

Entre distinction et confusion des qualités d'auteur et de complice **Analyse de droit comparé franco-mauricien**

Par Romain Ollard
Professeur à l'Université de La Réunion

Pluralité des modes de participation criminelle. De la simple adhésion à un groupement délictueux – complot, associations de malfaiteurs, *etc.*¹ – à la commission de l'infraction elle-même, les modes de participation criminelle sont divers et, surtout, particulièrement complexes tant il existe une multitude de degré de participation au fait délictueux. Pourtant, en dépit de cette diversité, le Code pénal français n'envisage, dans sa partie générale du moins, que deux modes de participation criminelle (l'action et la complicité), là où le code pénal mauricien – avatar du code français de 1810 – n'envisage quant à lui que la seule complicité, ne prenant pas même le soin de définir l'auteur de l'infraction pénale. C'est que la distinction relève peut-être de l'évidence, presque intuitive : l'auteur est celui qui commet l'infraction tandis que le complice, sans la réaliser matériellement, se contente d'y participer en s'associant à l'infraction commise par un autre, l'auteur principal.

Importance pratique de la distinction de l'auteur et du complice. La distinction n'est toutefois peut-être pas si nette qu'il peut y paraître au premier abord, d'autant que la pratique judiciaire – en France comme à Maurice – opère parfois un curieux mélange des genres entre les statuts d'auteur et de complice dans un objectif à peine voilé d'efficacité répressive. L'identification de ces deux qualités revêt pourtant une importance décisive en pratique, spécialement en droit mauricien où la Cour suprême s'attache à casser les décisions des Cours inférieures ayant condamné l'accusé en qualité d'auteur alors qu'il apparaît en appel comme un simple complice². Certes, une telle difficulté n'a plus cours en droit français depuis que la jurisprudence a dégagé la théorie dite de la « peine justifiée » en vertu de laquelle une telle erreur de qualification ne saurait exposer la décision des juges du fond à la censure de la Cour de cassation dès lors que cette erreur est sans incidence sur la peine prononcée, le complice encourant la même peine que l'auteur principal³. Mais à défaut d'une telle prévision en droit mauricien, l'identification des qualités d'auteur et de complice apparaît comme une nécessité impérieuse. Or, malgré des principes de distinction *a priori* aisés à mettre en œuvre (I), une confusion est souvent opérée dans la pratique judiciaire entre les deux catégories juridiques d'auteurs et de complices.

I. L'identification des qualités d'auteur et de complice

L'identification de l'auteur. A la différence du droit mauricien qui se contente de viser l'auteur sans jamais le définir⁴, le Code pénal français de 1992 lui consacre son article 121-4 en l'identifiant comme celui qui « *commet les faits incriminés* » (1°) ou « *tente de (les) commettre* » (2°). Il ressort d'abord de cette définition qu'un individu peut être soit l'auteur d'une infraction consommée, lorsqu'il a atteint le résultat incriminé par la loi pénale, soit

¹ Les infractions de participation à un groupement délictueux, formé dans le but de commettre une ou plusieurs infractions, ne seront pas ici traitées : v. complot (CP français, art. 412-2 ; CP mauricien, art. 57) ; association de malfaiteurs (CP français, art. 450-1 ; CP mauricien, art. 189) ; participation à une bande violente (CP français, art. 222-14-1).

² *Mooktaram c. R* (1929) MR 54.

³ Cass. crim. 7 mars 1972, Bull. n° 84.

⁴ V. Section 38 (3).

l'auteur d'une infraction tentée, lorsque, n'ayant pas atteint un tel résultat pour une raison indépendante de sa volonté, il se rend coupable d'une infraction manquée, suspendue ou impossible, toutes trois punies au titre de la tentative⁵. L'auteur apparaît ensuite comme la personne qui « *commet* » l'infraction (consommée ou tentée), celle qui la réalise physiquement et matériellement. Une telle définition pourrait toutefois paraître imparfaite dès lors que celui qui accomplit le seul élément matériel de l'infraction sans être animé par une intention coupable ne saurait être considéré comme un auteur punissable – ainsi par exemple de celui qui viendrait soustraire une chose appartenant à autrui en pensant qu'elle lui appartient : quoi qu'ayant matériellement commis le vol, il échapperait à la répression à défaut d'élément moral. Aussi l'auteur pourrait-il être défini de façon plus satisfaisante comme celui qui réunit en sa personne l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction (consommée ou tentée), tant son élément matériel que son élément psychologique.

L'identification du complice. Par opposition, le complice est celui qui, sans commettre matériellement l'infraction, s'associe au crime ou au délit commis par un autre, l'auteur principal, par un acte de complicité matériellement distinct, soit en facilitant son exécution, soit en la provoquant. En effet, bien que le Code pénal mauricien identifie formellement quatre formes de complicité, celles-ci semblent en réalité pouvoir être ramenées à deux hypothèses. Le complice peut d'abord s'associer à l'infraction principale par aide ou assistance lorsqu'il en aura « *facilité la préparation ou la consommation* »⁶, ce qui permet d'atteindre toutes les hypothèses où le complice aura apporté son concours à l'auteur, quels que soient les moyens employés ou la forme de l'aide fournie. Dans ces conditions, la complicité par fourniture de moyens, par ailleurs visée par le code mauricien⁷, ne semble constituer qu'une variante spécifique de la complicité par aide ou assistance, dans laquelle elle vient se fondre purement et simplement. Ensuite, les codes français et mauricien incriminent la complicité par provocation lorsqu'un individu – l'instigateur –, sans commettre lui-même l'infraction, aura poussé l'auteur principal, ainsi réduit à un rôle de simple agent d'exécution, à commettre un crime ou un délit « *par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machination ou artifices coupables* »⁸, c'est-à-dire par incitation financière, recours à la contrainte ou par l'emploi de manœuvres dolosives. Or, là encore, il serait sans doute possible de douter de l'utilité de la complicité par fourniture d'instructions⁹ au regard des deux autres modes de complicité incriminés. De deux choses l'une en effet : ou bien les « *instructions* » consistent en un ordre donné à l'auteur principal de commettre l'infraction, et le donneur d'ordre pourra tout aussi bien être puni au titre de la complicité par provocation¹⁰ ; ou bien les « *instructions* » fournies consistent en des renseignements ou des informations transmises à l'auteur principal pour accomplir l'infraction, auquel cas cette forme de complicité paraît devoir être absorbée par la complicité par aide ou assistance. Ce défaut d'autonomie de la complicité par fourniture d'instructions explique d'ailleurs sans doute, pour une large part, le faible nombre de décisions jurisprudentielles en la matière, tant en droit français que mauricien.

⁵ V., en droit mauricien, Section 2 IGCA (*Interpretation and General clauses Act*).

⁶ CP français, art. 121-7. V. également, CP mauricien, Section 38 (3)

⁷ CP mauricien, Section 38 (2) : procurer « des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action ».

⁸ CP mauricien, Section 38 (1).

⁹ CP mauricien, Section 38 (1).

¹⁰ L'intérêt de la complicité par fourniture d'instructions pourrait toutefois ici apparaître lorsque les instructions consistent en une simple incitation, non accompagnée d'ordres ou de menaces, à commettre une infraction. V. à cet égard, *Juggernaut c. R* (1957) MR 207 qui énonce que les instructions n'ont pas été accompagnées de dons ou promesses, ce qui permet de distinguer la complicité par fourniture d'instructions de la complicité par provocation.

Conception matérialiste de l'activité pénale : le cas de l'instigateur. L'analyse comparée des qualités d'auteur et de complice en matière pénale montre que nos droits répressifs, français comme mauricien, retiennent une conception purement matérialiste de l'action en droit pénal : est auteur celui qui commet l'infraction, de sorte que tous ceux qui ne la réalisent pas physiquement ne peuvent être que des complices. Ainsi, l'instigateur – ou auteur moral – est-il considéré comme un complice par provocation dès lors que ne commettant pas lui-même l'infraction, il la fait commettre par un autre. Or, il pourrait sans doute être regretté de ne traiter l'instigateur que comme un simple complice, en lui attribuant ainsi – symboliquement – un rôle secondaire dans la réalisation de l'infraction, lors même qu'il en est la cause génératrice. Dans la mesure en effet où, sans son intervention, l'infraction n'aurait jamais été commise, c'est bien l'instigateur qui, d'un point de vue causal, joue un rôle déterminant dans sa réalisation. Dès lors, il est permis de se demander s'il ne conviendrait pas de conférer à l'instigateur une place originale, détachée de la complicité, en rapport avec son rôle éminemment moteur dans la commission de l'infraction pénale, spécialement lorsque la provocation n'a pas été suivie d'effets. En droit mauricien ou français en effet, l'instigateur ne saurait être réprimé dans ce dernier cas au titre de la complicité par provocation à défaut de fait principal punissable, lorsque l'auteur principal provoqué n'aura ni commis ni même tenté de commettre l'infraction. Ainsi, dans la célèbre affaire Lacour, l'individu qui, ayant payé un tueur à gage pour faire assassiner un tiers, n'a pu être réprimé en qualité de complice par provocation dans la mesure où l'agent d'exécution ne commit jamais l'assassinat, ce qui constitue une source d'impunité choquante dès lors que le désistement de l'auteur est totalement indépendant de la volonté de l'instigateur¹¹.

L'instigation, nouveau mode de participation criminelle ? Aussi, afin de pallier les insuffisances répressives inhérentes à la théorie de la complicité, le législateur en est-il réduit à créer des infractions sanctionnant spécialement des provocations non suivies d'effets. Ainsi en est-il tant à Maurice, en matière de provocations attentatoires à la sûreté de l'Etat¹², qu'en France où la loi a par exemple pu créer le mandat criminel¹³, punissable même si l'assassinat provoqué n'a pas été commis ou tenté, l'instigateur de l'homicide étant alors considéré, non point comme un complice, mais comme auteur de cette infraction spéciale qu'est le mandat criminel. Mais plutôt que de multiplier ainsi les interventions législatives en créant ici ou là des infractions spéciales de provocation, ne serait-il pas préférable, en termes de technique législative, de prévoir un texte général, applicable en toutes hypothèses, sur le modèle qui suit : « *Ceux qui auront provoqué la commission d'un crime ou d'un délit par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir, machination ou artifices coupables encourent les mêmes peines que celles prévues par l'infraction provoquée, même si la provocation n'a pas été suivie d'effets* ». Une telle prévision, un temps envisagée par l'avant-projet de Code pénal de 1986, présenterait une réelle utilité répressive dans le cas où l'infraction provoquée n'a été ni commise ni tentée et pourrait peut-être inspirer la *Law reform commission* dans la perspective de la réforme à venir du Code pénal mauricien. Se trouverait ainsi consacré un troisième mode de participation criminelle, l'instigation, qui se verrait ainsi enfin reconnaître une place autonome et originale, en rapport avec l'importance de l'intervention de l'auteur moral dans la réalisation de l'infraction. Il s'agirait en définitive de détacher complètement l'instigation du carcan de la complicité dans laquelle elle est aujourd'hui enfermée pour en faire un mode de participation criminelle autonome dont la répression ne serait pas tributaire de l'existence d'un fait principal punissable.

¹¹ Cass. crim. 25 octobre 1962, *Lacour, Schieb, Benamar*, GADPG, n° 33.

¹² CP, section 38 (3 *in fine*) ; art. 57 (2).

¹³ CP, art. 221-5-1 (mandat criminel). V. également, CP, art. 223-13 (provocation au suicide) ;

II. La confusion des qualités d'auteur et de complice

De la distinction à la confusion des qualités d'auteur et de complice. Si la distinction entre les statuts d'auteur et de complice apparaît simple en théorie, dépendante qu'elle est du « *degré de participation* » criminelle de chacun des protagonistes¹⁴, la Cour suprême mauricienne, reprenant les termes mêmes de la Cour de cassation française¹⁵, a pu énoncer qu' « *il appartient aux tribunaux de distinguer dans les actes de complicité, ceux qui extrinsèques à l'acte coupable tendent à en préparer, faciliter et réaliser la consommation, de ceux qui, par la simultanéité d'action et l'assistance réciproque, en constituent la perpétration même* »¹⁶.

Théorie de la coaction : vol en réunion. Ainsi était née, sous la plume de la jurisprudence, la théorie de la coaction qui permet par exemple de sanctionner en qualité de coauteur le guetteur qui surveille les lieux pendant que d'autres réalisent l'infraction ou encore celui qui détourne l'attention de la victime pendant l'exécution d'un vol commis par un tiers¹⁷. Alors que ces deux sortes d'intervenants devraient logiquement être considérés comme des complices par aide ou assistance dès lors qu'ils ne commettent pas l'infraction, la jurisprudence les traite juridiquement comme des coauteurs en mettant en exergue trois sortes de critères¹⁸. En visant l'exigence de « *simultanéité d'action* », les juges énoncent d'abord un critère d'ordre temporel, auquel il conviendrait d'ajouter un critère spatial, les différents protagonistes devant, tous, être physiquement présents sur la scène de crime pour être qualifiés de coauteurs. En vertu d'un second critère de type causaliste, la coaction exige une « *assistance réciproque* » entre les différents participants à l'action collective dont les actes doivent apparaître comme indivisibles. La coaction se découvre ainsi lorsqu'il existe un lien d'interdépendance entre les auteurs, lorsque, sans l'intervention de l'un des participants, l'infraction n'aurait pas pu être commise par les autres : le coauteur peut donc être celui qui, sans commettre l'infraction, en permet la réalisation au plan causal, ce qui relativise la vision purement matérialiste de l'action en matière pénale. Enfin, en vertu d'un troisième critère d'ordre subjectif, la coaction suppose une « *concertation* » entre les participants¹⁹, lesquels doivent être animés par une intention commune de commettre l'infraction en vertu d'un plan fomenté à l'avance, ce qui implique non seulement une coopération dans l'infraction mais encore et surtout une forme de préméditation. En ce sens, la Cour suprême mauricienne a pu récemment décider que l'existence d'une « *entreprise commune* » permet de caractériser une participation à l'action collective²⁰. Mais derrière cette belle construction théorique, savamment construite, se cache en réalité un objectif répressif évident. Historiquement, la théorie de la coaction fut en effet dégagée sous l'empire de l'ancien Code pénal français en matière de vol en réunion, à une époque où la circonstance aggravante de réunion supposait que le vol ait été « *commis* » par plusieurs personnes, c'est-à-dire par une pluralité d'auteurs. Etrangement, le recours à la coaction a quasiment disparu en droit français depuis que le Code pénal de 1992 se contente, pour caractériser la circonstance de réunion, d'une pluralité de participants agissant « *en qualité d'auteurs ou de complices* », de sorte que pour admettre l'aggravation de la répression, il n'est plus désormais nécessaire de considérer fictivement comme un coauteur celui qui n'est en réalité qu'un simple complice, par aide ou assistance.

¹⁴ En ce sens, v. *Benjamin c. R* (1986) MR 219.

¹⁵ Cass. crim. 17 décembre 1859, *Contour*, DP 1860, 1, 196.

¹⁶ *Suzanne c. R* (1931) MR 8.

¹⁷ Cass. crim. 25 janvier 1973, RSC 1974, p. 580, obs. J. Languier.

¹⁸ La théorie de la coaction a toutefois pu être écartée s'agissant de viols en réunion, seuls les individus ayant pénétré sexuellement la victime pouvant être considérés comme coauteurs : *Appadu c. R* (1983) MR 177.

¹⁹ Cass. crim. 24 janvier 1921 (Massa), S. 1922, 1, 235.

²⁰ *DPP c. Mohamed and ors* (2015) MR 44.

Théorie de la coaction : scènes de violence. Le même objectif répressif irrigue encore les solutions prévalant en matière de scènes uniques de violences lorsque, au cours d'une rixe à laquelle participe une pluralité d'individus, la victime décède sous les coups de ses assaillants. Si la jurisprudence française a pu, un temps, recourir alors à la théorie dite de la « complicité co-respective » en considérant que tous les participants étaient complices les uns des autres, « sans qu'il soit nécessaire (...) de préciser la nature des coups portés par chacun »²¹, il nous semble que la question devrait être envisagée sur le terrain de la coaction. Il serait alors en effet possible de considérer que le dommage causé à la victime – ici la mort – est le résultat, non point d'un acte unique, mais de l'ensemble des coups qui, par leur effet conjugué, auront tous causé le décès, chacun des participants ayant en définitive concouru à la réalisation du dommage. Une telle analyse, qui repose sur l'idée que c'est l'action collective dans son ensemble qui a provoqué la mort, permet de passer outre l'obstacle de la causalité qui veut que l'auteur, réunissant en sa personne tous les éléments de l'infraction, soit celui qui a personnellement provoqué le résultat l'infraction. Toutefois, bien que préférable, le recours à la théorie de la coaction n'a pas une vertu explicative générale valant dans toutes les hypothèses, notamment lorsqu'il est dument établi qu'un seul coup a effectivement causé la mort. Voici par exemple deux individus qui, tirant simultanément sur un troisième, causent son décès sans que l'on parvienne à identifier l'auteur de la balle mortelle. Admettre que les deux tireurs soient punis comme coauteurs reviendrait à considérer que l'on puisse être pénalement responsable du fait d'autrui : sans doute chacun des participants a-t-il personnellement accompli un acte homicide ; mais dès l'instant que seul l'un des coups a mortellement blessé la victime, admettre que tous sont des coauteurs reviendrait à considérer que l'un d'entre eux puisse être pénalement responsable en raison du résultat causé par l'autre, en violation du principe de responsabilité pénale du fait personnel²². Dans l'exemple cité, une solution – qui ménagerait tant l'objectif de répression que le principe de responsabilité du fait personnel – pourrait consister à considérer l'un des deux participants comme un auteur du meurtre consommé, tandis que l'autre serait auteur de sa tentative. Sans doute fera-t-on valoir qu'il est alors impossible d'identifier le rôle joué par chacun ; peut-être mais cette circonstance importe peu, rétorquera-t-on, dès lors qu'en toutes hypothèses les peines encourues sont identiques, que l'infraction ait été consommée ou simplement tentée, en invoquant en définitive un argument similaire à celui qui fonde la théorie de la « peine justifiée »²³ qui pourrait peut-être, là encore, inspirer utilement le droit pénal mauricien.

²¹ V. par exemple, Cass. crim. 13 juin 1972, Bull. n° 195 ; 25 février 1975, Bull. n° 65.

²² C. pén., art. 121-1 : « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ».

²³ V. *supra* introduction.