

nalisé, tout en se comparant à soi-même : « Qui mieux que La Redoute pouvait faire mieux que La Redoute ? ».

La publicité comparative serait-elle la plus belle conquête du consommateur ?

Jean-Claude FOURGOUX,
Avocat aux barreaux de Paris et de Bruxelles.

TRIBUNAL DE GRANDE INSTANCE DE TOULOUSE

(3^e CH.)

30 octobre 1995

ÉTRANGERS * Entrée et séjour en France * Séjour irrégulier * Immigration clandestine * Aide * Hébergement * Assistance * Concubin * Époux * Relaxe.

Selon l'art. 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 nov. 1945 modifiée par la loi n° 94-1136 du 27 déc. 1994, « Toute personne qui, alors qu'elle se trouvait en France, aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 200 000 F » ;

La généralité des dispositions de ce texte oblige le juge pénal à se pencher sur la compatibilité de ces dispositions avec les principes généraux gouvernant notre droit ainsi que sur les éléments constitutifs de ce délit ;

La rédaction de l'art. 21 en termes génériques ne semble pas répondre aux exigences du principe de légalité, aucun des éléments de l'infraction n'étant énoncé avec suffisamment de précision ;

Face à une imprécision de la loi pénale, il convient de l'interpréter à la lueur des principes généraux du droit et des débats qui ont précédé le vote de la loi du 27 déc. 1994 modifiant l'art. 21 de l'ordonnance ;

Sur la base de ces principes, une interprétation large de l'art. 21 est à exclure ;

Elle ne peut viser ni les comportements humanitaires, ni les attitudes inspirées uniquement par l'amour et l'affection des intéressés [1].

(Ministère public c/ Mlle X...) — JUGEMENT

LE TRIBUNAL : — Attendu qu'a été notifié par procès-verbal en date du 27 juill. 1995 à Mlle Sandra X..., sur instructions de Monsieur le procureur de la République et dans les délais prévus par l'art. 552 c. pr. pén., une convocation à l'audience du 16 oct. 1995 ; que, conformément à l'art. 390-1 c. pr. pén., cette convocation vaut citation à personne ; — Attendu que la prévenue a comparu ; qu'il y a lieu de statuer contradictoirement ;

Attendu qu'elle est prévenue d'avoir à Toulouse, courant juillet 1995, facilité le séjour irrégulier en France de M. Y..., en l'hébergeant et en subvenant à son entretien ; infraction prévue et réprimée par les art. 21, al. 1^{er}, al. 2, al. 3, al. 4, al. 5, al. 7, al. 9 et al. 10 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 nov. 1945 ;

Les faits : — Début 1993, Y..., de nationalité algérienne, pénétrait sur le sol français à l'aide d'un passeport en cours de validité et muni d'un visa touristique pour vingt jours. Le 26 juill. 1994, il était condamné pour séjour irrégulier sur le territoire national après avoir été contrôlé le 24 juill. 1994 sans document d'identité et dépourvu de titre de séjour en cours de validité. Il ressortait de l'enquête et des débats à l'audience que Y... était hébergé chez Sandra X... depuis novembre 1994 et que le passeport

prétendument égaré avait été caché par celle-ci afin d'éviter l'expulsion de son concubin.

Le 11 oct. 1995, Sandra X... était poursuivie pour aide à séjour irrégulier, ayant hébergé et subvenu aux besoins de Y...

Sur quoi : — Attendu que selon l'art. 21 de l'ordonnance du 2 nov. 1945 modifiée par la loi du 27 déc. 1994 : toute personne qui, alors qu'elle se trouvait en France, aura par aide directe ou indirecte facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 200 000 F ; — Attendu qu'en l'espèce, il n'est pas contesté que Sandra X... ait fourni un logement et des moyens matériels nécessaires à son entretien à Y..., en particulier en cohabitant avec lui dès novembre 1994 alors qu'elle connaissait sa situation d'étranger en séjour irrégulier ; — Attendu cependant que la généralité des dispositions de l'art. 21 de l'ordonnance de 1945 oblige le juge pénal à se pencher sur la compatibilité de ces dispositions avec les principes généraux gouvernant notre droit ainsi que sur les éléments constitutifs de ce délit ; — Attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, affirmé dans l'art. 8 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 et inscrit dans l'art. 111-3 nouv. c. pén., exige que « Les éléments des délits soient définis par la loi » ;

Attendu que la rédaction de l'art. 21 en terme générique visant « Toute personne » et toutes actions directes ou indirectes facilitant le séjour irrégulier d'un étranger en France, ne semble pas répondre aux exigences du principe de légalité, aucun des éléments de l'infraction n'étant énoncé avec suffisamment de précision ; — Attendu par ailleurs que la généralité des termes semble viser des comportements aussi divers que le passeur, le trafiquant de main-d'œuvre clandestine ou le financeur d'un réseau terroriste ; mais pourrait aussi inclure dans une interprétation large l'organisation humanitaire fournissant nourriture et habits à des étrangers clandestins ; l'ecclésiastique exerçant la charité dans les mêmes conditions, le médecin qui soignerait l'étranger en séjour irrégulier sans qu'il y ait urgence ;

Attendu que dès lors, face à une imprécision de la loi pénale, il convient de l'interpréter à la lueur des principes généraux du droit et des débats parlementaires qui ont précédé le vote de la loi du 27 déc. 1994 modifiant l'art. 21 de l'ordonnance du 2 nov. 1945 ; — Attendu, sur le premier point, que sanctionner toutes les aides aux étrangers en séjour irrégulier conduirait cette population à vivre hors de tout contact humain et affectif ; qu'une telle exigence serait contraire au principe de sauvegarde de la dignité humaine récemment affirmée par le Conseil constitutionnel les 26 et 27 juill. 1994 (JO 29 juill., p. 11024) ;

Attendu que les juridictions de l'ordre judiciaire ont eu également, à de nombreuses reprises, l'occasion d'affirmer la prééminence d'un ordre public familial, basé sur les principes de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 5) ; que ce principe comporte en lui-même un ordre public affectif devant lequel la loi nationale doit s'effacer ; qu'en effet, on ne saurait contester le droit de deux êtres à s'aimer et à agir en fonction de ce sentiment ; que la loi elle-même a concrétisé ce principe, en imposant, d'une part, dans le cadre du mariage l'obligation de secours et d'assistance et, d'autre part, en excluant de la répression du recel de criminel la famille proche de celui-ci ainsi que sa concubine ; — Attendu en conséquence, que sur la base des principes qui viennent d'être énoncés une interprétation large de l'art. 21 est à exclure ; qu'elle ne peut viser ni les comportements humanitaires ni les attitudes inspirées uniquement par l'amour et l'affection des intéressés ;

Attendu en second lieu que l'analyse des débats parlementaires consacre cette interprétation du texte ; — Attendu en effet que lors de la présentation du projet de loi

à l'Assemblée nationale, le ministre de l'Intérieur exprimait sa volonté de réprimer grâce à ce texte : « des agissements qui relèveraient de l'infiltration en France d'éléments appartenant à des réseaux islamistes terroristes ou d'espionnage » (JOAN CR 17 déc. 1994, p. 9269, 9270) ; — Attendu que cette vision de la finalité du projet était reprise par le rapporteur de la commission des lois qui précise dans son introduction « ... Le projet complète le dispositif actuel qui frappe les passeurs et les trafiquants... » (Doc. AN, rapport commission des lois n° 1738, p. 5) ; que c'est enfin dans un échange assez vif au Sénat que sera donné un fondement encore plus restrictif à la loi ; qu'en effet aux interrogations d'un parlementaire sur l'étendue du texte, le sénateur Laurin s'exclamait : « Mais c'est uniquement des passeurs qu'il s'agit » (JO Sénat, CR, 16 nov. 1994, p. 5614) ; que pour conclure sur ce point, le ministre de l'Intérieur, M. Pasqua, s'indignait, accusant de « mauvaise foi » ceux qui prétendaient que ce texte fut attentatoire aux libertés ;

Attendu en l'espèce qu'en accueillant chez elle Y..., en lui portant secours, Sandra X... ne faisait que donner une réalité concrète aux sentiments qui la liaient à cet étranger en séjour irrégulier ; que cette cohabitation était effective depuis novembre 1994, que le contrat EDF était au nom de Y... ; — Attendu que pendant le cours du délibéré Y... et Sandra X... se sont mariés, complétant sur le plan civil un mariage coranique préalable ; que pour la célébration du mariage, Monsieur le procureur de la République a autorisé le transfert des registres de l'état civil à la maison d'arrêt ; que, dès lors, l'analyse des éléments matériels du dossier à la lueur des principes précédemment énoncés démontre que l'aide à séjour irrégulier n'est que la conséquence du lien affectif ; que donc il ne saurait donner lieu à condamnation ;

Par ces motifs, statuant publiquement et en premier ressort, contradictoirement à l'égard de Mlle X... Sandra ; renvoie Mlle X... Sandra des fins de la poursuite sans peine ni droit fixe en application des dispositions de l'art. 470 c. pr. pén. ; et tout en application des art. 406 et s. et 485 c. pr. pén. et des textes susvisés [...].

TGI TOULOUSE, 3^e ch., 30 oct. 1995. — MM. Dooms, v.-prés. — Rossignol et Rimour, juges. — Moulis, 1^{er} subst. — M^{me} Cohen et Etelin, av.

NOTE

[1] L'amour, nouvelle cause de justification pénale : c'est le rêve auquel pourrait faire songer une première lecture du jugement ci-dessus rapporté rendu par le Tribunal de grande instance de Toulouse le 30 oct. 1995.

Le tribunal était saisi d'une poursuite pour aide à l'immigration clandestine fondée sur l'art. 21 de l'ordonnance du 2 nov. 1945 étendue par la loi du 31 déc. 1991. La modification du texte opérée par la loi n° 94-1136 du 27 déc. 1994 est sans influence en l'espèce. Cet article dispose dans son premier alinéa : « Toute personne qui, alors qu'elle se trouvait en France, aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers d'un étranger en France sera punie d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 200 000 F ». Le tribunal a décidé que ce texte « ne peut viser ni les comportements humanitaires ni les attitudes inspirées uniquement par l'amour et l'affection des intéressés ». C'est pourquoi il a relaxé la prévenue à laquelle il était reproché d'avoir fourni un logement et les moyens nécessaires à l'entretien de son concubin (devenu « pendant le cours du délibéré son mari... ») dont elle connaissait la situation irrégulière.

Au-delà d'une telle appréciation aussi généreuse qu'irréaliste, le jugement résout une question méthodologique essentielle : celle de l'attitude à adopter par les tribunaux face à une incrimination large comme celle de l'art. 21 de l'ordonnance de 1945 (modifiée par les lois de 1991 et 1994). Le tribunal a énoncé que « face à une imprécision de la loi pénale, il convient de l'interpréter à la lueur des principes généraux du droit et des débats parlementaires ». Cet attendu est particulièrement intéressant en ce qu'il vise les principes généraux du droit ; car le tribunal préconise ainsi

une méthode d'interprétation fondée sur la recherche d'une combinaison entre le texte d'incrimination et les principes supra-légaux (I) ; or une telle méthode d'interprétation a une portée quasi révolutionnaire (II).

I. — La méthode d'interprétation utilisée par le tribunal : combinaison du texte d'incrimination avec l'ensemble des principes supra-légaux.

Le tribunal a d'abord fondé sur un premier principe supra-légal, celui de la légalité pénale, une obligation de dépasser l'interprétation littérale de l'ordonnance de 1945 dans sa rédaction de 1994. Il en a ensuite utilisé d'autres — celui du droit à la vie familiale et celui du droit à la dignité — comme instruments d'interprétation.

Il est parti d'un constat : la généralité des termes employés dans l'art. 21 de l'ordonnance de 1945, modifié par les lois du 31 déc. 1991 et du 27 déc. 1994, fait que, tel quel, ce texte n'est pas compatible avec le principe de légalité, inscrit aussi bien dans la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (art. 8) que dans le code pénal (art. 111-3) (1). De ce constat, le jugement tire immédiatement une conséquence : l'obligation pour les tribunaux de compléter le travail inachevé du législateur lorsqu'ils sont saisis d'une poursuite fondée sur l'art. 21 afin de rendre ce texte compatible avec le principe de légalité.

On peut remarquer que le tribunal aurait aussi pu fonder cette obligation sur la règle dont il est le principal destinataire, à savoir le principe d'interprétation stricte, puisque l'art. 111-4 c. pén. a donné « pour la première fois [au principe d'interprétation stricte] un fondement légal » (2).

Mais, en tout état de cause, le principe de base, la légalité, comme son corollaire, l'interprétation stricte, imposent de déterminer avec précision les limites du texte qui doit être appliqué aux faits de l'espèce.

La recherche des limites d'application de la loi pénale est un travail jurisprudentiel distinct de la simple recherche de sa signification (3) : il consiste non pas à rechercher le sens des mots employés par le législateur qui sont souvent parfaitement clairs, mais plutôt à fixer une délimitation non inscrite dans le texte. C'est un travail plus délicat pour le juge puisque celui-ci a quelque chose à découvrir.

Pour parvenir à délimiter le délit d'aide à l'immigration clandestine, le Tribunal de Toulouse s'est servi à la fois « des principes généraux du droit et des débats parlementaires ».

L'appel aux travaux préparatoires n'est pas un procédé nouveau. Il est très largement admis, même lorsqu'il conduit à étendre l'application d'une incrimination au-delà de ce que dicte la lettre du texte (4), ce qui peut être critiqué, *a fortiori* il est parfaitement admissible pour restreindre cette application.

Mais le recours aux travaux préparatoires est parfois délicat dans sa mise en œuvre : il comporte le risque d'une utilisation tronquée des travaux préparatoires déformant l'intention du législateur (5). Le jugement ci-dessus reproduit est une bonne illustration de ce risque : suffit-il de constater qu'au cours d'un échange assez vif au Sénat un sénateur s'est exclamé « mais

(1) Sur l'imprécision de la définition du délit d'aide à l'immigration clandestine, cf. B. Mercuzot, L'article 21 de l'ordonnance n° 45-2658 du 2 novembre 1945 : un défi aux fondements du droit, *D.* 1995, *Chron.* p. 249.

(2) Circulaire du 14 mai 1993, *Code pénal*, Dalloz éd. 1995-1996, p. 221.

(3) En ce sens, cf. R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, t. 1, 6^e éd., 1984, n° 180, p. 255.

(4) Cf. not. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 173, p. 250 ; G. Stéfani, G. Levasseur et B. Bouloc, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 15^e éd., 1995, n° 128, p. 120 ; J. Pradel, *Droit pénal général*, 10^e éd., 1995, n° 177, p. 219 ; J.-H. Robert, *Droit pénal général*, 2^e éd., 1992, p. 213.

(5) C'est pourquoi, dans un arrêt du 29 déc. 1900 (S. 1901, 1, p. 108), la Chambre criminelle a refusé de prendre en considération un rapport présenté au nom de la commission des lois, aux termes duquel « jamais l'intention de la commission des lois n'avait été de viser les magnétiseurs » dans l'exercice illégal de la médecine. En effet, les débats qui avaient précédé les votes dans chacune des deux assemblées ne faisaient apparaître aucune réserve de ce type.

c'est uniquement des passeurs qu'il s'agit » pour pouvoir affirmer que l'intention du législateur, qui n'a pourtant pas visé le but lucratif ni le caractère habituel, a été de limiter l'application de son texte au passeur (6) ? Il eût suffi pour cela de ne pas reprendre le texte de 1991 dans sa généralité et d'introduire dans l'ordonnance une restriction prévue par les accords de Schengen quitte à la moduler (7).

Peut-être le Tribunal de Toulouse a-t-il senti lui-même l'incertitude résultant de l'utilisation des seuls travaux préparatoires puisqu'il a fait appel en même temps à d'autres instruments d'interprétation, une règle de droit européen et un principe constitutionnel.

Il a déduit de l'art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme l'existence d'un ordre public familial » comportant « un ordre public affectif ». Cet ordre public imposerait de laisser à l'extérieur du droit pénal « les attitudes inspirées uniquement par l'amour et l'affection », surtout s'il s'agit des sentiments que se portent mutuellement époux et concubins.

Mais le droit reconnu à l'art. 8 Conv. EDH a des contours plus précis que ceux que lui assigne le jugement ci-dessus reproduit. Il s'agit en effet d'un droit à la vie privée comportant le droit à la vie familiale qui peut, dans certaines circonstances, être tenu en échec par la nécessité de « défense de l'ordre et de prévention des infractions » (8). La combinaison de ces deux intérêts, respect de la vie privée et défense de l'ordre, s'opère selon un principe de proportionnalité. Il en résulte que la considération des liens familiaux ne produira pas le même effet dans toutes les situations : dans certains cas, elle permettra de justifier l'aide apportée à des délinquants ; dans d'autres elle ne le permettra pas.

C'est pourquoi l'argument du tribunal fondé sur les textes relatifs au recel de malfaiteur ne nous paraît pas déterminant. Il est certes exact que l'art. 434-6 c. pén. exclut expressément de la répression du recel de malfaiteur les membres de la famille proche de l'auteur du crime, particulièrement le conjoint et le concubin. Mais la situation de la personne poursuivie pour recel de malfaiteur nous paraît différente de celle de l'individu poursuivi pour aide à l'immigration clandestine : le premier est intervenu après la commission de l'infraction pour aider le malfaiteur seulement à « s'en sortir », alors que le second a aidé le délinquant à commettre l'infraction, situation proche de la complicité. A cet égard le jugement rapporté note lui-même que la prévenue avait caché le jugement sur lequel il apparaissait que le visa de son concubin était largement périmé. Dès lors, l'exclusion expresse des membres de la famille de la répression du recel de malfaiteur n'entraîne pas nécessairement leur exclusion implicite de celle de l'aide à l'immigration clandestine.

Mais si le droit à la vie familiale n'est pas susceptible de fournir le critère de délimitation de cette dernière infraction, y a-t-il un autre droit fondamental qui permette d'opérer le tri entre les aides illégales et les aides tolérées ? Le droit à la dignité, également invoqué par le Tribunal de Toulouse, est-il plus opérationnel que le droit à la vie familiale ?

Le « principe de sauvegarde de la dignité humaine » n'est pas inscrit sous une forme aussi générale dans les conventions internationales (9) ; mais, comme le rappelle le jugement, il a été récemment proclamé par le Conseil constitutionnel dans sa décision des 26 et 27 juill. 1994 ; or l'autorité des décisions du Conseil constitutionnel s'attache non seulement au dispositif mais également aux motifs qui en sont le soutien nécessaire (10).

(6) Pour une relation un peu plus complète des débats parlementaires, cf. B. Mercuzot, *op. cit.*

(7) La convention vise les personnes qui ont facilité l'entrée et le séjour à des fins lucratives, Convention d'application des accords de Schengen, *RGDI publ.* 1991, p. 523.

(8) Cf. R. Koering Joulin, Des implications répressives du droit au respect de la vie privée de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, *Rev. sc. crim.* 1986, p. 721, spéc. p. 723 s.

(9) Dans la Convention européenne des droits de l'homme comme dans le Pacte international sur les droits civils et politiques, le principe de dignité fonde l'exclusion des traitements inhumains ou dégradants. En outre, l'art. 10 du Pacte proclame que « toute personne privée de sa liberté est traitée avec (...) le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ».

(10) Cf. not. J. Carbonnier, *Droit civil, Introduction*, 22^e éd., p. 189 ; J. Ghestin et G. Goubeaux, avec la coll. de M. Fabre Ma-

gnan, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^e éd., 1994, p. 224 et 255, note 89 ; B. Mathieu, *Droit constitutionnel et droit civil : de vieilles outres pour un vin nouveau*, *RTD civ.* 1994, p. 59, spéc. p. 63 ; D. Rousseau, *Droit du contentieux constitutionnel*, 4^e éd., 1995, p. 140-141 et 149-150.

Le jugement que nous commentons énonce qu'il serait contraire au principe de dignité d'adopter une solution qui conduirait un ensemble de personnes « à vivre hors de tout contact humain et affectif ». Il en résulterait que n'importe quel acte d'aide, directe ou indirecte, ne pourrait être systématiquement sanctionné.

L'analyse est en partie exacte mais, pour donner le critère de délimitation entre ce qui est autorisé et ce qui est interdit, elle doit être poussée plus loin : ce qu'impose le principe de dignité humaine, c'est l'absence de tout rejet du cercle humain. Ce qu'il interdit, c'est d'exclure un individu du bénéfice des conduites, dictées par la générosité et la sympathie qui dépassent le cadre de l'aide à personne en péril immédiat (réconfort, aide alimentaire, hébergement temporaire). Le respect du principe de dignité conduit à exclure tous ces actes, mais eux seuls, du champ d'application du délit d'aide à l'immigration clandestine.

Mais ce délit est-il seul concerné par ces exclusions ? La méthode utilisée par le tribunal qui consiste à privilégier la cohérence de l'ensemble normatif sur l'interprétation littérale n'est-elle pas susceptible de modifier l'interprétation d'autres infractions ? En outre, si elle se généralisait, n'entraînerait-elle pas de profonds changements dans le système judiciaire même ? Face à une décision aussi novatrice, il est impossible de ne pas s'interroger sur la portée révolutionnaire de la méthode d'interprétation adoptée.

II. — La portée révolutionnaire d'une telle méthode.

Dire, comme le fait le tribunal, qu'un acte ne saurait donner lieu à condamnation s'il est la conséquence d'un « lien affectif » bouleverserait de manière radicale le droit pénal puisqu'il est assez difficile de trouver une infraction qui n'est pas susceptible d'être commise par amour.

Si, plus pertinemment, nous nous bornons à retenir la méthode d'interprétation proposée — délimitation d'une disposition large et vague par l'utilisation de principes supra-légaux — nous constatons que ses conséquences sont loin d'être négligeables. En effet le délit d'aide à l'entrée ou au séjour irréguliers ne constitue pas, par son imprécision, une curiosité particulière dans le droit pénal. Les deux éléments qui en l'espèce posent un problème sont la notion générale d'aide et son caractère direct ou indirect.

L'apparition du terme « direct ou indirect » ou « directement ou indirectement » est récente (11). Elle ne doit sans doute pas être interprétée comme une volonté délibérée du législateur d'inciter le juge à aller plus loin, ce qui est difficile. Mais elle constitue probablement une approbation de la jurisprudence qui a finalement interprété l'énoncé initial d'« aide » comme incluant l'aide indirecte. Il est en effet difficile d'énoncer une interprétation plus large au mot aide que celle donnée par la jurisprudence en matière de proxénétisme alors que le terme « indirect » ne figure pas dans la définition de ce délit. Si la mention nouvelle « direct et indirect » est surtout incantatoire, elle ne favorise bien évidemment pas la netteté du droit et peut donc donner lieu aux restrictions d'interprétation proposées par le jugement.

Quant à la notion d'aide on la retrouve sous une forme proche en matière de complicité ce qui a permis à la jurisprudence de procéder parfois à des extensions discutables (12). Elle apparaît également sous une forme aussi large dans un certain nombre d'infractions qui offrent une structure extrêmement voisine de l'aide au séjour irrégulier.

(11) Par exemple : art. 226-19 (fichier informatique faisant apparaître des informations raciales) ; 434-9 et 441-8 (corruption). A rapprocher des mentions « de quelque manière que ce soit » et « par quelque moyen que ce soit » : 225-17 (violation de sépulture) ; 226-2 (atteinte à la vie privée) ; 321-1 (recel) ; 322-13 (menaces).

(12) Conduite proche de l'abstention : cf. le cas de l'homme se bornant à accompagner sa maîtresse sur les lieux de l'avortement, *Cass. crim.*, 5 nov. 1941, S. 1942, 1, p. 89, note Bouzat ; cf. not. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 515, p. 666 ; J. Pradel, *op. cit.*, n° 422, p. 467. — Sur cette jurisprudence, cf. G. Stéfani, G. Lévassier et B. Bouloc, *op. cit.*, n° 323, p. 260.

Par exemple le délit qui consiste à faciliter l'usage des stupéfiants implique une aide à la réalisation d'un premier délit dans des conditions très proches de la complicité. Puisque le simple hébergement d'usager est puni (13), le raisonnement adopté par le tribunal conduirait certainement à limiter le champ de l'infraction. L'introduction du droit à la dignité conduirait à écarter du délit voisin de délivrance sur ordonnances fictives de substances stupéfiants (14) les prescriptions inspirées par la compassion.

Le proxénétisme constitue certainement l'infraction dont les contours seraient bouleversés de la façon la plus profonde. La réflexion sur le proxénétisme de cohabitation, déjà amorcée par la jurisprudence, devrait être poursuivie en y intégrant le droit à la vie familiale (15). Le flou de l'aide à la prostitution (16) devrait être très sérieusement revu. Quant au proxénétisme par aide de la prostituée, à la fois le droit à la vie familiale et le droit à la dignité s'opposent à ce qu'il interdise à la prostituée d'aider celui qu'elle aime, même si son choix est douteux, à condition que le bénéficiaire soit effectivement dans le besoin. Ne pourrions-nous pas aussi induire du droit à la dignité le droit de faire et recevoir des dons sans tomber sous le coup de la loi pénale ?

D'autres infractions, simplement par leurs contours particulièrement imprécis alliés à leur proximité des domaines défendus, par les grands principes, poseraient bien des problèmes. Le recel, qui souvent permet de contourner l'impunité familiale en matière de non-dénonciation de crime, en est un bon exemple. Que peut-on demander, de conforme au droit à la vie familiale et à la dignité, à la personne dont le compagnon ramène occasionnellement au domicile commun des « choses » douteuses (17) ? Le problème posé par la constitutionnalité de l'infraction d'usage de stupéfiants est, lui, maintenant bien connu, à tel point que l'infraction serait pratiquement anéantie par le raisonnement proposé par le Tribunal de Toulouse sauf en ce qui concerne l'usage public (18). Que penser aussi de la généralité presque comique de la contravention de racolage (19) ?

Finalement ce ne sont pas uniquement les infractions dont la structure est proche de celle de l'aide au séjour irrégulier qui se trouveraient modifiées. En effet le crime même d'assassinat ne pourrait-il pas être délimité en vertu du principe de dignité qui justifierait certains cas d'euthanasie ?

Certes, la généralisation de cette méthode serait, dans un premier temps au moins, plus respectueuse des droits de l'homme et des grands principes républicains. Mais elle ferait l'impasse sur le droit — déjà bien mis à mal — des justiciables et aussi du ministère public de connaître avec sûreté les interdits qui s'appliquent dans la société à un moment donné. Or ce principe de légalité est aussi partie intégrante des normes fondamentales qui s'imposent au juge. La sûreté du droit qui résulterait de la confrontation, opérée par chaque juridiction, de lois de plus en plus imprécises et de principes généraux de plus en plus difficiles à définir — comme ce droit à la dignité — risquerait d'être extrêmement aléatoire et conduirait en tout cas à instituer le juge, *a posteriori*, maître de la loi.

La solution proposée par le jugement bouleverserait donc très largement l'équilibre du système judiciaire français. Certes la loi ne possède plus depuis longtemps l'image magique qui était la

sienne au début du XIX^e siècle où toute appréciation sur la pertinence de l'expression de la volonté générale aurait été impie. Le juge français, progressivement, s'est habitué au jeu d'autres normes. Le législateur votant des textes de plus en plus larges, aux conséquences incertaines, tout en omettant par calcul politique de les soumettre au Conseil constitutionnel, a très largement contribué à la relativisation de la loi. Mais le juge a toujours adopté, avec plus ou moins de bonne foi, en un lointain hommage au principe de légalité, une attitude purement interprétative par rapport au texte. Le raisonnement retenu ici est appréciatif et conduit à juger la loi ce qui est une nouveauté considérable. Il peut être rapproché de l'interprétation créative du juge européen (20). Le juge français, de technicien du droit, se transformerait-il en sage ? Y est-il préparé ?

La méthode d'interprétation restrictive des incriminations trop générales à la lumière de la confrontation de la loi pénale avec les normes supra-légales trouverait rapidement ses limites. Elle ne permettrait pas, tout d'abord, d'améliorer la sûreté du droit. Elle buterait ensuite rapidement sur la prohibition du contrôle de la constitutionnalité par le juge judiciaire. Que ferait le juge en présence d'un texte — non soumis préalablement au Conseil constitutionnel — complètement flou, donc contraire au principe de légalité, mais non susceptible d'être limité dans sa portée par l'application de normes supérieures ? Que ferait-il, pareillement, face à un texte parfaitement clair et parfaitement contraire à la Constitution ? La tentation d'admettre l'exception d'inconstitutionnalité serait grande et la méthode retenue dans le jugement, malgré les précautions prises, y conduit.

De façon quasi prophétique, le doyen Carbonnier avait déjà déduit de ce que les décisions du Conseil constitutionnel s'imposent aux tribunaux judiciaires la possibilité pour le justiciable d'écarter une loi en soutenant qu'elle est contraire à un motif de droit constitutionnel reconnu par le Conseil » (21). La disparition, dans le nouveau code pénal, du crime de forfaiture va, symboliquement, en ce sens (22). Certes un contrôle de constitutionnalité par le juge judiciaire présente des inconvénients sérieux, notamment du point de vue de la sécurité du droit (23). Une certaine insécurité du droit est-elle le prix à payer pour l'extraordinaire développement des principes supra-légaux ? Le danger — mis en lumière par le jugement commenté — de voir l'existence même du droit pénal soumis à la subjectivité du juge n'est, en tout cas, pas négligeable. Le spectre des remontrances et des refus d'enregistrement de l'ancien droit — réservés eux aux cours souveraines — n'a pas disparu du paysage judiciaire.

La tentation de vouloir modeler le droit sur une morale à l'aide des principes généraux est grande. Elle néglige sans doute la nécessaire autonomie du droit pénal et de la morale qui fait qu'un comportement parfaitement honorable puisse exceptionnellement être qualifié de délictueux. Imagine-t-on une règle plus contraire à la dignité que celle qui interdit à une sœur de donner une sépulture à son frère ? Et pourtant, le juge peut-il être à la fois du côté d'Antigone et de celui de Créon ?

Danièle MAYER,
Professeure à l'Université
de Paris I
(Panthéon-Sorbonne).

Jean-François CHASSAING,
Maître de conférences
à l'Université
de Paris X-Nanterre.

(13) L'infraction offre un bel exemple de dérive interprétative puisque initialement elle visait la tenue de fumerie d'opium ; cf. F. Caballero, *Droit de la drogue*, Précis Dalloz, 1989, n° 422, p. 531.

(14) Art. 222-37 c. pén.

(15) Le problème du sort du conjoint légitime a déjà été abordé sans solution déterminante par la jurisprudence : CA Colmar, 25 janv. 1980, *D.* 1981, *IR.* p. 156, obs. Puech ; Cass. crim., 22 oct. 1980, *D.* 1981, *IR.* p. 143, obs. Roujou de Boubée.

(16) Traditionnellement cette aide est considérée comme plus large que l'aide et l'assistance en matière de complicité et va de la simple présence sur les lieux (Cass. crim., 13 juill. 1955, *Bull. crim.*, n° 353) aux travaux de ménage dans les chambres (Cass. crim., 27 nov. 1984, *D.* 1985, *Jur.* p. 241, note D. Mayer ; *Rev. sc. crim.* 1985, p. 815, obs. Levasseur).

(17) Sur la présence de choses volées au domicile conjugal : Cass. crim., 12 juill. 1945, *Gaz. Pal.* 1945, 2, *Jur.* p. 80. — Cf. M. Véron, *Droit pénal spécial*, 1988, p. 68.

(18) Cf. F. Caballero, *op. cit.*, n° 387, p. 489.

(19) Art. R. 625-8 : vise le fait « par tout moyen » d'inciter publiquement autrui à avoir « des relations sexuelles ».

(20) F. Ost, Originalité des méthodes d'interprétation de la CEDH, p. 405 s., in *Raisonnement la raison d'État*, sous la dir. de M. Delmas-Marty, PUF, 1989.

(21) J. Carbonnier, *op. cit.*, n° 120, p. 189.

(22) L'existence de cette infraction était considérée par certains auteurs comme le principal obstacle, au moins symbolique, à l'appréciation par le juge judiciaire de la constitutionnalité de la loi criminelle. Cf. not. R. Merle et A. Vitu, *op. cit.*, n° 231, p. 313. Le texte de l'ancien art. 127 était particulièrement net : « Seront coupables de forfaiture... 1° Les juges... qui se seront immiscés dans l'exercice du pouvoir législatif... en délibérant sur le point de savoir si les lois seront publiées ou exécutées... ». La crainte de voir l'État déstabilisé par un empiètement de l'autorité judiciaire sur le pouvoir législatif a, sans doute un peu vite, été proclamée désuète. Cf. G. Giudicelli-Delage, Les crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, *Rev. sc. crim.* 1993, p. 497.

(23) Cf. J. Ghestin, G. Goubeaux et M. Fabre-Magnan, *op. cit.*, n° 260, p. 218 et 219.