



HAL
open science

Réflexions libres autour de la répression de l'instigation : L'éclairage du droit pénal français à l'aube d'une réforme du Code pénal mauricien

Cathy Pomart

► To cite this version:

Cathy Pomart. Réflexions libres autour de la répression de l'instigation : L'éclairage du droit pénal français à l'aube d'une réforme du Code pénal mauricien. *Revue juridique de l'Océan Indien*, 2016, 21, pp.187-199. hal-01693464

HAL Id: hal-01693464

<https://hal.univ-reunion.fr/hal-01693464>

Submitted on 24 Aug 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

DROIT PÉNAL – DROIT COMPARÉ

Réflexions libres autour de la répression de l'instigation

**– *L'éclairage du droit pénal français à l'aube d'une réforme du
Code pénal mauricien* –**

Cathy POMART

*Maître de conférences HDR en droit privé et sciences criminelles
Université de La Réunion*

Résumé :

La répression de l'instigateur en droit pénal français est éclatée et peu lisible. Cette répression s'opère tour à tour par le biais de la théorie de complicité, via des délits autonomes de provocation, au titre d'auteur intellectuel d'une infraction. Cet article plaide pour la construction d'un statut de l'instigateur cohérent : l'instigateur pourrait dès lors être réprimé indépendamment de la survenance d'un résultat et surtout indépendamment d'un passage à l'acte de celui qui est provoqué. La préparation d'une réforme du Code pénal mauricien semblait une occasion intéressante de comparer les solutions retenues en matière d'instigation dans les deux systèmes répressifs pour proposer au droit mauricien de tirer des enseignements des réformes françaises et de leur analyse par la doctrine pour façonner sa propre réponse pénale aux comportements d'instigation.

Summary :

The punishment of instigators in French penal law is hardly legible. It relies alternately on the theory of complicity and on autonomous offenses of provocation for authors of intellectual crime.

This article advocates for the establishment of a coherent status of the instigator: he could thus be punished even in the absence of a result and independently from a retaliation of the provoked.

The preparation of a reform of the Mauritian Penal Code appeared as an opportunity to compare the solutions retained in the matters of instigation in the two repressive systems. Mauritian law could draw lessons from the French reforms and from the analysis of said reforms by the doctrine to shape its own penal response to instigation.

« Retenez bien (...) que le plus grand fléau dans les sociétés est l'homme qui provoque. Quand il n'y a point de provocateurs, ce sont les forts qui commettent les crimes, parce que ce sont les forts qui les conçoivent. Des êtres faibles peuvent être entraînés, excités. Pour les précipiter dans l'abîme, il suffit souvent de chercher un mobile dans leurs passions ou dans leur amour-propre, mais celui qui tente ce moyen de les faire succomber est un monstre ! C'est lui qui est le coupable, et c'est lui que le glaive devrait frapper ».

Mémoires de Vidocq, Chef de la police de sûreté, tome 1, Paris, 1828

La provocation est fréquemment abordée par celui qui s'intéresse au droit pénal sous le prisme de l'excuse de provocation, excuse qui a disparu du Code pénal français à la faveur de la réforme de 1994 du fait de la suppression des *minima* légaux de peine et de la consécration d'un pouvoir souverain du juge dans l'individualisation de la peine¹. Une autre approche de la provocation est cependant possible et plus rarement explorée : une approche sous l'angle de l'instigation.

Dès lors qu'on aborde la question de l'instigation, les interrogations fusent : Quelle est la criminalité de l'instigateur ? Quelle doit être la répression de l'instigation ? Faut-il opter pour un texte global consacré à l'instigateur ou doit-on privilégier des références éclatées à la notion de provocation ? Au plan criminologique comme juridique, l'instigateur doit-il être considéré comme un auteur, un complice ou autre chose ?

Le droit pénal français a apporté des réponses à l'ensemble de ces questions de manière progressive, au gré d'expressions de besoins. L'instigation est en effet une réalité sociologique, un comportement criminogène qu'il convient d'appréhender et de réprimer. L'impérieuse nécessité d'une intervention du droit étant posée, la question des modalités de la prise en compte de ces comportements criminogènes demeure entière. Si la loi morale a tendance à considérer l'instigateur comme l'auteur principal de l'infraction et lui attribue volontiers la part de responsabilité la plus grande², le droit français positionne classiquement l'instigateur au rang de complice³. À la vérité, le système retenu par le *corpus*

¹ Article 121-32 du Code pénal. On songe à l'abrogation des articles 321 à 326 du Code pénal de 1810 par la réforme de 1994. En revanche, l'excuse de minorité continue de connaître une actualité en matière d'infractions de presse (injures publiques et non publiques) : Crim. 31 mars 2015, *Gaz. Pal.* 17 juin 2015, pp. 168-169, obs. F. FOURMENT ; M. VÉRON, « La délicate conciliation entre immunité et provocation », *Droit pénal* n° 5, 1^{er} mai 2015, p. 31 ; A. LEPAGE, « Précisions sur l'excuse de provocation », *Communication, Commerce électronique* n° 5, 1^{er} mai 2015, pp. 38-39.

² V. J.-P. DOUCET, V° « Instigation », in *Dictionnaire de droit criminel*.

³ Cette hypothèse de la complicité par instigation peut en réalité recouvrir deux formes selon les rapports que l'instigateur et l'auteur principal entretiennent : lorsque l'instigateur incite celui qui devient l'auteur principal à commettre l'infraction en usant des moyens énumérés par l'article 121-7

textuel national apparaît complexe et perfectible. Une introspection du droit français conduit à avancer qu'un texte unique aurait sans doute été préférable à une multitude de textes épars dans des domaines particuliers.

Ces questions sont capitales tant du point de vue de la légistique que de celui du droit pénal matériel à l'heure où l'on entend proposer – comme c'est le cas aujourd'hui en droit mauricien – une refonte du Code pénal. L'île Maurice n'a pas réformé le Code Napoléon qu'elle avait importé et promulgué le 14 août 1838. L'origine commune du droit pénal français et du droit mauricien rend possible et tentant de s'inspirer des solutions consacrées par le législateur français. L'enjeu de la réforme du Code pénal mauricien est réel dès lors qu'il s'agit de moderniser le droit pénal mauricien demeuré presque « figé » en 1838⁴. Une approche de droit comparé peut dès lors se révéler précieuse à l'aube d'un choix de cette importance. L'exemple de l'évolution du droit français qui a devancé le droit mauricien dans cette entreprise de modernisation de son Code pénal – modernisation intervenue à la suite des lois du 22 juillet 1992 et des retouches plus ponctuelles qui ont suivi – apparaît porteur d'enseignements. Le législateur français semble ne pas avoir souhaité aborder de front la question de l'instigation malgré des propositions doctrinales audacieuses. Cette attitude réservée du législateur témoigne de la difficulté à appréhender la notion d'instigateur et la réalité qu'elle recouvre. En droit positif français, l'instigateur d'une infraction est tour à tour réprimé comme complice de l'infraction en application de la théorie générale de la complicité prévue à l'article 121-7 du Code pénal, mais également, plus exceptionnellement, comme auteur de ladite infraction ou même d'une autre infraction. C'est sans aucun doute en raison de l'insatisfaction qui résultait d'une répression de l'instigation par le biais de la complicité – choix initial du droit français – que des parades ont été recherchées tant de manière informelle par la jurisprudence que par le législateur lui-même. Les tâtonnements du droit français – qui se retrouvent en partie en droit mauricien – peuvent nourrir les réflexions des autorités mauriciennes sans perdre de vue l'importance de retenir une solution satisfaisante pour la Société mauricienne, parce qu'adaptée à ses attentes.

Ce focus sur les solutions retenues par le droit français conduit tour à tour à envisager la répression *a priori* logique de l'instigation par le biais de la complicité (I) avant d'envisager la possible répression de l'instigation à titre autonome (II).

alinéa 2, il y a complicité par provocation ; dans les autres hypothèses c'est-à-dire en l'absence de provocation, l'instigateur n'est punissable que s'il a fourni des instructions à l'auteur principal de l'infraction.

⁴ V. S. M. KADEL, « Office of DPP Conference on Prosecutorial Standards », LRC Presentation, janvier 2011. V. également *Issue paper on General Principles of Criminal Law*.

I.- La répression de l'instigation par le biais de la complicité

Le choix du droit français s'agissant de l'appréhension de l'instigation s'est d'abord porté sur une répression par le biais de la complicité et, par voie de conséquence, *via* la théorie de l'emprunt de criminalité⁵ (*Article 625 de la Coutume réformée de Bretagne ; article 195 de l'Ordonnance de Blois de 1579 ; Article 4, Titre XVI de l'Ordonnance criminelle de Saint-Germain-en-Laye de 1670*). Ce choix se défend dès lors qu'on considère que le projet criminel pensé par l'instigateur est en réalité exécuté par un tiers qui en est l'auteur principal. L'expérience de ce système a mené au constat d'une insuffisance et donc d'une insatisfaction de la répression de l'instigation par recours à la théorie de la complicité (A). Ladite insatisfaction a conduit les magistrats à chercher des palliatifs pour éviter les impunités choquantes (B).

A.- L'insatisfaction résultant d'une répression par le biais de la complicité

L'insatisfaction ressentie du fait de ce détour par la théorie de la complicité est d'abord conceptuelle. En effet, dans la complicité par provocation ou par instruction, le projet criminel exécuté appartient, à bien y réfléchir, plus à l'instigateur (c'est-à-dire au complice) qu'à l'auteur principal : ce dernier ne fait que s'associer au projet criminel de l'instigateur. Il semble dès lors délicat de mettre sur un pied d'égalité les deux variétés de complicité reconnues par le droit français à savoir la complicité par aide ou assistance d'une part et la complicité par provocation d'autre part. Ces comportements renvoient à des réalités criminogènes extrêmement différentes.

L'insatisfaction est également pratique et découle des conditions même de répression de la complicité. La jurisprudence a rapidement mis en exergue les insuffisances de la répression par le biais de la théorie de la complicité avant même la réforme du Code pénal de 1994. Ainsi, si l'homme de main se désiste, l'instigateur demeure impuni faute de fait principal punissable⁶. Cette impunité de l'instigateur a pu sembler choquante, car l'instigateur a bel et bien réalisé tous les actes de complicité indispensables à la réussite de l'infraction. Il a par la même démontré son intention criminelle et sa dangerosité. Le projet criminel échoue finalement indépendamment de sa volonté. Pourtant, l'instigateur ne peut être condamné sur le terrain de la complicité.

⁵ V. le *Digeste* de Justinien : « *Celui qui ordonne de tuer est tenu pour le meurtrier* » (48, VIII, 15, 1) ; « *C'est un crime que d'aider les autres en les persuadant* » (48, 19, 16). V. le *Traité de la Justice criminelle* de D. JOUSSE (Paris, 1771) : l'auteur analyse les différents modes de participation à l'infraction, dont le mandat de commettre une infraction qui est puni comme la commission de l'infraction.

⁶ V. Crim. 6 décembre 1816, Bull. n° 85 ; Crim., 25 octobre 1962 « *Affaire Lacour* », D. 1963, p. 221, note P. BOUZAT, *JCP G* 1963, II, 12 985, note R. VOUIIN, *Rev. sc. crim.* 1963, p. 533, obs. A. LÉGAL ; Crim., 10 mars 1977, Bull. n° 91, *Rev. sc. crim.* 1979, p. 75 s., obs. J. LARGUIER.

Cette question délicate de l'instigation non suivie d'effet suscite des réflexions dans la doctrine pénaliste française depuis plus d'un siècle. La théorie de l'emprunt de criminalité rencontre ses limites dans la mesure où la responsabilité pénale de l'instigateur est soumise à l'effet du hasard, à la décision d'un intermédiaire – l'exécutant – qui soit passe à l'acte rendant possible la répression de l'instigateur, soit ne passe pas à l'acte garantissant par la même l'impunité de l'instigateur⁷.

B.- La recherche de palliatifs dans les hypothèses d'impunité

La recherche de palliatifs à ces hypothèses d'impunité a conduit à des interventions jurisprudentielles tendant à traiter le complice comme un auteur. La jurisprudence a effectivement tendance à assimiler, pour les besoins de la répression, les instigateurs et les coauteurs, entretenant par la même une confusion entre les notions de complice et de coauteur. A ainsi été considéré non comme complice, mais comme auteur l'employeur qui donne l'ordre à son employé de commettre un délit⁸.

Pourtant, en toute rigueur, le complice ne doit pas être confondu avec un coauteur⁹. Le coauteur de l'infraction est celui qui a commis avec un autre l'infraction et, dès lors, les éléments constitutifs de cette infraction doivent pouvoir être caractérisés en sa personne. En revanche, le complice est celui qui accomplit l'un des actes de complicité définis par la loi (art. 121-6). La distinction repose sur un critère objectif encore dénommé critère « *de la structure juridico-matérielle des différents agissements individuels* »¹⁰. Cette distinction reposant sur une acception matérialiste de l'auteur est d'ailleurs celle qui est également retenue par la jurisprudence mauricienne¹¹ (elle est cependant aujourd'hui dépassée en France – *v. infra les développements sur l'auteur intellectuel d'une infraction*). En France, comme sans doute à Maurice, ce critère a été préféré au critère subjectif en vertu

⁷ V. R. COMBALDIEU, « Le problème de la tentative de complicité ou le hasard peut-il être arbitre de la répression ? », *Rev. sc. crim.* 1959, p. 30 s. ; C. GERTHOFFER, « La tentative et la complicité », in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Mélanges M. Patin*, Paris, 1965, p. 153 s. ; S. FOURNIER, « Complicité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, §. 99 : « Il est parfois regrettable que le provocateur ne soit puni que comme un complice. C'est en effet un délinquant particulièrement dangereux, qui reste dans l'ombre et qui combine l'astuce et la lâcheté ».

⁸ V. Crim. 29 juillet 1869, Bull. n° 184 ; Crim. 31 octobre 1889, Bull. n° 324. Cette tendance à l'assimilation s'est poursuivie plus récemment : V. notamment Crim. 28 mai 1968, *JCP G* 1968, II, 15 615 ; Crim. 4 décembre 1974, *Gaz. Pal.* 1975, 1, somm. p. 93, *Rev. sc. crim.* 1976, p. 409, obs. J. LARGUIER.

⁹ V. P. GULPHE, « La distinction entre coauteurs et complices », *Rev. sc. crim.* 1948, p. 66 s. ; D. ALLIX, *Essai sur la coaction, Contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, Paris, LGDJ, 1976. ; P. BISWANG, *La distinction du coauteur et du complice*, thèse, Paris, 1963. ; J.-H. ROBERT, note ss Crim. 12 décembre 2001 et 8 janvier 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. 57.

¹⁰ V. Crim. 19 janvier 1894, Bull. n° 17 ; Crim. 7 mars 1972, Bull. n° 84.

¹¹ V. Affaire « Dangeot v. R. » [1960 MR 256] ; Affaire « Essary v. R. » [1981 MR 425] ; Affaire « Ghurburn and Ors v. R. » [1990 MR 206] et plus récemment Affaire « Police v. Mohamed Ali Abdeoulkader and ors » [2014 INT 312], 6 novembre 2014, cause No.850/2013.

duquel serait complice celui qui n'aurait eu l'intention que de s'associer à l'auteur principal et serait coauteur celui qui aurait eu l'intention d'accomplir l'infraction. Ce critère subjectif a été rejeté en raison des difficultés de preuve qu'il générerait. L'intérêt de la distinction réside dans le fait que, sur le plan de la répression, complice et coauteur ne sont pas toujours punis de la même façon (*v. les hypothèses de contraventions qui ne sont parfois pas punissables sur le terrain de la complicité, la complicité par aide ou assistance de contravention n'étant punissable que par exception, si un texte incriminateur le prévoit*).

Mais cela n'a pas empêché les juges français de cultiver une confusion et d'assimiler tantôt le complice à un coauteur, tantôt le coauteur à un complice. Ainsi, les magistrats font-ils du complice un coauteur pour réprimer celui qui en toute logique devrait être un complice, mais qui en tant que tel ne serait pas punissable faute d'acte principal punissable¹². La Cour de cassation refuse, le plus souvent, de censurer la décision ayant commis une confusion entre auteur et complice lorsque la peine est dite justifiée¹³ même si ce concept peut légitimement parfois laisser perplexe.

Les juges mauriciens semblent résolument plus rigoureux que leurs homologues français. Ils s'interrogent nettement sur le fait de savoir si les faits accomplis doivent être qualifiés d'infraction ou d'acte de complicité. Dans l'hypothèse où il ne serait pas possible de trancher, le défaut de qualification claire donne lieu à un acquittement du prévenu. Cette difficulté s'est parfaitement bien illustrée à la faveur d'une affaire récente concernant des pirates somaliens qui furent acquittés notamment en raison de ce qu'il n'était pas possible de déterminer si les pirates étaient des complices ou les auteurs du crime¹⁴.

Ces tâtonnements jurisprudentiels, en droit français comme en droit mauricien, masquent difficilement les insuffisances de la répression de l'instigation *via* la théorie de la complicité. Ils invitent inmanquablement à envisager un autre mode de répression de l'instigateur en tant que tel, à titre autonome ce qu'à fait le législateur français.

¹² V. Crim. 19 avril 1945, S. 1945, 1, p. 82 ; CA Toulouse 8 mars 1956, *JCP G* 1956, II, 9465, *Rev. sc. crim.* 1957, p. 131, obs. A. LÉGAL ; CA Lyon, 16 février 1972, *JCP G* 1972, IV, p. 123.

¹³ V. Crim. 25 mars 1927, D. 1927, p. 288 ; Crim. 14 novembre 1940, D. 1941, p. 53 ; Crim. 5 juin 1947, *JCP G* 1947, II, 3930, note J. MAGNOL ; Crim. 29 janvier 1965, D. 1965, p. 288, note R. COMBALDIEU ; Crim. 7 mars 1972, Bull. n° 84. ; Crim. 30 janvier 1979, D. 1979, inf. rap. p. 301.

¹⁴ V. Affaire « Police v. Mohamed Ali Abdeoukader and ors » [2014 INT 312], 6 novembre 2014, cause No.850/2013, décision s'inscrivant dans la droite ligne d'une jurisprudence établie : v. Affaire « Dangeot v. R. » [1960 MR 256] ; Affaire « Essary v. R. » [1981 MR 425] ; Affaire « Ghurburn and Ors v. R. » [1990 MR 206].

II.- La répression de l'instigation à titre autonome

Si l'idée de réprimer l'instigateur autrement que comme un complice peut séduire, une alternative s'offre. La loi peut valablement choisir d'ériger l'instigateur au rang d'auteur d'un délit autonome de provocation (A). Plus récemment, le législateur a par ailleurs consacré la notion d'auteur intellectuel d'une infraction (B). Mais il est également concevable de faire de l'instigateur un statut à part entière à côté des statuts d'auteur ou de complice, piste sur laquelle le législateur français n'a pas – encore ? – voulu s'engager (C).

A.- La répression de l'instigateur en tant qu'auteur d'un délit de provocation

Le droit français fait régulièrement des concessions ponctuelles à la théorie des délits distincts. Selon cette théorie, la complicité est considérée comme constituant une infraction autonome par rapport à l'infraction principale et la peine est déterminée de manière indépendante¹⁵. Le législateur français a parfois adopté ce système. Par exemple, le recel de choses est, depuis la loi du 22 mai 1915, constitutif d'un délit distinct, séparé – en partie, tout au moins – de l'infraction qui a pu procurer la chose recélée¹⁶. De même, certains cas de provocation ont été érigés en délits distincts¹⁷.

Ce détour par des délits distincts permet le plus souvent d'éviter une impunité en garantissant une répression dans des hypothèses où l'application de la théorie de la complicité n'aurait pas permis la répression : ainsi, les délits de provocation permettent de poursuivre et de réprimer la provocation à des agissements non incriminés par la loi¹⁸, la provocation non suivie d'effet¹⁹ ou encore l'incitation insuffisamment caractérisée pour constituer un acte de complicité punissable (*la répression devient dès lors possible en l'absence de don,*

¹⁵ Cette théorie est défendue par F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Parte speciale*, 1872-1883, cité par VIDAL et MAGNOL, *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, 9^e éd., 1949, Rousseau, p. 563.

¹⁶ Art. 321-1 du Cpén. Si la loi du 22 mai 2015 a fait du recel une infraction distincte, elle n'a cependant pas rompu tous les liens qui unissaient le recel à l'infraction d'origine. Si une rupture totale existait quant à la répression, le lien subsiste quant à la constitution du recel. Le recel est une infraction de conséquence.

¹⁷ V. F. DEFFERRARD, « La provocation », *Rev. sc. crim.* 2002, p. 233.

¹⁸ V. les articles 223-13 et 223-15-1 du Code pénal réprimant la provocation au suicide ; les articles 227-18 à -21 du Code pénal abordant la provocation d'un mineur à l'usage de stupéfiant, à la consommation habituelle et excessive d'alcool, à la mendicité, à commettre des crimes ou des délits, etc.

¹⁹ V. l'article 411-11 du Code pénal réprimant la provocation à la trahison ou à l'espionnage ; l'article 221-5-1 du Code pénal ayant trait à l'incitation à la commission d'un assassinat ou d'un empoisonnement encore dénommé par la doctrine « mandat criminel » (v. A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel », *Dr. pén.* 2004, chron 10 ; l'article 414 du Code de justice militaire visant la provocation à la désertion ; l'article 433-10 du Code pénal réprimant la provocation à la rébellion ; l'article 412-8 du Code pénal appréhendant la provocation à s'armer contre l'autorité de l'État ou contre une partie de la population ; l'article 413-3 du Code pénal consacré à la provocation à la désobéissance, etc.

*promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, en se détachant de l'exigence des adminicules de l'article 223-13 du Cpén.)*²⁰. Parfois, en revanche, ce système du délit distinct de provocation permet « simplement » de réprimer plus sévèrement que le juge ne pourrait le faire en application de la théorie de la complicité. Par exemple, si le vol est passible de 3 ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende, le recel d'une chose volée est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende. Mieux, lorsque l'infraction dont provient le bien recélé est punie d'une peine d'emprisonnement supérieure à celle que prévoit la loi en matière de recel, le receleur est passible des peines attachées à l'infraction principale (*ex : le recel d'un bien provenant de l'importation illicite de produits stupéfiants : l'importation illicite est punie de 10 ans d'emprisonnement et de 7 500 000 euros d'amende, le recel encourt ces peines*).

Avant même les interventions du législateur, le plus souvent la jurisprudence s'était manifestée pour apporter des solutions. En matière d'assassinat par exemple, il a fallu attendre la loi du 9 mars 2004 pour voir le législateur instituer le délit de provocation à l'assassinat. À vrai dire, le juge avait trouvé une parade pour pallier cette lacune illustrée par l'affaire *Lacour* en mobilisant l'incrimination de participation à une association de malfaiteurs prévue par l'article 450-1 du Code pénal²¹. Cette qualification suppose la participation d'au moins deux personnes et l'entente peut porter sur la réalisation d'un seul crime ou un seul délit. Celui qui mandate une autre personne pour assassiner quelqu'un peut voir sa responsabilité pénale engagée sur le fondement de l'article 450-1 du Code pénal. Il est dès lors possible de s'interroger sur l'intérêt du nouvel article 221-5-1, les peines étant les mêmes que celles prévues par l'article 450-1.

En droit mauricien, le législateur hésite et n'adopte pas une position très claire. Parfois, le Code pénal mauricien retient un délit distinct. En guise d'illustration, l'article 253 appréhende celui qui agit comme « complice » dans la prostitution d'une personne, celui qui tire profit de l'activité de prostitution d'une autre personne et celui qui procure une prostituée à autre personne²². Le droit mauricien ne passe plus par le truchement de la complicité pour réprimer ces comportements ce qui rappelle la position du droit français, qui fait du proxénétisme une infraction autonome²³. Le plus souvent, cependant, le droit pénal

²⁰ V. G. MÉMETEAU, « L'incitation illicite à des faits licites ou les remords du législateur », *JCP* 1976. I. 2781.

²¹ V. Crim. 30 avril 1996, Bull. n° 176, *Rev. sc. crim.* 1997, p. 113, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; Crim. 26 mai 1999, Bull. n° 103, *Rev. sc. crim.* 2000, p. 621, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE.

²² Article 253 du Code pénal mauricien - Procuring, enticing and exploiting prostitute : « (1) Any person who, to gratify the passions of another and for gain (a) procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person ;(b) exploits, or is an accomplice in, the prostitution of another person, even with the consent of that person ;(c) draws a benefit from the prostitution of some other person, shares the earnings of, or receives subsidies from, another person who habitually indulges in prostitution, shall commit an offence ».

²³ Article 225-1 à -12 du Code pénal.

mauricien reste attaché à la dénomination de « complice » quitte à élargir le concept. Par exemple, l'article 39 du Code pénal mauricien qualifie de complice celui qui connaît les agissements criminels de personnes qui volent en bande ou qui commettent des infractions contre la sécurité de l'état²⁴. L'article 40 qualifie également de complice celui qui aurait été trouvé en possession d'articles obtenus à la suite d'une infraction et celui qui aurait reçu des articles obtenus à la suite d'une infraction²⁵. On constate une position plus en retrait du droit mauricien dès lors qu'en droit français, ces faits constituent un recel de choses, infraction autonome²⁶. De même, l'article 204 du Code qualifie de complice celui qui vend ou distribue des écrits qui incitent à commettre un crime ou un délit²⁷. En droit français, les articles 24 et 24 *bis* de la loi du 29 juillet 1881 et d'autres textes épars du Code pénal érigent ces faits en infractions autonomes.

Le législateur français ne s'est toutefois pas contenté de la création d'une multitude de délits de provocation. Il a plus récemment franchi un cap supplémentaire en consacrant, à côté de la notion d'auteur matériel, celle d'auteur intellectuel d'une infraction.

B.- La répression de l'instigateur en tant qu'auteur intellectuel

La réforme du Code pénal de 1994 a proposé une définition de l'auteur de l'infraction²⁸. C'est la première fois que le législateur s'est attaché à donner une définition générale de ce terme. Est donc auteur d'une infraction pénale celui qui a commis les différents éléments constitutifs de l'infraction reprochée ou, du moins, les différents éléments constitutifs de la tentative de cette infraction (énumérés par l'article 121-5 combiné avec le texte incriminateur). Il existe néanmoins plusieurs types d'auteurs selon le contenu du texte d'incrimination. La loi distingue l'auteur matériel de l'auteur intellectuel. Cette distinction concerne les infractions

²⁴ Article 39 du Code pénal mauricien - Harboursing offenders : « *Any person who knows of the criminal conduct of offenders plundering in bands or committing outrages against the safety of the State, the public peace, persons, or property, habitually provides them with lodging, a place of retreat or of meeting, shall be punished as an accomplice* ».

²⁵ Article 40 du Code pénal mauricien - Possession of property obtained unlawfully : « *Any person who knowingly receives, in whole or in part, or who without sufficient excuse or justification, is found to have in his possession, articles carried off, abstracted or obtained by means of a crime or misdemeanour shall be deemed to be an accomplice in the crime or misdemeanour* ».

²⁶ Art. 321-1 du Code pén. français.

²⁷ Article 204 du Code pénal mauricien - Publishing matter conducive to crime : « *(1) Where the manuscript or printed writing contains any instigation to a crime or a misdemeanour, the crier, bill sticker, vendor or distributor shall be punished as the accomplice of the instigator, unless such crier, bill sticker, vendor or distributor makes known the person from whom he has received the manuscript or printed writing containing such instigation. (2) Where such disclosure is made, the crier, bill sticker, vendor, or distributor shall only be liable to imprisonment for a term not exceeding one year, and the punishment for being an accomplice shall only apply to those who have not made known the persons from whom they received the manuscript or printed writing, and also to the printer, where he is known* ».

²⁸ V. article 121-4 du Code pénal.

intentionnelles. Parfois, le Code pénal incrimine le fait pour une personne – appelée auteur intellectuel ou moral – de faire commettre le ou les élément(s) matériel(s) de l’infraction par une autre personne appelée auteur matériel. L’auteur intellectuel n’agit pas lui-même, il recourt aux services d’un tiers. Dans ces hypothèses, le législateur fait du provocateur l’auteur même de l’infraction. Ainsi certains textes répriment-ils « *ceux qui commettent ou font commettre* »²⁹.

Les actes commis par l’auteur matériel sont réprimés en eux-mêmes, indépendamment de ceux de l’auteur intellectuel (et parfois par un autre texte). L’auteur matériel n’est pas forcément un simple exécutant. En réalité, trois hypothèses peuvent se présenter. L’individu doit avoir une intention criminelle propre pour pouvoir être puni comme auteur : son comportement est intentionnel, il constitue une infraction pénale distincte de celle reprochée à l’auteur intellectuel. En revanche, s’il se trouve qu’il n’a pas eu véritablement l’intention de commettre de l’infraction, mais simplement la conscience de participer à l’infraction projetée par autrui (l’auteur intellectuel), ses actes seront réprimés sur le terrain de la complicité (complicité par aide ou assistance). Enfin, si cette conscience n’existe même pas, il est exonéré de toute responsabilité, sauf à pouvoir lui reprocher une imprudence.

Les actes de l’auteur intellectuel pourraient très bien, eux aussi, être réprimés sur le terrain de la complicité de l’acte accompli par l’auteur matériel (*par exemple, la personne qui fait commettre un génocide – l’auteur intellectuel – pourrait parfaitement être considérée comme le complice par instruction de celle qui commet les actes de génocide – l’auteur matériel*). Ils pourraient également être appréhendés par un nième délit de provocation. Le législateur français prévoit cependant des textes particuliers pour réprimer certains auteurs intellectuels afin de stigmatiser la criminalité de cet auteur intellectuel en considérant qu’elle mérite une répression propre, et pas seulement par le biais indirect de la théorie de la complicité. Bien souvent, d’ailleurs, les peines encourues par l’auteur intellectuel de l’infraction sont plus graves que celles encourues par l’auteur matériel³⁰. Par ailleurs, le détour par la théorie de la complicité exige – comme rappelé précédemment – la satisfaction des conditions de répression de la complicité. Réprimer l’auteur intellectuel de manière autonome permet de se détacher de ces conditions.

Les expressions « auteur matériel » et « auteur intellectuel » sont finalement trompeuses. Elles sous-entendent que l’auteur matériel n’aurait aucune intention

²⁹ V. notamment Code pénal, article 211-1 relatif au génocide : « *le fait, en exécution d’un plan concerté tendant à la destruction [...] d’un groupe national, ethnique, racial ou religieux ou d’un groupe déterminé à partir de tout autre critère arbitraire, de commettre [auteur matériel] ou de faire commettre [auteur intellectuel], à l’encontre des membres de ce groupe, l’un des actes suivants : atteinte volontaire à la vie [...]* » ; article 223-8 relatif à la recherche biomédicale sans consentement libre et éclairé, etc.

³⁰ Par exemple, en matière de trafic de stupéfiants, l’auteur intellectuel est puni de la réclusion criminelle à perpétuité et les auteurs matériels, de peines d’emprisonnement ou de peines de réclusion criminelle à temps.

particulière et que l'auteur intellectuel ne commettrait aucun acte matériel – ce qui est faux. L'auteur matériel a bien l'intention de commettre l'infraction et l'auteur intellectuel commet bel et bien des actes matériels, des actes qui consistent à faire commettre l'infraction par autrui (fourniture de moyens ou d'instructions, etc.). La distinction auteur matériel/auteur intellectuel laisse entrevoir qu'au-delà de la définition générale de l'auteur de l'infraction, la notion d'auteur peut s'appliquer à des situations « criminologiques » diverses et variées, situations prises en compte par le droit pénal.

La démarche du législateur français qui incrimine les auteurs intellectuels pourrait sans doute être repensée : plutôt qu'incriminer au cas par cas des auteurs intellectuels pour certaines infractions, le droit français pourrait prévoir de manière globale que, pour toute infraction, l'auteur s'entend non seulement de l'auteur matériel, mais également de l'auteur intellectuel.

Dans la plupart des législations étrangères, l'instigateur d'une infraction est puni comme auteur principal. Il en est par exemple dans le Code pénal finlandais où « *celui qui aura amené autrui à commettre une infraction sera puni, en tant qu'instigateur, comme s'il était l'auteur principal* »³¹. C'est également le cas au Portugal³² ou au Japon³³. Ces exemples ne doivent cependant pas masquer une certaine ambiguïté : être puni comme auteur principal ne signifie pas que l'on soit considéré comme tel. Il peut ne s'agir que d'une simple application de la théorie de l'emprunt de pénalité. D'ailleurs, certaines législations considèrent que le complice ne peut être frappé que d'une peine atténuée³⁴ ce qui prouve bien que le complice n'est pas placé sur le même plan que l'auteur³⁵. Une prise de position claire du droit mauricien sur cette question serait la bienvenue.

Cette qualification d'auteur principal peut paraître étrange, car l'instigateur n'est pas celui qui commet matériellement l'acte, mais celui qui l'initie. En effet, en droit pénal français, l'auteur principal est la personne à qui peut être imputée la commission d'une infraction pour en avoir personnellement réalisé les éléments constitutifs, c'est-à-dire l'élément matériel et l'élément moral. Or l'instigateur ne réalise que l'élément moral, il ne peut donc pas, en France, être condamné comme auteur principal. Les seules hypothèses dans lesquelles l'instigateur mérite, à notre sens, la qualification d'auteur sont celles de l'incrimination de l'auteur intellectuel

³¹ V. Article 1^{er} du Code pénal de Finlande de 1889.

³² Article 171 du Code pénal du Portugal de 1886 : « *Si l'instigation est suivie d'effet, l'instigateur sera puni comme un auteur principal* ».

³³ Article 61 du Code pénal du Japon : « *Une personne qui en incite une autre de commettre une infraction sera condamnée en tant qu'auteur principal. Il en ira de même pour la personne qui aura poussé un intermédiaire à inciter un tiers* ».

³⁴ V. Article 69 Code pénal belge ; Art. 47 Code pén. grec ; Code pénal espagnol ; Code pénal de Chine ; V. S. FOURNIER, « Complicité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, § 5.

³⁵ Ex : article 29 du Code pénal de Chine : « *Une personne qui en incite d'autres à commettre un crime sera punie selon le rôle qu'elle a joué dans le crime commun. Celui qui incite une personne âgée de moins de dix-huit ans à commettre un crime se verra infliger une punition plus lourde* ».

de l'infraction par le texte incriminateur ou de la création d'un délit de provocation (mais, dans ce dernier cas, l'instigateur n'est pas auteur principal de l'infraction qu'il projette, mais du délit de provocation à cette infraction).

C.- La proposition audacieuse de création d'un statut d'instigateur

Il avait été fortement question, à l'occasion de différentes tentatives de réforme du Code pénal français, de faire de l'instigation une infraction autonome punissable. Plusieurs avant-projets s'étaient exprimés en ce sens³⁶. De nombreuses réflexions doctrinales semblaient converger vers l'idée d'une nécessaire répression plus originale pour l'instigateur³⁷.

Le projet de réforme du Code pénal français énonçait qu'« *est instigateur et puni comme auteur celui qui provoque directement à la commission d'un crime ou d'un délit lorsque cette provocation n'est pas suivie d'effet en raison de circonstances indépendantes de sa volonté* ». Un relatif consensus semblait se réaliser autour de ce texte. Cependant, les débats parlementaires de l'époque avaient mis en lumière les difficultés que n'aurait pas manqué de soulever ce texte et tout particulièrement le danger qu'il aurait fait peser sur les libertés individuelles du fait de la trop grande latitude laissée au juge dans l'appréciation de la provocation. Le maintien du *statu quo* a donc été préféré, la provocation demeurant un cas de complicité.

Il apparaît cependant que la définition avancée était relativement claire. L'avantage de cette proposition est qu'elle garantit la possibilité d'un désistement volontaire de l'intéressé, auteur d'une instigation, tout en opérant un parallèle avec le raisonnement mené en matière de tentative pour lui permettre de se raviser.

Par ailleurs, l'intérêt de la création d'un statut de l'instigateur est qu'il permettrait de réprimer les instigateurs par catégories génériques (instigateur de délits/instigateur de crimes) et éviterait des prévisions au cas par cas³⁸. La question de la répression de l'instigation en matière contraventionnelle aurait naturellement pu être discutée sans qu'elle ne doive, de toute façon, générer de sanction lourde.

D'autres choix de définition de l'instigateur ont cependant pu être effectués par d'autres états ce qui peut constituer une source d'inspiration. Ainsi, le droit pénal hongrois (en son Code de 1878) divisait les délinquants en auteurs,

³⁶ V. Commission de révision du Code pénal, *Avant-projet définitif de Code pénal*, livre 1, La documentation française, Paris, 1978, article 31 ; *Avant-projet du Code pénal de 1983*, article 26 ; *Projet du nouveau Code pénal de 1986*, article 121-6.

³⁷ V. A. POCHON, *L'auteur moral de l'infraction : la responsabilité pénale de l'instigateur*, Thèse Caen, 1945 ; J. DUPUY, *La provocation en droit pénal*, Thèse Limoges, 1978 ; B. FILLON, *La responsabilité pénale de l'instigateur*, Thèse Paris II, 1979 ; J. LÉAUTÉ, « Coactivité, complicité et provocation en droit français », *Rev. pén. suisse* 1947, p. 1 s. ; S. MARTIN-VALENTE, *La provocation en droit pénal*, Thèse Université Jean Monnet Paris-Sud, 2002.

³⁸ V. S. FOURNIER, « Complicité », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2013, § 11.

coauteurs, instigateurs ou assistants ; les instigateurs étant définis comme « *ceux qui provoquent intentionnellement un autre à commettre un crime ou délit, qu'il soit exécuté ou non* »³⁹. On notera l'emploi du terme « intentionnellement » qui n'était pas retenu par le projet français. Certes, l'idée même de provocation induit une volonté de l'auteur, mais la volonté n'est cependant pas rigoureusement synonyme de l'intention, cette dernière impliquant en outre l'idée de conscience. Le caractère intentionnel semble donc intéressant à retenir au titre de la définition de l'instigation. On remarquera également que, dans les textes qui ont suivi le Code hongrois de 1878, la précision « *qu'il soit exécuté ou non* » a disparu. Cela conduit à observer que dans la proposition qui était faite par la doctrine française, à l'inverse du choix opéré par d'autres systèmes juridiques, dans l'hypothèse de la consommation de l'infraction projetée, la répression aurait continué à s'opérer *via* la théorie de la complicité. Cette option semblait satisfaisante et il est dommageable qu'elle n'ait pas prospéré plus en amont.

La loi française fait du provocateur un complice à certaines conditions, tout en apportant certaines exceptions aux règles édictées. Le régime de l'instigation est donc éclaté et relativement complexe. Les textes qui s'y rapportent sont nombreux et ne cessent de se diversifier sans parvenir à une répression optimale. Sans doute le droit mauricien pourrait-il faire le choix d'une plus grande cohérence en la matière.

³⁹ V. A. MESZAROS, « La complicité en droit pénal hongrois », *RSCrim.* 2005, pp. 265 s.