force ! Mais plus que l'argument purement juridique, l'argument pragmatique d'observation de la situation semble emporter l'adhésion de la Chambre criminelle. Elle reprend le constat des juges du fond selon lequel « *il serait peu cohérent de venir opposer une période de sûreté à un condamné libre depuis plus d'un an et dont il est établi qu'il est atteint d'une pathologie engageant son pronostic vital ou que son état de santé physique ou mentale est durablement incompatible avec le maintien en détention* ». Il est possible de noter que la Chambre criminelle descend de plus en plus dans l'observation des faits et ne se contente plus de l'analyse théorique juridique de la situation juridique. La décision des juges du fond lui permet de formuler deux nouvelles règles qui recouvrent deux exceptions.

D'une part, la suspension de peine pour raison médicale peut intervenir pendant la période de sûreté et elle peut prendre toute forme, y compris celle de la libération conditionnelle. Elle constitue donc une exception au régime de droit commun de la période de sûreté du point de vue de la condamnation prononcée.

D'autre part, la suspension de peine pour raison médicale donnant lieu à une libération conditionnelle échappe au régime d'exception imposé pour les infractions terroristes et ne s'accompagne pas des modalités particulières, notamment l'évaluation pluridisciplinaire. Elle permet donc un retour au régime de droit commun de l'infraction commise, le caractère terroriste étant gommé par l'état de santé du condamné.

En conséquence, il convient de retenir que la suspension de peine pour raison médicale est un régime de faveur accordé à la personne qui souffre d'une pathologie grave et que les juges opèrent des

choix entre les règles applicables afin d'exprimer le privilège accordé par le législateur aux personnes condamnées.

## TECHNIQUE DE L'ENCERCLEMENT DANS LE CADRE DU MAINTIEN DE L'ORDRE<sup>1</sup>

*Conseil constitutionnel n° 2021-889 QPC du 12 mars 2021*

Le Conseil constitutionnel a été saisi de la constitutionnalité de la technique d'encerclement dont l'usage ne serait pas accompagné de garanties suffisantes. Cette technique, consistant à encercler certains individus et à les circonscrire dans un espace confiné pour les isoler au sein de la foule afin de prévenir les troubles, s'inscrit dans le cadre des techniques de maintien de l'ordre et est souvent utilisée lors des manifestations.

Les auteurs de la QPC soutiennent une double méconnaissance de la compétence du législateur et de « *la liberté individuelle, la liberté d'aller et de venir, la liberté de communication et d'expression ainsi que [du] droit d'expression collective des idées et des opinions* ». D'une part, « *faute d'avoir prévu des garanties suffisantes en cas d'usage par les forces de l'ordre de la technique dite de "l'encerclement"* », le législateur aurait méconnu l'étendue de sa compétence, car en s'abstenant de définir les conditions du recours cette technique, il ne permet pas de s'assurer de la proportionnalité des atteintes que son usage est susceptible de porter à ces libertés. D'autre part, cette technique de maintien de l'ordre méconnaît directement les libertés mises en cause dans le cadre de la

---

1. Voir également [La Veille juridique annuelle 2021 de la rubrique « Déontologie et sécurité »](#), p. 28-37.

compétence législative. La QPC porte sur les mots « *et de l'ordre publics* » dans le cadre de l'article 1<sup>er</sup> de la loi n° 95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité. Dans sa rédaction initiale, elle contenait deux alinéas selon lesquels : « *La sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives.*

*L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens. »*

Elle a été enrichie d'un troisième alinéa par la loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure disposant « *Il associe à la politique de sécurité, dans le cadre de dispositifs locaux dont la structure est définie par décret, les collectivités territoriales et les établissements publics de coopération intercommunale ainsi que les représentants des professions, des services et des associations confrontés aux manifestations de la délinquance ou œuvrant dans les domaines de la prévention, de la médiation, de la lutte contre l'exclusion ou de l'aide aux victimes* ».

Avant d'examiner la réponse apportée par le Conseil constitutionnel, il convient de rappeler que cet article a été entièrement abrogé par ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du Code de la sécurité intérieure.

Il constitue aujourd'hui l'article L 111-1 du Code de la sécurité publique, clé de lecture des principes généraux encadrant la sécurité intérieure. Cela appelle deux remarques. D'une part, le droit à la sécurité a valeur constitutionnelle, même s'il est formellement rappelé dans la partie législative d'un Code. D'autre part, même si la disposition sur laquelle porte la décision du Conseil constitutionnel a été formellement abrogée, il s'agit d'une « fausse abrogation », car elle couvre une codification à droit constant qui permet de

maintenir la règle en vigueur en veillant à sa continuité.

Le Conseil constitutionnel écarte les deux critiques pour des raisons différentes. La première critique de la méconnaissance du législateur est soumise à une condition restrictive, car elle ne peut être invoquée que lorsqu'elle appuie la méconnaissance d'une liberté garantie par la Constitution, ce qui n'est pas le cas en l'espèce. Les dispositions contestées investissent l'État de la mission générale d'assurer la sécurité sur l'ensemble du territoire national, dans le cadre de laquelle il doit notamment veiller au respect de l'ordre public. Il n'est donc pas possible de lui reprocher de ne pas encadrer suffisamment les conditions d'exercice et les moyens pouvant être utilisés à cette fin, parmi lesquels l'encerclement. Le rejet de cette première critique appelle, par voie de conséquence, le rejet du second reproche. Le législateur ne peut se voir reprocher la méconnaissance de sa compétence que si elle affecte d'autres libertés ou droits constitutionnellement garantis. Par conséquent, cela signifie qu'aucune autre valeur constitutionnelle n'est mise en cause par l'usage de la technique d'encerclement qui est déclarée conforme à la Constitution.

Il peut être utile de rappeler que la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) a jugé la technique de maintien à l'intérieur d'un cordon de sécurité pendant plus de sept heures comme étant compatible avec les garanties européennes et, plus particulièrement, avec l'article 5, dans sa décision du 15 mars 2012, *Austin et autres c/ Royaume-Uni*. La Cour rappelle le but de maintien de l'ordre de cette technique d'encerclement et insiste sur sa nécessité et proportionnalité afin qu'elle ne soit pas considérée comme une privation ou restriction de liberté injustifiée. Mais elle reconnaît aussi que la police dispose d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption des décisions opérationnelles. Le

contexte (manifestation, foule, éventuelles infractions) constitue un élément privilégié dans l'utilisation de cette technique.

## SECRET DE L'ENQUÊTE – ENREGISTREMENT D'UN CONTRÔLE PAR DES JOURNALISTES

*Crim. 9 mars 2021, n° 20-83.304, publ. Bull.*

Une équipe de la Direction départementale de la protection des populations (DDPP), composée d'un inspecteur de la santé publique vétérinaire, d'un inspecteur du ministère de l'Agriculture et d'un inspecteur de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a procédé à un contrôle dans un restaurant, contrôle filmé par des journalistes présents sur place à cet effet. Cette équipe a établi un procès-verbal constatant quatre infractions, dont une seule a été poursuivie et donné lieu à déclaration de culpabilité – le délit de pratique commerciale trompeuse par suite de la mention, sur les cartes et menus, d'une origine inexacte de spécialités de la mer, d'une viande et d'un fromage. La société condamnée a demandé la nullité de la procédure pour violation du secret de l'enquête par les agents de la DDPP. La Cour de cassation casse l'arrêt de condamnation et fait droit à sa demande.

L'article 11 du Code de procédure pénale dispose « *sauf dans le cas où la loi en dispose autrement et sans préjudice des droits de la défense, la procédure au cours de l'enquête et de l'instruction est secrète* ». Les juges ont refusé de constater la nullité de la procédure en considérant que l'obligation de secret professionnel ne s'impose pas aux agents de la DDPP et en opérant une distinction avec les services de police judiciaire. Cette distinction serait fondée sur le fait que les agents de la DDPP « *procèdent non à des enquêtes mais à de simples contrôles qui n'aboutissent que rarement à des*

*poursuites, mais plus souvent à de simples avertissements ou à des transactions, de sorte que si la discrétion est souhaitable, le contrôle fait en présence de caméra ne viole ni le secret de l'enquête ni aucune forme prescrite par la loi à peine de nullité », contrairement aux « enquêteurs agissant en flagrance, en préliminaire ou sur commission rogatoire qui sont soumis à l'article 11 du code de procédure pénale » et dont la présence d'une équipe d'enquêteurs à leur côté « serait de nature à vicier la procédure ». En effet, la Cour de cassation a admis (Crim. 10 janvier 2017, n° 16-84740, commenté dans n° 54, janvier 2017, p. 33-36) que, par principe, tout acte d'enregistrement de la perquisition par un tiers constitue une atteinte au secret de l'enquête, non seulement par le moyen utilisé destiné à en assurer la diffusion et la publicité, mais par le simple fait qu'un tiers non autorisé par le Code de procédure pénale assiste à ces opérations. De plus, elle en fixe les conditions en mettant en exergue le cadre de l'enregistrement, puisque cet acte est concomitant à l'accomplissement de la perquisition, mais aussi ses effets, car cet acte porte atteinte aux intérêts de la personne qu'il concerne. La nullité devient ainsi automatique et la personne ayant subi cette situation n'a pas besoin d'apporter la preuve des conséquences négatives de ce comportement sur sa situation juridique. Si la Cour de cassation a dessiné ce cadre strict et rigoureux à l'égard des enquêteurs agissant dans le cadre d'une enquête de police, peut-elle l'appliquer à d'autres personnes investies de prérogatives de police judiciaire ?*

L'article 11 impose le secret au cadre procédural de l'enquête de police et de l'instruction. L'alinéa 2 soumet toute personne qui concourt à cette procédure au secret professionnel, en application des articles 226-13 s. du Code pénal. Il est intéressant de voir que l'article 11 contient une balance entre la détermination objective du secret de l'enquête par rapport à son cadre (alinéa 1) et la

désignation subjective des personnes soumises au secret professionnel en raison de leur participation à cette procédure (alinéa 2). La police judiciaire est désignée par le Code de procédure pénale par sa fonction, puisqu'elle est chargée « *de constater les infractions à la loi pénale, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs tant qu'une information n'est pas ouverte* » (article 14) et se compose des officiers, fonctionnaires et agents désignés (article 12). L'article 28 du Code de procédure pénale soumet les fonctionnaires et agents des administrations et services publics auxquels des lois spéciales attribuent certains pouvoirs de police judiciaire aux mêmes conditions et limites fixées par la loi aux procédures dans lesquelles ils interviennent.

Dès lors, la règle formulée par la Chambre criminelle semble évidente : « *Les agents ou fonctionnaires auxquels les lois spéciales mentionnées à l'article 28 du code de procédure pénale attribuent des pouvoirs de police judiciaire sont soumis au secret de l'enquête* ». En l'espèce, les fonctionnaires de la DDPP sont considérés comme étant investis de pouvoirs de police judiciaire en vertu du Code de la consommation. Les articles L 511-3 s. de ce Code prévoient que les agents de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes sont habilités à rechercher et constater les infractions ou les manquements aux règles de la concurrence, alors que des fonctionnaires de catégorie A de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, spécialement habilités à cet effet par le ministre de la Justice, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires pour rechercher et constater certaines infractions. Dès lors que l'équipe de la DDPP se trouve soumise au secret de l'enquête en vertu de ces pouvoirs de police judiciaire, la Cour de cassation en tire les conclusions du point de vue de la validité procédurale de l'acte effectué. Cela signifie que « *la présence d'un tiers ayant obtenu d'une autorité*



*publique l'autorisation de capter, par le son ou l'image, fût-ce dans le but d'informer le public, le déroulement des actes d'enquête auxquels procèdent ces agents ou fonctionnaires, constitue une violation de ce secret ».*

La solution porte trois enseignements intéressants. D'une part, la seule présence concomitante d'un tiers non autorisé à la procédure constitue la violation du secret de l'enquête imposé par l'article 11. D'autre part, le droit du public à l'information et la liberté de la presse ne permettent pas de faire disparaître ce reproche et ne constituent pas une autorisation de la loi légitimant l'atteinte. Enfin, le secret de l'enquête s'attache au cadre procédural dans lequel on intervient autant qu'à la qualité de la personne qui s'y trouve soumise. Ainsi, les officiers et agents de police judiciaire s'y trouvent naturellement, mais pas exclusivement, soumis. Les personnes qui exercent des pouvoirs de police judiciaire sont attirées dans la sphère du secret protégé. Le champ d'application du secret de l'enquête de l'article 11 est ainsi objectivement déterminé, par rapport aux pouvoirs exercés, et pas subjectivement, par rapport aux qualités personnelles des agents. La Cour de cassation en tire la conclusion nécessaire : *« Une telle violation porte nécessairement atteinte aux intérêts de la personne concernée »*. Elle y attache donc la même automaticité de conséquences qu'à l'égard des agents de police judiciaire, aboutissant à une interdiction absolue de l'utilisation de ces pratiques. Ainsi, le raisonnement de la Cour d'appel qui considère que la société condamnée *« ne justifie d'aucun grief tiré de la forme des constatations puisque le procès-verbal du contrôle, mené exclusivement sur pièces et documents, ne s'appuie sur aucun élément testimonial qui aurait pu être dicté par l'émotion due à la présence d'une caméra »* se trouve invalidé. La simple présence de l'équipe de journalistes lors du contrôle constitue une atteinte aux droits de la défense et justifie la nullité de la

procédure.

La cassation est aussi prononcée sur le deuxième moyen qui sera simplement signalé, sans aucun approfondissement, car devenu classique aujourd'hui. L'article 121-2 du Code pénal permet d'engager la responsabilité pénale de la personne morale sur le fondement d'une infraction commise pour son compte par un de ses organes ou représentants. En l'espèce, les juges n'ont identifié ni l'organe ou le représentant auteur matériel de l'infraction, ni le manquement qui était retenu à son encontre. Cette désignation étant insuffisante, elle appelle la cassation, car les conditions d'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale ne sont pas remplies.

## **MANDAT D'ARRÊT EUROPÉEN – DIALOGUE ET CONTRADICTION ENTRE COURS SUPRÊMES**

*Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 17 mars 2021, C-488/19*

La CJUE a rendu un arrêt, le 17 mars 2021, afin de répondre à une question préjudicielle posée par une juridiction irlandaise à propos d'un mandat d'arrêt européen (MAE) d'exécution de peine. Un ressortissant lituanien a été condamné en Norvège pour trafic de stupéfiants. Remis à la Lituanie pour qu'il exécute sa peine, l'individu a bénéficié d'une libération conditionnelle. En violant ses obligations, il a pris la fuite et s'est rendu en Irlande. Les autorités lituaniennes ont émis un MAE à son encontre. Son exécution est contestée par l'individu en fuite, car le MAE n'émane pas du pays ayant prononcé la condamnation. L'Irlande transmet deux questions préjudicielles à la CJUE.

La première question porte sur l'exécution d'un MAE émanant d'un État membre de l'UE, la Lituanie, alors même que l'État ayant prononcé la condamnation n'en fait pas partie (Norvège). Le MAE se fonde successivement sur une décision judiciaire nationale, nécessairement distincte de la décision d'émission du MAE. La première décision judiciaire émane d'une juridiction ou d'une autorité judiciaire d'un État membre, mais pas d'un État tiers. Cela signifie que la condamnation prononcée par un État tiers ne peut constituer le fondement du MAE. Toutefois, lorsqu'un acte d'une juridiction d'un État membre lui reconnaît une telle valeur, il semble remplir les conditions requises pour être le fondement du MAE. Or, la Norvège et la Lituanie sont liées par un accord bilatéral de reconnaissance des décisions judiciaires. Ainsi, la Lituanie a donné force exécutoire à la décision judiciaire norvégienne et a fondé l'aménagement de son exécution, la libération conditionnelle, sur cette décision. De plus, la Cour considère que, dans le cadre de l'exécution d'une peine privative de liberté, la condition que la décision émane d'un État membre est soumise à une plus large interprétation qui conduit le juge à s'assurer du respect des droits fondamentaux, quelle que soit l'autorité ayant prononcé la décision. La CJUE décide « *un mandat d'arrêt européen peut être émis sur le fondement d'une décision judiciaire de l'État membre d'émission qui ordonne l'exécution, dans cet État membre, d'une peine prononcée par une juridiction d'un État tiers lorsque, en application d'un accord bilatéral entre ces États, le jugement en question a été reconnu par une décision d'une juridiction de l'État membre d'émission. Toutefois, l'émission du mandat d'arrêt européen est soumise à la condition, d'une part, que la personne recherchée ait été condamnée à une peine privative de liberté d'au moins quatre mois et, d'autre part, que la procédure ayant conduit à l'adoption dans l'État tiers du jugement*

*reconnu par la suite dans l'État membre d'émission ait respecté les droits fondamentaux et, en particulier, les obligations découlant des articles 47 et 48 de la Charte. »*

La seconde question préjudicielle porte sur le fait de savoir si le MAE est justifié par un rattachement territorial minimal à l'Union européenne ou s'il peut s'en détacher totalement. En l'espèce, l'infraction avait été commise en Norvège, mais des actes préparatoires avaient été effectués en Lituanie, permettant un mince ancrage européen des faits. Or, l'absence de lien de la commission de l'infraction avec le territoire de l'UE constitue un motif facultatif de refus d'exécution du MAE que l'individu poursuivi souhaitait exploiter. Pour répondre à cette question, la CJUE rappelle les objectifs du MAE. Il construit l'espace de liberté, sécurité et justice européen fondé sur un degré de confiance élevé en évitant les lourdeurs de l'extradition et les risques d'impunité. La CJUE considère que la question de savoir *« si cette infraction a été commise "hors du territoire de l'État membre d'émission" doit être résolue en prenant en considération la compétence pénale de cet État tiers, en l'occurrence le Royaume de Norvège, qui a permis de poursuivre cette infraction, et non celle de l'État membre d'émission »*. La question de savoir si la commission des actes préparatoires sur le territoire de la Lituanie, donc de l'UE, n'est pas pertinente dans la mesure où la Lituanie s'est contentée de reconnaître le jugement norvégien sur la commission de l'infraction et ne s'est pas penchée elle-même sur une éventuelle qualification pénale des actes préparatoires.

## COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, 25 MARS 2021, *BIVOLARU ET MOLDOVAN C/ FRANCE* – DROITS FONDAMENTAUX

M. Moldovan est condamné en Roumanie pour des faits de traite des êtres humains commis en Roumanie et en France. Après son procès, il retourne en France où il faisait l'objet d'un contrôle judiciaire. La Roumanie émet un MAE à son encontre. Il est appréhendé lors de son contrôle judiciaire. Il s'oppose à l'exécution en raison des conditions de détention en Roumanie. Les juridictions sollicitent des informations complémentaires sur ce point et, à leur lumière, autorisent la remise aux autorités roumaines en exécution du MAE. M. Bivolaru, leader d'un mouvement spirituel, a fait l'objet de poursuites pénales. Il a obtenu l'asile politique en Suède, mais a été condamné en Roumanie pour rapport sexuel avec mineur. Les autorités roumaines ont émis un MAE à son encontre. Il a été appréhendé à Paris, alors qu'il circulait sous une fausse identité, muni de papiers bulgares. Il s'oppose à l'exécution de son MAE en raison des traitements inhumains et dégradants qu'il risque de subir en Roumanie lors de l'exécution de sa peine pour des motifs politiques et religieux. Les juridictions françaises ont ordonné l'exécution du MAE en constatant que M. Bivolaru a été condamné pour une infraction de droit commun, que le statut de réfugié ne s'opposait pas à cette exécution et qu'il ne leur appartenait pas d'examiner les conditions de détention en Roumanie.

Si l'affaire semble poser une question ordinaire d'exécution des MAE et des peines, en réalité, elle soulève une question essentielle d'articulation des règles de l'UE et du Conseil de l'Europe et d'exercice de contrôle par la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) et la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH). Même

lorsque les États adhèrent à l'UE, ils restent tenus de leurs engagements à l'égard de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (CSDHLF), faisant partie de l'ordre constitutionnel européen. Si l'UE accorde aux droits fondamentaux une protection équivalente à celle assurée par la Convention, il est possible de présumer que les États respectent leurs obligations lorsqu'ils exécutent les engagements pris en vertu de leur adhésion à l'UE. La CEDH vérifie les conditions d'application de la présomption de protection équivalente. En l'espèce, elle doit vérifier que l'exécution du MAE ne donnait pas lieu à une insuffisance manifeste de protection des droits garantis par la CSDHLF et si la remise était contraire à l'article 3 CSDHLF interdisant les traitements inhumains et dégradants. Pour cela, elle doit se pencher sur « *un risque réel et individualisable de violation de droits* ».

Pour M. Moldovan, la CEDH conclut à la violation de l'article 3 par l'exécution du MAE par la France. La Cour procède en deux temps. Dans un premier temps, la CEDH constate que les systèmes juridiques européens offrent une protection similaire. Il y a présomption de protection équivalente, car deux conditions sont remplies. D'une part, les autorités nationales ne disposent pas de marge nationale d'appréciation, puisque les conditions du MAE sont définies par les textes et précisées par la jurisprudence, et les autorités judiciaires nationales ne bénéficient d'aucune autonomie. La seconde condition tient au déploiement de l'intégralité des potentialités de contrôle offertes par le droit de l'UE. Elle peut être considérée comme remplie ici, car ce point ne soulevait pas de difficulté particulière justifiant un renvoi préjudiciel à la CJUE. Dès lors que ces deux conditions sont remplies, la CEDH est fondée à rechercher « *une insuffisance manifeste susceptible de renverser cette présomption* », auquel cas le respect de la Convention

l'emporterait sur la coopération internationale. Donc, la spécificité du MAE devrait se plier à l'article 3 CSDHLF. La CEDH remarque que les informations fournies par les autorités roumaines relatives aux conditions de détention de M. Moldovan ne pouvaient pas écarter un risque réel et sérieux de traitement inhumain et dégradant (l'établissement pénitentiaire offrait des conditions de détention insalubres, superficie disponible par détenu inférieure à 3 m<sup>2</sup>, etc.). Ces bases factuelles solides renversaient la présomption de protection équivalente.

M. Bivolaru soulève deux questions différentes. La première est particulière, car elle est relative à son statut de réfugié. La Cour de cassation a refusé de renvoyer une question préjudicielle à la CJUE sur la question de savoir si l'exécution du MAE peut être accordée, alors que l'individu qui en est le sujet bénéficie du statut de réfugié. Ce refus ne permet pas d'accorder une protection équivalente en droit de l'UE, puisque la CJUE n'a pas eu l'occasion de se prononcer sur cette question. Dès lors, la CEDH devait contrôler si l'individu risquait d'être soumis à des traitements dégradants et inhumains en raison de ses convictions religieuses et politiques. L'autorité judiciaire d'exécution française a demandé des informations autant à la Suède qui, tout en maintenant le statut de réfugié, considère qu'il n'y a plus de risque de persécution dans ce pays, qu'à la Roumanie, qui a fourni le dossier. Les autorités judiciaires françaises en ont conclu que la demande de remise n'avait pas de but politique, ni discriminatoire. La CEDH considère « *qu'au terme complet et approfondi de la situation personnelle du requérant et qui manifeste l'attention qu'elle a portée à sa qualité de réfugié* », les autorités françaises ne disposaient pas « *de bases factuelles suffisamment solides pour caractériser l'existence d'un risque réel de violation de l'article 3 de la Convention* ». Quant aux conditions de détention, M.

Bivolaru n'a pas apporté d'éléments précis, étayés et concrets, mais s'est contenté d'éléments généraux d'appréciation, de telle sorte que les autorités françaises ne bénéficiaient pas d'un « commencement de preuve de risque réel de traitements contraires à l'article 3 de la Convention ». L'exécution du MAE émis à l'encontre de M. Bivolaru ne constitue pas une violation de la Convention.

L'arrêt rendu par la CEDH le 25 mars 2021 fera date, car il s'inscrit dans un dialogue entre les Cours européennes qui a du mal à cacher la rivalité entre les ordres juridiques européens. La CJUE a bloqué (temporairement ?) l'adhésion de l'UE à la CSDHLF, mais de nombreuses questions croisent les ordres juridiques et les compétences des deux Cours, chacune favorisant son pré carré.

Il est important de retenir que la CEDH contrôle le MAE qui a été conçu pour construire l'espace de liberté, sécurité et justice européen et qui repose sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires nationales qui produisent des effets juridiques équivalents dans un autre État membre. Ainsi, l'exécution des MAE est le principe, même si la CJUE a admis (CJUE 5 avril 2016, Grande chambre, , C-404/15) que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen puisse être reportée s'il existe un risque réel de traitement inhumain ou dégradant en raison des conditions de détention de la personne concernée dans l'État membre de l'émission du mandat. La présomption du respect des droits fondamentaux par les États membres de l'UE n'est pas absolue et peut être discutée devant les autorités d'exécution. La CEDH pousse son pion et décide d'exercer ce contrôle de manière effective, étant dans son domaine naturel de compétence. La protection équivalente offerte par l'UE n'est pas contestée, mais elle est soumise au contrôle de la CEDH. L'autorité judiciaire d'exécution devra donc examiner le respect des droits fondamentaux avant même de répondre aux impératifs du droit de



l'UE. Si la France se trouve condamnée pour avoir coopéré et exécuté le MAE, la CEDH a déjà contrôlé le refus d'exécution pouvant conduire à une violation de l'obligation procédurale mise en œuvre dans le cadre de l'article 2, garantissant le droit à la vie (CEDH 9 juillet 2019, ).

Et, pour tout compliquer, on peut rappeler que la CEDH a condamné la France, dans son arrêt *JMB* rendu le 30 janvier 2020, pour les mauvaises conditions de détention dans les établissements pénitentiaires constituant une violation de l'article 3, interdisant les traitements inhumains et dégradants, et de l'article 13, garantissant le droit à un recours effectif, car les référés administratifs ont une portée limitée en pratique. Sous l'angle de l'article 46, la Cour a relevé que le taux d'occupation élevé des prisons mises en cause (Martinique, Guadeloupe, Nice, Fresnes, Nîmes) constitue un problème structurel qui nécessite l'adoption de mesures générales visant à supprimer le surpeuplement et l'amélioration des conditions matérielles de détention et à introduire un recours préventif effectif. Mais il semble qu'entre les violations de l'article 3 par l'exécution des peines privatives de liberté, il puisse y avoir une gradation ...

## **IMPUTATION DE LA DURÉE DES MESURES DE DÉTENTION SUBIES DANS UN AUTRE ÉTAT**

*Crim. 17 mars 2021, n° 20-84.365, publ. Bull.*

Deux personnes faisant l'objet d'une instruction préparatoire ont été arrêtées en Grande-Bretagne en exécution d'un MAE émis par les autorités françaises. En attendant leur remise à la France, les autorités britanniques les ont placées sous une mesure de couvre-feu assortie de surveillance électronique – assignation à résidence

d'une durée de neuf heures pendant la nuit, assortie d'une surveillance de la personne concernée au moyen d'un bracelet électronique – pendant une durée de 33 jours. Jugées en France, elles ont été condamnées pour association de malfaiteurs et infractions à la législation des étrangers. Elles ont demandé que la période de leur couvre-feu électronique subi en Grande-Bretagne soit imputée sur la durée d'emprisonnement à laquelle elles ont été condamnées. Les juges du fond ont fait droit à leur demande. Le procureur a formé un pourvoi en cassation pour contester la prise en compte de cette mesure dans le calcul de la peine restant à exécuter.

Le pourvoi se fonde sur trois arguments. D'une part, l'article 716-4 du Code de procédure pénale établit une distinction entre la détention provisoire effectuée en France et l'incarcération imposée hors de France en exécution d'un mandat d'arrêt européen. D'autre part, la CJUE a considéré que des « *mesures telles qu'une assignation à résidence d'une durée de neuf heures pendant la nuit, assortie d'une surveillance de la personne concernée au moyen d'un bracelet électronique, (...) ne sont pas, en principe, eu égard au genre, à la durée, aux effets et aux modalités d'exécution de l'ensemble de ces mesures, à ce point contraignantes pour emporter un effet privatif de liberté comparable à celui qui résulte d'une incarcération et pour, ainsi être qualifiées de détention* ». Enfin, l'État d'exécution du MAE indique à l'État d'émission ce qui doit être considéré comme assimilé à la détention et, par voie de conséquence, imputé sur la durée de la condamnation. Or, le droit anglais ne considère pas cette mesure comme assimilée à la détention et elle ne s'impute pas sur l'exécution des mesures privatives de liberté.

La Cour de cassation rejette le pourvoi et reprend les arguments de la Cour d'appel de Paris, donnant une grande liberté d'appréciation

au juge : la détention « désigne une mesure non pas restrictive, mais privative de liberté, qui ne prend pas nécessairement la forme d'une situation d'enfermement et qu'il convient d'examiner la mesure litigieuse, pour déterminer si, en raison de son genre, de sa durée, de ses effets et de ses modalités d'exécution, elle revêt un tel degré d'intensité qu'elle est de nature à priver la personne concernée de sa liberté de manière comparable à une incarcération ». Même si le droit anglais ne l'assimile pas à une mesure de détention, dans le droit fil de la jurisprudence européenne, « il y a lieu de l'assimiler, en droit français, à une mesure d'assignation à résidence sous surveillance électronique qui n'opère aucune distinction selon la durée quotidienne de l'obligation de rester au domicile ». L'article 142-11 du Code pénal dispose : « L'assignation à résidence avec surveillance électronique est assimilée à une détention provisoire pour l'imputation intégrale de sa durée sur celle d'une peine privative de liberté ». Le renvoi à l'article 716-4 n'établit pas de distinction entre les mesures effectuées en vertu d'une décision française ou en vertu d'un MAE. La Cour de cassation approuve ainsi le raisonnement des juges du fond ayant conduit à l'assimilation du couvre-feu sous surveillance électronique à une assignation à résidence sous surveillance électronique conduisant à l'imputation intégrale de sa durée sur celle de la peine privative de liberté.

## **EXÉCUTION DU MAE - PAS D'OBLIGATION POUR LA CHAMBRE DE L'INSTRUCTION DE NOTIFIER LE DROIT DE SE TAIRE**

***Crim. 24 mars 2021, n° 21-81.361, publ. Bull.***

Un MAE a été émis par une autorité tchèque à l'encontre d'un individu de nationalité slovaque pour l'exécution d'une peine

d'emprisonnement prononcée pour vol. La personne a été placée sous contrôle judiciaire en France et a refusé sa remise aux autorités tchèques. Comparant publiquement devant la chambre de l'instruction, elle attaque la régularité de la décision prononcée au motif de la violation des droits de la défense et de la présomption d'innocence. Lors de sa comparution, elle n'a pas été informée de son droit de se taire, ce qui constitue une violation de l'article 6 CSDHLF et des droits de la défense. La Cour de cassation constate l'absence de la notification du droit de se taire et de ne pas s'auto-accuser, mais elle ne considère pas que cela constitue une atteinte aux principes. « *L'audition devant la chambre de l'instruction de la personne recherchée ne vise qu'à constater son identité, à recevoir ses observations sur le déroulement de la procédure dont elle fait l'objet, et à lui permettre de consentir ou non à sa remise, et non à la soumettre à un interrogatoire sur les faits objet du mandat d'arrêt.* » La décision sur l'exécution du MAE est ainsi régulière et ne porte atteinte ni à la CSDHLF, ni aux principes fondamentaux du droit français.

## **BRÈVES**

### **PRÉSIDENTE DU TRIBUNAL POUR ENFANTS PAR UN JUGE DES ENFANTS AYANT INSTRUIT L'AFFAIRE**

#### ***Conseil constitutionnel n° 2021-893 QPC du 26 mars 2021***

Le Conseil constitutionnel est saisi par la Chambre criminelle d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article L 251-3 du Code de l'organisation judiciaire qui, dans son deuxième alinéa, dispose « *Le juge des enfants qui a renvoyé l'affaire devant le tribunal pour enfants ne peut présider cette juridiction* ». Cette interdiction

serait partielle, car elle ne viserait pas le juge des enfants ayant seulement instruit l'affaire, et méconnaîtrait le principe d'impartialité des juridictions garanti par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789 ainsi que le principe fondamental reconnu par les lois de la République en matière de justice des mineurs. Après avoir rappelé les principes fondamentaux guidant la justice pénale des mineurs et, notamment, la primauté de l'éducatif sur le répressif, le Conseil constitutionnel considère que la possibilité pour le juge des enfants ayant instruit une affaire de présider le tribunal pour enfants jugeant cette même affaire viole le principe d'impartialité des juridictions, mais il peut continuer à prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation. La déclaration d'inconstitutionnalité est assortie d'effet différé, la date de l'abrogation étant reportée au 31 décembre 2022, ce qui laisse un délai suffisant au législateur afin de l'intégrer dans les textes. Néanmoins, en attendant, l'application du principe d'impartialité est assurée puisque, dans les instances où le mineur a fait l'objet d'une ordonnance de renvoi postérieure à la présente décision, le juge des enfants qui a instruit l'affaire ne peut présider le tribunal pour enfants.

Cette décision rappelle fortement la décision du 8 juillet 2011 dans laquelle le Conseil constitutionnel avait déclaré l'article L 253-11 du Code de l'organisation judiciaire inconstitutionnel dans des termes identiques : *« Considérant que le principe d'impartialité des juridictions ne s'oppose pas à ce que le juge des enfants qui a instruit la procédure puisse, à l'issue de cette instruction, prononcer des mesures d'assistance, de surveillance ou d'éducation ; que, toutefois, en permettant au juge des enfants qui a été chargé d'accomplir les diligences utiles pour parvenir à la manifestation de la vérité et qui a renvoyé le mineur devant le tribunal pour enfants de présider cette juridiction de jugement habilitée à prononcer des peines, les*

*dispositions contestées portent au principe d'impartialité des juridictions une atteinte contraire à la Constitution ».*

## NON-LIEU AFFAIRE RÉMI FRAISSE

*Crim. 23 mars 2021, n° 20-82.416*

La Cour de cassation rend un arrêt de rejet confirmant le non-lieu prononcé au bénéfice du gendarme ayant lancé une grenade de désencerclement qui a entraîné la mort d'un manifestant, affaire connue sous le nom de la victime, Rémi Fraisse. Le premier moyen contestait l'impartialité de la procédure et le respect du procès équitable dans la mesure où l'enquête de flagrance sur la mort de la victime a été confiée à la gendarmerie et les juges d'instruction ont manifesté une connivence avec les enquêteurs. La Cour de cassation rejette cette critique car aucun acte, qu'il émane des enquêteurs ou des juges, ne peut faire naître un doute raisonnable, objectivement justifié, de nature à faire douter de leur impartialité.

Le deuxième moyen met en cause l'absence de charges suffisantes à l'égard de l'auteur de l'acte ayant causé la mort de la victime. La Cour de cassation rappelle que la chambre de l'instruction a confirmé le non-lieu du chef de violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner à l'égard du gendarme mis en cause, car *« le jet de la grenade par celui-ci constitue un acte de violence volontaire destiné à faire cesser la progression des manifestants sans avoir voulu les atteindre, qu'il a ainsi commis des faits susceptibles d'être qualifiés de coups mortels et que cet acte, commis par un gradé habilité à utiliser les grenades explosives, a été commis sur ordre de son supérieur hiérarchique »*. L'usage de cette grenade était autorisé à l'époque des faits, ce qui n'est plus le cas

depuis, et le décès de la victime était intervenu « *dans une circonstance néfaste très particulière, difficilement prévisible, en l'espèce la chute de la grenade derrière la tête de la victime entre son cou et le sac à dos qu'elle portait, et que ce n'est que parce que la grenade s'est coincée là au moment où elle a explosé qu'elle a entraîné des conséquences irrémédiables* ». Le contexte de l'affaire est aussi exploité par les juges d'instruction qui rappellent que « *les gendarmes, qui ont reçu des jets de pierres et fusées de détresse, devaient se défendre de nuit dans une cuvette sans éclairage, sans pouvoir repérer la position précise de leurs agresseurs, qu'ils ont employé la force de manière progressive en tirant d'abord des grenades lacrymogènes, puis en utilisant un lanceur de balles de défense (LBD) et enfin, après usage des avertissements réglementaires entendus par les manifestants, des grenades offensives, sans qu'il n'y ait eu d'effet de surprise, de sorte que les assaillants, qui pouvaient reculer, savaient à quoi s'attendre en se maintenant sur les lieux* ». La Chambre criminelle met l'accent sur deux éléments extérieurs aux faits mais qui tendent à montrer la force irréprochable de sa décision. En premier lieu, elle invoque formellement le soutien du Défenseur des droits en rappelant que « *le Défenseur des droits lui-même a considéré qu'en l'espèce l'usage de la force telle qu'elle avait été employée était justifié* ». Ensuite, sans le dire ouvertement, elle invoque aussi le soutien de la jurisprudence européenne en appliquant les conditions de nécessité et proportionnalité qui sont prises en compte par la CEDH : « *Les forces de l'ordre ont adapté leur riposte de manière parfaitement proportionnée et [...] l'usage de la grenade OF F1 était absolument nécessaire, de telle sorte que les exigences légales de l'article 122-4 du code pénal, selon lesquelles n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit autorisé par des dispositions*

*législatives ou réglementaires ou qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, ont été respectées ».*

Le troisième moyen critique le non-lieu pour homicide involontaire du gendarme auteur du tir mortel puisque « *le jet de grenade par ce militaire était intentionnel, même si celui-ci n'avait pas l'intention d'atteindre les manifestants* ». Il s'agit de restituer aux faits leur véritable qualification juridique. En effet, l'homicide involontaire se caractérise par une faute en lien de causalité certaine avec le dommage. Or, en l'espèce, le gendarme a agi avec la volonté d'utiliser une arme, ce qui constitue une intention. Il a la conscience et la volonté de violer la loi pénale, même s'il ne cherche pas à obtenir le résultat effectivement survenu. Il peut être utile de rappeler que l'homicide involontaire n'est pas incompatible avec la cause d'irresponsabilité utilisée, à savoir l'article 122-4 du Code pénal – autorisation de la loi et commandement de l'autorité légitime. Donc, les juges auraient pu l'utiliser pour exonérer le gendarme de sa responsabilité pénale même en cas d'infraction involontaire. Cette qualification juridique n'aurait pas modifié la décision sur l'irresponsabilité pénale.

Le quatrième moyen conteste le non-lieu du chef d'homicide involontaire prononcé à l'encontre des supérieurs hiérarchiques du gendarme auteur matériel de l'infraction. La Cour de cassation rappelle que leur responsabilité ne pouvait être recherchée que dans le cadre d'une causalité indirecte, car ils avaient contribué ou n'avaient pas empêché la survenance du dommage. Dans ce cas, l'article 121-3, alinéa 4, exige une faute délibérée, la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, ou une faute caractérisée, constituée par l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité que la personne ne pouvait ignorer. En l'espèce, « *la réglementation en matière de maintien de l'ordre et d'usage des*



*armes a été respectée par la hiérarchie ».*

La Cour de cassation rejette le pourvoi, mettant ainsi un point final à une affaire de 2014 qui a considérablement agité l'opinion publique et a fait l'objet d'une médiatisation importante.



# MAI 2021

## AFFAIRE SARAH HALIMI – IRRESPONSABILITÉ PÉNALE – ABOLITION DU DISCERNEMENT CAUSÉE PAR LA CONSOMMATION DE DROGUES

*Crim. 14 avril 2021, n° 20-83.135, publ. Bull.*

L'affaire Sarah Halimi a eu un tel impact médiatique que le rappel des faits et de la solution semble inutile, pourtant ils permettent d'expliquer l'émotion causée par cette décision. Kobili Traoré, consommateur habituel de cannabis depuis de nombreuses années, s'introduit dans l'appartement de sa voisine, en traversant et séquestrant les voisins de l'appartement contigu. Au cri de « Allah Akbar, c'est le sheitan (le diable), je vais la tuer » et en récitant des sourates du Coran, Traoré agresse sauvagement Sarah Halimi. L'agression dure une trentaine de minutes et s'entend parfaitement, les voisins appellent la police. Souffrant de dizaines de fractures et contusions, mais toujours en vie, la victime est défenestrée par son agresseur. Il continue à prier et à proférer des menaces et son arrestation par les policiers est mouvementée, car il oppose une farouche résistance.

Une instruction est ouverte sur la qualification d'homicide volontaire à l'égard de Sarah Halimi à laquelle est ajoutée la circonstance aggravante de faits commis à raison de l'appartenance vraie ou supposée de la victime à une race ou une religion déterminée. Si les qualifications pénales de l'infraction ou de la circonstance soulèvent peu de contestations, les discussions s'articulent autour de la question de savoir si Kobili Traoré souffrait d'une abolition de discernement au moment des faits lui permettant d'être déclaré pénalement irresponsable. Le juge d'instruction, suivi par la chambre de l'instruction, a retenu des charges suffisantes d'avoir

commis l'homicide volontaire aggravé, notamment le mobile antisémite, mais a écarté sa responsabilité pénale sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal. La Cour de cassation a dû prendre position sur la question de l'irresponsabilité pénale à cause d'une abolition du discernement causée par une intoxication volontaire. D'un terrain juridique classique, la question se déplace sur le terrain politique, engendrant de vives polémiques. Les revues juridiques et les auteurs se déchirent sur l'interprétation à donner à cette affaire, mais la plupart des juristes légitimement et acceptent la décision de la Cour de cassation en la considérant conforme au droit. En politique, si certains ont cristallisé l'affaire autour d'une communauté, comme M. Julien Bayou, secrétaire national des Verts, visant ouvertement la communauté juive, elle semble toucher largement l'ensemble de la population, à en juger par l'émotion populaire suscitée et par son assimilation à un véritable « *permis de tuer* », selon M. Gabriel Attal, porte-parole du Gouvernement. Le Président de la République a bien senti cette tendance lorsqu'il a déclaré, en début d'année, qu'il y avait « *un besoin de procès dans cette affaire* ». Cependant, la Justice, indépendante, impartiale et, surtout, sourde au besoin de « *rendre justice* » exprimé par l'opinion, a choisi de trancher à l'écart des polémiques politiques ou des pressions médiatiques. M. François Molins, Procureur général près la Cour de cassation, rappelle que les juges judiciaires appliquent la loi et se tiennent à l'écart d'autres considérations. Le Conseil Supérieur de la magistrature descend aussi dans l'arène médiatique en affirmant que les juges sont indépendants à l'égard du pouvoir politique, mais aussi à l'égard des pressions et émotions populaires. Les journaux, ainsi que les citoyens réunis lors de manifestations pacifiques, expriment leur incompréhension et réagissent vivement à ce qu'ils estiment comme une terrible injustice. Pour réconcilier Droit et Justice, Monsieur Eric Dupont-Moretti, garde des Sceaux, tout en

défendant l'institution judiciaire, promet une réforme rapide afin de corriger l'imperfection de la loi. Quelle est donc cette imperfection révélée par l'affaire Sarah Halimi ? L'irresponsabilité pénale peut-elle résulter d'une intoxication volontaire ?

L'article 122-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal, dispose « *n'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* » et a été salué comme une avancée majeure et une amélioration substantielle du droit. Le Code pénal de 1810 prévoyait, dans son célèbre article 64, « *il n y a ni crime, ni délit, lorsque le prévenu était en état de démence au moment de l'action* ». Cette rédaction encourageait de nombreuses critiques. D'une part, le texte effaçait l'infraction en elle-même, alors que sa commission était incontestable. Or, cela pouvait avoir de lourdes conséquences dans la mesure où cela aurait permis d'exonérer de leur responsabilité pénale tous les participants à l'infraction (les coauteurs et les complices), alors même qu'un seul d'entre eux était frappé de démence. D'autre part, pourquoi limiter l'effet d'exonération aux seules catégories de crime et délit ? La contravention échappait-elle à ce régime juridique ? Enfin, le terme de « démence » n'était pas pertinent d'un point de vue médical car il ne couvrait pas l'ensemble des affections médicales qui avaient des effets sur la perception de la réalité par les individus. Afin de corriger ces imperfections, le nouveau Code pénal a distingué au sein de l'article 122-1 deux situations distinctes matérialisées par les deux alinéas. La première, qui est la seule à retenir notre attention, constitue un trouble mental total qui fait disparaître toute responsabilité pénale, alors que la seconde atténue la responsabilité de la personne par une réduction de peine en cas de trouble mental partiel. Pourtant, la Cour de cassation vient d'infliger un sérieux

revers à cette rédaction tant vantée auparavant, la condamnant à une disparition imminente dans la honte et l'opprobre.

Le mécanisme prévu à l'article 122-1, alinéa 1<sup>er</sup>, repose sur trois conditions cumulatives – la personne doit être « *atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuro-psychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ».

D'une part, le « *trouble psychique ou neuro-psychique* » est une expression large qui couvre un grand nombre de manifestations médicales. La double hypothèse légale permet de déduire que la nature et la cause du trouble sont indifférentes (notamment, le trouble neuro-psychique peut être de nature physique et causé par un accident, aussi bien que par une cause congénitale) et toutes ses manifestations sont prises en compte (un trouble général ou spécial, indépendamment du diagnostic médical, qui couvre une multitude d'hypothèses plus ou moins bien définies). Si l'éventail des manifestations médicales prises en compte est très large, le trouble reste nécessairement une maladie mentale. Le changement de terminologie opéré par le nouveau Code pénal n'a pas modifié substantiellement la substance de la cause de non-imputabilité, précision apportée, à la fois, par la circulaire d'application du nouveau Code pénal et par les auteurs ayant commenté les nouvelles dispositions. À ce sujet, il convient de souligner que les juges sont peu armés pour suivre des avis médicaux nuancés, parfois contradictoires. En l'espèce, l'arrêt de la chambre de l'instruction essaie de voguer entre « *la bouffée délirante aiguë* » et « *le trouble mental aliénant* », sans que cela donne plus de légitimité ou d'intelligibilité à sa décision juridique.

D'autre part, le trouble doit avoir aboli le libre-arbitre de la personne au moment de l'acte. Le législateur retient une définition large en visant une double hypothèse. La personne est privée de sa

capacité de comprendre l'acte – le discernement – ou de le vouloir – le contrôle de ses actes. L'emploi de la conjonction de coordination « ou » démontre que le législateur a envisagé séparément les deux hypothèses qui sont indépendantes l'une de l'autre, chacune se suffisant à elle-même. Il est essentiel de remarquer la concordance des temps employée par l'article 122-1 du Code pénal qui exige « *un trouble (...) ayant aboli* », ce qui signifie qu'il y a un lien de cause à effet entre le trouble et l'abolition. Le trouble précède nécessairement l'abolition du discernement et de la volonté et les deux éléments ne peuvent être examinés indépendamment l'un de l'autre.

Enfin, le trouble mental ayant aboli le discernement doit exister au moment de la commission de l'infraction. La règle de la concomitance s'explique doublement. Par la logique, la commission de l'infraction doit être la conséquence de l'abolition du discernement qui est elle-même la conséquence du trouble pour produire un effet sur la responsabilité pénale. Par le droit, car les faits doivent être qualifiés au moment de l'action, sans prendre en compte les éléments entourant la commission de l'infraction, que ce soit en amont ou dans sa modification postérieure.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation reprend en très grande partie les constatations de la chambre de l'instruction, avec un luxe de détails qui conduit à s'interroger sur son intérêt grandissant pour les éléments factuels.

Les juges d'instruction ont conclu qu'il n'y avait pas de doute sur l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes. Ces troubles, commencés dans la nuit du 2 avril 2017, ont culminé la nuit suivante avec une « *bouffée délirante* ». S'il y a des dissensions entre les experts, il est possible de retenir que les juges ont considéré que



Kobili Traoré est entré, pour la première fois, dans une phase de psychose, et que l'augmentation des doses de cannabis avait pour objet d'apaiser ses angoisses, ce qui a aggravé le processus psychotique déjà entamé. Le point central de la décision de la Cour d'appel de Paris consiste en l'affirmation que « *la circonstance que cette bouffée délirante soit d'origine exotoxique et due à la consommation régulière de cannabis, ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes, puisqu'aucun élément du dossier d'information n'indique que la consommation de cannabis par l'intéressé ait été effectuée avec la conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une telle manifestation* ». En d'autres mots, le fait que l'abolition du discernement soit causée par la consommation volontaire de stupéfiants ne fait pas obstacle à l'effet d'exonération de la responsabilité pénale par le jeu de l'article 122-1, alinéa 1<sup>er</sup> du Code pénal.

La Cour de cassation ne pouvait pas revenir sur cette appréciation des faits et des preuves soumise au pouvoir souverain des juges du fond, en vertu d'une jurisprudence traditionnelle constante et bien établie. Le rejet du pourvoi semblait évident du point de vue de la technique juridique. Mais il convient de remarquer que la Cour de cassation va plus loin et consolide la décision des juges d'instruction puisqu'elle ajoute « *En effet, les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1er, du code pénal, ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition de ce discernement* ». L'utilisation de la locution « *en effet* » doit être soulignée, ayant pour synonyme « assurément » et exprime, justifie et légitime une affirmation. D'une décision de pure espèce, l'arrêt du 14 avril 2021 passe au statut d'arrêt de principe, car la Cour de cassation impose une interprétation controversée au lieu de se contenter de se

pencher sur son application à l'espèce. La Cour de cassation choisit de concentrer l'irresponsabilité sur l'effet du trouble mental – l'abolition du discernement – en se détachant du trouble lui-même, ainsi que de son origine – exotoxique, ici.

Si l'affirmation de la Cour de cassation est indiscutable, l'article 122-1 ne distinguant pas selon « l'origine » du trouble, il semble que le raisonnement mis en œuvre appelle quelques observations. Outre le fait qu'il semble fondre trouble et abolition, il superpose aussi le discernement et le contrôle.

En premier lieu, si le texte exige trois conditions cumulatives, il semble que les juges les réduisent à deux, en fusionnant le trouble et son effet d'abolition du discernement. Si les connaissances médicales des juristes sont insuffisantes et ne permettent pas toujours de comprendre les expertises, il convient de souligner les efforts de pédagogie entrepris par les juges du fond, ainsi que par le conseiller rapporteur et l'avocate générale de la Chambre criminelle dans cette affaire. Dans le sillage des expertises, ils constatent que la bouffée délirante constitue l'abolition même du discernement (*« que cette bouffée délirante soit d'origine exotoxique et due à la consommation régulière de cannabis, ne fait pas obstacle à ce que soit reconnue l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes »*). Or, cela s'éloigne du texte puisqu'en l'espèce le trouble et son effet, l'abolition du discernement, se confondent. La bouffée délirante constitue le point culminant se traduisant par l'abolition du discernement, mais la décision n'identifie pas le trouble en amont, qui ne peut se réduire à la consommation habituelle de cannabis. De plus, si les juges offrent le bénéfice de l'irresponsabilité à la personne poursuivie, l'identification de la cause d'irresponsabilité manque de précision. L'arrêt vise l'abolition du discernement, ce qui

peut entrer en contradiction avec la caractérisation de la dimension antisémite de l'acte.

L'arrêt a retenu la commission des faits à raison de l'appartenance de la victime à la religion juive. Les nombreux éléments entourant la commission des violences – Kobili Traoré déclare s'être senti « *plus oppressé après avoir vu la torah et le chandelier* », « *les constatations des experts selon lesquelles la connaissance du judaïsme de Mme X... a conduit la personne mise en examen à associer la victime au diable* », ses incantations religieuses – démontrent incontestablement que l'auteur des faits avait la capacité d'analyser ces éléments objectivement, pour ne pas dire correctement. En effet, les symboles religieux de la victime ont permis de déduire sa religion et de déclencher une réaction à son encontre. Il semble, dès lors, que ce ne soit pas le discernement de la victime qui soit mis en cause, mais plutôt sa volonté. Kobili Traoré n'avait pas la capacité de contrôler ses actes et ne pouvait plus opposer de résistance à ses pulsions criminelles antisémites.

L'utilisation de l'une ou de l'autre de ces hypothèses d'abolition n'a pas de conséquence juridique, dans la mesure où elles sont indépendantes l'une de l'autre et chacune suffit à déclencher l'effet exonératoire de responsabilité. Mais cela montre à quel point il est difficile de manier l'abolition en l'absence d'un trouble mental clairement identifié et la complexité de la situation appréhendée par les juges. Le pourvoi a clairement exploité cette apparente contradiction entre « *l'existence de charges suffisantes de commission des faits à raison de l'appartenance de la victime à la religion juive ce dont il résultait que l'auteur des faits avait conscience de donner à son acte un mobile antisémite tout en jugeant néanmoins l'existence d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes* ».

La question principale posée par cet arrêt porte sur le fait de savoir si l'abolition du discernement causée par une intoxication volontaire peut exonérer l'auteur d'une infraction de sa responsabilité pénale. Le trouble mental est une cause d'irresponsabilité fondée sur la non-imputabilité, car il se rattache au libre-arbitre et à la conscience de la personne, mais il exprime l'idée commune qu'il n'est pas possible de retenir la responsabilité pénale d'une personne qui a été contrainte, par sa propre personne ou par la situation, à commettre l'infraction. Dès lors, se pose la question de savoir si la conduite de l'individu, plus particulièrement une faute antérieure, pourrait remettre en cause l'exonération de responsabilité. La Cour de cassation se détache résolument de la prise en compte des éléments antérieurs à l'abolition du discernement.

Le trouble mental (122-1) présente une proximité juridique (d'ailleurs, les articles se suivent dans le Code pénal) et logique avec la contrainte (122-2, Code pénal), plus particulièrement avec la contrainte physique interne. Par exemple, une personne qui a un malaise et qui produit un accident de la circulation subit une contrainte physique interne qui peut l'exonérer de sa responsabilité lorsqu'elle est imprévisible et irrésistible. Le trouble mental est, en quelque sorte, une hypothèse particulière prise en compte par le droit pénal. Or, il est possible de remarquer que la jurisprudence de la Cour de cassation impose une condition supplémentaire à la contrainte, qui ne figure pas à la lettre de l'article 122-2 du Code pénal, qui est l'absence de faute antérieure. Ainsi, le marin poursuivi pour désertion, alors qu'il n'a pas pu regagner son navire pour cause d'ivresse, ne peut arguer d'une contrainte (Crim. 29 janvier 1921, S. 1922, 1, p. 185, note ROUX.). De par la faute antérieure commise, la contrainte est devenue prévisible et ne peut plus produire son effet exonératoire en droit pénal. De même, le client d'un hôtel fortement alcoolisé, après avoir agressé sexuellement une employée, est placé

en cellule de dégrisement où il choisit de se masturber à la vue des policiers chargés de le garder. Bien qu'il soit en état d'ébriété avancé, ce qui a déterminé les policiers à différer la notification des droits car il ne pouvait les comprendre, il est condamné pour exhibition sexuelle « *dès lors que l'état d'ivresse du prévenu, s'il a justifié le report de la notification de ses droits lors de sa garde à vue, faute de lucidité suffisante pour en comprendre le sens et la portée, ne constitue pas, en soi, une cause d'irresponsabilité pénale* » (Crim. 21 juin 2017, n° 16-84.158). La faute antérieurement commise, à savoir une intoxication volontaire, ne lui permet plus de se prévaloir de la contrainte puisqu'il s'est volontairement placé dans la situation de devoir violer la loi. La Cour de cassation manifeste une grande sévérité en la matière.

L'appréciation de la condition de la faute antérieure est controversée et les travaux entourant l'arrêt du 14 avril 2021 sont une mine d'informations faisant un point complet sur les positions exprimées par différents auteurs, les décisions rendues à ce sujet et les éléments de droit comparé. Le rapport présenté par Monsieur le Conseiller Guéry, ainsi que les conclusions de Madame l'Avocate générale Zientara, penchent dans le sens d'une innocuité de la faute antérieure dans le cadre du trouble mental. Si la position de la Cour de cassation en la matière n'est pas claire, ce que les deux hauts magistrats admettent, il leur semble que la lettre de l'article 122-1 ne permet pas de distinguer si l'abolition du discernement est la conséquence d'un trouble subi ou d'une intoxication choisie par la personne même qui en souffre. Dès lors, en s'abritant derrière une interprétation stricte, dans le sens le plus restrictif du terme, ils proposent d'accorder le bénéfice de l'irresponsabilité à celui qui a provoqué l'abolition du discernement par une intoxication volontaire.

Cette décision, pourtant saluée et approuvée par une partie de la

doctrine, appelle plusieurs observations.

D'une part, il est étonnant de constater la soumission excessive de la Cour de cassation à la lettre de la loi. À l'heure où elle revendique une dimension normative croissante en régulant l'application des règles jurisprudentielles générales dans le temps, où elle occupe une place éminente dans le cadre du dialogue instauré entre les juridictions « suprêmes » internes et européennes, où elle exprime une voix forte dans le cadre de la politique pénale, cette application servile du Code pénal opère une rupture d'attitude. Loin semble le temps où la Cour de cassation imposait la théorie des infractions clandestines en permettant le report du point de départ de la prescription des infractions occultes ou dissimulées en forçant le législateur à modifier la loi au terme d'un bras de fer durant plusieurs décennies, ou encore l'admission des violences morales, l'interprétation libre du préjudice et tellement d'autres exemples.

D'autre part, lorsque la lettre du texte ne donne pas une solution claire, le juge cherche dans la « *ratio legis* », la raison d'être du texte, son esprit. La cause d'irresponsabilité, depuis son origine, le Code pénal de 1810, et cela a été affirmé avec force et clarté, par l'ensemble de la doctrine en 1992 ou lors des commentaires accompagnant l'adoption de la loi du 25 février 2008, veut empêcher que l'on punisse « les fous ». À l'époque de Napoléon, on aurait posé la question de savoir si les « ivrognes » doivent être considérés comme « fous ». Juridiquement, l'ivresse qui abolit le consentement doit-elle être assimilée à une maladie mentale ? Aujourd'hui, la question devient plus vaste. La consommation d'alcool, de drogues, mais aussi de médicaments, de gaz hilarant, d'autres produits, peut-elle être assimilée à la cause d'irresponsabilité de l'article 122-1 ? Même si elle abolit le discernement, peut-elle être considérée comme un trouble ?

Le pourvoi développait un ensemble d'arguments permettant

d'établir le caractère fautif de la consommation de stupéfiants. D'une part, elle est prohibée en elle-même par l'article L. 3421-1 du Code de la santé publique sous la forme d'un délit encourant un an d'emprisonnement. D'autre part, elle constitue une circonstance aggravante lorsqu'elle peut avoir un effet moteur dans la commission d'une autre infraction. L'exemple le plus connu est celui des infractions involontaires commises lors de la conduite d'un véhicule terrestre à moteur prévu à l'article 221-6-1 du Code pénal.

Aussi étonnant que cela puisse paraître, la réponse de la Cour de cassation va à l'encontre de ces arguments tirés de la cohérence de l'ensemble répressif. Elle affirme que « *les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1er, du code pénal, ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition de ce discernement* », permettant à la personne de tirer profit de cette circonstance. Or, ce faisant, elle confond la cause et l'effet du fait générateur d'irresponsabilité pénale. L'article 122-1 impose l'origine de l'abolition du discernement qui est le trouble. L'abolition du discernement n'en est que l'effet. Or, si l'effet est défini de façon générale par le législateur – abolition du discernement –, tel n'est pas le cas de la cause, qui doit nécessairement être un trouble psychique ou neuro-psychique qui se confond difficilement avec une intoxication volontaire exotoxique. C'est tout le paradoxe de la décision de la Cour de cassation qui fonde son raisonnement exclusivement sur l'abolition du discernement et s'intéresse de façon marginale au « trouble » qui constitue, pourtant, la cause d'irresponsabilité.

De surcroît, les juges n'écartent pas totalement la prise en compte de la faute antérieure, dans la mesure où ils considèrent que l'appréciation de la cause d'irresponsabilité aurait été différente si « *la consommation de cannabis par l'intéressé a(va)it été effectuée*

*avec la conscience que cet usage de stupéfiants puisse entraîner une telle manifestation* ». En d'autres mots, si la consommation d'alcool ou de cannabis est destinée à donner du courage à une personne pour commettre l'infraction, sa responsabilité pénale serait maintenue. Dans ce cas, la faute antérieure de l'absorption de ces substances paralyserait le bénéfice de l'exonération. Cette position n'est pas sans poser de problèmes, car elle crée de nombreuses confusions. D'une part, la consommation de stupéfiants est une infraction et nul n'est censé ignorer la loi. Son caractère interdit est tiré de son caractère dangereux pour la santé. Cette décision prive l'interdiction légale de légitimité. D'autre part, cette solution s'applique-t-elle aussi à l'alcool ? Certainement et plus facilement car, si la consommation de stupéfiants est légalement interdite, tel n'est pas le cas pour l'alcool. Certes, les juges visent ici l'excès de consommation, qui fait perdre toute conscience. Mais comment définir la proportion ? Si la personne commence par une légère consommation mais que la conscience altérée conduit à en absorber de plus en plus, est-ce que cela est une faute ? Est-ce que c'est une altération partielle ou une abolition totale de discernement ? Mais en poussant le raisonnement des juges, la consommation de stupéfiants n'est pas une faute en elle-même, mais la conscience qu'elle pourrait entraîner des effets sur le discernement pourrait l'être. Dès lors, si une personne consomme des stupéfiants pour se donner du courage et commettre un vol mais que la désinhibition totale obtenue la pousse à violer et tuer les éventuels occupants de la maison cambriolée, peut-on considérer qu'il s'agit d'une conscience de consommation ou d'une conscience de l'abolition de discernement, puisque le texte ne distingue ni l'origine du trouble ni ne délimite ses effets sur le processus criminel ? Indépendamment de tout jugement moral, cette situation devient difficile à comprendre et encore plus difficile



à accepter.

La décision de la Cour de cassation pose plus de questions qu'elle n'en règle. D'ailleurs, sa position frileuse s'explique en grande partie par sa volonté de pousser le législateur à réagir et à adopter une loi. Et elle a été entendue. Monsieur Eric Dupond-Moretti, garde des Sceaux, a annoncé un projet de loi pour distinguer la situation juridique « des fous », qu'il est impossible de juger, de ceux qui ont consommé des psychotropes et ont déclenché une crise de folie. Pourtant, l'ancienne garde des Sceaux, Madame Nicole Belloubet, avait commandé un rapport parlementaire sur l'application de l'article 122-1 du Code pénal au regard de l'affaire Sarah Halimi. Messieurs Philippe Houillon et Dominique Raimbourg, parlementaires et anciens présidents de la Commission des lois de l'Assemblée Nationale, l'ont achevé en février 2021, mais il a été décidé de différer sa communication publique à une date ultérieure à l'arrêt rendu par la Cour de cassation. Présenté officiellement le 23 avril 2021, il conclut à l'inutilité de réforme sur l'article 122-1 du Code pénal mais formule un certain nombre de recommandations visant plus particulièrement l'expertise psychiatrique, aux mesures d'instruction, aux mesures de soins sans consentement, à une simplification de la procédure. L'arrêt rendu par la Chambre criminelle le 14 avril 2021 et les réactions suscitées rendent le *statu quo* impossible et la réforme nécessaire. Consolation pour la victime de cette affaire, le garde des Sceaux voudrait baptiser la loi du nom de Sarah Halimi et présentera un projet fin mai 2021. Il ne reste plus qu'à espérer qu'il n'y ait pas de nombreux faits commis dans ce même état dû à la consommation de stupéfiants à juger avant l'entrée en vigueur d'une nouvelle loi...

## INFRACTIONS SEXUELLES SUR MINEURS

*LOI n° 2021-478 du 21 avril 2021 visant à protéger les mineurs des crimes et délits sexuels et de l'inceste, J.O. 22 avril 2021*

La loi relative aux infractions sexuelles sur mineurs a été adoptée à la suite de nombreux scandales dans le cadre de la libération de la parole des enfants victimes d'incestes et d'autres infractions sexuelles. Son parcours a été émaillé d'affaires médiatisées de rapports sexuels imposés à des jeunes enfants, sans qu'il y ait possibilité de qualification pénale, et a culminé avec la publication du livre de Camille Kouchner.

À l'origine de la loi du 21 avril 2021, il y a une proposition de loi déposée par un groupe de sénateurs mené par Madame Annick Billon, le 26 novembre 2020, ayant pour objet d'interdire de manière absolue tout acte sexuel entre un majeur et un mineur de 13 ans, considérant que « *la notion de consentement, déjà complexe lorsque la victime est un adulte, n'a tout simplement pas sa place dans le débat lorsque la victime est particulièrement jeune* ». Le texte s'est enrichi, complexifié et affermi au fur et à mesure de son parcours parlementaire, puisque le gouvernement a profité de ce texte pour effectuer une grande réforme des infractions sexuelles commises sur mineurs et la prise en compte particulière de l'inceste.

Le premier article de la loi modifie les qualifications pénales des infractions sexuelles en prenant en compte le contexte particulier de l'infraction. La modification est annoncée dès l'intitulé de la section qui n'est plus limitée aux agressions sexuelles, mais vise : « *Du viol, de l'inceste et des autres agressions sexuelles* ». Avant d'exposer les nouvelles catégories d'agressions sexuelles, il est

intéressant de formuler deux observations. La première porte sur l'énumération choisie par le législateur dans l'intitulé de la section – viol, inceste, agressions sexuelles – qui suscite des interrogations. Quel est le critère retenu par le législateur lors du choix de la formule ? Il ne semble pas s'agir de l'analyse juridique des infractions puisque dans ce cas, il aurait fallu commencer par les agressions sexuelles et, ensuite, le viol. En effet, le viol fait partie de la catégorie des agressions sexuelles, mais se caractérise par une pénétration sexuelle. Il ne semble pas s'agir non plus de la gravité de l'acte. Dans ce cas, il aurait fallu commencer par l'inceste qui aggrave le viol et terminer par les agressions sexuelles. La deuxième observation souligne un affichage clair de l'inceste au sein des infractions sexuelles après une reconnaissance légale difficile et semée d'embûches.

La loi du 21 avril 2021 a maintenu les distinctions traditionnelles au sein des infractions sexuelles, mais a considérablement modifié leur contenu et les éléments constitutifs des infractions en soulignant, à la fois, le caractère général des interdits, mais aussi le contexte particulier de certaines situations.

Le nouveau Code pénal de 1992 a divisé les infractions sexuelles en deux grandes catégories.

D'une part, les atteintes sexuelles sont constituées par un comportement de nature sexuelle, indépendamment du consentement de la victime, raison pour laquelle ces infractions étaient limitées aux mineurs. Le comportement sexuel imposé par un majeur à un mineur de quinze ans recevait automatiquement la qualification pénale, alors que pour les mineurs de plus de quinze ans et de moins de dix-huit ans, l'auteur devait être un ascendant ou une personne ayant autorité de droit ou de fait sur la victime.

D'autre part, les agressions sexuelles étaient des atteintes sexuelles

imposées contre le consentement de la victime, raison pour laquelle elles s'accompagnaient nécessairement d'une coercition qui était matérialisée par une violence physique ou morale (contrainte, menace, surprise). La difficulté venait de ce que le jeune âge de la victime, présumant d'une absence ou d'une imperfection de consentement, puisque cette dernière était dotée d'un discernement amoindri, n'était pas expressément pris en compte. Après des polémiques et plusieurs réformes aux résultats plus ou moins efficaces, le législateur prend enfin en compte la minorité dans le cadre de la définition juridique des agressions sexuelles. Mais, en même temps, il maintient la distinction classique qui sépare le viol des autres agressions sexuelles et qui repose sur l'existence d'une pénétration sexuelle.

La réforme garde les distinctions traditionnelles, mais modifie le contenu des différentes catégories. Ainsi, la pénétration sexuelle reste le critère de distinction entre le viol et les autres agressions sexuelles et la prise en compte des qualités des protagonistes est déclinée, selon un système de qualification juridique parallèle, aux deux catégories.

Le premier paragraphe de la section est modifié, car son intitulé ne vise plus exclusivement le viol, mais aussi le viol incestueux, et se trouve enrichi de plusieurs articles qui contiennent plusieurs types de viol.

La première catégorie repose sur le viol dans son acception classique, défini à l'article 222-23 du Code pénal qui est modifié une nouvelle fois. Le nouveau Code pénal a défini le viol comme « *tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui par violence, contrainte, menace ou surprise* ». La définition large permettait ainsi d'appréhender tous les rapports physiques commis « *par le sexe ou dans le sexe* », selon la

jurisprudence, mais s'est heurtée à une difficulté qui était celle de la fellation effectuée par l'auteur et subie par la victime. Cet acte sexuel n'étant pas effectué « *sur la personne d'autrui* » ne permettait pas la qualification pénale. Afin d'échapper à cette difficulté, la loi du 3 août 2018 a modifié l'article en prévoyant de punir les actes de pénétration sexuelle sur la personne d'autrui, mais aussi « *sur la personne de l'auteur* ». La loi du 21 avril 2021 a voulu faire preuve d'une plus grande précision en visant expressément « *tout acte bucco-génital* ». Il ne semble pas que cette modification affecte le droit positif. Elle ne permet pas d'élargir le champ d'application de l'article. Au contraire, elle peut présenter le risque de le limiter lorsque de nouvelles dérives apparaîtront et qu'il faudra compléter la liste désormais ouverte par la loi du 21 avril 2021.

Si l'absence de consentement est toujours matérialisée par l'usage de la violence, par la contrainte, la menace ou la surprise, la nouvelle loi a modifié, à la marge, la définition de la contrainte morale. L'article 222-22-1 a été introduit dans le Code pénal par la loi n° 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux, précisant que la contrainte pouvait être, à la fois, physique ou morale. Cette dernière était définie comme pouvant « *résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime* ». L'alinéa 3, ajouté en 2018, précise que « *lorsque les faits sont commis sur la personne d'un mineur de quinze ans, la contrainte morale ou la surprise sont caractérisées par l'abus de la vulnérabilité de la victime ne disposant pas du discernement nécessaire pour ces actes* ». La minorité de quinze ans contient intrinsèquement une présomption de vulnérabilité de par l'absence de discernement due au jeune âge de

la victime. L'emploi des termes par le législateur indique clairement qu'il s'agit d'une présomption permettant la qualification pénale. La contrainte morale ou la surprise sont « *caractérisées* » en raison de « *l'abus* » subi par la victime en raison de son jeune âge. Il ne s'agit pas seulement de la faculté offerte aux juges d'exploiter des éléments factuels dont « *peuvent résulter* » la contrainte ou la surprise, comme dans l'alinéa 2. Le caractère impératif de la qualification de l'alinéa 3 se substitue au contexte interprétatif de l'alinéa 2. Cependant, la loi de 2018 a refusé de retenir le jeune âge de la victime comme élément constitutif des infractions sexuelles. En vertu d'une jurisprudence constante, convergente et bien établie, les juridictions nationales et européennes à vocation normative interdisent les présomptions irréfragables en droit pénal. Or, l'utilisation d'un seuil d'âge en droit pénal constitue un élément indiscutable et pourrait tomber sous le coup de cette interdiction.

La loi du 21 avril 2021 a choisi de prendre ce risque et d'ériger l'âge en élément constitutif de l'infraction, retenant une qualification autonome. Elle a aussi apporté une modification marginale à l'article 222-22-1 du Code pénal qui n'exige plus que l'auteur de la contrainte exerce une autorité sur la victime, mais se contente simplement du fait qu'il la possède. Ainsi, le verbe « *exerce* », caractérisant une participation active, est remplacé par le verbe « *a* », visant une situation légale, et élargit le champ d'application de la qualification pénale.

La deuxième catégorie de viol constitue une modification majeure apportée par le texte qui porte création d'une nouvelle infraction autonome définie à l'article 222-23-1 du Code pénal : « *Constitue également un viol tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans ou commis sur l'auteur par le*

*mineur, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans* ». Cette nouvelle infraction déroge à la distinction classique selon laquelle l'existence du consentement écarte la caractérisation de l'agression sexuelle, donc du viol, pour privilégier l'atteinte sexuelle qui ne la prend pas en compte dans le cadre de ses éléments constitutifs. Si la pénétration sexuelle reste le critère majeur du viol, avec la prise en compte spécifique des actes bucco-génitaux ajoutés par la loi du 21 avril 2021, la substitution de critères objectifs d'âge à l'absence de consentement modifie la philosophie de l'infraction. D'une atteinte à la liberté sexuelle, le viol devient une atteinte à l'intégrité physique constituée par la prise en compte d'une caractéristique intrinsèque de la victime. La technique utilisée par le législateur évolue, car d'un élément constitutif soumis à l'appréciation des juges, le consentement de la victime, le viol est caractérisé par des éléments objectifs et intrinsèques tenant à l'âge des protagonistes de l'infraction.

Ce nouveau type de viol repose sur trois éléments spécifiques : l'auteur est nécessairement un majeur, la victime est nécessairement un mineur de quinze ans, un élément supplémentaire qui repose alternativement sur un ascendant moral ou sur un ascendant économique. Il convient de souligner que la question du consentement, manifestation du discernement, ne se pose plus puisque le texte appelle une qualification automatique appréhendant une relation sexuelle illégale.

Les deux alinéas de l'article 222-23-1 tiennent compte d'un rapport de force déséquilibré entre un majeur et un mineur de quinze ans dans lequel l'auteur tire un profit excessif d'un ascendant moral ou d'un ascendant économique.

L'ascendant moral est soumis à un calcul qui est nécessaire pour s'assurer qu'il y a une véritable domination de l'auteur sur la victime,

matérialisé par une différence d'âge supérieure à cinq ans. Cette clause baptisée romantiquement par rapport à la douce référence « *Roméo et Juliette* » permet de préserver la liberté des mineurs entre eux, quel que soit leur âge. Mais cela permet aussi à des mineurs, dont un des partenaires serait devenu majeur, de poursuivre une relation. Mais cette hypothèse n'est pas la seule et se trouve complétée par la prise en compte de l'ascendant économique.

Si les paramètres de l'âge constituent la condition de l'infraction, en revanche, la condition de la différence de cinq ans peut être paralysée « *si les faits ont été commis en échange d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage* ». L'ascendant moral de l'âge est remplacé ici par un ascendant matériel permettant d'exploiter la même inspiration qui est celle de punir un abus dans un rapport de force déséquilibré. Il est possible de remarquer que l'avantage matériel peut être effectif, mais aussi éventuel, puisque le texte tient compte de la promesse. Ce n'est pas tant la contrepartie qui est visée par le texte que le déséquilibre causé par l'illusion qu'elle crée. Si le législateur a employé le terme « *en échange* », qui renvoie souvent au partage dans la réciprocité, il convient de l'entendre ici dans le sens d'un affrontement inégal créant un abus.

Le viol commis par un majeur sur mineur de quinze ans constitue une infraction plus grave punie de vingt ans de réclusion criminelle. La gravité supérieure est justifiée par la vulnérabilité intrinsèque du mineur de quinze ans, vulnérabilité due à son jeune âge, mais aussi et surtout, en raison du rapport déséquilibré établi entre l'auteur, qui en tire profit, au détriment de sa victime.

Cette modification majeure de la technique juridique de qualification, mais aussi de l'inspiration répressive des infractions



sexuelles est déclinée dans le cadre de la catégorie des agressions sexuelles à laquelle le viol appartient.

Si les agressions sexuelles restent définies comme des atteintes sexuelles commises avec « violence, contrainte, menace ou surprise », conformément à la définition antérieure, elles s'enrichissent aussi des atteintes sexuelles commises « *sur un mineur par un majeur* », nouvelle hypothèse ajoutée par la loi. Mais la catégorie désignée par le Code pénal comme « *les autres agressions sexuelles* » par rapport au viol s'insère dans un ensemble répressif qui a été retouché par la loi du 21 avril 2021 pour assurer une cohérence juridique.

Depuis la loi de 2021, il existe donc deux grandes catégories d'autres agressions sexuelles passibles de peines différentes, selon une subtile gradation de gravité consacrée par le législateur.

La première grande catégorie se compose des agressions sexuelles classiques punies de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende qui sont des atteintes sexuelles commises avec violence, contrainte, menace ou surprise, à l'exclusion d'un viol (article 222-27, Code pénal). Leur répression peut être aggravée et portée à sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende en cas de circonstances aggravantes des articles 222-28 (ITT supérieure à 8 jours, lésion, blessure, réunion, arme, conjugalité, utilisation d'un réseau électronique, commission par ascendant ou personne ayant autorité, ou par une personne en état manifeste d'ivresse ou emprise manifeste de stupéfiants, etc.) et 222-29 (particulière vulnérabilité) du Code pénal. Les peines peuvent être portées à dix ans d'emprisonnement et 150 000 euros d'amende en cas de combinaison des deux cas d'aggravation précédents.

S'inscrit dans la même catégorie l'agression sexuelle imposée à un mineur de quinze ans avec violence, contrainte, menace ou surprise punie de dix ans d'emprisonnement, selon l'article 222-29-1 du Code pénal. Même si ce dernier émane de la loi du 21 avril 2021, cette agression reste classique dans sa structure, car elle repose sur l'absence de consentement.

On y trouve aussi le comportement défini à l'article 222-22 du Code pénal, appelé généralement par la jurisprudence comme l'agression sexuelle pour autrui, qui consiste dans « *le fait d'imposer à une personne, par violence, contrainte, menace ou surprise, le fait de subir une atteinte sexuelle de la part d'un tiers ou de procéder sur elle-même à une telle atteinte* ». La loi du 21 avril 2021 l'a étendue de l'atteinte sexuelle émanant d'un tiers au fait que la victime elle-même procède à l'acte. Se trouvent incontestablement visées les hypothèses de fellations et masturbations auxquelles la victime s'adonnerait. Ce type d'agression sexuelle est très peu utilisé par les juges, car il suscite de nombreux conflits de qualification avec le viol, le proxénétisme, la traite des êtres humains, etc.

La deuxième catégorie introduite par la loi du 21 avril 2021 comprend les agressions sexuelles sur mineur de quinze ans par majeur et applique la nouvelle technique de définition fondée sur l'âge essentiellement. L'article 222-29-2 du Code pénal les définit clairement, mais de manière complexe, à la fois par référence, par exclusion et par précision des éléments constitutifs : « *Hors le cas prévu à l'article 222-29-1, constitue également une agression sexuelle punie de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 € d'amende toute atteinte sexuelle autre qu'un viol commise par un majeur sur la personne d'un mineur de quinze ans, lorsque la différence d'âge entre le majeur et le mineur est d'au moins cinq ans* ». La référence permet de renvoyer au comportement générique

de l'atteinte sexuelle, socle de l'infraction sexuelle. La double exclusion formulée par le texte distingue cette nouvelle agression sexuelle, de façon apparente, du viol, ce qui est naturel en raison de l'absence de pénétration sexuelle, mais aussi, de façon implicite, des autres agressions sexuelles qui reposent sur la « *violence, contrainte, menace, surprise* ». Dès lors, son caractère hybride saute aux yeux. Puisqu'elle est commise sans « *violence, contrainte, menace ou surprise* », elle s'apparente à une atteinte sexuelle, mais est rattachée par la loi à la catégorie des agressions sexuelles en raison de la qualité des protagonistes et, plus particulièrement, de la triple condition déjà utilisée dans le cadre des viols. Si l'auteur est nécessairement majeur et la victime nécessairement mineure de quinze ans, leurs qualités intrinsèques doivent être complétées, soit par l'ascendant moral tiré d'une différence d'âge de cinq ans (alinéa 1<sup>er</sup>), soit par l'ascendant économique tiré « *d'une rémunération, d'une promesse de rémunération, de la fourniture d'un avantage en nature ou de la promesse d'un tel avantage* ».

Si la problématique de l'inceste croise souvent celle des victimes mineures d'agressions sexuelles, elles ne se confondent pas et l'inceste s'affirme à titre autonome dans la loi du 21 avril 2021.

Les viols et les agressions sexuelles s'enrichissent d'une nouvelle catégorie consacrée exclusivement à l'inceste. Jusqu'à une époque récente, le Code pénal ne contenait pas d'incrimination particulière consacrée à l'inceste. La seule prise en compte de cette situation particulière pouvait se faire à travers l'application des circonstances aggravantes de minorité de quinze ans de la victime ou d'autorité de l'auteur. Le fait que ces causes d'aggravation étaient générales et l'exigence de caractériser les éléments de violence, contrainte, menace ou surprise dans le cadre du viol et des agressions sexuelles, éléments qui sont très difficiles, pour ne pas dire impossibles, à

caractériser dans le cadre familial où la pression découle du contexte lui-même et d'une proximité transformée en promiscuité, rendait la prise en compte judiciaire de l'inceste très rare.

Afin de neutraliser cette incapacité du droit à saisir l'inceste, la loi 2010-121 du 8 février 2010 tendant à inscrire l'inceste commis sur les mineurs dans le Code pénal et à améliorer la détection et la prise en charge des victimes d'actes incestueux a introduit un nouvel article 222-31-1 disposant « *Les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une soeur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait* », et y consacre un nouveau paragraphe dans le Code pénal. La technique législative utilisée consiste à introduire une surqualification incestueuse qui vient prendre appui sur les infractions de viol et agressions sexuelles existantes. Par une décision du 16 septembre 2011 (n° 2011-163-QPC), le Conseil constitutionnel a déclaré l'article 222-31-1 du Code pénal inconstitutionnel avec effet immédiat pour méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines en raison de l'emploi du terme « *famille* » qui est entaché d'imprécision, car il ne permet pas de connaître de manière certaine qui peut être considéré comme susceptible d'être l'auteur de cette infraction.

Pour combler la lacune causée par la décision du Conseil constitutionnel, la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant a réintroduit l'article 222-31-1 dans une nouvelle rédaction. La même technique de la surqualification est retenue, puisque la loi considère comme « *incestueux* » les viols et agressions sexuelles commis sur un mineur par un ascendant, un frère, une sœur, un oncle, une tante, un neveu ou une nièce ou le conjoint, concubin ou partenaire dans le cadre d'un pacte civil de

solidarité d'une de ces personnes si elle a une autorité de droit ou de fait sur le mineur. La loi évite ainsi toute référence à la famille, même si elle s'en inspire profondément – la liste des personnes susceptibles de commettre l'infraction prend en compte les liens de filiation mais aussi la réalité sociale puisque sont visés les parents, mais aussi les personnes qui y sont liées pour répondre aux nouvelles réalités sociales des familles décomposées et recomposées. Cependant, si les liens de sang sont incontestables et entraînent la qualification automatique de l'inceste, les liens sociaux créés dans le cadre des nouvelles compositions familiales sont soumis à une condition supplémentaire qui est celle de l'autorité de l'auteur sur la victime.

La loi du 3 août 2018 maintient la surqualification de l'inceste mais choisit d'étendre son domaine d'application par une modification hautement symbolique.

La loi supprime la référence aux mineurs, aussi bien dans l'intitulé du paragraphe, que dans l'article 222-31-1. Mais toutes ces modifications symboliques ne peuvent masquer l'échec de la qualification pénale et la difficulté du droit pénal à appréhender ces comportements. L'élément central de la qualification pénale reste l'absence de consentement et la preuve la violence, contrainte, menace, surprise qui constituent la difficulté majeure sur laquelle se brisent les bonnes volontés de politique pénale.

La loi du 21 avril 2021 rompt avec la technique juridique de la surqualification incestueuse et consacre une nouvelle catégorie d'infractions sexuelles incestueuses qui se caractérisent par des éléments différents de ceux des infractions génériques auxquelles ils s'apparentent. L'article 222-23-2 du Code pénal, création de la nouvelle loi, dispose « *Hors le cas prévu à l'article 222-23, constitue un viol incestueux tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, ou tout acte bucco-génital commis par un majeur sur*

*la personne d'un mineur ou commis sur l'auteur par le mineur, lorsque le majeur est un ascendant ou toute autre personne mentionnée à l'article 222-22-3 ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait* ». Sur le même modèle, l'article 222-29-3 du Code pénal crée les agressions sexuelles incestueuses. La nouvelle technique législative appelle plusieurs observations.

D'une part, les viols et agressions sexuelles incestueux se définissent parallèlement aux infractions génériques de viol et d'agressions sexuelles. S'ils partagent certains éléments constitutifs, ils présentent des caractéristiques fortes qui permettent de les ériger en une nouvelle catégorie autonome d'infractions sexuelles. La distinction entre les viols et agressions sexuelles incestueux se fonde sur le critère classique de la pénétration sexuelle à laquelle la nouvelle loi a ajouté l'acte bucco-génital. Mais la loi du 21 avril 2021 rompt irrémédiablement avec la logique classique de qualification des agressions sexuelles en renonçant à toute prise en compte du consentement. Nulle référence n'est faite à la violence, contrainte, menace ou surprise dans la mesure où la qualification pénale repose ici exclusivement sur les qualités des protagonistes de l'infraction. La victime de l'infraction est nécessairement un mineur. Il convient de souligner le fait que l'inceste s'adosse ici à la seule minorité, sans une restriction de son domaine d'application à la minorité de quinze ans comme c'est le cas dans le cadre des agressions sexuelles fondées sur des relations illégales entre un majeur et un enfant de moins de quinze ans. L'auteur de l'infraction est nécessairement un majeur, mais cette qualité intrinsèque est complétée par une qualité légale – un ascendant ou une personne figurant à la liste de l'article 222-22-3 « *ayant sur le mineur une autorité de droit ou de fait* ». La désignation de l'auteur est précise pour répondre aux critiques formulées par le Conseil constitutionnel dans sa décision de 2011 et éviter une

déclaration d'inconstitutionnalité, mais la formule n'est pas exempte d'interrogations.

D'autre part, il convient de se montrer particulièrement attentif à l'articulation des définitions spéciales incestueuses avec la définition générale des personnes susceptibles de tomber sous le coup de cette qualification. Avec la loi du 21 avril 2021, le Code pénal s'enrichit d'un nouvel article 222-22-3, qui n'est pas une véritable création puisqu'il s'agit, en majeure partie, de la reprise de la définition des viols et agressions sexuelles incestueux qui étaient auparavant définis à l'article 222-31-1, introduit par la loi n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant, lui-même réécrit à la suite de la censure constitutionnelle du dispositif issu de la loi du 8 février 2010. À la liste existante (ancien article 222-31-1) comprenant les ascendants, les frères, sœurs, oncles, tantes, neveux, nièces, ou conjoint, concubin, partenaire lié par un pacte civil de solidarité avec l'une de ces personnes, la loi de 2021 a ajouté « *un grand-oncle, une grand-tante* ». Pour une parfaite coordination, l'article 222-31-1 a disparu et le troisième paragraphe de cette section se trouve considérablement appauvri puisqu'il se réduit à un article unique tirant les conséquences de la qualification incestueuse sur l'autorité parentale, sans que cela n'emporte de conséquences majeures.

Enfin, la modification majeure apportée par la loi du 21 avril 2021 est de reconnaître enfin l'inceste en tant qu'infraction autonome. Le consentement n'est plus pris en compte dans le cadre des éléments constitutifs de l'infraction. Le contexte particulier incestueux finit par bénéficier d'une reconnaissance légale. Désormais, existent trois catégories de viols et d'agressions sexuelles. La première catégorie traditionnelle se caractérise par l'absence de consentement. La deuxième catégorie est une catégorie de rapports illégaux entre mineurs de quinze et majeurs lorsqu'il y a

une différence d'âge de plus de cinq ans ou une contrepartie. La troisième catégorie est la catégorie des incestes qui reposent sur la prise en compte des liens de parenté et d'autorité entre l'auteur et sa victime. Ces deux dernières catégories sont punies de peines aggravées, car portant sur des mineurs, assimilés à des victimes d'une particulière vulnérabilité par la philosophie pénale, qu'il s'agisse des viols ou des agressions sexuelles.

La loi du 21 avril 2021 choisit d'opérer des modifications techniques, mais aussi des modifications symboliques. Ainsi, la section V, « *De la mise en péril des mineurs* », du chapitre VII consacré aux atteintes aux mineurs et à la famille se compose désormais de deux paragraphes distincts. Si le premier est consacré à la « *mise en péril de la santé et de la moralité des mineurs* » et reste fidèle à sa version précédente, le second visant plus précisément les « *infractions sexuelles commises contre les mineurs* » est modifié de manière plus substantielle et s'ouvre par un nouvel article 227-21-1 du Code pénal disposant « *Les infractions de nature sexuelle pouvant être commises sur des mineurs sont prévues au présent paragraphe, sans préjudice des dispositions de la section 3 du chapitre II du présent titre réprimant les viols, les agressions sexuelles, l'inceste, l'exhibition sexuelle et le harcèlement sexuel, qui peuvent être également commis au préjudice de victimes mineures* ».

La mise en cohérence la plus importante concerne les atteintes sexuelles qui restent le socle sur lequel viennent s'appuyer les agressions sexuelles.

L'article 227-25 du Code pénal est désormais rédigé ainsi « *Hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, le fait, pour un majeur, d'exercer une atteinte sexuelle sur un mineur de quinze ans est puni de sept ans*



*d'emprisonnement et de 100 000 € d'amende* » apportant une double modification de la philosophie et de la répression de ces infractions. La répression est élevée d'un degré sur l'échelle des peines correctionnelles, car elle passe de cinq ans d'emprisonnement à sept ans, montrant une volonté de sévérité dans le traitement de ce type de délinquance. Mais la modification la plus importante porte sur l'appréhension des atteintes sexuelles. On peut remarquer, en premier lieu, que le législateur ne définit toujours pas précisément le comportement puni par cette incrimination. Ensuite, on peut voir l'évolution des deux catégories d'atteintes sexuelles qui se distinguaient par la prise en compte de l'âge de la victime. D'un côté, les atteintes sexuelles sur mineur de quinze ans étaient constituées par des actes sexuels exclusivement commis par des majeurs, alors qu'à l'égard des mineurs de plus de quinze ans, l'auteur devait nécessairement être un ascendant ou une personne ayant autorité sur la victime.

Auparavant, l'article 227-25 déterminait l'atteinte sexuelle comme « *le fait, par un majeur, d'exercer sans violence, contrainte, menace ni surprise une atteinte sexuelle* » sur mineur de quinze ans. Ainsi, le rapport sexuel interdit recevait une qualification pénale automatique puisque les éléments caractéristiques des agressions sexuelles, l'absence de consentement, étaient exclus. Mais cette technique de qualification pénale est désormais partagée avec les agressions sexuelles. En effet, certains viols et agressions sexuelles peuvent être exercés sans que la question du consentement ou de son absence se pose et une des hypothèses vise les rapports illégaux avec des mineurs de quinze ans. Afin d'éviter les conflits de qualification, l'article limite les atteintes sexuelles aux comportements résiduels des viols et agressions sexuelles. Le rapport de force entre ces deux catégories de qualification change et le centre de gravité se déplace en faveur des agressions

sexuelles. Les juges qualifieront le viol ou l'agression sexuelle et ce n'est que dans l'hypothèse dans laquelle une de ces deux qualifications ne pourrait pas être retenue qu'ils pourraient se reporter sur l'atteinte sexuelle, ce qui appelle deux observations.

D'une part, comme les agressions sexuelles reposent désormais sur des rapports sexuels illégaux en raison de l'âge de l'auteur et de la victime, la qualification devient très aisée. La correctionnalisation judiciaire qui était déplorée et critiquée et qui permettait de traiter judiciairement des agressions sexuelles commises sur mineurs comme des atteintes sexuelles devrait s'inverser et cette qualification pénale devrait devenir subsidiaire. Le critère de distinction entre les agressions et les atteintes sexuelles n'est plus limité au consentement, mais se trouve étendu à la prise en compte de l'âge de l'auteur et de sa victime. S'il y a une différence d'âge supérieure à cinq ans ou la promesse d'une contrepartie, l'agression sexuelle est caractérisée. En l'absence de ces éléments, l'atteinte sexuelle sera retenue.

D'autre part, l'aggravation des peines qui étaient élevées à dix ans d'emprisonnement par l'article 227-26 du Code pénal n'est plus réservée aux atteintes sexuelles commises par un ascendant ou toute autre personne ayant autorité mais s'applique à toute personne majeure à condition qu'elle ait sur la victime une autorité de droit ou de fait. L'élargissement de la circonstance aggravante est logique dans le cadre de la prise en compte spécifique de l'inceste.

Pour une parfaite coordination, l'article 227-27 du Code pénal définissant les atteintes sexuelles sur mineur de plus de quinze ans est aussi modifié. « *Hors les cas de viol ou d'agression sexuelle prévus à la section 3 du chapitre II du présent titre, les atteintes sexuelles sur un mineur âgé de plus de quinze ans sont punies de cinq ans d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende :*

« 1° *Lorsqu'elles sont commises par toute personne majeure ayant*

*sur la victime une autorité de droit ou de fait ;*

*« 2° Lorsqu'elles sont commises par une personne majeure qui abuse de l'autorité que lui confèrent ses fonctions. »* Si la deuxième circonstance reste identique, la première perd la référence à l'auteur ascendant de la victime, puisque seule la condition de l'âge est maintenue.

L'article 227-27-2-1 du Code pénal maintient la qualification des atteintes sexuelles incestueuses qui s'enrichissent d'une nouvelle catégorie d'auteur visé en fonction de sa parenté avec la victime – un grand-oncle, une grand-tante –, assurant une parfaite coordination avec les agressions sexuelles incestueuses.

L'article 227-22 réprimant la corruption de mineur est modifié à la marge en élevant les peines à dix ans d'emprisonnement lorsque les faits sont commis à l'égard des mineurs de quinze ans.

La loi continue à enrichir le droit positif d'incriminations prenant en compte l'utilisation des moyens de communication électronique. Après les propositions sexuelles (227-22-1, Code pénal), la loi choisit de punir un nouveau comportement dans le cadre de l'article 227-22-2 visant l'incitation à commettre un acte de nature sexuelle. *« Le fait pour un majeur d'inciter un mineur, par un moyen de communication électronique, à commettre tout acte de nature sexuelle, soit sur lui-même, soit sur ou avec un tiers, y compris si cette incitation n'est pas suivie d'effet, est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. »* Si le vecteur de commission de l'infraction est intégré à la structure de l'incrimination, le législateur lui donne la dimension répressive d'une infraction de mise en danger. Ainsi, l'incitation est punie en elle-même et le fait qu'elle ne soit pas suivie d'effet et de passage à l'acte ne permet pas d'échapper à la répression.

Dans ce même ordre d'idées, l'enregistrement ou la diffusion

d'images de mineur à caractère pornographique (227-23, Code pénal) par des moyens de communications électroniques se trouve complété par le nouvel article 227-23-1 qui incrimine « *le fait pour un majeur de solliciter auprès d'un mineur la diffusion ou la transmission d'images, vidéos ou représentations à caractère pornographique* ». Le vecteur numérique n'est pas exigé ici, le champ d'application de l'infraction étant plus ouvert, même si, en théorie, il s'agit du moyen de commission privilégié pour ce comportement. L'infraction est punie de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende, peine pouvant être élevée à dix ans d'emprisonnement et à 150 000 euros d'amende lorsque la victime est un mineur de quinze ans ou est commise en bande organisée. Mais la modification la plus importante touche les atteintes sexuelles, l'infraction souche sur laquelle viennent se greffer les agressions sexuelles.

S'écartant de la problématique de la prise en compte de l'inceste, la loi du 21 avril 2021 a aussi procédé à une modification de la définition de l'exhibition sexuelle qui a été considérablement débattue ces dernières années en jurisprudence. L'article 222-32 retenant une définition générale de « *l'exhibition sexuelle imposée à la vue d'autrui dans un lieu accessible aux regards du public* » se trouve complété par deux alinéas supplémentaires. Le nouvel alinéa 2 porte sur la constitution de l'infraction en précisant une hypothèse de qualification appréhendant l'exhibition sexuelle « *même en l'absence d'exposition d'une partie dénudée du corps* » si « *est imposée à la vue d'autrui, dans un lieu accessible aux regards du public, la commission explicite d'un acte sexuel, réel ou simulé* ». Les comportements des Femmes et les difficultés juridiques de qualification sont à l'origine de cette extension formelle de l'incrimination. Le nouvel alinéa 3 porte sur la répression et reprend la philosophie globale de la loi tournée vers une protection accrue

des mineurs et, plus particulièrement, des mineurs de quinze ans. Ainsi, lorsque les faits sont commis au préjudice d'un mineur de quinze ans, les peines sont doublées, donc élevées d'un an d'emprisonnement et 15 000 euros d'amende à deux ans d'emprisonnement et à 30 000 euros d'amende.

La loi du 21 avril 2021 est minutieuse et répond à des questions récurrentes portant sur les infractions sexuelles, tout en privilégiant son objet qui la conduit à protéger plus particulièrement les mineurs victimes d'infractions sexuelles. L'articulation des nouvelles catégories d'agressions et atteintes sexuelles fondées sur l'âge ne répond pas à l'ensemble des problèmes de fond et de forme posés par le droit français.

La nouvelle arborescence des infractions sexuelles s'accompagne de certaines modifications de fond et de forme afin d'assurer la parfaite articulation de la prise en compte des infractions sexuelles. Cependant, une nouvelle fois, la prescription de l'action publique a polarisé les débats.

La prescription soulève des débats passionnés depuis de nombreuses années, que ce soit dans le cadre des infractions contre les personnes ou contre les biens, mais elle atteint son paroxysme dans les infractions sexuelles. À la suite d'un bras de fer de plusieurs décennies opposant les juges et le Code de procédure pénale sur le report du point de départ de la prescription au moment où les faits sont apparus en cas d'infraction clandestine, les règles de la prescription ont été totalement rénovées par la loi du 27 février 2017. Si cette loi a unifié et considérablement allongé les délais de prescription en matière criminelle, les portant à vingt ans et, en matière correctionnelle, les doublant pour les faire arriver à six ans, elle a aussi renoncé à un certain nombre de délais exceptionnels qui

s'appliquaient à certaines catégories d'infractions. Ainsi, les infractions sexuelles commises sur mineurs qui bénéficiaient de délais allongés de vingt ou de trente ans se sont trouvées soumises au délai de droit commun de vingt ans en matière criminelle. Le régime de la prescription de ces infractions étant moins favorable aux mineurs, la loi du 3 août 2018 a réintroduit un régime exceptionnel de délai de prescription allongé en cas d'infractions sexuelles commises sur mineurs. L'article 7 du Code de procédure pénale a été enrichi de l'alinéa 3 qui porte le délai de prescription des crimes mentionnés à l'article 706-47 à trente ans lorsqu'ils sont commis sur mineurs, visant tout particulièrement le viol. En même temps, le délai de prescription des délits sexuels commis sur mineur se prescrivaient par un délai de dix ou de vingt ans, en vertu de l'article 8 du Code de procédure pénale.

De manière générale, le législateur a favorisé la mise en mouvement de l'action publique en matière d'infractions sexuelles commises sur mineurs en restreignant la prescription par l'utilisation cumulative de deux techniques juridiques. D'une part, les délais sont allongés de manière à combattre l'impunité de ces infractions. D'autre part, le législateur fixe le point de départ de la prescription au moment de la majorité de la victime. En effet, lorsque l'infraction est commise par ceux-là mêmes qui doivent protéger et représenter les intérêts du mineur, la révélation de l'infraction et l'exercice des voies de droit se trouvent paralysés. En appliquant l'adage selon lequel « *la prescription ne court pas contre ceux qui sont empêchés d'agir* », ici les mineurs dépourvus de capacité légale, le législateur fixe le point de départ de la prescription au moment où les victimes se trouvent en mesure d'agir. Ce raisonnement tient encore une fois compte de la particulière vulnérabilité du mineur victime, sans revenir sur le fait que l'action publique représente la société et pas la victime particulière de l'infraction. En application de ces deux mécanismes

cumulés, certaines infractions se trouvent prescrites après l'anniversaire des 48 ans de la victime. Mais, même dans ce cas, des contestations ont eu lieu. Qu'il s'agisse d'amnésie post-traumatique ne permettant pas de recouvrer les souvenirs avant le délai de trente ans à partir de la majorité, des délais plus courts en matière d'atteinte sexuelle, des revendications nombreuses se sont élevées en faveur de l'imprescriptibilité des infractions sexuelles. Outre le symbole de gravité exceptionnelle véhiculé par le fait de réserver l'imprescriptibilité aux crimes contre l'humanité, la pratique judiciaire montre que la poursuite des infractions sexuelles longtemps après leur révélation se résume à la confrontation de deux versions, souvent en l'absence d'autres éléments de preuve. Le législateur a ainsi refusé de consacrer l'imprescriptibilité et l'allongement du délai au-delà de trente ans semble dénué de sens. C'est la raison pour laquelle la loi du 21 avril 2021 a maintenu les délais allongés déjà existants, mais innove en introduisant un nouveau mécanisme de prescription « glissante », jusqu'alors inutilisé en droit positif. Ainsi, l'article 7, alinéa 3, est complété d'une exception : « *Toutefois, s'il s'agit d'un viol, en cas de commission sur un autre mineur par la même personne, avant l'expiration de ce délai, d'un nouveau viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle, le délai de prescription de ce viol est prolongé, le cas échéant, jusqu'à la date de prescription de la nouvelle infraction* ». Cette technique appelle plusieurs observations.

D'une part, le délai de prescription « de droit commun », mais il est déjà exceptionnel, des crimes sexuels sur mineurs reste allongé à trente ans à partir de la majorité et les délits à dix ou vingt ans. Mais une nouvelle exception apparaît et permet de calquer le délai de prescription sur la commission d'une autre infraction qui ne présente pas les mêmes éléments, mais s'y rattache par l'identité de l'auteur de l'infraction. Ce mécanisme évoque par sa construction la récidive,

mais ne peut pas s'y rattacher juridiquement en raison de l'absence de condamnation définitive. Néanmoins, il se compose de deux termes. Le premier terme est la commission d'un viol sur mineur. Le second terme est la commission d'un nouveau viol, d'une agression sexuelle ou d'une atteinte sexuelle sur un autre mineur par le même auteur. Il y a donc identité de l'auteur de l'infraction sexuelle, mais différence de victime. Par ailleurs, on constate que si le premier terme est composé exclusivement d'un viol, le second terme est composé alternativement de toutes les infractions sexuelles qui prennent en compte la minorité, que ce soit dans le cadre de leurs éléments constitutifs ou dans le cadre de leur répression. Le législateur procède ainsi à une assimilation de ces infractions qui n'est pas sans rappeler celle utilisée dans le cadre de la récidive soumise à la condition de spécialité reposant sur l'identité ou la similitude entre les deux termes. Mais ce mécanisme d'allongement de la prescription se détache résolument du modèle de la récidive, car le premier terme est constitué par la commission d'une infraction et nullement par la condamnation définitive à une peine prononcée par une juridiction pénale.

D'autre part, si le délai a été qualifié de « glissant », permettant de prolonger le délai de prescription de la première infraction pour le calquer sur celui de la nouvelle infraction, il vaudrait mieux parler de délai « coulant ». Ainsi, son point de départ reste fixé au moment de commission de l'infraction, sans affecter la structure de l'infraction du point de vue de ses éléments constitutifs, mais continue de « couler » sur le délai de prescription de la nouvelle infraction.

De plus, il semble que la seule identité de l'auteur de l'infraction ne soit pas suffisante pour justifier le rattachement de la prescription d'une infraction à une autre. C'est la raison pour laquelle le législateur essaie de pointer des éléments communs. Si la victime de ces infractions n'est pas la même, elle appartient à la même



catégorie juridique – les mineurs. Par ailleurs, la protection offerte par la loi de 2021 est la plus large possible puisque sont visés tous les mineurs, sans prise en compte du seuil de quinze ans. De même, si les infractions commises ne sont pas identiques, elles appartiennent à la même catégorie juridique d'infractions sexuelles au sens le plus large du terme. Il s'agit de toutes les atteintes sexuelles, agressions sexuelles, viols, constitués en cas d'absence de consentement, de relations illégales ou d'inceste. La portée symbolique du mécanisme de cette prescription « coulante » est forte, son utilité pratique reste à démontrer et sa légitimité juridique sera sans doute interrogée.

Enfin, le dispositif de prolongation de la prescription ne semble pas soumis à des limites. Certes, la loi prévoit qu'il ne produit d'effet que si la prescription de la première infraction n'est pas encore acquise, mais elle ne peut faire revivre un délai qui serait expiré. La rédaction permet de penser qu'il est possible d'enchaîner les prescriptions en cas de commission de plusieurs nouvelles infractions. Mais elle n'indique rien quant à une limite qui ne permettrait pas de prolonger le délai. La limite de droit commun de trente ans ne semble pas applicable à ce mécanisme. Ainsi, sans le dire, le texte pourrait bien aboutir, en pratique, à une forme implicite d'imprescriptibilité.

La technique de la prescription « coulante » a été transposée en matière délictuelle par la loi du 21 avril 2021 qui enrichit l'article 8 d'un nouvel alinéa 4, lequel calque le délai de prescription d'une agression ou d'une atteinte sexuelle commise sur mineur sur celui d'une nouvelle infraction commise sur un mineur. Le mécanisme étant identique à celui utilisé en matière criminelle, il n'appelle pas de nouvelles observations.

En conséquence de la modification de la prescription en matière criminelle et délictuelle, la loi du 21 avril 2021 modifie aussi l'article

9-2 du Code de procédure pénale pour tirer les conséquences du mécanisme de prescription « coulante ». Cet article énumère les causes d'interruption de la prescription de l'action publique constituées par des actes ou des décisions de procédure. La réforme l'enrichit d'un nouvel alinéa qui permet de considérer comme des causes d'interruption valables un acte ou une décision figurant sur la liste limitative de l'article, alors même qu'il serait intervenu « *dans une procédure dans laquelle est reprochée à la même personne une de ces mêmes infractions commises sur un autre mineur* ». Ainsi, la loi du 21 avril 2021 calque la prescription, mais aussi les causes affectant son déroulement, d'une infraction sur une autre.

La loi du 21 avril 2021 combat les infractions sexuelles commises sur mineurs en resserrant l'étau autour des auteurs, mais il s'agit aussi de combattre l'indifférence de l'entourage qui permet à ces comportements d'exister ou de perdurer. Si, dans le langage courant, on assimile cette conduite à une forme de complicité passive, elle ne peut pas être appréhendée par le droit pénal, car elle ne remplit pas les conditions de l'article 121-7 du Code pénal qui exige un acte positif matérialisant la volonté du complice de collaborer à la commission de l'infraction.

Pour contourner cette difficulté, le Code pénal punit, dans son article 434-3, le défaut de révélation aux autorités de privations, de mauvais traitements ou d'agressions ou atteintes sexuelles infligés à un mineur ou à une personne hors d'état de se protéger. La loi du 21 avril 2021 introduit à l'article 8 du Code de procédure pénale un nouvel alinéa (5) qui vise particulièrement la prescription de ce délit, mais seules les infractions sexuelles commises sur mineurs voient leur régime juridique modifié par une double limitation du champ d'application de la réforme. D'une part, du point de vue des personnes protégées, seuls les mineurs en bénéficient, alors que les

personnes hors d'état de se protéger en sont exclues. Mais la loi de 2021 choisit de protéger indifféremment tous les mineurs, alors que l'article 434-3 distingue entre les mineurs selon leur âge, puisqu'elle aggrave la répression à l'égard des mineurs de quinze ans. D'autre part, toutes les infractions subies par les mineurs ne sont pas visées, seules celles qui se rattachent aux infractions sexuelles entrent dans le domaine du nouveau texte. Lorsque le défaut d'information concerne une agression ou un atteinte sexuelle commise sur un mineur, le délai de prescription est fixé à dix années à compter de la majorité de la victime. Lorsque le défaut d'information concerne un viol commis sur un mineur, le délai de prescription est porté à vingt années à compter de la majorité de la victime. L'allongement du délai s'adosse à une autre technique affectant la prescription, mais qui porte sur la définition de l'infraction. L'article 434-3 réprime le fait « *de ne pas en informer les autorités judiciaires ou administratives ou de continuer à ne pas informer ces autorités tant que ces infractions n'ont pas cessé* ». Le délit est donc une infraction continue et la prescription commence à courir seulement à la cessation du comportement infractionnel. En conjuguant l'allongement du délai et le caractère continu de l'infraction, la victime dispose d'un délai confortable afin d'apporter les faits à la connaissance des autorités en vue de permettre la mise en œuvre de l'action publique.



# JUIN 2021

## PEINES

*4 arrêts Crim. 11 mai 2021, n° 20-83. 507 (n° 504), n° 20-84.412 (n° 493), n° 20-85.576 (n° 503), n° 20-85.464 (n° 505)*

La Chambre criminelle de la Cour de cassation, réunie en formation solennelle afin de donner une autorité renforcée à ses décisions, a rendu quatre arrêts portant sur les peines en matière correctionnelle afin de préciser la portée de la réforme opérée par la loi du 23 mars 2019. Si les modifications opérées ont été essentielles, les juges disposaient d'un an afin d'anticiper leur entrée en vigueur – 24 mars 2020. La Cour de cassation accompagne ses décisions d'une note explicative très pédagogique et d'un tableau synthétique croisant les nouvelles dispositions introduites par la loi de 2019 et les règles classiques d'application de la loi dans le temps.

La loi du 23 mars 2019 a introduit une nouvelle obligation de motivation des peines à l'article 485-1 du Code de procédure pénale. Toutes les peines correctionnelles s'y trouvent soumises et l'application de cette nouvelle obligation est immédiate, en ce qu'elle constitue une disposition de procédure (article 112-2 2° du Code pénal). En combinaison avec les articles 132-1 et 132-20, « *la peine doit être motivée en tenant compte de la gravité des faits, de la personnalité de leur auteur et de sa situation personnelle et le juge qui prononce une amende doit motiver sa décision en tenant compte des ressources et des charges du prévenu* ». L'article 132-19, alinéa 1<sup>er</sup>, du Code pénal, modifié par la loi du 23 mars 2019, interdit le prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme d'une durée égale ou inférieure à un mois. Issue de la volonté du législateur d'éviter les courtes peines d'emprisonnement considérées comme désocialisantes, cette disposition est considérée comme une loi de

pénalité plus douce et a vocation à s'appliquer rétroactivement, visant les infractions commises avant son entrée en vigueur, conformément à l'article 112-1 du Code pénal. Les peines d'emprisonnement sans sursis, comme toutes les autres peines correctionnelles, doivent être motivées selon les nouvelles modalités définies à l'article 464-2 du Code de procédure pénale et le juge doit tenir compte « *non seulement des faits de l'espèce et de la personnalité de leur auteur, mais aussi de sa situation matérielle, familiale et sociale* ». Le renforcement de l'exigence de motivation en vertu de l'esprit de la loi du 23 mars 2019 conduit à une modification de la jurisprudence de la Cour de cassation et est applicable immédiatement, puisqu'il s'agit d'une disposition de procédure (article 112-2 2°).

La loi du 23 mars 2019 a introduit des dispositions relatives à l'aménagement des peines d'emprisonnement sans sursis supérieures à un mois et inférieures ou égales à un an, qui sont considérées par la Cour de cassation comme « *un ensemble cohérent, au sein duquel chaque disposition trouve une contrepartie, relatif au régime d'exécution et d'application des peines dont l'application dans le temps obéit aux règles définies par l'article 112-2, 3°, du code pénal* ». En revanche, il convient d'opérer une distinction selon la durée de la peine ferme prononcée. D'une part, les peines supérieures à un mois et inférieures ou égales à six mois font l'objet d'un aménagement obligatoire dans la totalité, sauf en cas d'impossibilité résultant de la personnalité ou de la situation de la personne condamnée, qui doit être spécialement motivée. D'autre part, les peines supérieures à six mois et inférieures ou égales à un an sont soumises au droit antérieur, considérant que l'aménagement est le principe mais qui peut être écarté par une motivation spéciale, considérant que la situation ou la personnalité du condamné ne permettent pas son prononcé, soit relever une impossibilité

matérielle de le faire. Dans ce cas de refus, le nouvel article 464-2 accorde à la juridiction de jugement la faculté de délivrer un mandat de dépôt à effet différé, ce qui limite, avant mise à exécution de la peine, la saisine du juge de l'application des peines.

L'aménagement des peines d'emprisonnement fermes supérieures à un an et inférieures ou égales à deux ans d'emprisonnement, lorsque les faits ont été commis avant le 24 mars 2020, pose des difficultés, car les dispositions anciennes les autorisant sont plus favorables aux personnes condamnées. La Chambre criminelle marie ici la lettre et l'esprit de la loi. Ainsi, elle considère que le juge doit se positionner dans la logique d'aménagement des peines fermes d'emprisonnement supérieures à un mois et inférieures ou égales à un an (l'esprit), qui est une règle d'application immédiate, mais que le domaine d'application de ce régime est déterminé par « *la condition tenant au quantum de la peine aménageable restant régie par la loi ancienne* » (la lettre). La Cour de cassation précise que « *le juge qui prononce une peine supérieure à un an et inférieure ou égale à deux ans pour des faits commis avant le 24 mars 2020, sauf en cas de récidive, doit faire application des dispositions régissant l'aménagement des peines supérieures à six mois et inférieures ou égales à un an* ».

## **ENQUÊTE PRÉLIMINAIRE – PREUVE – CAPTATION D'IMAGES – DROITS DE LA DÉFENSE**

*Crim. 18 mai 2021, n° 20-86.266*

À la suite de plusieurs interventions de police relatives à des plaintes de riverains ou à des demandes d'un bailleur social, une enquête préliminaire pour trafic de stupéfiants a été ouverte. Le procureur de la République a renouvelé l'autorisation de pose de



systèmes de captation d'images visant des lieux publics. Le juge des libertés et de la détention a délivré deux autorisations aux fins de mettre en œuvre un système de captation d'images dans des lieux privés, au niveau du hall et des entrées et couloirs d'accès aux caves de l'immeuble. Un mineur âgé de plus de seize a été mis en examen après une perquisition ayant permis de trouver chez lui des produits stupéfiants. Ce dernier a demandé la nullité des autorisations de captation d'images dans les lieux publics délivrées par le procureur de la République et par le juge des libertés et de la détention ainsi que la nullité de l'ensemble des actes subséquents, notamment sa mise en examen. La chambre de l'instruction a rejeté sa requête et il a formé un pourvoi en cassation.

Le premier moyen critique le refus d'annulation des autorisations délivrées par le procureur de la République aux fins de captation d'images sur la voie publique et des actes d'exécution de cette mesure de vidéosurveillance, au motif que ce procédé exclut toute intervention dans un lieu privé, laquelle nécessite alors l'intervention du juge des libertés et de la détention et l'accord du propriétaire. La Cour de cassation rejette le moyen, car « *le procureur de la République tient des articles 39-3 et 41 du code de procédure pénale le pouvoir de faire procéder, sous son contrôle effectif et selon les modalités qu'il autorise s'agissant de sa durée et de son périmètre, à une vidéosurveillance sur la voie publique, aux fins de rechercher la preuve des infractions à la loi pénale* ». De plus, « *la mise en œuvre d'un dispositif de captation d'images ne nécessite pas l'autorisation du juge des libertés et de la détention lorsque, placé dans un lieu privé, il ne vise qu'à capter, fixer, transmettre ou enregistrer l'image d'une ou de plusieurs personnes se situant sur la voie publique* ». Enfin, le propriétaire a donné son accord à l'utilisation du dispositif critiqué.

Le second moyen critique le fait que la chambre de l'instruction ait

refusé la nullité des ordonnances du juge des libertés et de la détention relative à la surveillance des halls et autorisant la captation d'images dans l'entrée et les couloirs de la cave de l'immeuble en se plaçant sur le terrain de sa recevabilité. La Cour de cassation le rejette aussi en considérant que la personne qui demande la nullité n'a pas qualité pour l'invoquer puisque son image n'a pas été captée dans le cadre de ces dispositifs. Donc, ces derniers ne constituent pas une violation des droits de la défense en eux-mêmes, il convient que la personne prouve qu'ils lui font grief pour pouvoir en demander l'annulation.

## **RENSEIGNEMENTS ADMINISTRATIFS – TERRORISME – ATTENTAT DE LA RUE COPERNIC**

*Crim. 19 mai 2021, n° 21-80.849*

L'attentat commis le 3 octobre 1980, rue Copernic, a causé le décès de quatre personnes, en a blessé une quarantaine et a occasionné de nombreux dégâts matériels. Les services de police ont établi certains éléments identifiant cinq terroristes palestiniens, éléments complétés par un rapport de la Direction de la surveillance du territoire ayant permis de procéder à l'extradition d'une des personnes établie au Canada. La chambre de l'instruction a décidé de le mettre en accusation des chefs d'homicide volontaire, tentative d'homicide volontaire et destruction de biens par l'effet d'une substance explosive, avec préméditation et en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation et la terreur, infirmant l'ordonnance de non-lieu établie par les juges d'instruction. La personne forme un pourvoi en cassation.

Le deuxième moyen retient l'attention – il conteste l'utilisation des

informations transmises par les services de renseignement qui ne peuvent être utilisées comme élément permettant d'asseoir la culpabilité, mais seulement pour orienter d'éventuels actes d'investigation et conforter d'autres éléments recueillis à charge ou décharge. De plus, les éléments transmis par les services français recoupaient certains éléments émanant des renseignements allemands et israéliens n'ayant pas de source certaine. La Chambre criminelle rejette la critique, car les juges ont correctement appliqué les règles : « *Si le recueil de renseignement ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, les informations émanant des services de renseignement, régulièrement versées dans une procédure judiciaire et soumises au débat contradictoire, peuvent être prises en compte en ce qu'elles ont guidé les investigations, bien qu'elles ne puissent, à elles seules, fonder une déclaration de culpabilité* ». Cette précision est fort intéressante dans un contexte où les éléments de police judiciaire et administrative se trouvent en concurrence ou en conjugaison.

À ce titre, il convient de rappeler les articles du Code de la sécurité intérieure qui traite du renseignement dans son Livre VIII, créé par la loi du 24 juillet 2015. L'article L 801-1 régit l'autorisation et la mise en œuvre des techniques de renseignement sur le territoire national, alors que les articles L 811-1 à L 811-4 définissent la politique publique de renseignement et les services chargés de la mettre en œuvre. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision n° 2015-713, DC du 23 juillet 2015, a validé ces dispositions en y apportant un certain nombre de précisions. D'une part, les éléments issus des services de renseignement relèvent de la seule police administrative : « *qu'il ne peut donc avoir d'autre but que de préserver l'ordre public et de prévenir les infractions ; qu'il ne peut être mis en œuvre pour constater des infractions à la loi pénale, en rassembler les preuves ou en rechercher les auteurs* ». D'autre part,

les techniques de renseignement sont soumises, dans leur ensemble, au principe de nécessité et de proportionnalité afin de ne pas constituer des atteintes disproportionnées aux droits et libertés individuels. La Cour de cassation en avait déduit que l'utilisation d'éléments issus des techniques de renseignement pouvait venir en complément des éléments recueillis, en vertu des pouvoirs de police judiciaire, mais qu'ils ne pouvaient pas constituer l'unique preuve de la culpabilité d'une personne. L'arrêt de 2021 conforte cette analyse dans une affaire hautement médiatisée.

Les premier, troisième, quatrième et cinquième moyens sont écartés par la Cour de cassation, car ils reposent sur l'appréciation de la valeur des éléments de preuve recueillis par l'information que les juges du fond apprécient de manière souveraine – les témoignages, l'incertitude de la date de présence au Liban de la personne accusée par rapport aux examens à l'université, les demandes de délivrance de passeport et la déclaration de passeport perdu, etc.

La Cour de cassation rejette ainsi le pourvoi et confirme le renvoi définitif devant la Cour d'assises spécialement composée de Paris pour y être jugé sous l'accusation d'assassinats, de tentatives d'assassinats et destructions aggravées, en relation avec une entreprise terroriste.

## **CIRCONSTANCE AGGRAVANTE DE CONJUGALITÉ**

*Crim. 27 mai 2021, n° 21-81.126*

Les affaires d'homicides ou de violences conjugales se multiplient et les mass media en rendent compte abondamment. Le droit pénal manifeste une attention soutenue pour ces comportements et multiplie leur prise en compte, sans réussir à les enrayer.

La victime se rend chez son ancien amant et ne donne plus de

nouvelles ensuite. Sa mère signale sa disparition. Après des déclarations contradictoires, il déclare qu'ils avaient tous deux consommé de l'héroïne et a constaté son décès le lendemain matin. Il a enterré le corps. Les juges d'instruction ont mis en accusation l'auteur des faits du chef d'homicide volontaire avec cette circonstance que les faits ont été commis par l'ex-concubin de la victime, ce qu'il a contesté par un pourvoi en cassation.

La qualification retenue repose sur une combinaison de textes de droit pénal spécial et de droit pénal général. L'article 221-4 du Code pénal énumère les causes d'aggravation du meurtre, défini à l'article 221-1, comme le « *fait de donner volontairement la mort à autrui* ». La liste de ces causes prend essentiellement en compte la qualité de la victime – la minorité de quinze ans, la particulière vulnérabilité, la qualité professionnelle ou publique, etc. - mais aussi les liens particuliers qui unissent l'auteur à sa victime et qui sont pris en compte en miroir. Si l'effet d'aggravation est le même, portant la peine à trente ans de réclusion criminelle, il est possible de se placer du côté de la victime (2° : « *sur un ascendant légitime ou naturel ou sur les père ou mère adoptifs* ») ou du côté de l'auteur du meurtre (9° : « *par le conjoint ou le concubin de la victime ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* »).

La loi n° 2006-399 du 4 avril 2006 renforçant la prévention et la répression des violences au sein du couple ou commises contre les mineurs, s'inscrivant dans une suite de textes poursuivant cet objet, a introduit le numéro 9° à l'article 221-4. Si la plupart des infractions volontaires, notamment les violences, étaient assorties d'une circonstance aggravante de conjugalité, les homicides volontaires n'en avaient pas. La loi de 2006 comble cette lacune, permettant d'élargir le champ d'application de la circonstance aggravante. En même temps, la loi choisit aussi d'en élargir la définition.

Un nouvel article 132-80 est introduit par cette même loi dans le Code pénal, au sein de la section définissant les circonstances aggravantes, permettant la prise en compte du lien particulier unissant l'auteur de l'infraction et sa victime. Sa définition est large d'un point de vue matériel et temporel. Du point de vue matériel, la circonstance appréhende la situation de conjugalité, plus que le lien juridique qui unit les protagonistes, puisqu'elle s'applique « *lorsque l'infraction est commise par le conjoint, le concubin ou le partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* ». La situation induit une vulnérabilité intrinsèque de la victime et l'infraction commise traduit un abus de force dans un contexte de confiance qui ne permet pas à la victime de déployer une défense normale. Cette définition matérielle large est favorisée par un cadre temporel très étendu puisque « *la circonstance aggravante prévue au premier alinéa est également constituée lorsque les faits sont commis par l'ancien conjoint, l'ancien concubin ou l'ancien partenaire lié à la victime par un pacte civil de solidarité* ». Même si le lien de conjugalité a cessé, il continue de produire des effets dans les relations sociales et juridiques et peut causer, faciliter ou favoriser la commission d'une infraction. Néanmoins, la loi ne doit saisir que les situations qui découlent de ce contexte, raison pour laquelle l'alinéa 2 précise que « *les dispositions du présent alinéa sont applicables dès lors que l'infraction est commise en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime* », de telle sorte que la conjugalité, en cours ou passée, serait l'inspiration de l'infraction commise.

Le législateur a ainsi manifesté solennellement sa volonté de consacrer la circonstance aggravante de conjugalité au sein des dispositions de droit pénal général, ayant vocation à s'appliquer à toutes les infractions. Les juges ont suivi et parachevé ce mouvement. L'article 132-80 s'ajoute à une qualification de droit pénal spécial, de sorte qu'il ne peut être isolé et vidé de sa

substance. En lui donnant une définition objective, la tenant pour acquise sur le fondement d'un simple rapport extérieur entre l'infraction commise et les anciennes relations entre l'auteur et sa victime (Crim. 7 avril 2009, Bull. n° 69), la Cour de cassation étend la conjugalité au-delà de la rupture des intéressés et la fonde sur un rapport nécessaire entre les protagonistes ou sur l'élément déclencheur de l'infraction (les exemples les plus fréquents impliquent les enfants, la pension alimentaire, des intérêts ou biens communs). Néanmoins, même largement interprétée, la circonstance ne peut saisir certaines situations se plaçant en dehors de son champ d'application, raison pour laquelle le législateur a dû intervenir à deux reprises. La première modification, apportée par la loi 2010-769 du 9 juillet 2010 relative aux violences faites spécifiquement aux femmes, aux violences au sein des couples et aux incidences de ces dernières sur les enfants, porte sur le premier alinéa et étend le champ d'application de la circonstance aggravante, initialement limitée aux crimes et délits, aux contraventions. La deuxième modification, opérée par la loi 2018-703 du 3 août 2018 renforçant la lutte contre les violences sexuelles et sexistes, porte aussi sur le premier alinéa et précise que la circonstance aggravante a vocation à s'appliquer « *y compris lorsqu'ils ne cohabitent pas* ».

Sans entrer dans le détail de l'étude de l'article, le pourvoi critique l'absence d'explications claires sur la motivation de l'infraction fondée sur la relation passée entre l'auteur et sa victime, tentant de la limiter à une relation sexuelle. La Chambre criminelle ne se laisse nullement enfermer dans cette critique réductrice, mais procède à une analyse globale de la circonstance aggravante en mettant en cohérence le droit pénal et le droit civil. Elle prononce la cassation en reprochant aux juges d'instruction de ne pas « *avoir caractérisé l'existence, entre le demandeur et la victime, dans le passé, d'une*

*relation de concubinage, ni indiqué les éléments d'où il résultait que les faits avaient pu avoir été commis en raison des relations ayant existé entre eux* », mettant en lumière deux éléments.

D'une part, l'infraction doit être commise dans le cadre d'une relation de mariage, de concubinage ou de pacte civil de solidarité. Si le premier et le dernier constituent des actes juridiques et sont formalisés par un engagement, le deuxième est une situation de fait générant des effets juridiques. L'article 515-8 du Code civil définit le concubinage comme « *une union de fait, caractérisée par une vie commune présentant un caractère de stabilité et de continuité, entre deux personnes, de même sexe ou de sexe différent, qui vivent en couple* ».

D'autre part, si cette relation peut être concomitante à la commission de l'infraction, elle peut aussi la précéder, à condition qu'elle joue un rôle causal dans sa commission. En effet, l'article 132-80, alinéa 2, précise que l'infraction doit avoir été commise « *en raison des relations ayant existé entre l'auteur des faits et la victime* ». La formule est intéressante car elle apporte deux indications. La première porte sur les faits. Si la relation n'existe plus dans sa forme initiale, ses effets se prolongent dans le temps et aboutissent à l'infraction. Sans qu'il soit nécessaire de caractériser un lien de causalité entre la relation et le passage à l'acte, elle en constitue l'inspiration. La seconde indication est d'ordre juridique. La relation est, d'une certaine manière, le mobile de l'infraction. Contrairement aux principes généraux enseignant que le mobile est indifférent à la qualification de l'infraction, il est ici pris en compte par le législateur comme élément constitutif de la circonstance aggravante.

Si la Cour de cassation précise les éléments de la circonstance aggravante dans un sens conforme à sa définition légale, elle ne précise point si ces deux éléments sont cumulatifs ou alternatifs. Néanmoins, dans l'inspiration de sa décision, on peut supposer qu'ils



sont cumulatifs pour permettre une cohérence d'application à l'article 132-80 du Code pénal.

## SECRET PROFESSIONNEL – PARTAGE

*Crim. 8 juin 2021, n° 20-86.000*

Lors d'une réunion de synthèse à laquelle participaient, sous l'égide du Conseil général, des membres du service d'éducation spéciale et de soins à domicile, deux médecins participant à la prise en charge d'un mineur de quinze ans ont révélé des éléments pouvant faire suspecter des privations, sévices ou violences sur mineur en raison de l'ambivalence de la mère dans le suivi de son fils et du fait que celui-ci ne progressait que lorsqu'il se trouvait hors de son domicile. Ces éléments ont donné lieu à un signalement au procureur de la République aux fins d'ouverture d'une mesure d'assistance éducative pour le mineur. La mère a porté plainte avec constitution de partie civile à l'encontre des deux médecins pour violation de secret professionnel. Le juge d'instruction, approuvé par la chambre de l'instruction, a considéré qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre. La mère a formé un pourvoi en cassation et conduisant la Chambre criminelle à apporter des précisions intéressantes sur le secret professionnel partagé.

L'article 226-13 du Code pénal punit la violation du secret professionnel définie comme « *la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire soit par état ou par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire* ». Le caractère confidentiel de l'information lui est imprimé par le contexte dans lequel elle est obtenue, plus que par sa nature. Certaines professions sont soumises au devoir de confidentialité de par leur essence même. Les médecins rentrent

dans cette catégorie de par leur intégration à la vie privée et à la santé de la personne. S'ils connaissent les éléments intimes de la vie d'une personne, ils peuvent aussi jouer le rôle d'auxiliaire des pouvoirs publics en permettant de déclencher certaines alertes et de préserver les victimes contre elles-mêmes ou d'autres. C'est la raison pour laquelle l'article 226-14 contient certains cas dans lesquels le délit de violation de secret professionnel n'est pas applicable. Enrichi au cours des dernières années, le texte contient quatre exceptions formelles venant s'ajouter « *aux cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ».

Les quatre exceptions formelles peuvent être générales, même si cette qualification peut sembler paradoxale pour une exception, ou spéciales. L'exception générale est prévue au 1° et vise toute personne « *qui informe les autorités judiciaires, médicales ou administratives de privations ou de sévices, y compris lorsqu'il s'agit d'atteintes ou mutilations sexuelles, dont il a eu connaissance et qui ont été infligées à un mineur ou à une personne qui n'est pas en mesure de se protéger en raison de son âge ou de son incapacité physique ou psychique* ». Son objectif est d'offrir une protection renforcée aux personnes particulièrement vulnérables, quelle que soit la cause de ce rapport déséquilibré. Les exceptions spéciales visent plus particulièrement certaines personnes en raison de leur qualité professionnelle – les médecins et autres professionnels de santé ou de l'action sociale – leur permettant d'intervenir de façon préventive, appréciée sur le fondement de la commission d'actes répréhensibles ou de la simple existence d'un risque. En vertu des 2° et 3°, les médecins et professionnels de santé peuvent dénoncer des actes faisant présumer des violences à l'encontre des victimes, qu'elles mettent en danger ou non la vie de la victime. Si le médecin doit essayer d'obtenir l'accord de la victime, il peut passer outre s'il s'agit d'un mineur, d'une personne hors d'état de se protéger en

raison de son état de santé physique ou morale ou « *en raison de la contrainte morale résultant de l'emprise exercée par l'auteur des violences* ». Le 4° permet d'aller encore plus loin puisque les professionnels de santé et de l'action sociale peuvent informer le préfet « *du caractère dangereux pour elles-mêmes ou pour autrui des personnes qui les consultent et dont ils savent qu'elles détiennent une arme ou qu'elles ont manifesté leur intention d'en acquérir une* ». Aucune violation de la loi pénale n'a été réalisée ici, mais ces professionnels agissent par précaution pour éviter que le risque ne se réalise.

La chambre de l'instruction s'est fondée sur les exceptions spéciales, plus particulièrement au 226-14 1°, pour considérer que les médecins, comme toute autre personne, pouvaient informer les autorités des privations et violences psychologiques dont ils avaient connaissance, puisqu'elles étaient infligées à un mineur. Néanmoins, la Chambre criminelle écarte cette disposition qu'elle estime étrangère à la situation de l'espèce. Cependant, l'arrêt n'encourt pas la cassation, dans la mesure où une autre disposition empêche la qualification du délit de violation de secret professionnel. Il résulte de l'article L. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles que « *les personnes soumises au secret professionnel qui mettent en œuvre ou apportent leur concours à la politique de la protection de l'enfance sont autorisées à partager entre elles des informations à caractère secret afin d'évaluer une situation individuelle, de déterminer et de mettre en œuvre les actions de protection et d'aide dont les mineurs et leur famille peuvent bénéficier, après en avoir informé les personnes responsables du mineur* ». Le mécanisme employé par la Cour de cassation est fort intéressant, car elle use d'un « double-débrayage ».

La Chambre criminelle renvoie au texte particulier contenu dans un Code spécifique, semblant se placer ainsi dans le cadre d'une

exception spéciale. Mais cela n'est nullement le cas. En réalité, la Cour de cassation se place ici dans le cadre de l'exception générale qui fait échec à la qualification du délit de révélation de secret professionnel dans les « *cas où la loi impose ou autorise la révélation du secret* ». Ce qui lui permet de rebondir sur l'article L. 226-2-2 du Code de l'action sociale et des familles qui est une loi autorisant les personnes mettant en œuvre la politique de protection de l'enfance à partager les informations confidentielles entre elles. L'arrêt en reçoit une portée supérieure pour plusieurs raisons.

D'une part, la Cour de cassation se fonde, de manière classique, sur le rapport entre les articles 226-13 et 226-14, le second bloquant l'effet du premier, même si la question de savoir s'il s'agit d'un mécanisme de blocage de la qualification pénale ou de la responsabilité pénale se pose.

D'autre part, s'y ajoute un texte supplémentaire, à l'extérieur du Code pénal, qui vient enrichir la liste proposée à l'article 226-14. Cette liste non exhaustive, à caractère ouvert et large, permet d'y accueillir des cas divers et variés.

Enfin, la Chambre criminelle intègre dans le droit pénal le secret partagé entre professionnels et permet ainsi de donner une impulsion à ce mécanisme qui s'extrait à l'application de l'article 226-13.

Les médecins ayant respecté les conditions requises par ce texte, « *la mère de l'enfant [ayant] été préalablement informée de la tenue de cette réunion, et l'objet de celle-ci [étant] d'évaluer la situation d'un mineur et de déterminer les actions de protection et d'aide dont lui et sa famille pouvaient bénéficier* », ils échappent à la qualification du délit de révélation du secret professionnel.

## ÉTAT DE NÉCESSITÉ

*Crim. 15 juin 2021, n° 20-83.749*

Une intrusion dans une centrale nucléaire organisée par une association ne peut bénéficier d'une cause d'irresponsabilité et ses auteurs doivent répondre des conséquences de leurs actes.

Plusieurs membres de l'association Greenpeace France se sont introduits dans l'enceinte d'un centre nucléaire en escaladant une clôture et en découpant des grillages. L'action filmée a été largement diffusée pour sensibiliser sur le manque de sécurité dans les centrales nucléaires. Les personnes physiques, mais également Greenpeace en tant que personne morale ont été poursuivis pour intrusion, sans autorisation de l'autorité compétente, dans l'enceinte d'une installation civile abritant des matières nucléaires, au sein de terrains clos, en réunion et avec dégradation, faits définis par le Code de l'environnement et le Code de la défense, plus particulièrement les articles L. 1333-13-12, L. 1333-13-14, alinéa 5, et L. 1333-13-17 de ce dernier, leur faisant encourir une peine de cinq ans d'emprisonnement. Ils sont déclarés coupables par le tribunal correctionnel, la personne ayant médiatisé et organisé l'enregistrement de l'action voit sa responsabilité pénale retenue en tant que complice, et ils choisissent tous de faire appel. La Cour d'appel a confirmé les condamnations, même si elle a procédé à une requalification à l'égard de la personne morale Greenpeace. L'ensemble des prévenus a formé un pourvoi en cassation composé de moyens d'intérêt inégal.

Dans le premier moyen, les personnes physiques déclarées coupables du délit d'intrusion demandent à bénéficier de l'état de nécessité en application de l'article 122-7 du Code pénal. Il dispose « *N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un*

*danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ». La Cour d'appel a rejeté son usage en considérant que le danger était, en l'espèce, éventuel, et non actuel, ne remplissant pas les conditions légales. Le pourvoi considère, au contraire, que « *dès lors qu'un événement, s'il se réalise, ne laisse plus aucune possibilité de mener une action nécessaire pour sauvegarder la vie et l'intégrité physique de soi-même et d'autrui, le danger résultant de la carence dans l'adoption des mesures de sécurité indispensables à la sauvegarde de ces intérêts constitue un danger actuel et non éventuel* ». La Cour de cassation rejette l'état de nécessité, rendant une décision conforme à sa jurisprudence en la matière.

L'état de nécessité constitue une cause objective d'irresponsabilité fondée sur l'utilité sociale de l'infraction. Confrontée à un danger, la personne réagit en commettant une infraction, mais sa réaction lui permet de sauvegarder un intérêt supérieur à celui qu'elle sacrifie en commettant l'infraction. Dès lors, pour lui permettre de s'exonérer de sa responsabilité pénale, plusieurs conditions doivent être remplies, qu'elles soient relatives au danger ou à la réaction.

En premier lieu, le danger doit être actuel et imminent, ce qui suppose avant toute chose que le danger doive être réel. Un danger simplement éventuel ne permet pas de justifier l'infraction, car il ne serait pas actuel. De plus, si l'intérêt sauvegardé est largement défini, concernant une personne, soi-même ou autrui ou un bien, il doit nécessairement être immédiat, excluant tout intérêt prolongé ou à long terme, car le danger doit être imminent.

Ensuite, la réaction constituant une infraction doit être nécessaire et proportionnée au danger. L'utilité sociale de l'infraction doit être incontestable – si l'auteur de l'infraction avait d'autres moyens à sa

disposition pour sauvegarder l'intérêt protégé, il ne peut bénéficier de l'exonération en vertu de l'état de nécessité. La nécessité est naturellement prolongée par la proportionnalité, car l'intérêt sacrifié par la commission de l'infraction doit être obligatoirement inférieur à celui qui est préservé. Cette balance exclut l'égalité et la proportionnalité est strictement interprétée par les juges.

La Cour de cassation rappelle avec clarté que *« l'état de nécessité ne peut être utilement invoqué que si, d'une part, le danger est actuel ou imminent c'est-à-dire réel, certain et en cours de réalisation ou est susceptible de se réaliser dans un avenir immédiat en menaçant directement la personne qui a accompli l'acte illégal, d'autre part, cet acte était le seul moyen de l'éviter »*. Cette analyse lui permet de rejeter le moyen en reprenant les considérations des juges du fond qui ont considéré que le soi-disant manque de sécurité dénoncé *« représente non un danger actuel ou imminent les menaçant directement, mais l'expression d'une crainte face à un risque potentiel, voire hypothétique »*. Elle rejoint ainsi son analyse classique en la matière et rend la même décision que dans les affaires de destruction d'organismes génétiquement modifiés qui retenaient la même argumentation. On note tout de même que, si la jurisprudence de la Cour de cassation a souvent ajouté à ces conditions légales l'absence de faute antérieure de l'auteur de l'infraction, cette condition n'est pas rappelée en l'espèce, sans que l'on puisse pour autant en déduire qu'il y aurait un revirement de jurisprudence.

La Chambre criminelle constate que les conditions tenant au danger ne sont pas remplies, puisque *« un danger futur qu'aucune mesure actuelle ne permettrait de prévenir ne peut être assimilé à un danger actuel ou imminent au sens de l'article 122-7 du code pénal »*, pas plus que celles tenant à la réaction, puisque *« l'infraction poursuivie n'était pas, par elle-même, de nature à remédier au danger »*.

dénoncé ».

Il convient de remarquer qu'aussi bien la personne morale que la personne physique complice comptaient tirer profit de l'exonération de responsabilité par l'application de l'état de nécessité. En effet, cause objective d'irresponsabilité, tirant sa source des faits, elle s'applique à tous les participants à l'infraction, indépendamment de leur qualité et de leur mode de participation.

Le second moyen porte sur la qualification de l'infraction retenue à l'encontre de l'association Greenpeace. Si le tribunal correctionnel a retenu sa responsabilité pour le délit d'intrusion, la Cour d'appel a requalifié les faits en incitation à l'intrusion et s'est fondée sur l'article L. 1333-13-13 du Code de la défense réprimant « *le fait de provoquer, d'encourager ou d'inciter quiconque, de quelque manière que ce soit, à commettre* » l'intrusion, et opérant une distinction lorsque ce fait a été suivi d'effet en le punissant des mêmes peines que celles prévues pour cette infraction, alors que quand l'incitation n'est « *pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de la volonté de leur auteur* », les peines descendent à six mois d'emprisonnement et 7 500 euros d'amende. Les juges du fond se sont fondés sur « *des constatations des militaires de gendarmerie intervenus sur les lieux, des images du reportage diffusé sur la chaîne de télévision Arte et des explications du représentant légal de l'association, que les faits (...) s'inscrivaient dans le cadre d'une campagne de sensibilisation sur le risque nucléaire* ». La Cour d'appel a considéré que l'association avait eu un rôle moteur dans la commission de l'infraction, car ces actions s'inscrivaient dans le cadre de ses statuts et que les personnes physiques n'ont fait qu'exécuter son plan. La Cour de cassation approuve la qualification, ce qui appelle plusieurs observations.

D'une part, l'article L. 1333-13-13 du Code de la défense réprime de façon autonome une forme de provocation qui pourrait s'inscrire



dans le cadre de la complicité par instigation définie à l'article 121-7, alinéa 2. Les juges font prévaloir, à juste titre, la qualification spéciale sur la qualification générale en vertu de l'adage.

D'autre part, la philosophie du mécanisme reste la même. L'instigateur, car il a incité à la commission de l'infraction, reste autant, sinon parfois plus coupable. L'article L. 1333-13-13 du Code de la défense rend bien compte de ce mécanisme, car en cas de provocation suivie d'effets, la peine est la même. L'auteur matériel, ayant matériellement commis les actes d'intrusion, et l'auteur moral, ayant provoqué l'intrusion, subissent les mêmes conséquences légales.

Enfin, l'association est une personne morale qui voit sa responsabilité pénale engagée dans les conditions de l'article 121-2 du Code pénal. Sans les rappeler formellement, tous les éléments requis par le texte sont présents. L'infraction est matériellement commise par « *le représentant légal* » de l'association et elle est intrinsèquement contenue dans les statuts et le plan d'action de Greenpeace.

Le troisième moyen critique l'arrêt en ce qu'il a retenu la responsabilité pénale au titre de la complicité à l'encontre de la personne qui a organisé l'action en l'ayant décrite dans les moindres détails aux journalistes qui l'accompagnaient. Le fait d'avoir tenu une conférence sur les lieux la veille pour médiatiser l'intrusion et son comportement ont été considérés comme s'inscrivant dans un « *contexte géographique et chronologique* » qui montre que l'action était programmée. De plus, il a accompagné les journalistes afin de leur montrer le meilleur angle pour filmer l'action, il a donné des instructions : « *on éteint tout, descends, descends* », et s'est félicité du bilan de l'action en s'y associant. Si le pourvoi conteste que ces faits puissent constituer « *un acte matériel d'aide ou d'assistance, de*

*provocation ou de fourniture d'instructions* », la Cour de cassation ne peut que le rejeter, car il porte sur l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond qui ont considéré que ces éléments « *caractérisent des actes d'aide et assistance à l'acte principal d'intrusion poursuivi* ».

# SEPTEMBRE 2021

**LOI N° 2021-998 DU 30 JUILLET 2021 RELATIVE À LA  
PREVENTION D'ACTES DE TERRORISME ET AU  
RENSEIGNEMENT**

**CONSEIL CONSTITUTIONNEL 2021-822 DC DU 30  
JUILLET 2021**

La loi du 30 juillet 2021 a pérennisé certaines mesures administratives de la lutte antiterroriste, mais a aussi introduit une nouvelle mesure de sûreté venant enrichir l'arsenal des sanctions pénales assortissant la répression des infractions terroristes. L'article 706-25-16 du Code de procédure pénale vient déterminer le régime juridique de cette nouvelle mesure de sûreté qui vient s'inscrire à la suite d'une peine privative de liberté qui a été prononcée sur le fondement de la culpabilité.

La mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion est soumise à une compétence strictement définie, car elle ne peut être prononcée que par le Tribunal de l'application des peines (TAP) de Paris, sur réquisitions du Parquet antiterroriste. Son champ d'application semble obéir à une définition aussi stricte, alors qu'en réalité une plus grande faculté d'appréciation est laissée aux juges. La mesure de sûreté peut être utilisée lorsque la personne a été condamnée à une peine privative de liberté de cinq ans, non assortie de sursis, pour une infraction terroriste définie aux articles 421-1 à 421-6. Sont exclues cependant les infractions d'apologie d'actes de terrorisme et de recel d'apologie de terrorisme visées aux articles 421-2-5 et 421-2-5-1. La durée de la peine est réduite à trois ans lorsqu'une personne est en état de récidive légale. Dans un cas comme dans l'autre, il est nécessaire qu'il « *[soit] établi, à l'issue d'un réexamen de sa situation intervenant à la fin de l'exécution de sa peine, que cette personne présente une particulière dangerosité*

*caractérisée par une probabilité très élevée de récidive et par une adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme, faisant ainsi obstacle à sa réinsertion ».*

La mesure de sûreté se fonde classiquement sur la dangerosité de la personne et est tournée vers l'avenir, consistant à lutter contre le renouvellement de l'infraction. Aussi étonnant que cela puisse paraître, le législateur a défini son régime juridique avant sa nature. L'article 706-25-16 IV dispose que la mesure ne peut être prononcée « *que si elle apparaît strictement nécessaire pour prévenir la récidive et assurer la réinsertion de la personne concernée* ». La condition de stricte nécessité permet de s'assurer qu'il n'y a pas d'autres solutions, car la mesure de sûreté n'est pas une alternative. C'est la raison pour laquelle elle ne peut se cumuler avec les autres mesures de sûreté – le contrôle judiciaire, la surveillance judiciaire, la surveillance de sûreté ou la rétention de sûreté. Son objectif est double, car la mesure de sûreté doit prendre appui sur ses deux jambes – il convient d'éviter le renouvellement de l'infraction, ce qui ne peut être acquis que par une réinsertion de la personne. La rédaction retenue par le texte pose plusieurs interrogations et il faudra attendre la jurisprudence pour y répondre. La loi vise expressément la récidive, alors que la réitération aurait donné un champ d'application plus large. De même, si l'on comprend aisément que la réinsertion de la personne soit l'objectif majeur du dispositif, quid de l'insertion qui a été assimilée et largement utilisée par les autres réformes en la matière ?

Afin d'atteindre l'objectif annoncé, le dispositif prévoit (III) que la décision définit « *les conditions d'une prise en charge sanitaire, sociale, éducative, psychologique ou psychiatrique destinée à permettre la réinsertion de la personne concernée et l'acquisition des valeurs de la citoyenneté* » et permet de lui imposer d'exercer une

*activité professionnelle, de suivre un enseignement ou une formation professionnelle. De la même manière, elle peut aussi lui interdire d'exercer une activité à l'occasion de laquelle l'infraction a été commise. Afin de renforcer son caractère préventif et tourné vers la lutte contre la récidive, la loi ne permet au TAP de prononcer cette mesure judiciaire de prévention « qu'après s'être assuré que la personne condamnée a été mise en mesure de bénéficier, pendant l'exécution de sa peine, de mesures de nature à favoriser sa réinsertion ».*

La procédure rappelle les règles en matière de mesures de sûreté. La mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion peut être prononcée pour une durée d'un an. Elle est renouvelable pour la même durée, pendant un délai maximal de cinq ans, trois ans pour les mineurs. Trois mois minimum avant la fin de l'exécution de la peine, le procureur antiterroriste demande que la personne soit placée dans un service spécialisé chargé de l'observation des personnes détenues afin de subir une évaluation de sa dangerosité par la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté de l'article 763-10. Après une évaluation pluri-disciplinaire de la dangerosité, la commission adresse un avis motivé au TAP de Paris. Le placement est prononcé lors d'un jugement rendu après un débat contradictoire, lors duquel le condamné est assisté par un avocat. La décision est motivée, notamment au regard des exigences spéciales, donc celles concernant la récidive en matière terroriste et la réinsertion. Le jugement précise les obligations et la durée de la mesure. Le renouvellement de la mesure de sûreté suit la même procédure et doit se fonder sur de nouveaux éléments permettant de justifier la décision.

Lorsque la personne ne respecte pas les obligations auxquelles elle est astreinte, elle est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende.

La mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion vient combler un vide dans la répression des infractions terroristes, constat qui avait conduit le législateur à adopter, dans sa loi n° 2020-1023 du 10 août 2020 instaurant des mesures de sûreté à l'encontre des auteurs d'infractions terroristes à l'issue de leur peine, la possibilité de prononcer des mesures de sûreté : obligation de répondre aux convocations du juge d'application des peines, établir sa résidence en un lieu déterminé, obtenir une autorisation avant tout changement d'emploi ou de résidence ainsi que pour tout déplacement à l'étranger, obligation de présentation périodique, interdictions d'entrer en relation avec certaines personnes et de paraître dans certains lieux, placement sous surveillance électronique mobile pour une durée d'un an, renouvelable dans la limite des cinq ans en matière correctionnelle et dix ans en matière criminelle. Le Conseil constitutionnel, dans sa décision 2020-805 DC du 7 août 2020, prononce l'inconstitutionnalité du dispositif, sans en condamner l'existence, en principe. Les mesures étaient dépourvues de caractère punitif, mais, selon les articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789, « *la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire* ». Le Conseil met l'accent sur plusieurs défauts à cet égard – le cumul possible avec d'autres mesures de sûreté, la durée de la mesure est déterminée par rapport à la peine encourue, en principe, pas par la peine prononcée par la juridiction en l'espèce et ne tient pas compte des sursis, pas de contrôle des mesures de réinsertion dont la personne a pu bénéficier préalablement, le renouvellement prend appui sur les mêmes éléments, sans en exiger de nouveaux.

Le dispositif retenu par la loi du 30 juillet 2021 répond à chaque observation du Conseil constitutionnel afin de se conformer aux droits fondamentaux. L'article 706-25-16 IV exclut expressément le cumul avec les autres mesures de sûreté en les énumérant. Au

passage, le législateur confirme ainsi la nature de mesure de sûreté du contrôle judiciaire qui a pu soulever quelques polémiques en doctrine. La mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion est déterminée en fonction de la peine prononcée et prend en compte le sursis. La mesure ne peut être prononcée que si la personne a bénéficié, pendant l'exécution de sa peine, des mesures favorisant sa réinsertion, selon l'article 706-25-16 II. Par ailleurs, « *chaque renouvellement est subordonné à l'existence d'éléments nouveaux ou complémentaires qui le justifient précisément* », selon l'article 706-25-16 III.

Le Conseil constitutionnel a rendu une décision le 30 juillet 2021 sur la loi promulguée le même jour. Certains sénateurs critiquaient le dispositif qui, selon eux, ne définissait pas précisément « *les conditions dans lesquelles la dangerosité de la personne soumise à cette mesure sera appréciée et de n'avoir ainsi pas accompagné de "garanties légales suffisantes" sa mise en œuvre, [ce qui portait] une atteinte disproportionnée à la liberté d'aller et venir, au droit au respect de la vie privée et au droit de mener une vie familiale normale* ». Le Conseil constitutionnel commence par confirmer la nature de mesure de sûreté de ce dispositif qui « *n'est ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition* » (§ 33). Bien que dépourvue de caractère punitif, elle doit respecter la liberté d'aller et de venir, le droit au respect de la vie privée et le droit de mener une vie familiale normale. Si les atteintes portées à l'exercice de ces droits et libertés sont admises, elles doivent « *être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi* ». Le Conseil constitutionnel déclare la mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion constitutionnelle car, même si elle peut se composer de plusieurs obligations ou interdictions, elle respecte plusieurs garanties :



- le but poursuivi par le législateur est « *l'objectif de lutte contre le terrorisme* » ;
- la mesure est soumise au cumul de quatre conditions – la condamnation pour une infraction terroriste expressément visée ; la condamnation à une peine privative de liberté de cinq ans ou de trois ans en cas de récidive ; la personne doit avoir bénéficié pendant sa peine de mesures de réinsertion ; la personne doit présenter une dangerosité élevée, qui ne reçoit pas une définition générale mais se rattache à une « *adhésion persistante à une idéologie ou à des thèses incitant à la commission d'actes de terrorisme* » ;
- la mesure ne peut être prononcée que si elle est strictement nécessaire pour prévenir la récidive et elle exclut l'utilisation d'autres mesures de sûreté ;
- la mesure est prononcée par la juridiction judiciaire après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté ;
- la mesure est d'une durée maximale d'un an qui peut être renouvelée sur le fondement de nouveaux éléments. Mais elle peut aussi être modifiée ou sa mainlevée ordonnée.

La mesure judiciaire de prévention de la récidive terroriste et de réinsertion est conforme à la Constitution, dans sa nature et son régime juridique. La décision constitutionnelle conforte sa qualification de mesure de sûreté, ce qui aurait pour effet de permettre son application immédiate, par exception au principe de non-rétroactivité visant exclusivement les peines. Mais, en application de la jurisprudence du Conseil constitutionnel du 21 février 2008, les mesures de sûreté privatives de liberté doivent être soumises au même principe d'application de la loi dans le temps et ne peuvent recevoir application immédiate.

## LOI N° 2021-1040 DU 5 AOÛT 2021 RELATIVE À LA GESTION DE LA CRISE SANITAIRE

### CONSEIL CONSTITUTIONNEL N° 2021-824 DC DU 5 AOÛT 2021

La loi du 5 août 2021 relative à la gestion de la crise sanitaire a renforcé le dispositif de sortie en introduisant le passe sanitaire. Afin d'en imposer l'utilisation dans certains endroits, elle a prévu des sanctions pénales. Ainsi, le fait de se rendre dans un établissement soumis à cette obligation conduit à appliquer le dispositif prévu à l'article L 3136-1 du Code de la santé publique. La première violation constitue une contravention de quatrième classe, son renouvellement dans les quinze jours la transforme en contravention de cinquième classe, alors que plus de trois verbalisations constatées dans les trente jours modifient sa nature en la transformant en délit encourant 3 750 euros d'amende et six mois d'emprisonnement. Ce même dispositif est appliqué aux personnes présentant un faux document, ce qui constitue une clémence évidente par rapport à la répression des infractions de faux qui pouvait trouver application dans ces hypothèses. L'article 441-1 du Code pénal punit l'infraction de faux, définie comme « *toute altération frauduleuse de la vérité, de nature à causer un préjudice et accomplie par quelque moyen que ce soit, dans un écrit ou tout autre support d'expression de la pensée qui a pour objet ou qui peut avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques* », d'une peine de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Il semble même possible de considérer que le comportement pourrait recouvrir la qualification de « *faux dans un document délivré par une*

*administration publique* » défini comme un faux « *aux fins de constater un droit, une identité ou une qualité ou d'accorder une autorisation* », puni de cinq ans d'emprisonnement et 75 000 euros d'amende. La loi du 5 août 2021, article II D, punit du dispositif devenu classique de requalification de contravention en délit le fait, après réitération, « *de proposer à un tiers, de manière onéreuse ou non, y compris par des moyens de communication au public en ligne, l'utilisation frauduleuse d'un tel document* ». En effet, la contrepartie laisse craindre une organisation de ces activités alors que l'utilisation des moyens de communication en ligne est systématiquement signe d'une délinquance de masse. Or, ces deux éléments sont utilisés par le droit pénal comme circonstances aggravantes classiquement. Il est ainsi étonnant de voir que le législateur ne les isole pas des éléments constitutifs du délit et n'en tire aucune conséquence du point de vue de la répression.

Il est intéressant de noter que les peines sont plus sévères pour les professionnels dont les activités sont soumises à l'obligation de présentation du passe sanitaire. Ainsi, l'exploitant d'un service de transport qui ne contrôle pas les documents obligatoires s'expose à une amende contraventionnelle de cinquième classe (1 500 euros pouvant faire l'objet de la procédure de l'amende forfaitaire de l'article 529 du Code de procédure pénale, ce qui ramène le montant à 200 euros en application de l'article R 49 du même Code). Si la violation est constatée à plus de trois reprises pendant trente jours, la peine encourue devient délictuelle, portant l'amende à 9 000 euros et un an d'emprisonnement. Ce même dispositif s'applique à l'exploitant d'un lieu ou d'un établissement ou à l'organisateur d'un événement qui ne contrôlèrent pas les documents obligatoires, avec un dispositif administratif supplémentaire de mise en demeure afin de se conformer aux obligations. Le fait d'exiger les documents en l'absence d'obligation légale est aussi puni d'un an

d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. Les violences commises à l'encontre des personnes chargées de contrôler la mise en œuvre du dispositif bénéficient de l'application de l'aggravation spécialement prévue pour les infractions de violences volontaires aux articles 222-8 et suivants du Code pénal.

Le Conseil constitutionnel a été saisi de l'inconstitutionnalité de ce dispositif imposant des contrôles aux professionnels sous peine de sanctions pénales au motif qu'il méconnaîtrait « *la liberté d'entreprendre au motif qu'elles font peser sur les acteurs économiques l'obligation de contrôler l'accès aux lieux qu'ils exploitent, ce qui serait de nature à nécessiter la mobilisation de moyens humains et matériels importants* » et que les peines seraient « *disproportionnées au regard des manquements susceptibles d'être reprochés à ces professionnels* ». Le Conseil rejette les griefs. Du point de vue de la liberté d'entreprendre, les contrôles peuvent être mis en œuvre dans un temps bref, n'étant pas une charge disproportionnée, et poursuivent l'objectif de valeur constitutionnelle de protection de la santé. Au regard des peines prévues, le Conseil constitutionnel rappelle qu'il lui appartient de constater une disproportion manifeste entre le comportement réprimé et la peine encourue, mais seul le législateur détermine la peine proportionnée à la gravité de l'acte. Au regard des actes et objectifs poursuivis, aucune disproportion ne peut être constatée.

# OCTOBRE 2021

## APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS

*Crim. 12 octobre 2021, n° 21-80.370*

Une personne est poursuivie du chef de conduite sous l'empire d'un état alcoolique en état de récidive légale. Elle est condamnée à une peine d'emprisonnement avec sursis, une amende et l'annulation de son permis de conduire avec interdiction d'en solliciter un nouveau titre avant la durée de six mois. Elle forme un pourvoi en cassation pour contester cette dernière mesure.

L'article L. 234-13 du Code de la route prévoyant les peines applicables en cas de conduite sous l'influence de l'alcool en état de récidive a été modifié par la loi n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 d'orientation des mobilités. La version en vigueur depuis 2013 donnait lieu « de plein droit à l'annulation du permis de conduire avec interdiction de solliciter la délivrance d'un nouveau permis pendant trois ans au plus ». La loi du 24 décembre 2019 maintient l'application de « plein droit à l'annulation du permis de conduire » mais l'accompagne d'une interdiction plus limitée de conduite. En effet, s'ajoute une interdiction de conduire un véhicule qui ne soit pas équipé par un professionnel agréé ou par construction d'un dispositif homologué d'anti-démarrage par éthylotest électronique pendant une durée de trois ans au plus, applicable à compter de la date d'obtention d'un nouveau permis de conduire. Est-ce que les nouvelles dispositions s'appliquent à une infraction commise avant son entrée en vigueur ?

La Cour de cassation a cassé l'arrêt de condamnation et s'est placée sur le terrain de l'application de la loi dans le temps. Au visa des articles 111-3 et 112-1, alinéa 3, la Chambre criminelle invoque le principe de légalité pénale, selon lequel nul ne peut être puni pour une peine qui n'est pas prévue par le texte, et le principe de

rétroactivité . Si le principe de non-rétroactivité est le corollaire naturel de la légalité pénale (article 112-1, alinéas 1 et 2), il est utilement complété par le principe de rétroactivité qui permet à la loi pénale de fond plus douce de rétroagir (article 112-1, alinéa 3) et qui s'est vu reconnaître valeur constitutionnelle. « Toutefois, les dispositions nouvelles s'appliquent aux infractions commises avant leur entrée en vigueur et n'ayant pas donné lieu à une condamnation passée en force de chose jugée lorsqu'elles sont moins sévères que les dispositions anciennes ». Plusieurs conditions sont requises pour permettre la rétroactivité . Les nouvelles dispositions doivent relever d'une loi pénale de fond, de caractère moins sévère, et concerner une situation juridique qui est née sous l'empire de l'ancienne loi mais qui n'a pas encore donné lieu à une décision définitive.

En l'espèce, l'article L. 234-13 du Code de la route est relatif à une peine, donc il s'agit bien d'une loi pénale de fond. La loi du 24 décembre 2019 a un caractère moins sévère, puisque la nouvelle sanction a une assiette moins étendue que l'ancienne. Si l'interdiction de solliciter un nouveau permis de conduire concernait tous les véhicules avant la loi de 2019, elle est plus restreinte depuis et elle autorise la conduite de véhicules équipés par un professionnel agréé ou par construction d'un dispositif homologué d'anti-démarrage par éthylotest électronique. Son caractère favorable à la personne poursuivie est ainsi incontestable. Son application rétroactive à une infraction commise sous l'empire de l'ancienne loi n'ayant pas donné lieu à une décision définitive est ainsi possible.

La Cour de cassation fait application du principe de rétroactivité des lois pénales de fond plus douces dans une matière mouvante et soumise à des variations de politique criminelle.

## DROIT DE TIRER DES FORCES DE L'ORDRE

*Crim. 6 octobre 2021, n° 21-84.295*

Après une rencontre de football, des supporters ont choisi de repartir à pied plutôt que de monter dans le bus prévu à cet effet. Plusieurs d'entre eux ont été interpellés et placés en garde à vue. L'un d'entre eux « présentait une plaie saignante à l'œil gauche et se disait victime d'un tir de flash-ball et de coups au thorax portés après son interpellation et son placement en garde à vue ». La victime a définitivement perdu l'usage de l'œil. Le policier responsable du tir a été mis en accusation devant la Cour d'assises du chef de violence avec arme ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente. Il a formé un pourvoi en cassation se fondant à la fois sur le commandement de l'autorité légitime et sur l'autorisation d'engager l'arme et la force meurtrière en vertu de l'article L. 435-1 du Code de la sécurité intérieure (CSI). La Cour de cassation a rejeté le pourvoi.

D'une part, elle revient sur l'article L. 435-1 du CSI. Issu de la loi du 28 février 2018 sur la sécurité publique, l'article unifie le régime juridique de l'usage des armes à feu à l'égard des forces de l'ordre. Les agents sont autorisés à faire usage de leurs armes en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée « dans l'exercice de leurs fonctions et revêtus de leur uniforme ou des insignes extérieurs et apparents de leur qualité », dans un certain nombre de cas limitativement énumérés par l'article. Les juges d'instruction se sont placés dans le cadre du premier cas qui correspond à la légitime défense puisqu'il vise l'hypothèse « des atteintes à la vie ou à l'intégrité physique sont portées contre eux ou contre autrui ou lorsque des personnes armées menacent leur vie



ou leur intégrité physique ou celles d'autrui ». La Cour de cassation apporte une précision supplémentaire dans cet arrêt et exige la condition de concomitance : « Bien que le texte ne le précise pas expressément, il résulte, d'une part, de la forme grammaticale adoptée, soit le présent de l'indicatif, d'autre part, des travaux parlementaires, que, pour être justifié, l'usage de l'arme doit être réalisé dans le même temps que sont portées des atteintes ou proférées des menaces à la vie ou à l'intégrité physique des agents ou d'autrui ». Si l'article L 435-1 requiert formellement les conditions d'absolue nécessité et de proportionnalité, nulle précision temporelle n'y figure. Or, la légitime défense définie à l'article 122-5 repose sur trois conditions, car la riposte doit intervenir en même temps que l'atteinte injuste. La Cour de cassation importe cette condition dans le cadre du premier cas de l'article L. 435-1 qui correspond à la légitime défense. Elle assure ainsi la cohérence de la matière, ainsi que l'exigence de déontologie dans le cadre de l'usage des armes à feu par les forces de l'ordre. De surcroît, les conditions d'absolue nécessité et de proportionnalité ne sont pas non plus remplies, puisque la victime semblait prendre la fuite au moment du tir et ne menaçait ni l'agent lui-même, ni autrui.

D'autre part, la Cour de cassation s'abrite derrière l'appréciation souveraine des faits par les juges du fond pour rejeter l'application de l'article 122-4. Le raisonnement qu'elle propose est aussi intéressant dans ce qu'elle affirme que dans ce qui n'est pas formulé. Les juges affirment que le policier « ne pouvait invoquer le commandement de l'autorité légitime pour avoir fait usage de son arme contre une personne qui prenait la fuite, aucun élément ne permettant de conclure à l'implication de la victime dans les infractions commises dans les minutes qui précédaient, cette action dépassant dès lors la consigne d'interpeller les personnes troublant l'ordre public ». Or, le pourvoi mettait l'accent justement sur le fait

que l'ordre donné par l'autorité légitime était d'interpeller les personnes troublant l'ordre public, sans consigne particulière quant aux méthodes à utiliser. C'est la raison pour laquelle les juges d'instruction ont considéré que le policier n'était pas « en droit, dans ces conditions, de se prévaloir d'éléments de contexte pour considérer qu'il avait reçu des instructions autorisant expressément, ou même implicitement par leur caractère général, l'interpellation avec usage d'une arme » et que « de bonne ou de mauvaise foi, (il) s'est mépris sur la nature de l'ordre reçu ». En réalité, il ne s'est pas réellement mépris sur l'ordre reçu, il a interprété le silence comme une « carte blanche ». Et c'est peut-être ce silence sur la nature ou la précision de l'ordre qui est le point le plus intéressant de l'arrêt.

L'article 122-4 du Code pénal contient une cause objective d'irresponsabilité pénale permettant à une personne de s'exonérer de sa responsabilité pénale lorsqu'elle « accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ». L'autorité légitime est nécessairement une autorité publique qui a le pouvoir de donner des ordres à l'auteur de l'infraction, condition remplie en l'espèce. La cause d'irresponsabilité oscille entre la théorie de l'obéissance passive (l'ordre doit être nécessairement rempli, indépendamment de sa nature et de sa légalité) et celle des « baïonnettes intelligentes » (l'exécutant doit apprécier la légalité de l'ordre et refuser de l'exécuter en cas d'acte illégitime), sans adopter l'une des deux. Ainsi, l'ordre doit être exécuté sauf s'il est « manifestement illégal ». Seule l'illégalité évidente empêche l'exonération de responsabilité pénale. Ce qui conduit à poser une question intéressante en l'espèce – si l'ordre avait été d'utiliser des tirs de flash-ball, compte tenu des risques de blessures corporelles graves, pouvait-on le considérer comme « manifestement illégal » ? Dans ce cas, que l'ordre soit d'ordre général visant l'interpellation des

personnes ou à caractère précis sur les moyens à employer, il ne permettrait pas à l'agent utilisant la force armée d'échapper à sa responsabilité pénale.

Enfin, la Cour de cassation relie les deux arguments dans un ensemble cohérent, car s'ils sont exploités différemment par le pourvoi, ils résultent de la même source et expriment une seule et même inspiration. L'article 122-4 du Code pénal contient deux causes d'irresponsabilité différentes – l'ordre ou l'autorisation de la loi (alinéa 1<sup>er</sup>) et le commandement de l'autorité légitime (alinéa 2) – mais liées par une structure et un régime juridique parallèles. L'article L. 435-1 du CSI n'opère pas de façon autonome, mais en s'appuyant sur l'article 122-4 puisqu'il est une autorisation donnée par une disposition législative particulière déclenchant l'exonération de responsabilité pénale. D'ailleurs, son rattachement est apparent puisqu'il a englobé dans son 5<sup>o</sup> l'ancien article 122-4-1 du Code pénal en en faisant une hypothèse d'application. Il est possible de remarquer que les deux causes d'irresponsabilité générales ne contiennent pas de conditions d'application. Si l'autorisation de la loi, alinéa 1<sup>er</sup>, fondée sur l'article L. 435-1 du CSI peut s'accompagner des conditions de nécessité et de proportionnalité, car prévues par les dispositions spéciales, rien ne permet de les transposer au commandement de l'autorité légitime, alinéa 2. Pourtant, la Cour de cassation reprend l'affirmation des juges d'instruction selon laquelle « que l'on se place dans le cadre d'un ordre donné par l'autorité légitime ou de l'autorisation de la loi, [...] l'action doit répondre aux mêmes exigences issues de l'article L. 435-1 du code de la sécurité intérieure ». Comment interpréter cet ajout à la lettre de la loi ? D'un côté, il permet de dégager et de renforcer la déontologie des forces de l'ordre dans un contexte d'exigence et de surveillance de leurs interventions. Mais, de l'autre côté, il permet aussi de rétrécir

le champ d'application des causes d'irresponsabilité, ce qui peut paraître étonnant dans la mesure où l'interprétation favorable à la personne poursuivie devrait toujours être privilégiée. Équilibre délicat à trouver, la Cour de cassation s'abrite derrière le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond, même si ses remarques semblent traduire une exigence croissante dans l'usage des armes à feu par les forces de l'ordre.

## TRAVAIL DISSIMULÉ

*Conseil constitutionnel, n° 2021-937 du 7 octobre 2021*

Le Conseil constitutionnel est saisi, par voie de question prioritaire de constitutionnalité, de l'application cumulative des dispositions prévues par le Code du travail et le Code de la sécurité sociale relatives au travail dissimulé. L'article L. 8224-5 du Code du travail permet d'appliquer aux personnes morales reconnues coupables d'infractions relatives au travail dissimulé des peines d'amende, de dissolution, d'interdictions et de publicité prévues par l'article 131-39 du Code pénal. L'article L. 243-7-7 du Code de la sécurité sociale prévoit que le montant du redressement des cotisations sociales peut être majoré de 25 % à 40 % en cas de constatation d'infractions de travail dissimulé. La question prioritaire de constitutionnalité soutient que les dispositions conduisent à ce que les mêmes faits de travail dissimulé soient sanctionnés deux fois, ce qui constituerait « *une méconnaissance des principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines et du principe "non bis in idem" qui en découle* ».

Le Conseil constitutionnel rappelle que les principes de nécessité et de proportionnalité des peines s'appliquent aussi bien aux peines prononcées par les juridictions pénales qu'à toutes les sanctions

ayant le caractère d'une punition. Cependant, « *le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature différente en application de corps de règles distincts* ». Dans cette éventualité aboutissant à un cumul de sanctions, « *le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues* ».

Le Conseil constitutionnel rend une décision de conformité, en considérant que les sanctions prévues sont de nature différente. Les sanctions prévues par le Code du travail (dissolution, amende, interdictions) sont de nature pénale, ce qui n'est pas le cas de la majoration du redressement prévue par le Code de la sécurité sociale.

Il est important de souligner que, même si les dispositions techniques de ces deux articles ont été modifiées, l'inspiration du texte reste la même dans leur rédaction actuelle et la solution du Conseil constitutionnel s'y adapte parfaitement.

## **MESURE DE SÛRETÉ – FICHER JUDICIAIRE NATIONAL AUTOMATISÉ DES AUTEURS D'INFRACTIONS TERRORISTES**

*Conseil constitutionnel, n° 2021-936 du 7 octobre 2021*

L'article 706-25-7 du Code de procédure pénale impose à une personne enregistrée dans le Fichier judiciaire automatisé des auteurs d'infractions terroristes (FIJAIT) de faire un certain nombre de déclarations à titre de mesure de sûreté. Ainsi, ces individus doivent déclarer leur adresse ou changement d'adresse et leurs

déplacements à l'étranger en se rendant personnellement au commissariat de police pendant une durée de dix ans. La question prioritaire de constitutionnalité reproche à ce dispositif son extrême rigidité – « *sans prévoir aucune possibilité d'adaptation individuelle de cette mesure de sûreté, notamment dans l'hypothèse d'un travailleur transfrontalier* », ce qui constituerait une méconnaissance du principe de nécessité des peines, de la présomption d'innocence et de la liberté d'aller et de venir, de la liberté d'entreprendre et du droit à l'emploi.

Le Conseil constitutionnel se penche sur la nature des mesures prévues par l'article 706-25-7 du Code de procédure pénale et confirme leur nature de mesure de sûreté. Puisqu'elle a pour but de prévenir le renouvellement des infractions et qu'elle repose non sur la culpabilité de l'intéressé, mais sur sa dangerosité, l'obligation de déclaration « *ne constitue ni une peine ni une sanction ayant le caractère d'une punition* ». Il convient de rappeler que les sanctions pénales se composent des peines qui reposent sur la culpabilité de l'auteur au regard de l'infraction commise et privilégient la répression, et des mesures de sûreté qui reposent sur la dangerosité de l'individu et favorisent la prévention en empêchant le renouvellement des infractions. Si les régimes juridiques des deux catégories ont été largement harmonisés ces dernières années, il demeure une seule différence majeure qui porte sur leur application dans le temps.

Le Conseil constitutionnel continue dans cette décision le rapprochement du régime juridique des mesures de sûreté et des peines. Il rappelle, à ce titre, que « *toutefois, bien que dépourvue de caractère punitif, cette obligation doit respecter le principe, résultant des articles 2, 4 et 9 de la Déclaration de 1789, selon lequel la liberté personnelle ne saurait être entravée par une rigueur qui ne soit nécessaire. Il incombe au législateur d'assurer la conciliation entre la*

*prévention des atteintes à l'ordre public et la liberté d'aller et de venir, composante de la liberté personnelle. Les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être adaptées, nécessaires et proportionnées à l'objectif de prévention poursuivi ».* Une fois l'affirmation de principe faite, le Conseil vérifie le respect des principes fondamentaux par la mesure de sûreté.

Plusieurs arguments permettent au Conseil de s'assurer du respect des principes par l'obligation de déclaration contestée. Tout d'abord, le Conseil identifie les valeurs à mettre en balance dans l'appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de cette mesure. *« Le législateur a poursuivi l'objectif de lutte contre le terrorisme, qui participe de l'objectif de valeur constitutionnelle de prévention des atteintes à l'ordre public. »* Ensuite, l'inscription des auteurs d'infractions terroristes dans le FIJAIT est décidée par le magistrat compétent qui tient compte de la situation individuelle des personnes afin de la prononcer et ne s'applique pas à certaines situations spécifiques (mise en examen, décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental). Si la déclaration doit se faire lors d'un déplacement personnel au commissariat, il est possible de déclarer plusieurs déplacements en même temps. Surtout, un dispositif d'effacement de l'inscription est prévu à l'article 706-25-12 du Code de procédure pénale.

Le Conseil constitutionnel juge le dispositif de déclaration obligatoire des déplacements déclenchée par l'inscription au FIJAIT comme conforme à la Constitution puisque *« l'atteinte à l'exercice de la liberté d'aller et de venir doit être regardée comme nécessaire, adaptée et proportionnée à l'objectif poursuivi par le législateur ».*

## INFORMATION DU DROIT DE SE TAIRE

*Conseil constitutionnel, n° 2021-934 et 935 du 30 septembre 2021*

La suite de déclarations d'inconstitutionnalité pour défaut d'information du droit de se taire continue.

L'article 394 du Code de procédure pénale relatif à la procédure de convocation par procès-verbal devant le tribunal correctionnel permet de traduire le prévenu sur-le-champ devant le juge des libertés et de la détention en vue de le soumettre à une ou plusieurs obligations du contrôle judiciaire ou de le placer sous assignation à résidence avec surveillance électronique jusqu'à sa comparution, mais ne prévoit pas que le prévenu soit informé de son droit de garder le silence dans ce cadre. Or, le juge peut inviter le prévenu à présenter ses observations, à répondre à ses questions et, ainsi, à reconnaître les faits qui lui sont reprochés, observations susceptibles d'être portées à la connaissance du tribunal correctionnel. L'absence d'information portant sur le droit de se taire méconnaît la présomption d'innocence garantie à l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen (DDHC) et l'inconstitutionnalité est prononcée, sans qu'il soit nécessaire de se pencher sur les autres griefs. Elle est assortie d'effet différé au 31 mars 2022, au regard des conséquences manifestement excessives en cas d'application immédiate.

Dans la même inspiration, le Conseil constitutionnel a prononcé, le même jour, l'inconstitutionnalité de l'article 145, alinéa 6, du Code de procédure pénale, en se fondant sur la même analyse juridique. Cette disposition régit le placement en détention provisoire d'une personne mise en examen par le juge des libertés et de la détention, qui donne lieu à un débat contradictoire, sans que la personne soit informée de son droit de garder le silence. Lors de cette audience, le



juge pose des questions à la personne et l'invite à présenter ses observations, ce qui « *peut être de nature à lui laisser croire qu'elle ne dispose pas du droit de se taire* », alors même que ses observations peuvent être communiquées à la juridiction de jugement. Le Conseil constitutionnel considère que la disposition méconnaît la présomption d'innocence, garantie par l'article 9 de la DDHC, de laquelle résulte « *le principe selon lequel nul n'est tenu de s'accuser, dont découle le droit de se taire* ». L'effet de l'inconstitutionnalité est reporté à la même date que précédemment, à savoir le 1<sup>er</sup> mars 2022.



# NOVEMBRE 2021

## **DROITS DES PERSONNES VICTIMES D'INFRACTIONS COMMISES AU SEIN DU COUPLE OU DE LA FAMILLE**

*Décret n° 2021-1516 du 23 novembre 2021, JO 24 novembre 2021*

Le décret du 23 novembre 2021 précise les dispositions du Code pénal et du Code de procédure pénale permettant de renforcer l'effectivité des droits des personnes victimes d'infractions commises au sein du couple ou de la famille et entre en vigueur le 1<sup>er</sup> février 2022. Il prévoit que les mesures de justice restaurative, applicables lorsque l'auteur d'une infraction a reconnu les faits reprochés, et qui sont possibles même lorsque l'action publique est prescrite, peuvent notamment être mises en œuvre en cas d'infraction sexuelle commise par un majeur sur un mineur. Il précise la conduite à tenir par les autorités judiciaires en cas de violences commises au sein du couple en présence d'un mineur, afin que ce dernier soit également considéré comme victime et non comme témoin de ces faits, et puisse se constituer partie civile, le cas échéant, en étant représenté par un administrateur. Il précise les modalités selon lesquelles les personnes victimes de violences peuvent obtenir copie du certificat médical réalisé par un médecin requis par les autorités judiciaires, afin de préciser les règles applicables lorsqu'il s'agit d'une victime mineure, en indiquant que le médecin ne sera pas tenu de remettre une copie du certificat aux représentants légaux de celui-ci s'il estime que cette remise pourrait être contraire à l'intérêt supérieur de l'enfant, notamment en cas de suspicion de violences intrafamiliales. Il prévoit la possibilité pour les associations d'aide aux victimes spécialisées dans la prise en charge et l'accompagnement des victimes de violences au sein du couple et dans les violences sexuelles et sexistes d'obtenir un

agrément du ministère de la Justice pour assister les victimes de ces infractions.

## APPLICATION DE LA LOI DANS LE TEMPS – DÉCISION DU CONSEIL CONSTITUTIONNEL

*Crim. 9 novembre 2021, n° 20-87.078*

Un individu a été définitivement condamné à une peine d'emprisonnement de deux ans dont un avec sursis et mise à l'épreuve pour recel d'apologie d'actes de terrorisme sur le fondement des articles 321-1 et 421-2-5 du Code pénal – arrêt rendu par la Chambre criminelle de la Cour de cassation le 7 janvier 2020. Dans une procédure distincte portant sur la même qualification pénale, la Cour de cassation a transmis une question prioritaire de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. Par une décision du 9 juin 2020, le Conseil a considéré que *« le délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme porte à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée, de sorte que les mots "ou de faire publiquement l'apologie de ces actes" figurant au premier alinéa de l'article 421-2-5 du code pénal ne sauraient, sans méconnaître cette liberté, être interprétés comme réprimant un tel délit »*. Par conséquent, l'individu définitivement condamné a demandé aux juges de constater que la peine à laquelle il avait été condamné était illégale et qu'elle devait cesser de recevoir exécution. La Cour d'appel y a fait droit.

Le pourvoi en cassation critique cette décision en développant deux arguments. D'une part, les juges judiciaires ont procédé par analogie, en étendant l'inconstitutionnalité aux affaires passées en force de chose jugée, en violation du principe d'interprétation

stricte, puisque le Conseil constitutionnel n'a pas précisé le sort des condamnations définitives prononcées. D'autre part, la procédure utilisée est relative à une difficulté d'exécution de la peine, pas à la remise en cause de son existence.

La Cour de cassation, à juste titre, a rejeté le pourvoi en cassation, en application de l'article 112-4 du Code pénal. Si son premier alinéa prévoit que l'application immédiate de la loi nouvelle est sans effet sur la validité des actes accomplis conformément à la loi ancienne, second alinéa, elle prévoit une exception. « *Toutefois, la peine cesse de recevoir exécution quand elle a été prononcée pour un fait qui, en vertu d'une loi postérieure au jugement, n'a plus le caractère d'une infraction pénale.* »

Cette mesure de faveur prend appui sur deux inspirations également invoquées par la Cour de cassation. D'une part, le principe d'application immédiate de la loi plus douce aux situations en cours est de portée générale. D'autre part, cette mesure serait une conséquence de l'égalité de tous devant la loi, permettant aussi bien à la personne définitivement condamnée qu'à celle qui est en cours de jugement de profiter de la même mansuétude. Les juges en concluent que « *la suppression d'une incrimination, que ce soit par l'effet de la loi nouvelle ou d'une décision du Conseil constitutionnel déclarant l'incrimination contraire à la Constitution dans le corps de son dispositif ou dans une réserve d'interprétation, s'oppose à la mise à exécution de cette peine* ». Pour plus de clarté, la Cour de cassation précise que les décisions du Conseil constitutionnel doivent être regardées comme « *des lois pour l'application de l'article 112-4, alinéa 2, du code pénal* ».

Cette décision fort intéressante appelle trois observations.

D'une part, la force des décisions du Conseil constitutionnel produit des effets radicaux, ce qui est prévu directement par la Constitution. Mais, indirectement, cela permet aussi à la jurisprudence de se

renforcer, de façon générale, et d'empiéter de plus en plus sur le domaine législatif. En effet, la déclaration d'inconstitutionnalité produit les mêmes effets que l'abrogation et le régime juridique des deux sources se confond.

D'autre part, si l'article 112-4 vise expressément la disparition de l'incrimination, cette même solution devrait être appliquée à la disparition de la peine. Si la disposition n'est pas expressément prévue par le Code pénal, la Chambre criminelle, dans un arrêt de principe du 28 juin 2000 a décidé « *sauf disposition contraire, l'abrogation de la loi instituant une peine met obstacle à son exécution* ». Elle applique à la peine la même solution que celle prévue pour l'incrimination par le Code pénal.

Enfin, si la décision s'appuie sur « *le principe d'application immédiate de la loi plus douce* », il semble que sa désignation soit la contraction de deux principes distincts du Code pénal. L'application immédiate caractérise toutes les lois, puisqu'elles ont vocation à saisir les situations juridiques nées après leur entrée en vigueur. Les lois pénales de fond sont non rétroactives, sauf si elles sont plus favorables à la personne poursuivie. Ainsi, le principe invoqué par la Cour de cassation est une inspiration majeure guidant l'application de la loi pénale.

## **CRIMES CONTRE L'HUMANITÉ – COMPÉTENCE DE LA LOI PÉNALE FRANÇAISE POUR DES FAITS COMMIS À L'ÉTRANGER**

***Crim. 24 novembre 2021, n° 21-81.344***

Un ressortissant syrien est mis en examen pour crimes contre l'humanité commis en Syrie entre 2011 et 2013 et est placé en détention provisoire. Le pourvoi critique la compétence des

juridictions françaises, ce qui pose la question préalable nécessaire de l'application de la loi pénale française.

La loi pénale française s'applique naturellement à toutes les infractions commises sur le territoire de la République, comme expression de la souveraineté nationale et du principe de la légalité pénale. Mais elle peut aussi s'appliquer à des infractions commises en dehors du territoire français en prenant appui sur divers mécanismes de rattachement de l'infraction à la loi pénale française. Si la compétence s'appuie sur un critère subjectif (la nationalité de l'auteur ou de la victime de l'infraction dans le cadre de la compétence personnelle active ou passive) ou objectif (la nature de l'infraction dans le cadre de la compétence réelle), elle peut aussi s'inspirer d'une volonté de coopération dans la répression afin d'éviter l'impunité. À ce titre, le Code pénal a été enrichi de l'article 113-8-1 par la loi du 9 mars 2004, devenu l'article 113-8-2 depuis la loi du 24 décembre 2020. Il prévoit que, lorsque la France refuse l'extradition ou la remise d'un étranger « *aux motifs, soit que le fait à raison duquel l'extradition avait été demandée est puni d'une peine ou d'une mesure de sûreté contraire à l'ordre public français, soit que la personne réclamée aurait été jugée dans ledit Etat par un tribunal n'assurant pas les garanties fondamentales de procédure et de protection des droits de la défense, soit que le fait considéré revêt le caractère d'infraction politique* », elle se substitue à l'Etat requérant et doit juger la personne. Inspirée de l'adage (soit remettre, soit juger), cette règle lutte contre l'impunité favorisée par les mouvements de population. Mais cette règle spéciale n'a pas vocation à s'appliquer à toutes les hypothèses. C'est la raison pour laquelle le Code de procédure pénale prévoit des hypothèses de compétence dites « *universelles* » venant obstruer les vides laissés par les dispositifs précédents.

Les articles 689 et suivants du Code de procédure pénale



définissent la compétence des juridictions pénales françaises pour les hypothèses dans lesquelles l'infraction est commise à l'étranger, par un étranger, sur un étranger, excluant de fait les mécanismes de rattachement à la loi pénale française prévus par le Code pénal. L'article 689 pose le principe de cette compétence des juridictions pénales françaises qui trouve sa source dans une convention internationale et qui est qualifiée « *d'universelle* », alors que les articles suivants listent les matières dans lesquelles elle s'applique. L'article 689-11 prévoit expressément la compétence française en matière de crimes contre l'humanité, en tenant compte, plus particulièrement, de la place de la Cour pénale internationale. Il prévoit un dispositif strictement défini, autant sur le plan substantiel que procédural, qui appelle plusieurs observations. D'une part, la condition de fond de la résidence habituelle de la personne soupçonnée a pour objet de garantir un lien entre la compétence et la situation de la personne. D'autre part, la condition de forme réserve le monopole de l'action publique au procureur anti-terroriste, privant la victime de ses possibilités procédurales. De plus, la loi du 9 août 2010 a opéré une inversion procédurale du système de compétence internationale. Le statut de Rome de 1998 a créé la Cour pénale internationale (CPI), compétente pour juger les crimes contre l'humanité. Contrairement aux tribunaux pénaux internationaux, la compétence de la CPI est subsidiaire et elle ne peut juger que si l'État ne peut ou ne veut pas exercer son droit de le faire. L'article 689-11 prévoit que « *le ministère public s'assure de l'absence de poursuite diligentée par la Cour pénale internationale* », acceptant ainsi de renoncer à la primauté des poursuites en faveur de la CPI. Enfin, la compétence matérielle des juridictions françaises est strictement définie et limitée à trois hypothèses – le génocide, les autres crimes contre l'humanité et les crimes de guerre définis aux articles 461-1 à 461-3 du Code pénal. Les deux dernières

catégories sont soumises à une condition commune, « *si les faits sont punis par la législation de l'État où ils ont été commis ou si cet État ou l'État dont la personne soupçonnée a la nationalité est partie à la convention* » de Rome. Dès lors, la vérification de cette condition est nécessaire pour déterminer la compétence des juridictions françaises. La ratification de la Convention portant création de la CPI est une formalité, alors que la vérification de la condition de réciprocité d'incrimination appelle une étude approfondie et une appréciation du droit applicable au ressortissant d'un autre État.

En l'espèce, la qualification retenue par les juridictions d'instruction est celle de crimes contre l'humanité, ouvrant donc l'obligation de la vérification de la législation étrangère. Les juges d'instruction constatent que la Syrie n'a pas ratifié la CPI, donc elle n'en fait pas partie, même si elle est partie à d'autres conventions internationales, dont les Conventions de Genève prohibant « *notamment, les meurtres de civils, la torture, les exécutions sommaires* » et le Pacte international des droits civils et politiques de 1966 « *garantissant le droit à la vie et interdisant la torture* ». Ils doivent donc vérifier la condition de réciprocité d'incrimination par le droit applicable à la personne mise en cause. Les juges constatent que « *les crimes contre l'humanité ne sont pas expressément visés comme tels dans le code pénal syrien, celui-ci incrimine le meurtre, les actes de barbarie, le viol, les violences et la torture* » et que la Constitution interdit la torture. Ils en concluent que « *le droit syrien, même s'il n'incrimine pas, de manière autonome, les crimes contre l'humanité, réprime les faits qui le constituent et qui sont à l'origine de la poursuite dans l'affaire dont elle est saisie* ».

La Cour de cassation casse l'arrêt et affirme l'incompétence des juridictions françaises. Le raisonnement mis en œuvre est rigoureux, autant dans l'appréciation de la qualification pénale que pour les

règles de compétence. Les crimes contre l'humanité sont des infractions de droit commun « *nécessairement commis[es] en exécution d'un plan concerté à l'encontre d'un groupe de population civile dans le cadre d'une attaque généralisée ou systématique* ». Les juges d'instruction ne pouvaient réduire cette qualification spéciale, atteignant le plus haut degré de répression et horreur, à une manifestation d'autres qualifications de droit pénal. Même si elles en sont le reflet matériel, elles sont inspirées par un dol spécial qui les caractérise et leur assure une dimension unique au sein du droit pénal. La Cour de cassation se contente de rappeler la conséquence de la combinaison des dispositions de fond et de forme : « *Dès lors, l'exigence posée par l'article 689-11 du code de procédure pénale, selon laquelle les faits doivent être punis par la législation de l'État où ils ont été commis, inclut nécessairement l'existence dans cette législation d'une infraction comportant un élément constitutif relatif à une attaque lancée contre une population civile en exécution d'un plan concerté* ». Elle renvoie pour qu'une nouvelle juridiction du fond précise les conséquences de l'incompétence française sur la régularité des actes de procédure, mais ne laisse aucun espace au juge pénal français pour connaître de ces actes.

La décision a suscité des commentaires vifs et indignés, d'autant qu'elle intervient en même temps qu'une procédure allemande dirigée contre un responsable de l'organisation djihadiste État islamique (EI) qui a été condamné le 30 novembre 2021 pour génocide et crimes contre l'humanité contre la communauté yézidie. Il lui était plus particulièrement reproché d'avoir laissé mourir de soif une fillette yézidie achetée comme esclave avec sa mère. Sans avoir accès à la décision, il est difficile de comparer, mais il y a incontestablement des similitudes entre les deux procédures. Si elles sont toutes deux fondées sur des crimes contre l'humanité, les juridictions allemandes ont reconnu leur compétence en vertu d'une

conception large de la compétence universelle. La France a restreint sa compétence universelle, car elle a souvent été accusée de faire preuve d'impérialisme. Une grande différence, il est condamné également pour génocide, ce qui aurait aussi pu susciter la compétence française, mais les faits ne permettaient pas cette qualification.

Les questions de la compétence universelle des juridictions françaises, mais aussi celles de la compétence et de l'avenir de la CPI, vont rebondir dans les années à venir en raison de la multiplication des conflits et de l'accroissement des flux de populations qui « exportent » des infractions en territoire étranger.

## **SURVEILLANCE JUDICIAIRE**

*Crim. 10 novembre 2021, n° 21-80.704*

Un individu, écroué en 2003, a été détenu en exécution de onze condamnations, pour une durée totale de plus de dix-huit ans. Sur certaines peines, il a bénéficié d'un crédit de réduction de peine, mais pas pour la condamnation criminelle pour des faits de viol, en raison de son refus de se soumettre à un prélèvement biologique destiné à l'identification de son empreinte génétique. Le ministère public a sollicité une mesure de surveillance judiciaire avec placement sous surveillance électronique mobile à la fin de l'exécution de la peine. Le tribunal de l'application des peines, décision confirmée par la Cour d'appel, a constaté que la demande était sans objet puisque le condamné n'avait pas bénéficié de réduction de peine. Le ministère public a formé un pourvoi en cassation. L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 10 novembre 2021 permet de préciser le domaine d'application de la surveillance judiciaire.

Prévue à l'article 723-29 du Code de procédure pénale, la surveillance judiciaire est une « *mesure de sûreté et aux seules fins de prévenir une récidive dont le risque paraît avéré* ». Sa qualification légale de mesure de sûreté permet de la fonder sur la dangerosité de la personne détenue, critère de distinction entre les mesures de sûreté et les peines, qui se fondent sur l'infraction commise. La surveillance judiciaire cherche à prévenir le renouvellement de l'infraction et est tournée vers l'avenir. En même temps, son domaine est strictement limité, puisqu'elle ne peut être prononcée que lorsque la personne a été condamnée « *à une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à sept ans pour un crime ou un délit pour lequel le suivi socio-judiciaire est encouru ou d'une durée supérieure ou égale à cinq ans pour un crime ou un délit commis une nouvelle fois en état de récidive légale* », et cette limitation appelle plusieurs observations. D'une part, le législateur prend en compte la peine prononcée, ce qui permet d'assurer l'individualisation de la mesure, tant au niveau de la décision initiale que des suites à en tirer pour le suivi carcéral ou post-carcéral. D'autre part, le dispositif intègre la dangerosité de l'individu qui est déterminée directement lorsqu'il est en état de récidive ou indirectement lorsqu'il encourt le suivi socio-judiciaire. Enfin, si la dangerosité est déterminée subjectivement, par rapport à l'individu condamné, elle l'est aussi objectivement, par rapport à la gravité de l'infraction commise, car seules certaines infractions permettent l'utilisation de ce dispositif. La durée de la surveillance judiciaire est strictement limitée, car elle ne peut dépasser « *celle correspondant au crédit de réduction de peine et aux réductions de peines supplémentaires dont elle a bénéficié et qui n'ont pas fait l'objet d'une décision de retrait* ». Le Conseil constitutionnel, dans sa décision du 8 décembre 2005, rappelle que la surveillance judiciaire est, en premier lieu, une modalité d'exécution de la peine, venant s'appuyer

sur les réductions de peine, mais aussi une mesure de sûreté, « *n'étant ni une peine, ni une sanction* ». S'il en autorise l'application rétroactive à des faits commis avant l'entrée en vigueur de la disposition, il ne le fait que parce qu'elle s'appuie sur la dangerosité « *pour certaines infractions strictement définies et caractérisées par leur gravité particulière* ».

Le pourvoi exploite la nature de mesure de sûreté de la surveillance judiciaire afin de contester le refus du tribunal d'application des peines. Il soutient que « *les textes relatifs à l'application des peines s'appliquent en considération de la situation globale du condamné* » et que la surveillance judiciaire, « *modalité d'exécution de la peine, s'applique en considération de la dangerosité de l'individu, de sorte que l'ordre d'exécution des peines n'apparaît pas devoir être pris en compte* ».

La Chambre criminelle rejette le pourvoi et approuve l'analyse des juges du fond. Ces derniers ont considéré qu'il résulte des conditions cumulatives de l'article 723-29 que la surveillance judiciaire ne peut être prononcée que pour les condamnations prononcées pour certaines infractions et qu'elle est calculée en fonction de la durée des réductions de peine portant sur ces condamnations. De telle sorte que l'exécution par confusion de plusieurs peines ne peut donner lieu à cette mesure de sûreté que si les réductions ont porté sur les infractions ciblées par le dispositif, mais pas pour des faits étrangers à la surveillance judiciaire, « *comme en l'espèce, pour des faits d'outrage à dépositaire de l'autorité publique, violence dans un local administratif, évasion par bénéficiaire d'une permission de sortie* ». La Cour de cassation renforce le raisonnement en rappelant en des termes généraux que la surveillance judiciaire est prévue pour certaines condamnations fondées sur certaines infractions « *sous réserve que le condamné ait bénéficié effectivement, pour cette peine, de crédit de réduction de peine ou de réduction de peine* ».

*supplémentaire* ». L'arrêt est intéressant, car il indique que les juges doivent examiner globalement les conditions de l'article 723-29, qui sont des conditions cumulatives et pas alternatives. Cela restreint d'autant plus le domaine d'application de la surveillance judiciaire.

## BRÈVES

### CIRCULATION ROUTIÈRE

*Crim. 9 novembre 2021, n° 2021-85.020*

Il résulte de l'article L. 121-6 du Code de la route que le représentant légal de la personne morale titulaire du certificat d'immatriculation d'un véhicule ayant donné lieu à un avis de contravention au Code de la route dispose d'un délai de quarante-cinq jours à compter de l'envoi ou de la remise de l'avis de contravention, pour indiquer l'identité et l'adresse du conducteur du véhicule lors de l'infraction. Or, l'envoi de l'avis de la contravention initiale, édité le 7 octobre 2017, était postérieur à cette date, en sorte que l'infraction de non-désignation ne pouvait être constatée le 22 novembre suivant. En effet, si, d'une part, le procès-verbal constatant l'infraction de non-transmission de l'identité du conducteur indique qu'un avis de contravention a été édité le 7 octobre 2017, il ne précise pas la date d'envoi dudit avis ; d'autre part, l'envoi de l'avis à une date postérieure au 7 octobre implique qu'au 22 novembre le délai ne pouvait être échu. Ce sont autant d'éléments que les juges doivent prendre en compte. La Cour de cassation décide ainsi de casser la décision de condamnation, tenant compte de l'incertitude du point de départ du délai.

## RESPONSABILITÉ CIVILE DES MEMBRES DE L'ENSEIGNEMENT PUBLIC

*Crim. 3 novembre 2021, n° 21-80.749*

Un enseignant a été poursuivi et condamné pour violences physiques n'ayant entraîné aucune incapacité physique sur des enfants dont il avait la charge. Les juges du fond ont prononcé une peine et des dommages et intérêts. Il a formé un pourvoi en cassation. La Cour de cassation n'a pas admis les moyens portant sur le droit pénal, mais elle a prononcé la cassation sur la responsabilité civile. Se fondant sur l'article L 911-4 du Code de l'éducation, la Chambre criminelle décide « *lorsque la responsabilité d'un membre de l'enseignement public se trouve engagée à la suite d'un fait dommageable commis au détriment des élèves qui lui sont confiés, la responsabilité de l'État est substituée à celle de l'enseignant, qui ne peut jamais être mis en cause devant les tribunaux civils par la victime ou ses représentants. L'action en responsabilité exercée par la victime, ses parents ou ses ayants droit, intentée contre l'État, ainsi responsable du dommage, est portée devant le tribunal de l'ordre judiciaire du lieu où le dommage a été causé, et dirigée contre l'autorité académique compétente* ». Si l'arrêt rappelle la règle applicable aux enseignants, elle est de portée générale et vise plus largement les agents de l'État.

## NOTIFICATION DU DROIT DE SE TAIRE – MINEUR

*Crim. 10 novembre 2021, n° 20-84.861*

Un mineur est mis en examen par le juge d'instruction pour vol par



effraction. Préalablement, un service éducatif relevant de la direction de la Protection judiciaire de la jeunesse (PJJ) a établi un recueil de renseignements socio-éducatifs (RRSE) qui a conclu à l'absence de nécessité d'une mesure éducative. Le mineur a saisi la chambre de l'instruction d'une requête en nullité car, lors de cet entretien, l'éducateur avait évoqué les faits avec lui sans l'avoir informé de son droit de garder le silence ou à l'assistance d'un avocat, qui n'a pas été suivie par les juges.

La Cour de cassation casse l'arrêt au visa de textes conventionnels et internes. D'une part, l'article 6, §3 de la Convention européenne des droits de l'Homme pose l'obligation d'avertir la personne mise en cause de son droit de garder le silence. D'autre part, les articles 171 et 174 disposent que, « *lorsque la méconnaissance d'une formalité substantielle prévue par une disposition du présent code ou toute autre disposition de procédure pénale a porté atteinte aux intérêts de la partie qu'elle concerne* », les juges décident de l'étendue de la nullité pour déterminer « *si l'annulation doit être limitée à tout ou partie des actes ou pièces de la procédure viciée ou s'étendre à tout ou partie de la procédure ultérieure* ». Le Conseil constitutionnel a déclaré inconstitutionnel le dispositif permettant à l'éducateur spécialisé d'interroger le mineur dans le cadre de l'établissement du RRSE sans l'informer préalablement de son droit de se taire, mais a reporté les effets de sa décision au 30 septembre 2021, afin de ne pas permettre de contestation des procédures en cours.

La Chambre criminelle distingue deux questions juridiques appelant des analyses différentes. D'une part, « *l'absence d'assistance, par un avocat, du mineur interrogé par l'agent des services de la protection judiciaire de la jeunesse ne saurait entraîner l'annulation du RRSE que ce dernier établit* », car ce dernier n'a pas pour objet « *de recueillir des éléments de preuve portant sur la matérialité des faits*

*qui lui sont reprochés* ». Dès lors, la personne mise en cause peut être entendue hors de la présence de son avocat et sans même que ce dernier ait été appelé. D'autre part, « *l'absence de notification faite au mineur de son droit au silence* » devait entraîner l'irrégularité d'une partie de la procédure et aboutir à « *l'annulation partielle du rapport établi par les services éducatifs en annulant les passages relatifs aux déclarations et aux réponses faites par le mineur aux questions portant sur les faits* ».

## NOTIFICATION DU DROIT DE SE TAIRE – PEINE

*Crim. 17 novembre 2021, n° 21-80.567*

Une personne est poursuivie pour faux, usage de faux, escroquerie et fausse déclaration en vue d'obtenir une prestation sociale. Si l'action publique pour fausse déclaration a été déclarée éteinte, elle a été condamnée pour le surplus. La Cour de cassation a prononcé une cassation le 25 octobre 2017 pour les condamnations de faux et usage de faux au visa du principe *ne bis in idem*, en considérant que l'arrêt de condamnation ne caractérise pas « *des faits constitutifs de faux et usage distincts des manœuvres frauduleuses qu'elle a expressément retenues pour déclarer le prévenu coupable d'escroquerie* ». La Cour d'appel de renvoi a constaté le caractère définitif de la déclaration de culpabilité pour escroquerie, a relaxé pour faux et usage de faux et a prononcé une peine de deux ans d'emprisonnement avec sursis et mise à l'épreuve. Le condamné forme un pourvoi en cassation pour violation de son droit à l'information portant sur le droit de se taire.

L'article 406 du Code de procédure pénale, relatif à la procédure devant le tribunal correctionnel, garantit le droit à l'information et, plus particulièrement, « *son droit, au cours des débats, de faire des*

*déclarations, de répondre aux questions qui lui sont posées ou de se taire* ».

La Cour de cassation rejette le pourvoi en affirmant que « *les dispositions de l'article 406 du code de procédure pénale relatives au droit de se taire devant les juridictions pénales, qui ont pour objet d'empêcher qu'une personne prévenue d'une infraction ne contribue à sa propre incrimination, ne sont pas applicables devant la juridiction correctionnelle lorsque celle-ci est appelée à se prononcer uniquement sur les peines* ».

L'arrêt est intéressant, car il précise les rapports entre le droit de se taire et le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination. Si certains auteurs considèrent que le droit de se taire est le droit générique duquel découle le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, la logique nous conduit à remarquer qu'au contraire, le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination est le souffle qui inspire plusieurs garanties procédurales parmi lesquelles le droit de se taire, mais aussi le droit de refuser de communiquer des documents. Dès lors, la notification du droit de garder le silence a du sens au début de la procédure dans le cadre de l'établissement de la culpabilité, alors que dans le cadre de la détermination de la peine, elle est dénuée d'intérêt. Si cette affirmation se comprend aisément, elle interroge tout de même dans une procédure tournée vers l'individu et dans laquelle le pouvoir de personnalisation judiciaire de la peine a pris une dimension prépondérante.



**CENTRE DE RECHERCHE DE L'ECOLE DES OFFICIERS  
DE LA GENDARMERIE NATIONALE**

*Directeur de publication :* **Colonel David BIÈVRE**

*Rédacteur en chef :* **G<sup>al</sup> d'armée (2S) Marc WATIN-AUGOUARD**

*Rédacteur :* **Claudia GHICA-LEMARCHAND**

*Équipe éditoriale :* **Odile NETZER  
MDC Aurélie HONORÉ**