

## Désertion et Complicité de Désertion

Une question de droit divise actuellement les juridictions pénales : Quelle est la loi applicable aux personnes qui cachent un militaire en état de désertion ou lui fournissent les moyens d'échapper aux recherches ?

Les poursuites sont fréquentes ; il faut à tout prix sévir ; les désertions seraient plus rares, s'ils ne comptaient pas trouver l'aide sans laquelle ils n'auraient aucune chance de demeurer impunis. Cette aide ne leur est pas nécessaire pour partir ; le soldat n'est pas un détenu, rien n'est plus simple pour lui que de s'éloigner de son corps ; à la caserne, en temps de paix, il dispose d'heures de sortie, il peut ne pas rentrer et, en campagne, le départ du cantonnement ou du bivouac est plus aisé encore. Souvent même il est parti en toute régularité, avec une permission ou un congé de convalescence, par exemple. L'aide est également superflue pendant le délai de grâce, les quelques jours où le militaire, absent illégalement, n'est pas en état de désertion. En effet il n'est pas, pour l'insistant, déclaré déserteur, les bulletins de recherches n'ont pas été établis. L'assistance vraiment effective intervient lorsqu'il est recherché par la police, c'est-à-dire lorsque le délit de désertion est commis. Il faut alors, ou être caché, ou avoir de faux papiers, qui trompent les agents de la force publique soit sur l'identité de l'individu, soit sur la régularité de sa situation militaire.

Quelle est à cet égard notre législation pénale, quel est l'état de la jurisprudence ?

1° *La législation.* — Elle est claire, simple, elle édicte une pénalité qui peut être mesurée suivant la gravité des faits. Ceux-ci peuvent différer du tout au tout, depuis l'aide momentanée donnée à un déserteur, hébergé par pitié ou affection, jusqu'aux faits de véritables agences de désertion, installées pour fournir aux déserteurs des abris ou, plus généralement, des papiers divers, de fausses permissions, de faux congés de convalescence. L'art. 242 c. just. milit. punit tout individu non militaire qui provoque ou favorise la désertion, d'un emprisonnement de deux mois à cinq ans. Ce texte prévoit, par les termes « provoquer » et « favoriser », l'assistance donnée en vue de la désertion, soit avant que le délit ne soit consommé

soit après. La peine, qui peut atteindre cinq ans de prison, peut à l'inverse descendre par le jeu des circonstances atténuantes jusqu'aux plus faibles limites, l'art. 198 c. just. milit. permet, en effet, d'accorder aux individus non militaires le bénéfice des circonstances atténuantes. Bien avant donc que fût votée la loi du 27 avril 1916, dès la promulgation du code de justice militaire, les personnes non militaires, prévenues d'avoir recélé un déserteur, pouvaient bénéficier de la disposition de l'art. 463 c. pén.

2° *La jurisprudence.* — Cette législation simple, efficace, humaine est écartée par la Cour de cassation ; elle y substitue un texte de l'époque intermédiaire, qui, par suite, ne comporte pas la possibilité d'accorder des circonstances atténuantes, la loi du 24 brumaire de l'an VI, art. 4. Ce texte est ainsi conçu : « Tout habitant de l'intérieur de la République convaincu d'avoir recélé sciemment la personne d'un déserteur ou réquisitionnaire, ou d'avoir favorisé son évasion ou de l'avoir soustrait, d'une manière quelconque, aux poursuites ordonnées par la loi, sera condamné, par voie de police correctionnelle, à une amende qui ne pourra être moindre de 300 francs, ni excéder 3.000 francs et à un emprisonnement d'un an. L'emprisonnement sera de deux ans si le déserteur ou réquisitionnaire a été recélé avec armes et bagages. »

Il résulte de cette jurisprudence que, pour atteindre et réprimer ces faits fréquents d'assistance fournie à un militaire en état de désertion, une seule pénalité existe, brutale : un an de prison avec amende de 300 francs à 3.000 francs ; on ne peut réduire la peine de prison dans le cas où des raisons d'indulgence existeraient, la peine est donc souvent excessive et, comme les juges ne consentent pas aisément à prononcer une peine quand elle leur paraît inique, on aboutit à un acquittement dans des espèces où une sanction plus faible aurait été appliquée, si elle avait été possible ; la société est privée de la sanction juste et efficace qui eût été nécessaire. A l'inverse, dans les affaires graves, lorsque des malfaiteurs ont remis à de nombreux déserteurs les pièces qui leur permettaient de paraître en situation régulière, la peine d'un an de prison avec l'amende peut seule être prononcée, répression absolument insuffisante.

Comment la Cour de cassation a-t-elle été amenée à ce déplorable résultat ?

Les raisons qu'elle en donne actuellement — car nous verrons qu'à l'origine son interprétation manquait de motifs — peuvent être ainsi résumées :

1° La désertion est un délit instantané, non successif (1). Lorsque l'infraction est perpétrée, ce qui implique généralement une certaine durée d'absence, le délit est non seulement réalisé — ce qui est évident — mais terminé, ce qui l'est moins. Le militaire est dorénavant en état de désertion, mais le délit ne persiste pas.

2° L'art. 242 c. just. milit. n'atteint pas le recéleur d'un militaire en état de désertion (2). Ce texte ne prévoit que la complicité de désertion; or la complicité s'entend d'actes antérieurs à l'infraction ou concomitants. La désertion étant un délit instantané, celui qui recèle un déserteur n'est pas son complice.

3° La loi de brumaire an VI n'a pas été abrogée (3).

(1) *En ce sens* : Cass., 27 janv. 98, *Bull. crim.* n° 31, p. 75, *Pand. fr.*, 1899, I, 195; C. Rev. Lyon, 26 juin 1916, *Jurisp. Cons. Rev.*, p. 78; C. Rev. Bord., 13 juill. 1916, *Jurisp. Cons. Rev.*, p. 101; C. Rev. Paris, 20 oct. 1916, *Jurisp. Cons. Rev.*, p. 178; C. Rev. Bord., 17 févr. 1917, *Gaz. Tr.*, 11 août 1917; C. Rev., Paris, 26 juin 1917, aff. Dufour; FAUSTIN HÉLIE, *Traité de l'instr. crim.*, t. II, n° 1069, p. 688.

*En sens contraire* : AUGIER et LE POITTEVIN, *Traité de droit pénal milit.*, p. 350; G. LE POITTEVIN, note sous Alger, 30 mai 1902, D. P., 1903, 2, 146; Réquisition du garde des Sceaux à l'appui du pourvoi sur lequel fut rendu l'arrêt de Cass., 27 janv. 1898; LEGRAVEREND, *Tr. de légist. crim.*, t. I, p. 82; MANGIN, *Tr. de l'act. publ. et de l'act. civ.*, t. II, n° 326, p. 411; CARPENTIER et FRÈREJOUAN DU SAINT, *Rép. gén. du dr. franç.*, v° *Justice maritime*, n° 1413; LECLERC DE FOUILLES et COUPOIS, *le Code de just. milit.*, t. I, p. 211, sous l'art. 232; FOUCHER, *Comment. sur le Code de just. milit.*, p. 557; *Jur. gén.*, v° *Organisation militaire*, n° 774; Lyon (solut. implic.), 25 août 1872, D. P., 1874, 5, 336; Tr. Seine, 24 janv. 1890, *Journ. Parq.*, 90, 2, 1; Rennes, 19 févr. 1895, *Journ. Parq.*, 95, 2, 65.

(2 et 3) *Sur ces deux points, en ce sens* : Cass., 18 oct. 1889, *Bull. crim.* n° 318 p. 504, D. P., 1903, 2, 146; Cass. crim. rej., 12 mai 1917, *Gaz. Trib.*, 21 mai 1917 (Comparer : Cass., 4 août 1827, *Bull. crim.* n° 213, 14 juin 1844, *Bull. crim.* n° 210, p. 300); Montpellier, 16 nov. 1874, S., 75, 2, 24, D. P., 75, 2, 131; Alger, 30 mai 1902, D. P., 1903, 2, 145; C. Rev. Lyon, 26 juin 1916, *Jur. des Cons. de Rev.*, p. 78, citant en note deux autres arrêts de la même juridiction 10 oct. 1916, Bruyère, et 16 octobre 1916, Quillichini que nous n'avons pu consulter; C. Rev. Bord., 13 juill. 1916, *Jur. des Cons. de Rev.*, p. 101; C. Rev. Paris, 20 oct. 1916, *Jur. des Cons. de Rev.*, p. 178; C. Rev. Paris, 26 juin 1917, aff. Dufour; Bordeaux, 17 fév. 1917, *Gaz. Trib.*, 11 août 1917, *Gaz. Pal.*, 14 mars 1917; FOUCHER, *Commentaire C. just. milit.*, n° 1645, § 2 et 6, p. 768 et 769.

*En sens contraire* : Lyon, 25 août 1872, D. P., 74, 5, 336; Tr. Seine, 24 janv. 1890, *Journ. Parq.*, 90, 2, 1; Rennes, 19 févr. 1895, *Journ. Parq.*, 95, 2, 65; Tr. Seine, 29 nov. 1916 (*Loi*, 24 déc. 1916); Tr. Seine, 12 mars 1917, *Gaz. Trib.*, 20 mai 1917, *Gaz. Pal.*, 3 juin 1917; *Jur. gén.* v° *Organisation militaire*, n° 774; note Chesney, sous cass. 2 mai 1896 (*Pand. fr.*, 1897, 1, 81); AUGIER et LE POITTEVIN, *Traité de dr. pén. milit.*, t. II, n° 52, p. 481 et s.; G. Le Poittevin sous Alger, 30 mai 1902, D. P., 1903, 2, 146; Dissertation dans *Gaz. Pal.*, 26 juin 1917, sous un arrêt de cassation du 18 mai 1917, qui ne pouvait pas trancher la question, car la Cour était saisie d'un pourvoi contre un jugement de conseil de guerre; elle ne pouvait donc statuer que sur la compétence; cette dissertation eût été-semble-t-il, mieux à sa place à propos d'un autre arrêt de cassation statuant sur la question, par exemple sous l'arrêt de la même chambre rendu six jours aupa-

Telles sont les affirmations de droit sur lesquelles la Cour de cassation a échafaudé un système si déplorable que des arrêts n'ont pu faire leur regret de l'appliquer. « Attendu, lit-on dans un arrêt (1) que, quelque sévère que soit la peine édictée par cet article (l'art. 4 de la loi de l'an VI) pour le fait dont il s'agit, surtout en présence des circonstances très atténuantes de la cause, il n'appartient pas au juge de ne pas appliquer la loi. »

Ces regrets ne sont pas moindres pour ceux qui considèrent que la solution de la Cour de cassation viole la loi formelle et repose sur de graves erreurs de droit.

La thèse de la Cour de cassation a été naturellement celle aussi d'un nombre important de décisions de juridictions moins élevées; mais malgré l'autorité de la Cour suprême, sa doctrine n'a pas été unanimement suivie (2).

Examinons successivement ces trois affirmations de la Cour de cassation.

1° *La désertion est-elle un délit instantané?* Dans notre droit, la distinction des délits continus et des délits instantanés repose sur des principes élémentaires. M. Garraud (3) indique qu'on désigne sous le nom d'infractions *instantanées* celles qui prennent fin dès qu'elles sont accomplies, comme l'homicide, les coups et blessures, l'escroquerie, l'incendie; tandis que les infractions continues sont susceptibles, même après que l'action coupable a eu lieu, de se prolonger sans interruption, pendant un temps plus ou moins long. Tel est le caractère de la séquestration illégale, du port illégal de décoration ou d'armes prohibées, etc...

Il enseigne aussi (4) : « Pour le délit continu, l'infraction s'entend de l'état même d'activité ou d'inertie où se trouve l'agent, et qui peut se prolonger un certain temps. »

M. Garçon (5) expose : « Les infractions continues sont celles qui se prolongent pendant un temps plus ou moins long. Elles consistent dans un état permanent de criminalité, dans une violation successive et non interrompue de la loi pénale; le délit existe au moment où le fait incriminé est accompli, se continuant tant que

avant le 12 mai 1917; dans cet arrêt la Cour de cassation, statuant sur un pourvoi contre un arrêt de cour d'appel, s'est formellement prononcée.

(1) Montpellier, 16 nov. 1874, D. P., 75, 2, 131.

(2) Voir les notes précédentes.

(3) *Traité du dr. pénal*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, n° 99, p. 188; 1<sup>re</sup> éd., t. I, n° 89.

(4) *Précis*, 10<sup>e</sup> éd., n° 42.

(5) *C. P. annoté*, art. 1<sup>er</sup>, n° 56.

l'action se continue et ne prenant fin que lorsque celle-ci vient cesser. »

Donc ce qui caractérise le délit continu, c'est l'état de faute persistant; aux exemples précédemment cités, on peut ajouter le recel d'objets volés; depuis la loi du 22 mai 1915 le recel est un délit distinct du vol, c'est un délit continu (1), parce que la faute n'existe pas seulement à l'instant où le recéleur reçoit la chose volée en connaissance de cause, mais qu'elle persiste tant que la détention continue.

Revenons maintenant à la désertion, dans quelle catégorie doit-elle être classée? doit-elle figurer, comme délit instantané, à côté de l'homicide, des coups et blessures, de l'incendie, comme le prétend la Cour de cassation, ou bien comme délit continu, à côté de la séquestration illégale, du port d'armes prohibées, du recel, du port illégal de décorations? Dès le premier aspect, il semble que la similitude impose la classification de la désertion parmi les délits continus.

Mais il suffit, pour être éclairé, de dégager ce qui constitue le délit et, pour le faire, de se référer aux textes mêmes de la loi (2) plutôt qu'à la définition de la Cour de cassation. Celle-ci, en effet, a accoutumé de dire que la désertion est un délit constitué par l'abandon du drapeau et l'expiration du délai de grâce déterminé par la loi. Cette sorte de définition a, certes, un mérite de séduction par l'évocation du drapeau; chacun vibre à ce mot; mais, au point de vue juridique, elle n'a peut-être pas toute la précision et l'exactitude désirables. Par le premier terme, l'abandon du drapeau, elle semble indiquer que la désertion suppose une action et une action de départ, un fait actif, celui de s'en aller. Ce n'est point une condition que toute désertion implique. Le militaire qui, à l'expiration de son congé ou de sa permission, restera chez lui, sera bel et bien déserteur au bout d'un laps de temps qui variera suivant les circonstances (art. 231, 2<sup>o</sup>, c. just. milit.). Donc le délit ne consiste pas dans le départ, qui, ici, a été parfaitement régulier, mais dans le fait de n'être pas revenu; l'inaction constitue le délit.

La deuxième condition, mise en relief par la Cour de cassation, pour caractériser la désertion, c'est l'expiration d'un délai de grâce.

(1) Paris, 17 janvier 1916, *Gas. Trib.*, 19 mars 1916.

(2) Comme le dit M. Garraud (*Précis*, n<sup>o</sup> 42), il faut se référer à la définition légale pour déterminer si une infraction rentre dans la catégorie des infractions instantanées ou dans celle des infractions continues : « Il n'y a pas d'autre critère. »

Quand on se rappelle que la désertion à l'ennemi (art. 238 c. just. milit.) et la désertion en présence de l'ennemi (art. 239 c. just. milit.), les plus graves des désertions, punies, la première de mort, la deuxième de détention, ne comportent aucun délai de grâce, on est porté à éviter une formule semblant indiquer que toute désertion suppose un tel délai accompli.

Revenons donc à la loi; ses termes précis et répétés ne laissent pas de doute sur l'élément constitutif de la désertion. Art. 231 c. just. milit. : « Est considéré comme déserteur : 1<sup>o</sup> six jours après celui de l'absence constatée, tout sous-officier... qui s'absente... sans autorisation : néanmoins, si le soldat n'a pas trois mois de services, il ne peut être considéré comme déserteur qu'après un mois d'absence; 2<sup>o</sup> tout sous-officier... voyageant isolément d'un corps à un autre ou dont le congé ou la permission est expiré et qui, dans les quinze jours qui suivent celui qui a été fixé pour son retour ou son arrivée au corps, ne s'y est pas présenté. » — Art. 235 c. just. milit. : « Est déclaré déserteur à l'étranger, en temps de paix, trois jours et, en temps de guerre, un jour après celui de l'absence constatée, tout militaire... »

La loi l'indique d'une manière éclatante, l'élément constitutif de la désertion c'est l'absence illégale, c'est-à-dire sans ordre, sans permission, sans congé. Suivant les circonstances, l'absence illégale constituera la désertion sans aucun délai de grâce, exemple : désertion à l'ennemi, désertion en présence de l'ennemi; ou bien l'absence illégale ne se transformera en désertion qu'au bout d'un certain nombre de jours, qui varient d'ailleurs. L'élément constitutif c'est donc, de toute évidence, l'absence. Voilà la faute que la loi réprime sous le nom de désertion. Qu'y a-t-il au monde qui présente plus nettement le caractère de continuité? On peut dire, non seulement que la désertion est un délit continu, mais encore que c'est le type, par excellence, du délit continu. Qu'oppose à cela la Cour de cassation, car elle n'a pas été sans connaître les protestations qu'en jurisprudence même sa conception soulève? Peu de chose. Faut-il voir un essai de justification dans une déclaration, qui suit souvent son affirmation du caractère instantané de la désertion et d'après laquelle (1) la désertion est consommée par l'expiration du délai de

(1) Cass., 27 janv. 1898, *Pand. fr.*, 99, I, 197 : « Attendu que le délit de désertion n'est pas un délit successif; que ses deux éléments constitutifs sont l'abandon du drapeau et l'absence prolongée jusqu'à l'expiration du délai de grâce; que le délit existe par la réunion de ces deux éléments ».

Bordeaux, 17 févr. 1917, *Gas. trib.*, 11 août 1917, où on lit : « Qu'en effet la

grâce? Quand il y a un délai de grâce (nous savons qu'il n'en existe pas toujours) il est bien clair que le délit est consommé à son expiration. Mais cela prouve-t-il que le délit ne continue pas après qu'il est consommé? Évidemment non. Autrement, et si le délit continu était incompatible avec l'idée de consommation, il n'y aurait pas de délits continus puisqu'ils ne sauraient être consommés. La séquestration illégale est consommée, comme délit, lorsque la victime est enfermée, mais le délit peut continuer pendant des années; et on en dirait autant de tous les délits continus. On se demande en vain comment on peut présenter, pour soi-disant preuve de non-continuité, cette constatation qu'à un moment le délit est consommé. Tous les délits continus sont consommés à un moment déterminé, ce qui n'empêche pas qu'ils persistent dans la suite (1).

Un intérêt caractéristique de la distinction des délits en délits continus et délits instantanés concerne la prescription. Lorsque la loi s'exprime à cet égard et détermine le point de départ de la prescription, elle fournit par cela même une précieuse indication sur le caractère du délit. M. Garraud (2) expose ainsi cet intérêt: « La prescription de l'action publique ne commence à courir pour les délits continus, que du jour où a cessé l'état permanent de criminalité qui les constitue et non du jour où le premier fait a eu lieu ». La prescription pour la désertion court-elle, comme pour les délits instantanés, dès l'instant où le délit est commis? Non, art. 184 c. just. milit.: « Toutefois, la prescription contre l'action publique résultant de l'insoumission ou de la désertion ne commence à courir que du jour où l'insoumis ou le déserteur a atteint l'âge de cinquante ans (3). Si la prescription ne court pas dès que le délit existe, c'est

désertion n'est pas un délit continu; qu'elle se trouve consommée par l'expiration du délai de grâce... »

Un arrêt du conseil de revision de Paris est caractéristique à cet égard: Attendu, dit-il, que le délit de désertion n'est pas un délit continu et successif; qu'il est consommé et existe quand le militaire a abandonné son corps et prolongé son absence jusqu'à l'expiration du délai de grâce déterminé par la loi; qu'il ne saurait se confondre avec l'état de désertion, lequel peut se continuer pendant une période plus ou moins longue, sans modifier la date originelle de la consommation du délit. »

(1) L'erreur vient peut-être de l'idée de fin, d'achèvement qu'évoque le mot consommation, conformément à son origine: *consummare, cum summa* (fin); mais le terme de consommation du délit, dans la langue juridique, signifie que tous les éléments du délit sont réunis, que l'œuvre préparatoire est terminée, que les projets criminels sont mis à fin; il n'implique pas plus la fin du délit que l'expression: « la consommation du mariage » n'en signifie la fin.

(2) *Précis*, 10 éd., n° 42, p. 75.

(3) Cet âge a varié suivant la durée légale des obligations militaires, fixée par les lois de recrutement successives.

que la faute délictuelle persiste, bref que le délit est continu.

C'est, d'ailleurs, notamment à raison de ce caractère de la désertion que cette disposition a été prise par nos codes de justice militaire; tant pour l'armée de terre (art. 184), que pour l'armée de mer (art. 236).

L'arrêt du 27 janvier 1898 (1) allègue bien « qu'en édictant pour la prescription de l'action publique en matière de désertion, des règles spéciales inscrites dans les deux codes de justice militaire, le législateur n'a nullement été inspiré, ainsi que le prétend à tort le pourvoi, par la considération que le délit de désertion serait un délit successif se perpétuant tant que le prévenu n'est pas arrêté; que les motifs de cette dérogation aux art. 637 et 638 c. instr. crim. pour le délit de désertion ont été nettement indiqués dans l'exposé des motifs et dans le rapport au corps législatif qui ont précédé le vote de la loi du 9 juin 1857 et desquels il résulte « qu'il est d'un intérêt puissant d'opposer à ce délit spécial une répression assez énergique pour qu'elle ne puisse être éludée à l'aide d'une prescription trop restreinte dans sa durée » et « qu'il ne faut pas qu'un militaire (ou un exclu qui lui est assimilé quant au délit de désertion par la loi du 24 mars 1897) puisse désertir à la veille d'une guerre, s'assurer l'impunité, et venir, quelque temps après au milieu d'une paix chèrement acquise, satisfaire à ses devoirs envers l'État par quelques années de service ».

La citation est exacte (2), mais, d'abord, elle ne prouve pas que le législateur ait envisagé le délit comme instantané, puis elle est incomplète et on ne laisse pas d'être surpris de l'affirmation de l'arrêt quand on lit la suite: « Dans l'état actuel de la jurisprudence, conforme à un arrêt de la Cour de cassation du 7 février 1840, l'insoumission et la désertion sont considérées comme des délits pour lesquels l'action publique ne se prescrit pas, à raison de l'impossibilité de poursuite résultant du décret de 1811 (14 octobre). On peut aussi, jusqu'à un certain point, considérer comme successifs des délits qui semblent se renouveler tant que durent l'insoumission et la désertion elles-mêmes. On pourrait les assimiler, à cet égard, aux délits d'évasion, desquels Legraverend disait, en parlant des forçats: « L'évasion d'un forçat constitue un état permanent de flagrant délit, qui empêche la prescription de courir: le délit ne consiste pas seulement dans l'évasion, il réside surtout dans le résultat et dans les suites;

(1) *Bull. crim.*, p. 79 et 80.

(2) *Exposé des motifs*, D. P.; 1857, 4, 138, n° 71; TRUPIER, *Code de just. milit.* 2° éd.; *exposé des motifs*, p. LXXIV, n° 257 à 259.

» le crime se prolonge, se perpétue, et de même qu'on ne peut prescrire contre un délit qui se commet, de même on ne peut pas acquiescir la prescription pendant qu'il se continue. » En combinant cette doctrine avec les dispositions législatives qui veulent que le temps de l'insoumission ou de la désertion ne soit pas compté dans la durée du service... »

La définition légale du délit, ses caractères, les règles édictées pour sa prescription, les travaux préparatoires, tout concourt pour établir, sans le moindre doute, que la désertion est une infraction continue (1).

Il reste à examiner les deux autres affirmations sur lesquelles se fonde la Cour de cassation.

2° *Le recel de déserteur tombe-t-il sous le coup de l'art. 242 c. just. milit. ?*

Cette question est trop intimement liée à la suivante pour qu'il ne soit pas procédé parallèlement à l'examen de l'une et de l'autre.

3° *La disposition de la loi de brumaire an VI a-t-elle été abrogée par l'art. 275 c. just. milit. ?*

Avant la promulgation du code de justice militaire, la question de l'abrogation de la loi de brumaire an VI s'était posée à diverses reprises et il avait été jugé, fort juridiquement, qu'aucune disposition, ni de la charte, ni des lois sur le recrutement n'avait, quoiqu'on en ait dit, substitué une disposition nouvelle à celle de la loi de brumaire; celle-ci demeurait donc en vigueur. Nous nous bornons à ce rappel sur ce point, l'historique de ces controverses ayant été

(1) Voici comment s'expriment à cet égard MM. Augier et G. Le Poittevin (*Traité de droit pénal militaire*, p. 350) :

« Nous avons défini l'infraction continue, celle dans laquelle la violation initiale du droit n'est que le commencement d'un état qui se prolonge jusqu'au moment où un nouvel acte de l'agent vient y mettre fin. Telle est, à notre avis, la désertion qui commence le jour de l'absence, n'est punissable qu'à l'expiration d'un certain délai et se perpétue jusqu'à la rentrée volontaire ou jusqu'à l'arrestation du déserteur. »

Le délit d'évasion est considéré par les uns comme un délit instantané (FAUSTIN-HÉLIE, *Traité de l'inst. crim.*, t. II, n° 1069, p. 687; Cass., 20 juill. 1827, *Bull. crim.*, n° 189; 5 févr. 1835, *Bull. crim.* n° 48), par les autres comme un délit continu (MANGIN, *Tr. de l'act. pub. et de l'act. civ.*, n° 326, p. 111; LEGRAVEREND, *Lég. crim.*, t. I<sup>er</sup>, p. 82; Cour d'appel de Cayenne, 3 juin 1916, *Gaz. Trib.*, 20 mai 1917). Mais la différence entre la désertion et l'évasion est notable; pour déterminer si un délit est continu il faut se référer à sa définition légale, or c'est l'acte d'évasion qui constitue le délit, tandis que le militaire, n'étant pas un détenu, la loi ne vise que l'absence et généralement de plusieurs jours. Puis, pour l'évasion, il n'y a pas de disposition légale disposant que la prescription ne court pas immédiatement après la consommation du délit. Si donc, pour beaucoup, l'évasion est un délit continu, le caractère d'infraction continue ne peut faire défaut, a fortiori, pour la désertion.

exposé par M. G. Le Poittevin, dans une dissertation fort intéressante; il suffit d'y renvoyer (1).

Il semble qu'après la promulgation du code de justice militaire, la Cour de cassation, la première fois que la question s'est présentée devant elle, ait cru qu'elle se posait toujours dans les mêmes conditions d'abrogation tacite. Il n'en était rien, le code de 1837 contenait d'abord, dans l'art. 242, la disposition qui frappe : « Tout individu non militaire ou non assimilé aux militaires qui... provoque ou favorise la désertion »; mais il portait, en outre, dans l'article final (art. 275) cette abrogation formelle et générale : « *Sont abrogées*, en ce qui concerne l'armée de terre, toutes les dispositions législatives et réglementaires relatives à l'organisation, à la compétence et à la procédure des tribunaux militaires, ainsi qu'à la pénalité en matière de crimes et de délits militaires. »

Le 18 octobre 1889, la Cour de cassation rendait cependant l'arrêt suivant (2) : « Attendu que la disposition de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI qui punit le fait de receler sciemment un déserteur n'a été abrogée, ni par les lois successives sur le recrutement de l'armée, ni par l'art. 242 c. just. milit. » (3).

Pas un mot n'est dit de l'art. 275 c. just. milit. et cependant ce texte, par lequel se termine le code de justice militaire, ne paraît pas pouvoir être passé sous silence. Les meilleurs auteurs y verront, sans doute possible d'après eux, une abrogation formelle; des juridictions, après examen attentif qui se révèle par des motifs substantiels, où le pour et le contre sont examinés, donneront aussi cette solution (4). Comment s'explique donc ce silence? De deux choses l'une : ou bien la Cour de cassation n'a pas songé à la disposition de l'art. 275 c. just. milit., ou bien, l'ayant présent à la pensée, elle n'a pas voulu répondre à l'argument, à tout le moins sérieux, qui en résulte. Entre ces deux hypothèses, la première est la moins défavorable; c'est aussi la plus vraisemblable, car on concevrait mal que la Cour de cassation ait passé sous silence une objection de cette importance, si elle y avait

(1) Note sous Alger, 30 mai 1902, D. P., 1903, 2, 146.

(2) Cass. crim., rej., *Bull. crim.*, n° 318, p. 504 et D. P., en note sous Alger, 30 mai 1902, 1903, 2, 146.

(3) La Cour de Montpellier, par arrêt du 16 nov. 1874 (D. P., 75, 2, 131) avait aussi jugé que le recel de déserteur était prévu et puni par l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI, dont elle faisait application, sans même examiner la question d'abrogation.

(4) Voyez, à titre d'exemple, le jugement, remarquablement motivé, rendu par le tribunal correctionnel de la Seine (8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ch.; M. Chesney, président) le 12 mars 1917, *Gaz. Trib.*, 20 mai 1917.

songé; ce serait peu conforme à ses belles traditions. Il faut d'ailleurs ajouter que, dans cette affaire, il n'y avait pas eu de défenseur et que le condamné, évidemment ignorant la loi, n'avait produit aucun moyen à l'appui de son pourvoi demeuré sans motifs.

Quoi qu'il en soit, les conséquences de cette première décision de la Cour suprême furent graves, car lorsque, dans d'autres affaires, les motifs de l'abrogation furent déduits, la Cour ne voulut pas se déjuger. *Errare humanum est...* persévérer l'est moins, assure l'adage. Malgré les protestations de la doctrine (1), malgré la résistance de décisions bien motivées (2), la Cour de cassation maintient sa jurisprudence (3).

Amenée par des pourvois, ceux-là accompagnés de mémoires, à justifier sa doctrine, elle invoque les arguments suivants; on ne saurait mieux faire que de reproduire les termes mêmes de son arrêt du 12 mai 1917: « Sur le moyen pris de la violation de l'art. 242 c. just. milit. et de la fausse application de l'art. 4 de la loi de brumaire an VI, en ce que l'arrêt attaqué aurait à tort substitué à l'application de l'art. 242 susvisé la disposition de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI abrogée par le code de justice militaire; attendu qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué, que le 2 janvier 1917, deux militaires déclarés déserteurs à leur corps ont été découverts dans le logement de Schoerlin où ils se cachaient pendant le jour et d'où ils ne sortaient que la nuit; qu'il résulte des mêmes constatations que Schoerlin connaissait l'état de désertion dans lequel se trouvaient les deux militaires qu'il recevait ainsi chez lui dans le but de les aider à se soustraire aux recherches dont ils étaient l'objet; attendu que ces faits caractérisent, non le délit de l'art. 242, § 2 c. just. milit. consistant à provoquer ou favoriser la désertion, mais celui de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI, visant tout habitant convaincu d'avoir recélé sciemment la personne d'un déserteur; attendu que le demandeur soutient que ce dernier article aurait été abrogé par le code de justice militaire dont l'art. 242, § 2, serait seul applicable en l'espèce; mais attendu que la disposition de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI concernant le recel de déserteur se

(1) *Jur. gén.*, v° *Organisation militaire*, n° 774; G. Le Poittevin en note sous Alger, 30 mai 1902, D. P., 1903, 2, 146; *Gaz. Pal.*, 26 juin 1917, dissertation sous Cass., 18 mai 1917.

(2) Lyon, 25 août 1872, D. P., 74, 5, 336; Tr. Seine, 24 janv. 1890, *Journ. Parq.*, 90, 2, 1; Rennes, 19 févr. 1895, *Journ. Parq.*, 95, 2, 65; Tr. Seine, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> ch., 12 mars 1917, *Gaz. Trib.*, 20 mai 1917.

(3) Cass. crim., 12 mai 1917, *Gaz. Trib.*, 21 mai 1917.

borne à déférer le recéleur non militaire à la juridiction correctionnelle et laisse le déserteur lui-même en dehors de son action; qu'elle ne peut dès lors être considérée comme réprimant un délit militaire et échappe ainsi à l'abrogation, édictée par l'art. 275 c. just. milit., des lois relatives à l'organisation, à la compétence et à la procédure des tribunaux militaires ainsi qu'à la pénalité en matière de crimes et délits militaires; attendu d'autre part que l'abrogation de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI ne saurait résulter implicitement, ni de l'art. 242 qui prévoit un délit différent, ni d'aucun autre article du code de justice militaire dont les dispositions n'ont rien d'inconciliable avec celles qu'il édicte contre le recel de déserteur; qu'il suit dès lors que la Cour de Grenoble a fait une juste application de l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI au prévenu reconnu coupable du fait qu'elle prévoit. »

Voilà bien la double affirmation: « Le code de justice militaire n'a entendu ni abroger la loi de l'an VI, ni atteindre, dans l'art. 242, le recel de déserteur. L'art. 275 c. just. milit. n'abrogerait pas l'art. 4 de la loi de l'an VI, parce que ce texte ne pourrait pas être considéré comme réprimant un délit militaire.

La loi de l'an VI (1) a pour titre « Loi concernant l'exécution de celles relatives aux déserteurs et aux réquisitionnaires »; le paragraphe 3 de cet art. 4 abroge formellement l'art. 7, 1<sup>er</sup> paragraphe du titre II de la loi du 21 brumaire an V, code des délits et des peines pour les troupes de la République (2) et ce titre II était intitulé « De la désertion à l'intérieur ». Comment peut-on dire qu'une telle disposition, ayant un tel objet, n'a pas été atteinte à son tour par l'abrogation catégorique et générale de l'art. 275 c. just. milit. ?

Qu'est-ce qui distingue donc les délits militaires des autres? La Cour de cassation n'entend pas dire que c'est la qualité civile ou militaire de l'accusé. Les militaires peuvent commettre des délits de droit commun et, à l'inverse, des civils peuvent commettre des délits militaires. Le civil, qui fait sauter une poudrerie, qui dirige, par signaux, le tir de l'ennemi, commet un crime militaire. Les délits de la loi Dalbiez du 16 août 1915, même commis par des civils, sont des infractions militaires. L'insoumis est civil, son délit est militaire. Quant à l'argument tiré de ce que la loi de l'an VI donnait compétence pour le recel de déserteurs aux tribunaux de police correctionnelle, il est sans valeur. L'attribution à une juridiction de droit

(1) *Duvergier*, t. X, p. 133.

(2) *Duvergier*, t. IX, p. 256.

commun, ou aux conseils de guerre, de la connaissance d'un délit ne saurait en changer le caractère. Il a été vivement question à certains moments de supprimer les conseils de guerre; prétendrait-on que cette suppression aurait fait disparaître la classe des délits militaires? L'attribution de la connaissance de telle infraction à un ordre de juridiction ou à un autre varie suivant l'état de guerre ou de paix, suivant que l'état de siège a été proclamé ou non, que l'armée est, ou non, en présence de l'ennemi. Peut-on penser que l'infraction change par cela seul de nature?

Bien mieux, la Cour de cassation admet au moins que le fait par un civil de receler un déserteur avant l'accomplissement du délai de grâce, tombe sous le coup de l'art. 242, § 2, c. just. milit.; c'est bien un délit militaire, et cependant la connaissance de ce délit n'appartient pas nécessairement à la juridiction des conseils de guerre et l'art. 242 a le soin de dire : « Tout individu non militaire qui provoque ou favorise la désertion est puni par le tribunal compétent... ».

La compétence donnée au tribunal correctionnel ne saurait donc changer la nature d'une infraction et le délit, qui vise l'armée, qui porte atteinte à son organisation, est un délit militaire quel que soit son auteur, quelle que soit la juridiction appelée à en connaître. Le recel de déserteur est au premier chef l'un de ces délits.

Non seulement les textes de la loi sont nets et précis, l'abrogation formelle, mais ils sont en outre éclairés par des travaux préparatoires, qui font connaître de la manière la plus catégorique la volonté du législateur. Celui-ci a voulu abroger toute la législation touffue, dispersée de l'époque antérieure, il a conscience d'y avoir substitué une législation pénale complète, se suffisant à elle-même. Voici comment s'exprime l'exposé des motifs sur l'art. 275 (1) : « Cette disposition qui implique pour le législateur qui la propose, la confiance de n'avoir plus besoin, après la promulgation du projet de code, de recourir à aucune des lois antérieures qui forment l'arsenal nombreux et confus de la justice militaire, sera un immense service rendu aux conseils de guerre et au conseil de revision. » Le rapport de la commission au corps législatif (2) est encore plus topique : « La multiplicité et la confusion des lois qui ont régi l'armée depuis la Révolution rendaient cette abrogation indispensable. Les controverses se seraient ranimées au lendemain de la loi; on aurait disputé si telle disposition était contraire à telle autre et la jurisprudence se fût encore, sur

beaucoup de points peut-être, substituée à la loi elle-même... Le code aura épargné à la doctrine et à la jurisprudence une œuvre souvent difficile, celle de concilier deux législations et d'assigner à chacune son véritable domaine. La partie du code qui offrait le plus de danger pour cette abrogation, c'était incontestablement la pénalité. Elle a été, sous ce rapport, l'objet d'une attention scrupuleuse de la part de votre commission, comme elle l'avait été auparavant de celle du Conseil d'État; elle a la persuasion que toutes les infractions contre lesquelles il est nécessaire que la société soit armée ont été prévues. »

Comment prétendre, en face d'une volonté si clairement exprimée, que le législateur de 1857, quand il punit tout individu non militaire qui provoque ou favorise la désertion, n'a pas entendu réprimer le recel d'un déserteur et que, malgré l'abrogation générale de l'art. 275 il a laissé subsister la loi de l'an VI, avec sa pénalité à la fois brutale et insuffisante? Le législateur de 1857 ne pouvait pas, prévoyant le recel d'un militaire pendant le délai de grâce, négliger le recel après ce délai, puisque c'est l'infraction de beaucoup la plus fréquente : d'abord le délai de grâce, — quand encore il existe, — est de brève durée, tandis que l'état de désertion peut s'étendre sur de nombreuses années; puis la possibilité d'un congé, d'une permission, laisse croire souvent à une absence régulière pendant le bref délai de grâce; il n'en est plus de même quand l'absence du corps dure depuis longtemps. On ne peut donc prêter au législateur de 1857 cette extraordinaire inadvertance d'avoir prévu le cas exceptionnel et d'avoir négligé le cas pratique de recel de déserteur.

Quant à supposer qu'en connaissance de cause il a laissé sous le coup de la loi de brumaire le recel d'un déserteur après le délai de grâce, se contentant d'atteindre les faits antérieurs, ce serait particulièrement absurde. Il aurait édicté, en effet, seulement pour ces faits antérieurs, une peine de deux mois à cinq ans de prison; de telle sorte que le même fait de recel, digne de pitié par exemple, pourrait n'être puni que de deux mois de prison, et même moins par le jeu des circonstances atténuantes, à la condition qu'il se plaçât avant l'accomplissement du délai de grâce; s'il était postérieur, la peine serait nécessairement d'un an de prison avec une amende au minimum de 300 francs! Nous avons vu d'ailleurs que sa volonté formelle était d'établir un code complet, se suffisant à lui-même.

Même en admettant un instant que la désertion soit un délit instantané, les termes de l'art. 242 indiquent que la loi n'entend pas prévoir seulement des actes de complicité antérieurs au délit ou concomitants; elle n'utilise pas les termes consacrés « d'aide et

(1) TRIPIER, Code de just. milit. pour l'armée de terre, exposé des motifs, p. xcix, n° 358.

(2) TRIPIER, Rapport au corps législatif, n° 939, p. ccxxxvii.

assistance », employés pour viser la complicité (art. 59 et suiv. c. pén.). Le terme « favoriser la désertion » est extrêmement général et vise aussi bien les actes postérieurs à l'expiration du délai de grâce que les actes antérieurs.

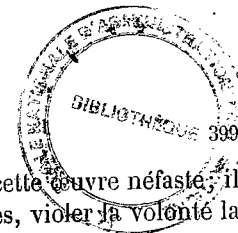
Ne trouve-t-on pas la démonstration suffisante, doute-t-on encore que la loi de l'an VI ait été abrogée, que l'art. 242 c. just. milit. punisse l'assistance donnée à un militaire déjà déserteur? Qu'on prenne le code militaire pour l'armée de mer, contemporain de celui de l'armée de terre (celui-ci est du 9 juin 1857, celui-là du 4 juin 1858); l'art. 321 reproduit la disposition de l'art. 242 du code pour l'armée de terre : « Tout autre individu qui, sans être embaucheur pour l'ennemi ou pour les rebelles, *provoque ou favorise la désertion*, est puni, par le tribunal compétent, d'un emprisonnement de deux mois à cinq ans ». Ce sont les mêmes mots identiquement, ils atteignent les mêmes faits; leur sens est éclatant, car cacher un déserteur, le faire échapper aux recherches c'est bien « favoriser la désertion », mais le législateur a fait mieux encore, il l'a dit expressément dans les travaux préparatoires. M. Rigaud (1), rapporteur au corps législatif, s'est exprimé ainsi : « L'excitation à la désertion et les *facilités données aux déserteurs* sont punies comme le crime de désertion lui-même si celui qui s'en rend coupable appartient à l'armée. La peine est beaucoup moindre s'il n'en fait pas partie... Il fallait bien tenir compte des motifs divers, quelquefois bien excusables, *qui pourraient porter une famille à donner asile à l'un de ses membres devenu coupable de désertion* (2) ».

La Cour de cassation ne peut cependant prétendre que les mêmes mots, d'une disposition pénale semblable, ont un sens dans le code de justice militaire pour l'armée de terre de 1857 et un autre dans le code de justice militaire pour l'armée de mer de 1858.

Bref, la Cour suprême qui si souvent, par une heureuse interprétation, a tiré le meilleur parti de textes insuffisants, obscurs, mal adaptés aux faits, ici a écarté une législation bonne, humaine, permettant de réprimer sévèrement les délits graves, avec indulgence les fautes plus excusables, et cela pour ressusciter une législation brutale, nécessairement injuste dans la plupart des cas, souvent

(1) D. P., 1858, 4<sup>e</sup>, p. 134, n<sup>o</sup> 208.

(2) Ces travaux préparatoires ont sans doute passé généralement inaperçus; on s'expliquerait difficilement sans cela que, par exemple, Wilhelm, *Commentaire des codes de justice maritime et militaire*, n<sup>o</sup> 1475, p. 99, s'exprime ainsi : « L'art. 321 ne statue pas sur le délit de recèlement de déserteur, lequel est encore punissable des peines portées par l'art. 4 de la loi du 24 brumaire an VI. »



insuffisante. Bien des obstacles s'opposaient à cette œuvre néfaste; il fallait violer des dispositions claires et formelles, violer la volonté la plus nettement exprimée par le législateur dans les travaux préparatoires, méconnaître des principes admis d'une manière générale au sujet de la distinction des délits continus et des délits instantanés.

Elle a tout surmonté; elle a jugé que l'art. 242 c. just. milit. n'atteint pas le recel de déserteur et que receler un déserteur, ce n'est pas favoriser la désertion; elle a affirmé que l'art. 275 c. just. milit. n'a pas abrogé l'art. 4 de la loi de brumaire an VI; elle a proclamé que la désertion n'était pas un délit continu.

Puisqu'il faut perdre l'espoir de la voir revenir sur de telles solutions, le législateur devrait intervenir. L'exposé des motifs serait simple, puisque aussi bien il ne s'agit pas d'innover, mais de ramener à l'application de la loi et il suffirait d'ajouter quelques mots à l'art. 242 c. just. milit. pour l'armée de terre et à l'art. 321 c. just. milit. pour l'armée de mer; ceux-ci par exemple : « Tout individu non militaire... qui... *provoque ou favorise la désertion, recèle un déserteur ou lui procure les moyens d'échapper aux recherches...* »

PAUL APPLETON,  
avocat à la Cour d'appel,  
professeur des Facultés de droit.