

**« REGARD DE JEAN CARBONNIER SUR LA JURISPRUDENCE
PÉNALE »
PAR ROLAND KESSOUS,
AVOCAT GÉNÉRAL À LA COUR DE CASSATION**

Jean Carbonnier s'est toujours intéressé au droit pénal, au point qu'il aurait même souhaité être pénaliste... Il a ainsi publié d'importantes contributions en la matière et a procédé à une analyse critique de la détention préventive.

Avec votre permission, je commencerai mon propos par une anecdote. Pour l'élaboration des Mélanges Buffet (La procédure en tous ses états, Petites affiches), le comité scientifique chargé de la préparation de l'ouvrage avait demandé une contribution au doyen Carbonnier. Les auteurs de cette demande s'attendaient à recevoir un article analysant les rapports qui existent entre la forme et le fond, dans le style de l'auteur pour qui le droit est consubstantiel à la vie et qui a si bien su démontrer que les règles de procédure ne peuvent pas masquer la réalité des rapports humains.

Nous avons eu l'heureuse surprise de recevoir un article intitulé « *Sans autre forme de procès* » où Jean Carbonnier se livre comme lui seul sait le faire, à propos d'un délit de presse et d'un procès fictif, à une savante dissertation sur la sociologie du droit pénal, quant au choix des textes choisis pour la poursuite et aux peines socialement admissibles au regard de l'infraction commise. Une fois de plus, il nous était rappelé que le droit, fut-il d'ordre public, est toujours dans son application un compromis entre des intérêts à géométrie variable...

Je ne dois qu'à l'obligeance d'Irène Carbonnier – que je remercie pour l'aide qu'elle m'a apportée dans l'élaboration de cette contribution – d'avoir compris le sens de ce procès. Il se trouve dans un ouvrage intitulé *Coligny ou les Sermons imaginaires* (PUF). Jean Carbonnier, dans cet exercice pour initiés, nous démontre une fois de plus qu'il excelle dans l'art du jeu de l'ombre et de la lumière et il faut beaucoup de patience et de science pour en pénétrer les règles. Mais ce texte, un des derniers du doyen, nous rappelle opportunément qu'il s'est toujours intéressé au droit pénal au point d'avoir confié à un de ses collègues qu'il aurait voulu être pénaliste. En réalité il l'est, comme nous l'avons découvert à travers ses nombreux écrits et commentaires sur le droit répressif.

« *Carbonnier pénaliste* », tel aurait donc pu être le titre de cette communication, si nous n'avions pas préféré fixer la focale sur les rapports de ce grand juriste avec la jurisprudence.

Et puisqu'il est question de jurisprudence, il me semble juste de rappeler que pendant la période brune de notre histoire, quand des lois spéciales créaient des juridictions d'exception qui pouvaient prononcer la peine de mort sans recours, il n'hésitait pas à commenter les décisions rendues et, sous couvert de technique juridique, à critiquer la loi et les jugements prononcés.

Commentant des décisions rendues par le tribunal spécial criminel de Bordeaux du 5 juillet 1941, il notait que l'arrêt condamnant un auteur de vol commis dans un lieu dépourvu d'éclairage « *appelle de sérieuses réserves ; s'il respecte le mot à mot légal, il n'en détourne pas moins la loi de son but* » (D. 1942, 10e cahier). Autre façon de dire que la forme ne doit pas masquer le fond.

Durant la même période, à propos d'un voyageur traduit devant le tribunal de police pour avoir refusé de dire s'il était juif comme le prescrivait un arrêté préfectoral, il commentait l'arrêt rendu par le Conseil d'État sur la demande d'annulation de cet acte administratif. Constatant que la Haute juridiction avait annulé l'acte en s'appuyant sur les limites générales du pouvoir de police, il n'hésitait pas à écrire que l'arrêté aurait dû être annulé pour violation du principe de la liberté de conscience, comme l'y invitait le commissaire du gouvernement.

Il rappelait avec force qu'il s'agit dans la théorie des droits primordiaux d'un droit de la personnalité (D. 1944, 11^e et 12^e cahier, p. 160).

Pour permettre l'extradition de deux auteurs d'infractions, la cour d'appel de Paris, le 16 janvier 1945, avait considéré comme non politiques des infractions qui manifestement l'étaient. Toujours fidèle à la défense des principes et du droit, surtout lorsqu'il s'agit des droits des personnes, Jean Carbonnier critiquait cette décision et rappelait que la loi du 10 mars 1927 excluait l'extradition pour les crimes et les délits politiques (D. 1945, jur., p. 122). Les juristes qui ont critiqué la législation de Vichy et les juges qui l'ont appliquée en tentant de minimiser ses effets ne sont pas légion. Jean Carbonnier est de ceux qui n'ont pas accepté cette législation d'exception. Il a contribué avec d'autres juristes à sauver l'honneur de l'Université.

En des temps moins troublés, commentant un jugement du tribunal correctionnel de Grasse du 8 février 1950, qui avait condamné un photographe ambulant qui photographiait les passants, en violation d'un arrêté municipal, Jean Carbonnier se livrait à une profonde analyse du droit à l'image en observant que pour s'en prévaloir, il faut invoquer un préjudice (D. 1950, jur., p. 72). Le débat est toujours d'actualité dans nos sociétés où l'image tend à devenir le principal vecteur de l'information. Il poursuivait son raisonnement par le commentaire de deux arrêts du conseil d'État du 22 juin 1951 sur le même sujet où il défendait tous « *les gagne-petit de la rue, commissionnaires, marchands des quatre-saisons* » (D. 1951, jur., p. 592)...

Et s'il fallait démontrer son éclectisme dans son approche du droit pénal, il suffirait de se reporter à sa note savante et très documentée, sous un arrêt de la cour d'appel de Rouen portant sur la contrefaçon des sceaux et sur la fausse monnaie (D. 1953, jur., p. 722), ou encore à son commentaire d'un arrêt de la Cour de cassation du 15 mars 1954 sur la responsabilité d'une société de surveillance.

Dans cette dernière espèce, il s'agissait de cambriolages commis entre deux rondes à un moment où le gardien de nuit s'était endormi. Jean Carbonnier, se référant au droit pénal, écrit « *le gardien peut endormi faire encore son service. Et cette idée, assurément, est familière à la théorie pénale classique* ». Et il donnait l'exemple du voyageur endormi, qui dépasse la station à laquelle son billet donne droit en écrivant que le sommeil a ses racines dans l'état de veille, le prolonge, ne fait qu'un avec lui (D. 1954, 35^e cahier, p. 625).

Mais son intérêt pour le droit pénal ne se limitait pas aux exemples qui viennent d'être cités. Il a publié d'importantes contributions qui n'ont pas pris une ride.

Toujours passionné par les rapports entre l'ordre spirituel et l'ordre temporel, il s'était intéressé au procès d'Urbain Grandier en 1634 (Magie et Hérésie ou l'amalgame dans le procès d'Urbain Grandier, Société française d'imprimerie et de librairie, Poitiers). Ce prêtre avait été envoyé au bûcher pour « *magie, maléfice et possession* ». Il avait succombé, il est vrai, à la tentation de la chair, mais il professait aussi des idées de liberté et de tolérance et les réformés venaient volontiers à ses sermons. L'hérésie n'était dès lors pas très éloignée et en fin connaisseur de la mentalité des juges, Jean Carbonnier se demandait si Grandier n'avait pas été poursuivi, pour une grande part, pour sa pensée théologique soupçonnée de subversion.

Il écrivait « *toutefois, un ordre établi qui a la volonté de se défendre est rarement à court de moyens juridiques pour le faire, et c'est le talent du magistrat, lorsqu'une qualification n'est plus accessible, que d'en découvrir d'autres qui le soient* ». Ne doit-on pas conclure avec lui que les juges aujourd'hui procèdent toujours ainsi ?

Dans une chronique intitulée « *Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal* » (JCP 1952, doctr., p. 1034), il s'opposait à la théorie dominante selon laquelle les actes du complice empruntent leur criminalité à ceux accomplis par l'auteur principal. Pour illustrer l'alliance complice-auteur, il utilisait l'expression « *en cousant dans*

le même sac » les deux personnages, référence au droit romain prévoyant que auteur et complice étaient cousus vivants dans un sac jeté dans les eaux du Tibre. À l'inverse de cette théorie, Jean Carbonnier soutenait que l'acte de complicité pouvait être autonome, le complice demeurant isolément punissable même si l'acte principal échappe à la répression. On relèvera avec intérêt que la Chambre criminelle, le 8 janvier 2003, s'est rangée à cette interprétation en écrivant « *dès lors que l'existence d'un fait principal punissable a été souverainement constatée par la cour d'appel, la relaxe en faveur (de l'auteur principal) n'exclut pas la culpabilité d'un complice* » (Cass. crim., 8 janv. 2003, n° 01-88.065, Bull. crim., n° 5).

Ce dernier article montre bien que Jean Carbonnier, non seulement pensait le droit en mouvement, mais anticipait aussi son évolution. Et de fait, sur le plan civil, il est l'inspirateur et le rédacteur des grandes réformes du droit de la famille intervenues depuis 1964.

Mais ce que l'on sait moins, c'est que sa vision prophétique du droit s'est aussi exprimée en matière pénale. Dans une étude critique de l'instruction criminelle sous l'angle de la liberté individuelle, couronnée par l'Académie des sciences morales et politiques, il a analysé la détention dite *préventive*, ce mal français, et sa réflexion est étonnante d'actualité.

Nous sommes en 1937. La vieille Europe est à la veille du plus grand affrontement de son histoire.

La France, pays des libertés est, comme aujourd'hui, malade de la détention avant jugement. Ni la loi ni la jurisprudence n'ont permis de trouver un juste équilibre entre la protection de la société et celle de la liberté individuelle. Il faut donc remettre l'ouvrage en chantier.

Un homme seul, un homme libre, un humaniste davantage tourné vers le droit civil et les problèmes de société se penche sur la question. C'est Jean Carbonnier.

Pour comprendre l'état d'une société et de son opinion, de nombreux critères peuvent être utilisés. Le droit pénal et la procédure pénale sont des indicateurs qui en donnent une juste image. C'est à l'aune de ce constat que sera exposée l'étude du doyen Jean Carbonnier « *Instruction criminelle et liberté individuelle* ».

En 1939, les fondements des sociétés démocratiques sont menacés par les forces de la barbarie. Le droit passe au second plan pour laisser le champ libre à la force des armes.

À l'aube de cette conflagration, il peut paraître vain de se pencher sur le sujet de la liberté individuelle. Mais on peut aussi y voir l'indice d'un extrême développement de la culture, d'un raffinement de notre démocratie qui, dans les moments tourmentés de son histoire, se préoccupe toujours des rapports entre l'homme et l'État.

Jean Carbonnier cherche à comprendre pourquoi le régime de la détention provisoire constitue un problème dans l'institution judiciaire.

Il nous rappelle qu'elle nous vient de la période monarchique où nous avons abandonné le système accusatoire pour adopter le système inquisitoire.

Et nous apprenons encore – non sans surprise – qu'en 1937, certains principes de la grande ordonnance de 1670 étaient encore en vigueur.

Le XVIII^e siècle est la période charnière où s'élaborent les concepts de nos sociétés modernes. L'anglomanie est déjà à la mode et Voltaire est un des plus ardents défenseurs de la liberté individuelle.

La lettre de cachet utilisée à des fins politiques, mais aussi à des fins familiales, puisqu'elle permet d'interner les aliénés et les fils de familles réfractaires à l'autorité parentale, est le révélateur de la toute puissance de la monarchie. Il faut donc la combattre.

C'est elle qui focalise les critiques des libéraux. Les Parlements accueillent favorablement les propositions de réforme de la détention provisoire à partir du moment où elles affaiblissent le pouvoir de l'autorité centrale.

En période révolutionnaire, les cahiers de doléance contiennent de nombreuses et intéressantes propositions. La déclaration des droits de l'homme et du citoyen constitue un progrès décisif pour la liberté individuelle. Le droit humanitaire qui aménage la détention pour la rendre acceptable est abandonné pour faire place à un droit naturel et imprescriptible de l'homme à être libre en dehors des cas où la loi autorise la détention. Les lettres de cachet sont proscrites, la détention provisoire est une exception et ne doit intervenir que lorsque la loi le prévoit et en cas d'absolue nécessité. Ces principes sont toujours en vigueur.

Le Code d'instruction criminelle rédigé au début de XIXe siècle contient un chapitre consacré à la question. Son intitulé est révélateur : « *Moyens d'assurer la liberté individuelle contre les détentions illégales ou autres actes arbitraires* ».

Ce sont bien toujours les lettres de cachet qui sont visées. Cette confusion entre la détention de nature politique et la détention judiciaire constitue un frein au développement des droits et garanties en matière de détention provisoire.

Paradoxalement, c'est le Second Empire né d'un coup d'État qui permet aux idées libérales de progresser. Le juge d'instruction, l'homme, dit-on, le plus puissant de France, émerge. C'est lui qui met en détention et met en liberté les inculpés. La mise en liberté sous caution est instituée. Mais elle ne profite qu'aux classes aisées.

Pendant toute la fin du XIXe siècle et le début du XXe siècle, la détention provisoire est au cœur des propositions de réformes. Le 7 février 1933, sous la poussée d'un fort courant libéral, une loi est votée. Elle est immédiatement contestée par les magistrats et les policiers et, en 1935, de nombreuses garanties introduites en 1933 sont supprimées.

Les causes en sont multiples. En 1901, la France était dans une période de conquête des libertés. On pouvait donc se pencher sur la détention provisoire. En 1933, la société a changé. La criminalité est plus active et mieux organisée. La France est exsangue après la Première guerre mondiale. Il se tient des "procès monstres". La population urbaine se modifie avec l'immigration étrangère et coloniale.

Autant de facteurs qui raidissent l'opinion et ne l'inclinent pas à se montrer libérale envers les détenus. La liberté de l'inculpé apparaît comme une liberté de luxe à l'égard de personnes qui ne paraissent pas dignes d'intérêt.

Dans cette étude essentiellement consacrée à ce qui s'appelait alors la détention préventive, Jean Carbonnier ne se fait pas seulement historien, mais aussi, on ne sera pas surpris, humaniste et moraliste.

Il écrit ainsi « *la détention préventive est un mal, mais c'est un mal nécessaire* » (Le problème de la détention préventive, première partie : L'institution de la détention préventive, p. 37). « *Un mal parce qu'elle inflige à des individus qui, en fait, sont souvent innocents et, en droit, sont toujours présumés innocents, une certaine souffrance* ».

Mais le plus important est de voir qu'à travers cette étude critique, Jean Carbonnier entrevoit déjà les grandes étapes de la réforme de la détention provisoire. Il en dessine les contours avec un sens étonnant de la prémonition.

Retraçant l'évolution historique du problème de la détention provisoire et l'état de la question avant le Code de procédure pénale, il reprend les problématiques que l'on retrouvera dans les débats sur les réformes de la procédure pénale ces dernières années.

Lorsqu'il écrit que « *les réformes qui sont le plus généralement proposées concernent non pas la procédure même de la détention préventive, mais deux questions accessoires : le régime d'exécution de la détention et la réparation du dommage causé par une détention injustifiée* », il rappelle les questions fondamentales de la procédure pénale (précité, p. 11). Il pose, en premier lieu, la problématique de la prise en charge pénitentiaire dont on sait l'ampleur toujours actuelle. Il pose également la question du régime de la détention provisoire sous une autre forme que l'incarcération.

Dans un chapitre consacré aux « *substituts de la détention préventive* », Jean Carbonier propose des institutions de substitution, « *d'autres moyens moins coercitifs, plus souples* » et dessine en réalité l'institution du contrôle judiciaire qui sera créé par la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970.

Au-delà de la détention provisoire, Jean Carbonnier pose la question de l'exécution des peines : il entrouvre, d'une certaine manière, la problématique du régime de la détention en milieu ouvert (régime de semi-liberté, des chantiers extérieurs ou du placement sous surveillance électronique).

Il rappelle enfin la question importante de la réparation des détentions provisoires injustifiées. Il annonçait le dispositif que nous connaissons aujourd'hui en écrivant : « *parmi les souffrances de la détention préventive, on n'a peut-être pas assez considéré les souffrances de l'arrestation. La captivité, en se prolongeant, ajoute, certes, au mal de l'arrestation ; mais, dès l'arrestation, il y a un mal considérable de causé, et un mal irréparable* ».

Il aurait pu écrire ce considérant de la Commission d'indemnisation qui, dans une hypothèse d'incarcérations successives a relevé « *l'existence d'un préjudice particulier qui s'est renouvelé à l'occasion de chacune des incarcérations auxquelles le requérant a été soumis dans le cadre d'une détention provisoire constituée de trois périodes distinctes, entrecoupées de périodes de liberté* » (Comm. indemnisation, 28 juin 2002, RDP 13, n° 1).

En définitive, nombre des critiques ainsi faites au régime de la détention avant jugement seront prises en compte par le législateur du XXe siècle, notamment au travers de la loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 qui a prévu que la détention dite préventive, devenue par l'effet de cette loi, « *détention provisoire* », ne devait être ordonnée qu'à raison des nécessités de l'instruction ou à titre de mesure de sûreté.

L'élève du secondaire qui entre dans une Faculté de droit sans avoir la moindre notion juridique risque d'être rebuté par l'abstraction du raisonnement, les termes surannés et l'aridité de la discipline juridique. Il découvre cependant dans ce tableau peu encourageant une fenêtre ouverte sur le monde. Ce sont les notes de Jean Carbonnier dans ses ouvrages intitulées « *État des questions* ». L'auteur y donne libre cours à sa réflexion en discourant sur l'histoire, la sociologie, la psychologie, l'ethnologie, l'anthropologie, et l'étudiant comprend enfin le droit. Il ne peut tout régenter, il ne s'attache qu'aux rapports entre les hommes entre eux et aux biens qu'ils possèdent au moment où le juge l'applique. Mais pour savoir d'où le droit tire ses racines, il faut plonger dans la mythologie, l'histoire des religions, le comportement des groupes, la géographie, la culture des peuples. Et l'on s'aperçoit alors que le droit a toujours été le point de rencontre de tout ce qui est humain.

Jean Carbonnier décrypte le droit, mais ne s'y enferme pas. Bien plus, il s'en méfie et va jusqu'à faire l'apologie du non-droit : « *l'essentiel dans l'hypothèse du non-droit est le mouvement du droit au non-droit, d'un terrain qu'il occupait ou qu'il aurait été de sa compétence d'occuper. Le non-droit, en ce qu'il a de plus significatif est le retrait ou la retraite du droit* ».

Qui, aujourd'hui, allant au bout du chemin, là où personne ne s'est rendu, ayant tout vu et tout compris des mondes traversés, peut encore dire que ce n'est pas le voyage qui compte, mais la volonté de l'entreprendre ?