

TOULOUSE  
CAPITOLE  
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

## *Infraction*

BEAUSSONIE GUILLAUME

Référence de publication : Beaussonie, Guillaume, « Infraction », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2018.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

# Infraction

## *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*

### TABLE DES MATIERES

Généralités 1 - 7

Chap. 1 - L'infraction 8 - 167

Sect. 1 - L'interdiction 9 - 112

Art. 1 - Le processus 10 - 57

§ 1 - La manière 11 - 43

§ 2 - L'art 44 - 57

Art. 2 - Le résultat 58 - 112

§ 1 - La peine encourue 59 - 67

§ 2 - Le comportement prohibé 68 - 112

Sect. 2 - La transgression 113 - 167

Art. 1 - Un fait personnel 114 - 153

§ 1 - Un fait rattachable à une personne 115 - 139

§ 2 - Un fait reprochable à une personne 140 - 153

Art. 2 - Un fait illégal 154 - 167

§ 1 - La neutralisation 155 - 165

§ 2 - La disparition 166 - 167

Chap. 2 - Les infractions 168 - 229

Sect. 1 - Les classifications des infractions 169 - 187

Art. 1 - Les classifications fondées sur la peine encourue 170 - 172

§ 1 - La classification officielle 171

§ 2 - Les classifications officieuses 172

Art. 2 - Les classifications fondées sur le comportement prohibé 173 - 184

§ 1 - Les classifications fondées sur l'élément matériel 174 - 183

§ 2 - Les classifications fondées sur l'élément moral 184

Art. 3 - Les classifications fondées sur les intérêts 185 - 187

Sect. 2 - Les liens entre infractions 188 - 229

Art. 1 - Le concours 191 - 211

§ 1 - Le conflit 193 - 198

§ 2 - Le cumul 199 - 211

Art. 2 - La connexité 212 - 229

§ 1 - La connexité procédurale 213 - 224

§ 2 - La connexité substantielle 225 - 229

## BIBLIOGRAPHIE CONTEMPORAINE

**Manuels et traités** : B. BOULOC, *Droit pénal général*, 25e éd., 2017, Dalloz. – P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7e éd., 2004, Sirey. – O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, 2e éd., 2016, LGDJ. – F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, 16e éd., 2009, Economica. – E. DREYER, *Droit pénal général*, 4e éd., 2016, LexisNexis. – W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2e éd., 1991, Montchrestien. – J. LEROY, *Droit pénal général*, 6e éd., 2016, LGDJ. – C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, 1994, Hachette. – Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 5e éd., 2015, PUF. – R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, *Problèmes généraux de la science criminelle*, *Droit pénal général*, 7e éd., 1997, Cujas. – X. PIN, *Droit pénal général*, 9e éd., 2018, Dalloz. – J. PRADEL, *Droit pénal général*, 21e éd., 2016, Cujas. – J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 10e éd., 2016, Dalloz. – J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, 6e éd., 2005, PUF.

**Monographies** : P. CAZALBOU, *Étude de la catégorie des infractions de conséquence*, 2016, LGDJ. – C. CLAVERIE-ROUSSET, *L'habitude en droit pénal*, 2014, LGDJ. – A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, 1982, LGDJ. – A. DARSONVILLE, *Les situations de dépendance entre infractions, essai d'une théorie générale*, thèse, Paris, 2006. – E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, thèse, Paris, 1969. – E. LETOUZEY, *La répétition d'infractions*, 2016, Dalloz. – L. ROUSVOAL, *L'infraction composite, essai sur la complexité en droit pénal*, thèse, Rennes, 2011. – N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, thèse, Bordeaux, 2009. – M. WAGNER, *Les effets de l'infraction, essai d'une théorie générale*, 2011, LGDJ.

**Articles** : J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal », *JCP* 1952. I. 1034. – F. CHABAS, « La notion de contravention », *RSC* 1969. 1 et 281. – A. DECOQCQ, « L'infraction et la responsabilité dans l'avant-projet de code pénal », *JCP* 1979. I. 2926. – A. DEKEUWER, La classification des concours de qualifications, *RSC* 1974. 511. – M. DONNIER, « Les infractions continues », *RSC* 1958. 749. – J.-P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal.* 1973. 2. Doctr. 764 ; « Les familles d'infraction », *RD pén. crim.* 1975. 769. – C. DUPEYRON, « L'infraction collective », *RSC* 1973. 357. – J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale », *Mélanges A. Chavanne*, 1990, Litec, p. 95. – J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments constitutifs de l'infraction », *RSC* 1977. 269. – M. ROLLAND, « Le délit d'omission », *RSC* 1965. 583. – L. ROZÈS, « L'infraction consommée », *RSC* 1975. 603. – P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », *RSC* 1973. 45. – P. SPITÉRI, « L'infraction formelle », *RSC* 1966. 498.

## Généralités

**1. Peine.** - Au seuil d'un petit ouvrage à la pédagogie inégalée, C. LOMBOIS introduisait le lecteur au droit pénal général par le constat suivant : « Le droit pénal est constitué de l'ensemble des règles juridiques pourvues d'une sanction caractéristique : la peine. C'est un droit punitif. La peine est un mal que le Pouvoir, au nom de l'intérêt public, inflige à la personne coupable d'une infraction. Mais qu'est-ce que l'infraction ? Un comportement interdit par la loi, sous la menace... d'une peine. On tourne en rond. Du moins, se trouve repéré le couple indissociable de la chose pénale : interdit/réprimé (ou encore : défendu/puni) » (Droit pénal général, 1994, Hachette, p. 7). L'infraction représente, ainsi, le point d'ancrage technique du droit pénal. En effet, si l'on veut bien s'accorder pour considérer que la peine constitue, à la fois, le fondement et l'enjeu du droit qu'elle qualifie, c'est l'infraction qui rend la peine opératoire, en permettant d'en faire tant une menace, qu'une sanction. Difficile, alors, de savoir si « c'est puni parce que c'est défendu » ou si « c'est défendu parce que c'est puni » (C. LOMBOIS, Droit pénal général, 1994, Hachette, p. 7 et 12). La seule chose certaine est que, à tous les stades, le droit pénal nécessite l'infraction pour se réaliser.

**2. Histoire.** - L'infraction, en un sens, est aussi vieille que le droit pénal. Dans le code d'Ur-Nammu, par exemple, on pouvait déjà lire, au sein du préambule, que « si un homme commet[tait] un enlèvement, il [était] emprisonné et [devait] payer 15 shekels d'argent ». À un comportement était ainsi associée une peine ; il s'agissait donc assurément d'une infraction, que l'on n'appellera néanmoins de la sorte qu'à partir du moment où le droit pénal fera l'objet d'une théorisation suffisamment aboutie, c'est-à-dire à compter du XIII<sup>e</sup> siècle. C'est d'ailleurs l'époque de l'apparition du vocable en France (dont l'origine est le mot latin *infractio*, qui signifie « action de briser »). Cette synthèse réalisée, il ne restait plus qu'à en mener l'analyse, à travers la révélation des désormais notoires « éléments constitutifs » de l'infraction. Ce sera fait au cours des XVIII<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècles, par la doctrine essentiellement, comme l'a magistralement démontré le professeur ROBERT (Histoire des éléments constitutifs de l'infraction, RSC 1977. 269). À cet égard, il apparaît que les Allemands, par souci de réalisme, ont moins répugné que les Français à dégager des éléments en nombre (V. par ex. F. VON LISZT, Traité de droit pénal allemand, t. II, 17<sup>e</sup> éd., 1913, trad. R. Lobstein, éd. V. Giard et E. Brière). Aux trois éléments, légal, matériel et moral, que l'on peut déjà combiner de différentes sortes, il peut effectivement être ajouté, par exemple, un élément « injuste », parfaitement théorisé par le professeur PIN dans son manuel : « Lorsqu'une infraction est matériellement et moralement constituée, elle est présumée illicite, c'est-à-dire contraire au droit. Mais pour que l'infraction soit définitivement établie, il faut que cette présomption d'illicéité soit confirmée, tant sur un plan matériel que sur un plan formel. [Dans] un sens matériel, l'infraction n'est constituée que si elle constitue une atteinte ou une menace injustifiée à un intérêt protégé ; il doit s'agir d'un fait injuste » (Droit pénal général, 8<sup>e</sup> éd., 2017, Dalloz, no

211). C'est dire que, parce qu'elle représente moins une donnée naturelle qu'un construit juridique, il existe plusieurs façons d'aborder l'infraction.

**3. Phénomène criminel.** - L'infraction, même entendue dans son sens le plus strict, constitue d'abord la manifestation la plus évidente de l'existence d'un phénomène criminel. En cela, son étude ressortit-elle également à la criminologie, champ de connaissance qui peine à trouver un statut en France. Dans cet autre contexte, plus souple, toute infraction, poursuivie ou pas, punissable ou plus, est un « crime », mais aussi une « déviance », à côté du bégaiement ou de la maladie mentale. Décentrée de l'analyse juridique, cette appréhension de l'infraction est destinée à la compléter, afin de lutter plus efficacement contre la criminalité. En vérité, ainsi perçu, ce « crime » devient plus impalpable encore, à mesure que l'on s'éloigne de la rigueur qu'impose le raisonnement juridique. C'est pourquoi, ensuite, c'est principalement à travers le droit qu'il faut comprendre l'infraction.

**4. Théorie(s).** - Paradoxalement, ce concept central que représente donc l'infraction pour le droit pénal a fait l'objet d'assez peu d'études en France. Dans leur traité, R. MERLE et A. VITU relèvent néanmoins que « deux écoles s'opposent [...] à propos des limites de ce concept » : un courant « purement objectif », d'origine allemande, qui définit l'infraction comme la « violation matérielle de la loi pénale » ; et un courant en quelque sorte mixte, plus répandu, notamment en France, en vertu duquel l'infraction constitue la réunion des conditions, tant subjectives qu'objectives, de la responsabilité pénale (Traité de droit criminel, t. I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7e éd., 1997, Cujas, no 383). Comme le soulignent encore ces auteurs, « l'enjeu de ce débat paraît être purement verbal, car si la deuxième définition met l'accent sur le caractère subjectif de la responsabilité pénale, la première conception ne prétend point méconnaître la nécessité d'un “élément moral”, elle en fait simplement une condition autonome, distincte de l'infraction » (ibid.). Toutefois, précisent-ils immédiatement, « ce conflit conceptuel a eu de nombreuses incidences méthodologiques et techniques » (ibid.). Selon, en effet, que l'on met en avant l'acte ou le délinquant – et, plus précisément, son psychisme –, tout autres peuvent être bien des solutions basées, pourtant, sur des mécanismes légaux et, partant, prédéfinis. Ainsi en va-t-il, par exemple, en matières de tentative et de complicité, institutions construites à partir et autour de l'infraction afin d'en moduler la portée répressive. R ; MERLE et A. VITU concluent qu'« au plan de la logique juridique, c'est la définition objective qui est certainement la plus exacte » (ibid.) ; à l'inverse, pour le professeur DANA, auteur de la thèse la plus remarquée sur le sujet, l'infraction, en tant qu'« objet de la responsabilité pénale », est une « action humaine imputable et coupable », ce qui le porte à une approche très subjective (Essai sur la notion d'infraction pénale, 1982, LGDJ, nos 15 et 19).

**5. Code pénal.** - Le code pénal de 1992, à l'instar de ses prédécesseurs, ne définit pas l'infraction. Il n'en mobilise pas moins la notion, présente nommément au sein de presque cinq cents de ses articles. S'ajoutent à cela les très nombreuses références faites aux trois grandes catégories d'infractions que sont les contraventions (99), les délits (192) et les crimes (144). Surtout, outre que

les livres II et suivants du code pénal ne constituent rien d'autre que des listes d'infractions, le livre Ier, consacré aux « dispositions générales », se distribue en cause (De la loi pénale), objet (De la responsabilité pénale) et conséquence de l'infraction (Des peines). En somme, tous les éléments pour construire une théorie générale de l'infraction sont présents dans le code pénal, des applications particulières qu'elle autorise aux éléments communs qui la fondent.

**6. Les infractions.** - Comme le révèle déjà ce qui précède, l'infraction se présente rarement seule, soit qu'elle s'inscrive, dès sa détermination, au sein d'un ensemble plus ou moins cohérent – jusqu'au fait, pour certaines infractions, d'être conditionnées par d'autres, par exemple la complicité et le recel –, soit qu'elle précède, accompagne ou suive, lors de sa commission, un ou plusieurs autres faits de même nature. Plus répandu qu'on ne le croit, ce phénomène de pluralisme infractionnel n'est, à notre avis, pas suffisamment contingent pour justifier qu'on l'écarte purement et simplement de l'étude de l'infraction (contra : F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, t. I, 17e éd., 1911, trad. R. Lobstein, éd. V. Giard et E. Brière, § 26). Au contraire, la théorie générale de l'infraction ne peut être complète que si l'on y adjoint une théorie générale, au moins en germe, de la pluralité d'infractions.

**7. Plan.** - Il faut donc voir l'infraction au singulier (V. infra, nos 8 s.), avant de voir les infractions au pluriel (V. infra, nos 168 s.).

## Chapitre 1er - L'infraction

**8. Transgression d'un interdit.** - Au sens strict, l'infraction est la transgression d'un interdit pénal. Elle présuppose donc qu'un comportement – celui qui a donné corps à la transgression – ait préalablement fait l'objet d'une incrimination, c'est-à-dire d'une interdiction sous la menace d'une peine. « Incriminer », en effet, c'est « déclarer criminel », autrement dit, infractionnel. Dans un système légaliste comme le nôtre, cela signifie que le législateur pénalise – abstraitement – des comportements avant qu'ils soient commis et afin qu'ils ne le soient pas. C'est pourquoi, il ne peut y avoir d'infraction sans incrimination et cela n'empêche que, pour qu'il y ait infraction, il faut, outre l'incrimination et le comportement qui y correspond, une déclaration – concrète – de culpabilité qui ne peut être que le fait d'un juge. Sans doute en raison de ce rôle constitutif de l'incrimination dans l'infraction, il est alors devenu coutumier d'assimiler les deux. L'infraction désigne, ainsi, tant le résultat de l'interdiction, c'est-à-dire l'interdit (V. infra, nos 9 s.), que la transgression d'un tel interdit (V. infra, nos 113 s.).

## Section 1re - L'interdiction

**9. La fabrique de l'interdit pénal.** - L'incrimination d'un comportement, qui conduit donc à en faire une infraction, en ce qu'elle implique la création d'un interdit pénal, représente un processus (V. infra, nos 10 s.) aussi bien que son résultat (V. infra, nos 58 s.).

## *Art. 1er - Le processus*

**10. *L'art et la manière d'incriminer.*** - On n'incrimine pas un comportement n'importe comment. Incriminer un ou plusieurs faits humains est, effectivement, un acte politique et juridique à la fois. D'une part, cela implique de faire des choix, par lesquels telle ou telle valeur sociale – vie humaine, propriété, probité des agents publics, etc. – va justifier que, pour sa préservation, les libertés individuelles soient restreintes ; d'autre part, cela implique que ces restrictions imposées à l'exercice des libertés individuelles, nécessairement exceptionnelles dans une société où la liberté est et demeure le principe, soient, tant dans leur forme que dans leur contenu, réduites à leur portion congrue. Aussi y a-t-il, en conséquence, un art (V. infra, nos 44 s.) et une manière (V. infra, nos 11 s.) de créer une incrimination.

### *§ 1er - La manière*

**11. *Du principe de légalité.*** - Qu'il s'agisse d'interdire – préalablement – ou de punir – conséquemment –, il est toujours question, en droit pénal, de restreindre, voire de priver, une personne de sa liberté. Or, dans toute société démocratique, la liberté doit toujours demeurer le principe. À cette fin, la principale garantie dont disposent les individus est la soumission absolue du droit pénal à la loi. La loi est, en effet, l'alpha et l'oméga de la matière pénale : de l'incrimination à la peine, en passant par la procédure consécutive à la commission de l'infraction, c'est au législateur, et au législateur seul, de poser ce qui doit être. À cela, il est de bonnes raisons : par son origine et son encadrement, la loi demeure la source normative la plus sûre, ce qui légitime son monopole en matière de libertés. Aussi, la loi fait-elle, en France, l'objet d'un amour immodéré depuis la Révolution française ; elle est, par exemple, partout dans la Déclaration de 1789.

**12. *Au principe de textualité.*** - Toutefois, la recherche de sécurité de l'opération de pénalisation apparaît à ce point importante, que la question du support légal de la pénalisation a fini par être supplantée. En effet, tant que l'on retrouve les garanties de la loi par l'entremise d'une autre source normative, pourquoi imposer la loi comme support exclusif ? Un auteur propose ainsi que le « principe de textualité » soit le « nouveau nom du principe de légalité » (C. LOMBOIS, Droit pénal général, op. cit., p. 13). C'est dire que si l'incrimination par la loi demeure le principe (V. infra, nos 13 s.), il existe désormais une incrimination au-delà de la loi (V. infra, nos 28 s.).

## A - L'incrimination par la loi (approche formelle)

**13. Principe de légalité.** - Le principe de légalité constitue, en France, le symbole de l'avènement de la modernité en matière pénale. Il résulte essentiellement de la rencontre des idées de C. BECCARIA, selon lequel « les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et [...] le droit de faire des lois pénales ne peut résider que dans la personne du législateur, qui représente toute la société unie par un contrat social » (Des délits et des peines, 1764, chap. III), et de celles de J.-J. ROUSSEAU, selon lequel « la loi est l'expression de la volonté générale » (Du contrat social, 1762, livre II, chap. VI). Et on le trouve exprimé dans le plus symbolique des textes juridiques français : la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 (art. 7). Mais ce principe dépasse, à la fois, la France et le droit pénal : d'une part, on trouve l'expression de ce principe dans la plupart des systèmes juridiques ; d'autre part, ce principe ne concerne pas que le droit pénal. La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, par exemple, fait de l'existence d'une loi la condition sine qua non d'une ingérence légitime – pas forcément pénale – dans l'exercice d'un droit de l'homme ou d'une liberté fondamentale. Pour autant, cette exclusivité de la compétence légale en matière de limitation des libertés connaît nécessairement une acuité particulière en droit pénal où, précisément, absolument tout est affaire de liberté(s). C'est pourquoi, le principe de légalité reste, avant tout, le moteur de la branche pénale du droit. Il faut alors comprendre ce que signifie ce principe en droit pénal (V. infra, nos 14 s.), puis analyser sa mesure en droit pénal (V. infra, nos 24 s.).

### 1° - Le sens du principe de légalité

**14. Nécessité, égalité, sécurité.** - C. BECCARIA avait, sur ce sujet, déjà exprimé l'essentiel dès 1764, dans son petit ouvrage intitulé « Des délits et des peines ». Selon lui, pour fonder « en raison et en humanité » la justice pénale, il faut surtout que le châtiment soit nécessaire et qu'il soit mis fin à son arbitraire (Des délits et des peines, op. cit., introduction), ce qui implique, non seulement, un traitement égal de tous, mais aussi une stabilité suffisante des impératifs pénaux : nécessité (V. infra, nos 15 s.), égalité (V. infra, nos 20 s.) et sécurité (V. infra, nos 22 s.). Seule la loi peut remplir simultanément ces trois offices, d'où l'idée de légalité.

#### a. - La nécessité

**15. Principe.** - Le point de départ est que « les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits », la liberté étant le premier de ces « droits naturels et imprescriptibles de l'Homme » dont la conservation représente le but de toute société (DDH, art. 1 et 2). Sur cette base, « la Loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société » (art. 5), cette Loi ne devant « établir que des peines strictement et évidemment nécessaires » (art. 8). Ces extraits de la Déclaration de 1789 disent à peu près tout de la conception des rapports entre individus et société qui est la nôtre depuis les Lumières. À cet égard, citons de nouveau C. BECCARIA : « C'est la nécessité seule qui a

contraint les hommes à céder une partie de leur liberté ; d'où il suit que chacun n'en a voulu mettre dans le dépôt commun que la plus petite portion possible, c'est-à-dire, précisément ce qu'il en fallait pour engager les autres à le maintenir dans la possession du reste » (Des délits et des peines, op. cit., chap. II). Chaque concession de liberté d'un individu à la société doit ainsi être « la plus petite possible » ; tel est le fondement de l'idée de nécessité de la répression.

**16. *Ultima ratio*.** - De façon générale, est nécessaire ce qui ne peut pas ne pas être. Du point de vue du droit pénal, cela signifie d'abord que l'incrimination et la peine qui va avec ne se justifient qu'afin de protéger la société et qu'à la condition qu'il n'existe pas d'autre moyen de le faire. Le droit pénal doit, ainsi, demeurer exceptionnel ; c'est le dernier recours. À défaut, la réaction de l'État sera perçue comme étant disproportionnée par rapport à l'atteinte subie. C'est pourquoi, sur le fondement de l'article 8 de la Déclaration de 1789, il arrive – rarement il est vrai – que le Conseil constitutionnel considère qu'une peine encourue est manifestement disproportionnée eu égard à la gravité de l'infraction sanctionnée par elle. Son contrôle demeure néanmoins léger car, comme il le rappelle lui-même, « l'article 61-1 de la Constitution ne [lui] confère pas [...] un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement » (ex. : Cons. const. 9 déc. 2011, no 2011-204 QPC, où il a été considéré qu'il n'y avait pas de disproportion manifeste entre la peine de deux ans et de 45 000 euros d'amende et la répression de la conduite sous usage de stupéfiants. – Cons. const. 22 juill. 2016, no 2016-554 QPC , où, à l'inverse, à propos de l'amende pour défaut de déclaration de comptes bancaires ouverts, utilisés ou clos à l'étranger – qui n'est pas une peine mais une « sanction ayant le caractère d'une punition » –, après avoir relevé d'office – ce qui contredit l'idée d'un contrôle léger – le grief tiré de ce qu'en fixant, pour le manquement à une obligation déclarative qu'elles répriment, une amende en pourcentage du solde du compte bancaire non déclaré, les dispositions contestées méconnaîtraient le principe de proportionnalité des peines, le Conseil constitutionnel a considéré, qu'en prévoyant une amende proportionnelle pour un simple manquement à une obligation déclarative, le législateur a instauré une sanction manifestement disproportionnée à la gravité des faits qu'il a entendu réprimer).

**17. *Portée*.** - Ensuite, lorsque le pas répressif a été franchi, c'est-à-dire quand une incrimination a été perçue comme nécessaire et proportionnée, toutes les règles pénales applicables aux incriminations, de fond comme de forme, doivent, elles aussi, se justifier par leur nécessité et leur proportionnalité. C'est la raison pour laquelle le Conseil constitutionnel rappelle, de manière récurrente, qu'une conciliation doit être opérée « entre l'exercice des libertés constitutionnellement reconnues et les besoins de la recherche des auteurs d'infractions et de la prévention d'atteintes à l'ordre public, notamment à la sécurité des personnes et des biens, nécessaires, l'une et l'autre, à la sauvegarde de droits de valeur constitutionnelle » (Cons. const. 20 janv. 1981, no 80-127 DC , consid. 62) et, en conséquence, que « si le législateur peut prévoir des mesures d'investigation spéciales en vue de constater des crimes et délits d'une gravité et d'une complexité particulières, d'en rassembler les preuves et d'en rechercher les auteurs, c'est sous réserve que ces mesures soient conduites dans le respect des prérogatives de l'autorité judiciaire, gardienne de la liberté

individuelle, et que les restrictions qu'elles apportent aux droits constitutionnellement garantis soient nécessaires à la manifestation de la vérité, proportionnées à la gravité et à la complexité des infractions commises et n'introduisent pas de discriminations injustifiées » (Décis. no 2004-492 DC du 2 mars 2004, consid. 6).

**18. Corollaire.** - Enfin, c'est notamment de l'idée de nécessité que procède, par exemple, l'interdiction d'appliquer une nouvelle loi pénale plus sévère à des faits poursuivis actuellement, mais qui ont été commis sous l'empire d'une ancienne législation répressive, plus douce. Le Conseil constitutionnel a, en effet, considéré que « le fait de ne pas appliquer aux infractions commises sous l'empire de la loi ancienne, la loi pénale nouvelle, plus douce, revient à permettre au juge de prononcer les peines prévues par la loi ancienne et qui, selon l'appréciation même du législateur, ne sont plus nécessaires » (Cons. const. 20 janv. 1981, no 80-127 DC , consid. 75).

19. Conséquence. - De ce qui précède, il faut déduire que le principe de légalité a nécessairement pour corollaire le principe de discontinuité de la loi pénale : seuls les comportements expressément et précisément définis par la loi sont réprimés, chaque frontière devant ainsi s'établir, non pas entre deux textes répressifs, mais entre un texte et son absence, c'est-à-dire entre ce qui est prohibé et ce qui ne l'est pas. Chercher judiciairement la continuité de la répression, en effaçant la spécificité de chaque texte pour combler d'éventuels vides juridiques, comme cela a pu être fait en matière d'infractions contre les biens (vol, escroquerie, abus de confiance), remet en cause le caractère exceptionnel du droit pénal, de même que les caractères propres à la loi pénale, notamment sa nécessaire précision et son indispensable prévisibilité (V. supra, nos 22 s.). C'est notamment pourquoi l'interprétation des textes pénaux doit être stricte (V. supra, no 32).

b. - L'égalité

**20. Principe.** - L'article 6 de la Déclaration de 1789 proclame que « la Loi est l'expression de la volonté générale » et qu'« elle doit être la même pour tous, soit qu'elle protège, soit qu'elle punisse ». Rappelons que la promotion de la loi comme cause de l'ensemble du droit pénal résidait, avant tout, dans la résolution de mettre fin au caractère arbitraire de la répression durant l'Ancien Régime. Désormais, les règles seront les mêmes pour tous ceux qui, placés dans une situation similaire, doivent être traités de façon similaire – égalité géométrique et non arithmétique –, l'égalité légale devant prendre le pas sur l'équité judiciaire. Très concrètement, l'auteur d'un crime à Guéret encourra, selon la même procédure et sur le même fondement, la même peine que l'auteur de ce même crime à Paris.

**21. Portée.** - Le principe étant entendu, c'est la portée de cette égalité qui fait peut-être encore polémique : en 1791 et durant le droit intermédiaire, on fondait totalement l'égalité dans la loi, cette dernière prévoyant, non seulement les incriminations qu'il fallait sanctionner, mais aussi les peines qu'il fallait corrélativement prononcer. Petit à petit, l'égalité quittait le fond du droit pour rejoindre la procédure : à une peine fixe unique succédait d'abord une fourchette, puis un simple maximum.

Sauf résurgence de la fourchette à travers l'instauration ponctuelle, voire épisodique – ponctuelle pour certaines situations, par exemple celle des peines de réclusion ou de détention criminelles (C. pén., art. 132-18 ) ; épisodique pour les récidivistes, les alternances politiques conduisant, en la matière, à créer puis à supprimer les « peines planchers » (création par la loi du 2 févr. 1981, puis suppression par la loi du 10 juin 1983 ; recréation par la loi du 10 août 2007, puis nouvelle suppression par la loi du 15 août 2014...) – de peines dites « planchers », la règle est donc, aujourd'hui, que le juge n'est contraint dans sa décision en matière de peine que par un plafond à ne pas dépasser. La garantie demeure, puisque le juge ne peut aller au-delà de la loi, en créant des infractions ou en les punissant trop, mais elle laisse la place à une individualisation de la répression inéluctable. Quand les choses deviennent concrètes, en effet, la situation d'un individu n'est comparable à celle d'aucun autre, raison, parmi d'autres, de l'échec de l'analyse criminologique. L'égalité ne peut alors être qu'abstraite, à travers l'existence de garanties et de principes communs à tous, bref, à travers l'assurance d'un traitement égal des personnes mises en cause (Cons. const. 27 juill. 1978, no 78-97 DC : pas de contrariété entre égalité et individualisation). Elle n'en est pas moins puissante, d'ailleurs, car, ayant de la sorte basculée vers la procédure, c'est cette idée qui est en train de faire du mis en cause, ou encore de la victime, des parties disposant des mêmes armes que le ministère public.

c. - La sécurité

**22. Principe.** - L'exigence d'une loi en matière de répression permet également d'assurer la connaissance de l'interdit que, pour cette raison, nul n'est censé ignorer. Chacun doit, en effet, être en mesure de savoir et de comprendre ce que, d'un point de vue social, il peut – voire doit – faire ou ne pas faire, moyennant quoi il encourra une peine, c'est-à-dire une punition de la part de la société ; ainsi tous et chacun ont la possibilité de peser le poids de leur action, condition préalable de leur punition. L'idée n'est pas neuve : aux Douze Tables de la fameuse loi romaine du Ve siècle avant Jésus-Christ, texte très répressif, correspondaient douze monuments en bronze exposés sur le Forum Romanum, afin que la Plèbe puisse prendre connaissance du droit qu'on lui appliquait. Aujourd'hui, c'est le Journal officiel qui assure la diffusion du droit pénal. Toutefois, non seulement, le Journal officiel ne contient qu'en partie les textes répressifs, ceux-ci se diluant de la sorte au sein d'un ensemble exponentiel dont la connaissance s'avère impossible, mais surtout, quand bien même ils seraient connus, les textes répressifs ne sont pas toujours suffisamment compréhensibles. C'est pourquoi, le texte qui fonde la punition d'un individu doit certes précéder son action, mais il doit aussi être, pour cet individu, suffisamment accessible, prévisible et stable (CEDH 26 avr. 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni, § 49. – Cons. const. 16 déc. 1999, no 99-421 DC , consid. 13. – CJCE 20 mai 2003, Rechnungshof, aff. C-465/00).

**23. Clarté, précision et intelligibilité.** - Le législateur a donc l'obligation de faire œuvre de clarté, de précision et d'intelligibilité – même si précision et clarté ne conduisent pas toujours à l'intelligibilité ! – lorsqu'il incrimine un comportement, mais aussi d'exhaustivité, en déterminant,

à la fois, un interdit et une peine. Il s'agit alors tout autant de permettre aux citoyens de connaître et de comprendre les infractions, que d'empêcher le législateur lui-même, puis le juge, de donner trop de portée à ces dernières, bref, de fixer et de diffuser un domaine d'application restreint et ostensible pour la répression pénale. Le Conseil constitutionnel l'a bien exprimé, une fois de plus, dans son importante décision des 19 et 20 janvier 1981 et dans quelques autres ultérieures : tirant de l'article 8 de la Déclaration de 1789 « la nécessité pour le législateur de définir les infractions en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire » (Décis. no 80-127 DC, préc., consid. 7), il a précisé que ce dernier devait alors rédiger la loi « dans des conditions qui permettent au juge, auquel le principe de légalité impose d'interpréter strictement la loi pénale, de se prononcer sans que son appréciation puisse encourir la critique d'arbitraire » (Cons. const. 16 juill. 1996, no 96-377 DC, consid. 11). À la fin, tout cela signifie surtout qu'un texte trop flou n'est pas susceptible de constituer une incrimination (ex. : Cons. const. 4 mai 2012, no 2012-240 QPC, où la définition du harcèlement sexuel comme « le fait de harceler autrui dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle » a été perçue comme insuffisamment précise, ce qui a conduit à l'abrogation du délit. – Cons. const. 16 sept. 2011, no 2011-163 QPC, où le Conseil constitutionnel a invalidé une loi qui prévoyait que « les viols et les agressions sexuelles sont qualifiés d'incestueux lorsqu'ils sont commis au sein de la famille sur la personne d'un mineur par un ascendant, un frère, une sœur ou par toute autre personne, y compris s'il s'agit d'un concubin d'un membre de la famille, ayant sur la victime une autorité de droit ou de fait ». Passé le constat commun de la difficile compréhension de ce langage technique pour un profane, le Conseil souligne, quant à lui, qu'il y a méconnaissance du principe de légalité des délits et des peines à « s'abstenir de désigner précisément les personnes qui doivent être regardées, au sens de cette qualification, comme membres de la famille ». À noter que, dans un cas comme dans l'autre, les infractions ont été réintroduites dans le code pénal, avec plus de précision : L. no 2012-954 du 6 août 2012 pour le harcèlement sexuel ; L. no 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant pour l'inceste).

## 2° - La mesure de l'exigence de légalité

**24. *Sine lege.*** - En droit pénal, la loi est donc partout : Nullum crimen nulla poena nullum iudicium sine lege, dit-on usuellement, à la suite non pas des Romains, mais d'un juriste du début du XIXe siècle, l'Allemand VON FEUERBACH. À l'origine de tous les interdits, la loi constitue également la source de l'ensemble des sanctions qui seront prononcées (V. infra, no 25). Plus encore, la loi a vocation à encadrer tout le processus qu'elle a, de la sorte, entièrement déterminé, quand bien même il doit être fait appel au juge pour le mettre en œuvre (V. infra, nos 26 s.).

### a. - Une origine légale

**25. *État de droit.*** - L'article 4 de la Déclaration de 1789 proclame que « la liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui : ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes

droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi ». L'article 7, quant à lui, pose que « nul homme ne peut être accusé, arrêté, ni détenu que dans les cas déterminés par la Loi, et selon les formes qu'elle a prescrites ». En droit pénal, tout procède donc de la loi. Cette confiance envers la loi apparaît d'abord, historiquement, comme une confiance envers le législateur. Représentant de la volonté générale, qui seule légitime le pouvoir de – se faire – punir qu'elle a concédé à la puissance publique par un contrat social, le législateur est puissant, pouvant soumettre jusqu'à l'État lui-même, principal débiteur du principe de légalité ; en cela est-il un « État de droit ». Dans la nouvelle répartition des pouvoirs, c'est donc le législateur qui est chargé de déterminer une répression qui sera, par la suite, simplement mise en œuvre par les pouvoirs judiciaire et exécutif. À ce stade, c'est-à-dire postérieurement à la Révolution française et au droit intermédiaire, il est ensuite classique de dresser le constat d'un incessant déclin des pouvoirs du législateur, de la superbe de la loi et, par là même, du principe de légalité. En vérité, seuls les législateurs et la loi ont, pour différentes raisons sur lesquelles nous reviendrons, perdu l'exclusivité du pouvoir de punir. Le principe de légalité, c'est-à-dire la façon dont il faut utiliser ce pouvoir, n'a pour sa part fait qu'évoluer.

b. - Un encadrement légal

**26. Fond.** - L'encadrement légal va, du point de vue du fond, de l'interdiction jusqu'à la punition. Le législateur a l'obligation d'achever son œuvre, lorsqu'il prétend produire du droit pénal. Il doit, non seulement, déterminer une incrimination, c'est-à-dire associer un comportement à une peine, mais il doit aussi la définir, c'est-à-dire en détailler les éléments constitutifs. Cela ressort très clairement des articles 111-2 et 111-3 du code pénal en vertu desquels, respectivement, « la loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs » et « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi », ou « d'une peine qui n'est pas prévue par la loi ». Ce qui emporte au moins deux conséquences. La première, c'est que l'on ne peut ainsi incriminer un comportement sans prévoir de peine. Le juge, confronté à un tel texte, qui marque le retour à l'arbitraire de la répression, ne pourra donc pas l'appliquer (ex. : Crim. 12 janv. 1983, Bull. crim. no 15, où la Cour de cassation constate que s'il est interdit, en vertu de l'article 1er de la loi du 3 janv. 1977, aux exploitants de voitures de petite remise – i.e. de location – de porter sur les véhicules des signes distinctifs de caractère commercial concernant leur activité, aucune sanction pénale n'est attachée à cette disposition ni par ladite loi ni par son décret d'application du 29 nov. 1977, lequel, d'ailleurs, ne reprend pas cette interdiction. Doit, dès lors, être cassé le jugement d'un tribunal de police condamnant un prévenu sur le fondement de l'article R. 26-15o du code pénal, qui retranscrit ce décret). La seconde conséquence est que l'on ne peut demeurer trop vague dans la description d'un comportement incriminé (ex. : Crim. 1er févr. 1990, no 89-80.673 , Bull. crim. no 56, où la Cour de cassation considère qu'il résulte des articles 6.3 a et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, des articles 34 et 37 de la Constitution et de l'article 4 du code pénal que toute infraction doit être définie en termes

clairs et précis, pour exclure l'arbitraire. En conséquence, l'article R. 362-4 du code des communes, qui punit de peines d'amendes « toutes infractions » aux dispositions de l'article L. 362-1 du même code, – lequel, en prévoyant seulement que le service extérieur des pompes funèbres appartient à titre de service public aux communes qui peuvent l'assurer, soit directement, soit par entreprise, ne définit aucune incrimination –, est entaché d'illégalité et ne saurait servir de base à une condamnation pénale).

**27. *Forme.*** - Par ailleurs, le principe de légalité s'étend des règles de fond aux règles de forme, du droit pénal général à la procédure pénale. Tout au plus faut-il souligner que son application n'est pas tout à fait la même en procédure. En effet, si le principe de légalité postule, en droit pénal de fond, un système d'exception, le principe étant la liberté, à laquelle seule la loi peut légitimement porter atteinte, tel n'est pas nécessairement sa signification en droit pénal de forme, pour lequel il s'agit, avant toute chose, d'encadrer la recherche probatoire pour préserver les libertés. Dès lors, selon ce prisme différent, le principe semble s'inverser, du moins en partie : les enquêteurs, policiers ou magistrats, ne peuvent faire que ce qui leur est expressément autorisé par la loi. Une pratique qui n'a pas préalablement été déterminée par le législateur doit donc automatiquement, à ce seul titre, être sanctionnée (ex. : Crim. 21 mars 2007, no 06-89.444 , Bull. crim. no 89 : dans le cadre d'une enquête préliminaire, des policiers ont photographié clandestinement des plaques d'immatriculation de véhicules se trouvant à l'intérieur d'une propriété privée. Or, cette procédure, qui porte atteinte à la propriété et à la vie privée, n'est réglementée par aucun texte. Elle est donc illégale). Il n'en demeure pas moins vrai que, dans le cadre de la recherche des preuves, le principe posé par le code de procédure pénale est plutôt la liberté (C. pr. pén., art. 427 ). Sauf que cette liberté-ci n'est pas du même métal que la vraie et grande Liberté : elle est instrumentalisée, ne constituant que le meilleur moyen d'atteindre la vérité, but précédemment décrit du procès pénal. De la sorte, elle ne peut s'exercer contre les libertés individuelles, fins en soi dont le respect constitue une justification invariable du principe de légalité, quelle que soit son acception. L'encadrement de la recherche probatoire permet ainsi l'observation du principe de la procédure pénale, qui n'est en réalité que l'aspect procédural de la philosophie du principe de légalité en matière pénale : le respect des libertés individuelles.

#### B - L'incrimination au-delà de la loi (approche matérielle)

**28. *La loi mise en concurrence et à l'épreuve.*** - En droit pénal comme ailleurs, la mondialisation a fait son œuvre. La multiplication et l'enchevêtrement des règles consécutifs ont démontré que la loi, autrefois souveraine en matière de droit pénal, l'est de moins en moins : il n'est plus seulement question, aujourd'hui, de protéger les valeurs d'une société donnée, fermée sur elle-même ; certaines valeurs sont communes à toutes les sociétés, ou du moins à la plupart, ce qui

justifie la création et l'essor d'un droit international pénal. Parallèlement, peut-être parce que le droit pénal s'est avéré être l'un des instruments les plus efficaces pour la mise en œuvre d'une politique économique, l'Union européenne, qui ne prétend plus faire que de l'économie, dispose désormais de prérogatives de nature pénale. La loi est désormais concurrencée, tant en interne, par le règlement, qu'à l'international, par différentes conventions internationales (V. infra, nos 29 s.). Pire encore, puisqu'elle n'est plus la seule à produire du droit pénal, il n'existe aucune raison de ne pas la contrôler, et de la sanctionner si elle remplit mal son office (V. infra, nos 40 s.).

## 1° - La mise en concurrence de la loi

**29. Sources.** - Attribut de souveraineté, le droit de punir s'attache, en principe, à un territoire national ; force la plus contraignante que puisse exercer un État sur ses citoyens, ce droit est de nature politique, donc instable. En France, pendant longtemps, seule la loi a été considérée comme suffisamment vertueuse pour produire des incriminations d'application territoriale. Toutefois, l'histoire contemporaine des sources du droit pénal est celle, d'une part, d'un effacement progressif des frontières et, d'autre part, d'une entrée en concurrence de la loi. Il faut donc désormais distinguer les sources nationales de l'incrimination (V. infra, nos 30 s.), au sein desquelles la loi n'est plus seule, des sources internationales (V. infra, nos 36 s.).

### a. - Les sources nationales

**30. Légalité au-delà de la loi formelle.** - La répression pénale, on l'a dit, ne peut être ni insidieuse, ni inégale. D'une part, elle ne se conçoit qu'accessible et prévisible, ce qui implique sa diffusion par des normes officielles, connues de tous et de chacun. D'autre part, elle doit être la même pour tous, ce qui suppose sa détermination par des normes générales, applicables à tous et à chacun. Ces nécessités, toutes contenues par le principe de légalité (V. supra, nos 14 s.), excluent le droit non écrit mais incluent, à côté de la loi, les règlements.

**31. Droit non écrit :** coutume, usages et conventions. - La coutume, les usages ou les conventions ne peuvent pas, en principe, générer du droit pénal. Cela ne signifie pas, pour autant, que ces phénomènes juridiques n'aient aucune conséquence sur la répression. En effet, les sources légitimes – lois et règlements – s'y réfèrent parfois pour remplir leur office, ce qui est conforme à la Constitution. Le Conseil constitutionnel a ainsi précisé, dans une décision rendue le 10 novembre 1982 (no 82-145 DC, consid. 3) qu'« aucun principe ou règle de valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infractions le manquement à des obligations qui ne résultent pas directement de la loi elle-même ». En l'occurrence, il s'agissait d'un article L. 153-1 du code du travail qui précisait que, « lorsqu'en vertu d'une disposition législative expresse dans une matière déterminée, une convention ou un accord collectif étendu déroge à des dispositions législatives ou réglementaires, les infractions aux stipulations dérogatoires sont passibles des sanctions qu'entraînerait la violation des dispositions législatives ou réglementaires en cause », donc

éventuellement de sanctions pénales. « La méconnaissance par une personne des obligations résultant d'une convention ayant force obligatoire à son égard peut donc faire l'objet d'une répression pénale », a précisé le Conseil. Autre exemple d'une telle incursion de normes non écrites au sein d'une incrimination, les articles 521-1 et R. 654-1 du code pénal prohibent les actes de cruauté envers les animaux, tout en précisant que la répression ne concerne pas les « courses de taureaux lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut être invoquée » et les « combats de coqs dans les localités où une tradition ininterrompue peut être établie ». Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs considéré ces dispositions comme étant conformes à la Constitution : Décis. no 2012-271 QPC du 21 sept. 2012. Un dernier exemple peut être puisé dans l'article 313-5, 2o, du code pénal : si ce texte incrimine le fait « de se faire attribuer et d'occuper effectivement une ou plusieurs chambres dans un établissement louant des chambres, lorsque l'occupation n'a pas excédé dix jours », c'est parce que l'usage est précisément, dans l'hôtellerie, de ne pas présenter la note aux clients au-delà d'une certaine durée.

**32. Droit non écrit : jurisprudence.** - Dans la même idée, l'assertion de J.-É.-M. PORTALIS est connue, selon laquelle « en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence » (Discours préliminaire du premier projet de code civil, 1801). La jurisprudence n'est donc pas, en principe, une source de droit pénal. La formule a beau être imagée, elle est dans une certaine mesure maladroite. Comme toute loi, la loi pénale nécessite un interprète en la personne du juge. L'interprétation participant ainsi de la loi, il n'est pas inenvisageable que, à certaines conditions, elle s'y substitue (ce qui serait l'aboutissement d'une conception matérielle que la Cour de Strasbourg ne paraît pas rejeter : V. *Kruslin c/ France* et *Huvig c/ France*, 24 avr. 1990, req. nos 11801/85 et 11105/84. – V. aussi, sur le rôle de l'interprétation, Cons. const. 2 mars 2004, no 2004-492 DC , consid. 13 et 14.). Ce qu'il faut alors entendre, c'est que l'interprétation ne doit pas, ici plus qu'ailleurs, aggraver le droit écrit, en durcissant la répression. En droit pénal, toujours par application du principe de légalité, la loi pénale, de fond comme de forme, est et demeure « d'interprétation stricte » (C. pén., art. 111-4 ), ce qui est tant la conséquence du caractère exceptionnel de ce droit, que la cause du caractère mesuré de l'intervention du juge pénal. Invoquée à d'innombrables reprises, plus par la doctrine que par le juge, la règle doit ainsi être bien comprise, qui impose au juge pénal de rester serré à la loi – et non au texte ! Le juge a le devoir de faire preuve, dans son interprétation de la loi pénale, de rigueur et d'exactitude : appliqué aux règles, l'adjectif « strict » signifie effectivement « qui se réalise avec rigueur » et « qui est tout à fait conforme à ce qui est exigé » (Centre national de ressources textuelles et lexicales (CNRTL).). Dès lors, l'interprétation stricte représente, du point de vue du juge pénal, plus une attitude raisonnable qu'un processus mécanique. Telle est la forme la plus évidente qu'emprunte son respect de la loi et, à travers elle, sa considération envers les libertés.

**33. Loi.** - Au sens large du terme, la loi englobe tout le droit écrit et, de la sorte, contient également le règlement. Selon ce point de vue, tout le droit pénal procède effectivement de la loi. Au sens

plus strict du terme, que l'on retiendra ici, la loi représente seulement le texte qu'a voté le Parlement, c'est-à-dire les représentants du peuple, avec tout ce que suppose la procédure constitutionnelle. La lecture de l'article 34 de la Constitution de 1958 révèle ainsi que « la loi fixe les règles concernant [...] la détermination des crimes et délits ainsi que les peines qui leur sont applicables », ce que confirment les articles 111-2 et 111-3 du code pénal. À dire vrai, c'est dans la fixation de la peine que l'essentiel de cette compétence réside puisque, on l'a dit, le législateur peut ériger en infractions – bref, assortir d'une peine – le manquement à des obligations qui ne résultent pourtant pas de la loi mais, par exemple, d'une convention, voire d'un règlement (Cons. const. 25 juill. 1984, no 84-176 DC, consid. 7 et 8 : à propos de l'infraction, définie par le règlement, d'émission de radio sans autorisation, d'émission en méconnaissance d'une décision de retrait ou de suspension de l'autorisation et d'émission faite en ne respectant pas les conditions fixées par l'autorisation). Ce dernier point est particulièrement notable, car il est en l'occurrence donné au pouvoir réglementaire l'aptitude de pénétrer dans le domaine de la loi, fût-ce en demeurant accompagné par cette dernière. Cela doit d'autant plus être souligné que ce n'est pas la seule marque du nouveau partage de la compétence pénale. La Constitution de 1958 a, en effet, assoupli la production légale du droit pénal de deux autres façons : d'une part, en ne faisant pas référence aux contraventions au sein de l'article 34, la Constitution a autorisé le règlement à concurrencer la loi en ce domaine, puisque, en vertu de son article 37, « les matières autres que celles qui sont du domaine de la loi ont un caractère réglementaire ». Pour autant, sans doute parce qu'il existe une sorte de plénitude de compétence de la loi en matière pénale, rien ne s'oppose, malgré la lettre de l'article 37, à ce que des contraventions soient déterminées par le législateur. Le Conseil constitutionnel l'a précisé dans une décision du 30 juillet 1982 (no 82-143 DC, consid. 11 : « Par les articles 34 et 37, alinéa 1er, la Constitution n'a pas entendu frapper d'inconstitutionnalité une disposition de nature réglementaire contenue dans une loi, mais a voulu, à côté du domaine réservé à la loi, reconnaître à l'autorité réglementaire un domaine propre et conférer au Gouvernement, par la mise en œuvre des procédures spécifiques des articles 37, alinéa 2, et 41, le pouvoir d'en assurer la protection contre d'éventuels empiètements de la loi ») ; d'autre part, la Constitution a tout autant autorisé le pouvoir exécutif à concurrencer la loi dans son propre domaine, à savoir la détermination des crimes et délits et des peines afférentes, qu'il s'agisse pour le président de la République de recourir à la procédure de crise de l'article 16 ou, pour le Gouvernement, de procéder par voie d'ordonnances après délégation du Parlement, comme le permet l'article 38.

**34. Règlements : compétence.** - Comme cela vient d'être dit, l'article 37 de la Constitution de 1958 donne compétence au pouvoir réglementaire, autrement dit, au pouvoir exécutif, en matière contraventionnelle. Équivoque à la seule lecture dudit texte, cette compétence est expressément affirmée par les articles 111-2 et 111-3 du code pénal où l'on apprend, ce dont il était possible de douter, qu'elle concerne tant cette catégorie d'infractions que leurs peines. Il y est néanmoins précisé que le pouvoir réglementaire est tenu par les limites et distinctions établies par la loi, ce qui signifie que seul le législateur fixe le seuil en deçà duquel on bascule du domaine délictuel au domaine contraventionnel, ainsi que les différents seuils contraventionnels (les fameuses cinq

classes de contraventions : C. pén., art. 131-13 ). Préalablement, le Conseil constitutionnel avait déjà étroitement borné le pouvoir réglementaire, en précisant que « la détermination des contraventions et des peines qui leur sont applicables est du domaine réglementaire lorsque lesdites peines ne comportent pas de mesure privative de liberté » (Cons. const. 28 nov. 1973, no 73-80 L , consid. 11. – Cette décision est cependant restée sans grand effet, la saisine du Conseil constitutionnel étant encore, à l'époque, des plus restreintes), ce dont le législateur a fini par prendre acte en supprimant, à l'occasion de l'adoption du code pénal de 1992, les peines d'emprisonnement contraventionnelles (C. pén., art. 131-12 ).

**35. Règlements** : déclinaison. - Ce que l'on appelle règlements, ce sont d'abord les décrets puis les arrêtés ministériels, préfectoraux et municipaux, le domaine d'effectivité de ces derniers étant tributaire du champ de compétence de l'autorité qui les prend (État, région, département, commune). Au sein de tous ces actes, il faut cependant distinguer les décrets pris en Conseil d'État (« le Conseil d'État entendu ») qui seuls, dans les limites fixées par la loi, peuvent déterminer à la fois une incrimination et une sanction (C. pén., art. R. 610-1 s., bref, le livre VI de la partie réglementaire), et qui sont même susceptibles de représenter un véritable complément de la loi lorsque celle-ci, ayant préalablement fixé une peine, leur laisse le soin de définir avec plus ou moins de latitude le comportement incriminé (ex. : C. pén., art. 221-6 , qui incrimine certains manquements à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement ; art. 413-7 et R. 413-1 s., sur le fait de s'introduire sans autorisation dans un lieu intéressant la défense nationale, le lieu étant précisé par le règlement. – C. urb., art. L. 480-4 , en vertu duquel constitue un délit l'exécution de travaux en violation de dispositions réglementaires ou d'autorisations administratives). Les décrets simples et les arrêtés ministériels ne font que préciser la loi, de même que les autres arrêtés, sauf à souligner l'existence d'une délégation réglementaire autorisant les préfets et les maires à punir d'une amende prévue pour les contraventions de la 1<sup>re</sup> classe des comportements considérés comme portant ou comme étant susceptibles de porter atteinte à la tranquillité, la sécurité ou la salubrité publique (C. pén., art. R. 610-5 ; on a beaucoup parlé de ce pouvoir des maires, récemment, à propos du « burkini »). À ces différents actes, il faut ajouter les circulaires et avis qui, n'ayant pas de valeur normative, ne peuvent pas servir de fondement à une poursuite. Mais quand on sait que le ministère public, autorité chargée de requérir l'application de la loi, est soumis hiérarchiquement au pouvoir exécutif, on reconsidère la valeur de ces documents administratifs, fût-elle de la sorte très diffuse.

b. - Les sources internationales

**36. Internationalisation**. - Il existe un droit pénal international « ayant pour objet les rapports du droit de punir avec la souveraineté des États » (C. LOMBOIS, Droit pénal international, 2e éd., 1979, Dalloz, no 2). Il procède notamment du constat du franchissement des frontières par la répression et de son affranchissement corrélatif de la souveraineté des différents États. Il peut ainsi arriver que des incriminations soient générées, en tout ou partie, directement ou indirectement, par

l'ordre juridique international, par le biais d'une ou de plusieurs conventions. La question est en vérité très complexe, ne concernant par exemple pas que le fond du droit pénal (la procédure est hautement concernée), mais il semble que l'on puisse au moins s'accorder sur le fait que, du point de vue des incriminations, le germe d'internationalité est susceptible de prendre deux formes : soit il est question d'inciter les États, avec plus ou moins de force, à incriminer un comportement, soit il s'agit de l'incriminer directement dans l'ordre international. C'est finalement distinguer l'origine de la nature internationale d'une incrimination.

**37. *L'origine internationale d'une infraction.*** - En raison d'un accord ou d'une volonté d'accord des États sur une ou plusieurs questions pouvant entretenir un rapport plus ou moins direct et immédiat avec la répression, des organisations internationales ont été créées (ONU, UE, Conseil de l'Europe, OCDE, etc.), qui sont alors susceptibles d'influencer le système pénal de chacun desdits États. Outre que ces derniers ont eux-mêmes fait ce choix de rapprochement, ils y gagnent assurément, puisqu'il s'agit notamment de rendre la répression de certains comportements plus efficace. Mais c'est, il faut le souligner, au prix d'une concession plus ou moins importante d'une partie de leur souveraineté. En France, en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958, une convention internationale s'impose à la loi à condition, d'une part, de la réciprocité de son application par les parties et, d'autre part, de sa ratification puis de sa publication. Il faut cependant préciser que certaines conventions échappent à la condition de réciprocité : le Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et les actes dérivés (règlements directement applicables, directives à transposer, recommandations et avis) ainsi que la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La plupart du temps, les normes internationales n'incriminent pas directement des comportements. Elles obligent les États à un résultat pénal plus ou moins précis, laissant ceux-ci libres de déterminer les moyens techniques et politiques permettant, dans le cadre de leur souveraineté, de l'atteindre : réforme d'ensemble ou modification ponctuelle ; création ou modification d'une règle ; définition propre des infractions ou renvoi à la norme internationale, etc. Il est donc davantage question d'harmoniser la répression des comportements concernés que de l'uniformiser, les États n'étant soumis, à la fin, qu'à un contrôle de compatibilité des instruments finalement déterminés avec les exigences internationales (ex. : art. 2 de la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe du 27 nov. 1999, qui précise que « chaque Partie adopte les mesures législatives et autres qui se révèlent nécessaires pour ériger en infraction pénale, conformément à son droit interne, lorsque l'acte a été commis intentionnellement, le fait de proposer, d'offrir ou de donner, directement ou indirectement, tout avantage indu à l'un de ses agents publics, pour lui-même ou pour quelqu'un d'autre, afin qu'il accomplisse ou s'abstienne d'accomplir un acte dans l'exercice de ses fonctions »).

**38. *Droit pénal de l'Union européenne.*** - Selon ce schéma, l'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne est un phénomène désormais incontestable. Un arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes – que l'on appelle maintenant la Cour de justice de l'Union européenne –, rendu le 13 septembre 2005 (Commission c/ Conseil, aff. C-176/03), a, à cet égard, constitué un

tournant dans l'appréhension communautaire de la répression. La Cour y a en effet précisé que si, « en principe, la législation pénale tout comme les règles de la procédure pénale ne relèvent pas de la compétence de la Communauté », cela ne saurait « empêcher le législateur communautaire, lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves à l'environnement, de prendre des mesures en relation avec le droit pénal des États membres et qu'il estime nécessaires pour garantir la pleine effectivité des normes qu'il édicte en matière de protection de l'environnement ». Les quelques incertitudes soulevées par cette jurisprudence, notamment la question de la portée exacte de ces prérogatives pénales, ont été effacées par la clarté sur ce point du traité de Lisbonne, signé le 13 décembre 2007 : l'article 83, § 2, du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne prévoit, en effet, que « lorsque le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires en matière pénale s'avère indispensable pour assurer la mise en œuvre efficace d'une politique de l'Union dans un domaine ayant fait l'objet de mesures d'harmonisation, des directives peuvent établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions dans le domaine concerné » (ex. : Dir. 2011/36/UE relative à la prévention et de la lutte contre la traite des êtres humains, transposée par la loi du 5 août 2013 qui a consécutivement incriminé l'esclavage à l'art. 224-1 A C. pén.).

**39. La nature internationale d'une infraction.** - Rares sont les incriminations proprement internationales – c'est-à-dire générées par la communauté internationale – et leur histoire est mouvementée. On ne trouve guère que des atteintes à ce point graves que l'on considère qu'elles sont portées à l'humanité tout entière. Ainsi, même si le code pénal incrimine les crimes contre l'humanité – c'est même la première chose qu'il réprime, aux articles 211-1 et suivants –, l'appréhension de l'humanité par le droit pénal a d'abord été internationale. C'est, en effet, la Charte du Tribunal militaire international de Nuremberg annexée à l'Accord de Londres du 8 août 1945 qui a longtemps fondé seule les poursuites pour crime contre l'humanité. Cette infraction se définissait alors comme « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain commis contre toute population civile, avant ou pendant la guerre, ou bien les persécutions pour des motifs politiques, raciaux ou religieux, lorsque ces actes ou persécutions, qu'ils aient constitué ou non une violation du droit interne du pays où ils ont été perpétrés, ont été commis à la suite de tout crime rentrant dans la compétence du tribunal, ou en liaison avec ce crime ». À ce texte fondateur se sont ensuite ajoutés différents autres textes internationaux, ceux-ci ayant permis de réprimer, sous la qualification de crime contre l'humanité, d'autres formes d'atrocité. C'est le cas, par exemple, de la Convention des Nations unies du 9 décembre 1948 sur la prévention et la répression du crime de génocide. Dès le départ, c'est-à-dire postérieurement à la Seconde Guerre mondiale, des juridictions internationales ont été créées afin de juger les crimes contre l'humanité, leur compétence, fût-elle provisoire et localisée (Nuremberg pour les crimes de l'Allemagne nazie, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, Tribunal pénal international pour le Rwanda, etc.), devant désormais être combinée avec celle des juridictions nationales. Leur intérêt est évident : il s'agit, d'une part, de contrer les limites généralement territoriale et personnelle

dans lesquelles la répression d'un comportement par un État est enserrée et, d'autre part, d'être en mesure de sanctionner les ressortissants d'un État malgré les réticences de ce dernier – notamment lorsque c'est l'un de ses dirigeants qui est mis en cause. Depuis le 1er juillet 2002, la chose est – encore imparfaitement – réglée par le statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté le 17 juillet 1998. Ce statut, non seulement, précise la compétence de la Cour, mais il détaille aussi, dans ses articles 5 et suivants, ce que sont les crimes relevant de cette compétence : génocide (art. 6), crimes contre l'humanité (art. 7), crimes de guerre (art. 8) et crime d'agression (art. 8 bis). La Cour pénale internationale a rendu son premier arrêt de condamnation le 10 juillet 2012 à l'encontre de Thomas Lubanga. Il a été condamné à 14 ans de prison pour le recrutement d'enfants soldats lors du conflit en République démocratique du Congo.

## **2° - La mise à l'épreuve de la loi**

**40. Essor des contrôles de la loi.** - En France, sans doute en raison d'un amour immodéré de la loi, on oublie souvent que C. BECCARIA a critiqué les lois avant de les prôner. Dès l'avènement du principe de légalité, existe donc déjà l'idée que, pour punir, n'importe quelle loi ne fait pas l'affaire. Affirmer cela demeure cependant un vœu pieux à défaut d'existence de mécanismes d'éviction ou de correction des mauvaises lois. Toutefois, l'avènement postérieur des normes « supralégislatives » et des contrôles qui vont avec, bref, le passage du légicentrisme au normativisme, a complètement changé la donne. Le principe de légalité devient pleinement effectif, puisqu'il est désormais sanctionné, d'une part, par le biais d'un contrôle de conventionnalité (V. infra, no 41) et, d'autre part, par le biais d'un contrôle de constitutionnalité (V. infra, nos 42 s.).

### **a. - Le contrôle de conventionnalité**

#### **41. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.**

- Même si le contrôle concerne toutes les conventions auxquelles la France a adhéré, à condition que l'article 55 de la Constitution ait été respecté, on pense, essentiellement, au contrôle de conventionnalité de la loi à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales de 1950, texte applicable directement dans tous les pays membres du Conseil de l'Europe (47 pour le moment, dont la Turquie et la Russie, ou encore Monaco) – en France depuis 1974 – et dont l'interprétation a été confiée à la Cour européenne des droits de l'homme, située à Strasbourg. Cette norme fondamentale, de valeur supralégislative en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958, peut être invoquée devant n'importe quel juge interne, qui sera apte à procéder lui-même au contrôle de conventionnalité (Cass., ch. mixte, 24 mai 1975, Bull. ch. mixte, no 4, Jacques Vabre pour le juge judiciaire). La Cour européenne peut également être saisie par tout justiciable français, depuis 1981, à condition que celui-ci ait épuisé les voies de recours internes. Par ailleurs, à compter du 1er août 2018 et l'entrée en vigueur du Protocole no 16, la Cour de cassation, notamment, pourra, « dans le cadre d'une affaire pendante devant elle », « adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation

ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». Or, le droit issu de la Convention européenne contient, outre le principe de légalité strictement entendu (Conv. EDH, art. 7 : « Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international »), la plupart des exigences que suppose lato sensu ce principe. Il permet donc à la loi française d'être conforme à ces dernières.

b. - Le contrôle de constitutionnalité

**42. Essor du contrôle.** - Bien que possible depuis 1958, c'est-à-dire depuis la création du Conseil constitutionnel, le contrôle de constitutionnalité de la loi a connu trois grands essors en matière pénale. En premier lieu, en 1971, par sa décision « Liberté d'association » du 16 juillet 1971 (no 71-44 DC), le Conseil constitutionnel a inséré le préambule de la Constitution au sein des normes de référence utilisées pour effectuer son contrôle ; puis, par sa décision « Taxation d'office » du 27 décembre 1973 (no 73-51 DC), il a considéré qu'il pouvait désormais contrôler la conformité d'une loi à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Or, il a été déjà souligné que toutes les vertus que doit avoir la loi pénale figurent dans ce texte majeur (V. supra, nos 14 s.). En deuxième lieu, en 1974, la possibilité offerte à soixante parlementaires de saisir le Conseil constitutionnel a conduit à une explosion des saisines, notamment dans le domaine pénal. En effet, constituant la seule véritable arme de l'opposition pour lutter contre un texte de la majorité en place, la saisine du Conseil a fini par être quasi systématiquement mise en œuvre par les parlementaires – à quelques exceptions près dont, quand même, les lois qui ont instauré le code pénal de 1992... – lorsque l'objet de la loi litigieuse avait trait au droit pénal. En effet, en raison de sa relation de conflit avec les libertés, cette discipline est, aujourd'hui comme hier, fortement marquée politiquement. En dernier lieu, depuis le 1er mars 2010, l'instauration de la question prioritaire de constitutionnalité, bref, d'un contrôle de constitutionnalité a posteriori ou par exception, a permis de mettre en œuvre un contrôle de toutes les dispositions pénales qui, préalablement, y avaient échappé. Chaque justiciable peut effectivement, à tout stade de la procédure, mettre en cause la constitutionnalité des dispositions applicables à sa situation. S'ensuit une procédure de filtres successifs qui, s'il s'avère que la question est nouvelle ou qu'elle présente un caractère sérieux, mènent à la saisine du Conseil constitutionnel, qui va se prononcer sur la constitutionnalité de la disposition critiquée. Une fois la réponse du Conseil connue, la juridiction initialement saisie se prononce sur le fond du dossier.

**43. Conséquences.** - Ce remplacement progressif d'une légalité formelle (par la source) par une légalité matérielle (par le contenu) a exercé une influence sur la notion même de la loi pénale. Désormais, la loi est davantage ce qui a la qualité d'une loi que ce qui a été adopté par le Parlement. C'est la raison pour laquelle, du point de vue de la Cour européenne et du Conseil constitutionnel, l'interprétation est susceptible de participer de la norme répressive, qu'elle clarifie et qu'elle précise. Il en résulte que la jurisprudence peut désormais être une source de droit pénal (V. supra, no 32).

## § 2 - L'art

44. Association d'une norme de comportement et d'une norme de pénalité. - La loi peut donc créer des incriminations, c'est-à-dire des normes de comportement – « tu ne voleras pas ; tu ne tueras pas », etc. – dont l'irrespect fait encourir une peine : « si tu voles, trois ans de prison et 45 000 euros d'amende », etc. Autrement dit, il s'agit d'associer des normes de comportement et des normes de pénalité (C. LOMBOIS, Droit pénal général, op. cit., p. 17 s.). Précisons, à cet égard, que l'incrimination ainsi perçue est usuellement appelée « élément » ou « préalable » légal de l'infraction, en ce sens qu'il ne peut exister d'infraction qui n'ait été préalablement prévue par un texte. La lecture des textes incriminateurs, c'est-à-dire des incriminations, renseigne sur la mesure de la liberté dont dispose chacun au sein de notre société et, afin que l'information essentielle ainsi obtenue soit la plus claire possible, sa forme est toujours la même : description d'un comportement ; association d'une peine à celui qui l'adopte. Toutefois, pour construire de telles incriminations (V. infra, nos 47 s.), encore faut-il préalablement déterminer les résultats que l'on souhaite éviter (V. infra, nos 45 s.).

### A - La fin : la détermination des résultats à éviter

**45. Trouble social à éviter.** - Le législateur incrimine un comportement lorsque celui-ci est de nature à causer un trouble suffisamment grave à l'ordre public. Le résultat que l'on entend ainsi éviter est donc connoté : il s'agit d'un trouble, d'un mal social, d'un événement que la société redoute, bref, d'un préjudice en devenir (ex. : atteinte à la vie d'une personne ou, moins gravement, à sa propriété). L'opération d'incrimination est, en effet, avant tout préventive : il s'agit, avant même de réprimer, de déjouer la réalisation d'un dommage attendu, d'un résultat redouté. Dès lors, la lecture des incriminations permet de reconstituer les valeurs sociales éminentes, celles qui importent le plus pour la société ; c'est la fonction expressive du droit pénal (R. BADINTER, Projet de nouveau Code pénal, 1988, Dalloz, p. 10-11). Surtout, la recherche de ce but est, en principe, la donnée première d'une opération rationnelle, en vertu de laquelle le législateur va ériger un comportement en une infraction : parce que ce comportement cause inéluctablement le trouble redouté (ex. : vol qui porte atteinte à la propriété), on l'interdit, sous la menace d'une peine, autrement dit, on en fait une infraction.

**46. Trois précisions.** - Tout d'abord, le résultat, trouble ou préjudice à éviter, par l'étendue de sa gravité, justifie et explique la peine encourue par l'auteur du comportement incriminé, participant

donc à la détermination, en amont, de la qualification de l'infraction : s'agira-t-il d'une contravention, d'un délit ou d'un crime ? Cela apparaît de manière particulièrement évidente pour les infractions dites « de résultat », dont la qualification peut changer en fonction du résultat obtenu par l'infraction (ce qui est le cas de la plupart des infractions d'imprudence, ainsi que des violences : V. par ex. C. pén., art. 222-7 s., R. 624-1 et R. 625-1 ). Ensuite, bien que d'apparence exclusivement sociale, puisque c'est la société qui se protège par la construction d'un système répressif, le trouble ou préjudice à éviter, peut trouver sa cause dans un intérêt individuel. C'est en effet, bien souvent, la considération de préjudices privés qui pousse le législateur à incriminer un comportement. Il n'est pas rare qu'une incrimination protège, à la fois, un intérêt public et un intérêt privé. À l'exemple classique du faux, qui « peut affecter, soit un intérêt privé, soit un intérêt social » (Crim. 5 nov. 1903, DP 1904. 1. 25, note G. Le Poittevin. – Crim. 19 févr. 1975, Gaz. Pal. 1975. 1. 397), on pourrait ajouter celui de chacune des infractions contre la propriété : de même que le faux porte atteinte « à la confiance nécessaire qui est l'âme de toutes les transactions sociales » (Y. MAYAUD, La résistance du droit pénal au préjudice, Mélanges B. Bouloc, 2006, Dalloz, p. 812), le vol, par exemple, s'attaque à la propriété qui est « la base essentielle de toute société, [son] lien et [sa] force ; [...] l'élément de la civilisation et de l'ordre » (A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, Théorie du Code pénal, t. VI, 1840, éd. E. Legrand, p. 543). Enfin, il est concevable de ne pas faire correspondre le résultat à éviter et le résultat incriminé. Par volonté de l'éviter, il est effectivement possible d'intervenir en amont, afin d'incriminer un comportement qui risque de causer le résultat à éviter mais ne le causera pas nécessairement (ex. : incriminer le port d'arme illicite pour éviter des atteintes à la vie), voire d'incriminer un comportement qui tendait vers ce résultat, mais n'y est pas parvenu (tentative). Mais c'est déjà entrer dans la construction de l'incrimination.

## B - Le moyen : la construction des incriminations

**47. Tout et parties.** - Le législateur incrimine donc les comportements dont la réalisation cause, plus ou moins directement, les résultats qu'il entend éviter. Il le fait en associant des éléments dont la réunion conduit à ce résultat à une peine (ex. : dans le vol, une soustraction, élément matériel, et la conscience et la volonté de prendre la chose d'autrui, élément moral). Toutefois, plusieurs comportements étant généralement susceptibles de provoquer un même résultat à éviter (ex. : le vol porte atteinte à la propriété, mais c'est le cas aussi de l'abus de confiance ou de l'escroquerie), le législateur doit, non seulement, les incriminer les uns en plus des autres, mais aussi, éventuellement, les incriminer les uns en considération des autres. C'est dire que, si l'incrimination est construite comme un ensemble d'éléments (V. infra, nos 48 s.), elle peut aussi représenter un élément au sein d'un ensemble (V. infra, nos 52 s.).

### 1° - Un ensemble d'éléments

**48. Alchimie constitutive.** - Partant du résultat à éviter et, plus précisément, de l'alchimie en partie juridique, en partie matérielle, qui peut y conduire, le législateur inventorie les différents comportements aptes à le causer, puis les incrimine en les dotant textuellement d'une sanction. À l'issue de cette démarche, le résultat à éviter demeure dans l'incrimination, et il se déduira donc automatiquement de la commission de l'infraction. C'est pourquoi, il n'est pas nécessaire, en principe, de démontrer l'existence d'un préjudice ou d'un trouble pour sanctionner une infraction ; la démonstration de la réalisation de celle-ci suffit à le faire (ex. : la commission d'un vol provoque ipso facto une atteinte à la propriété). Plus précisément, le législateur va procéder à différentes qualifications infractionnelles en remontant la chaîne des modes de réalisation d'un préjudice à éviter. Il va poser dans des textes les moyens frauduleux employés par l'auteur, puis l'objet vers lequel la main et la volonté de ce dernier devront tendre. Cet objet est la représentation d'un intérêt considéré comme suffisamment important pour bénéficier d'une protection pénale. Sa présence dans le texte d'incrimination est nécessaire, non seulement à cette fin de représentation, mais surtout parce que seule sa rencontre avec le comportement de l'auteur va provoquer la lésion de l'intérêt protégé, c'est-à-dire le trouble ou le préjudice. C'est pourquoi, la rencontre des moyens et de l'objet, telle qu'elle est prévue par l'incrimination, cause effectivement et automatiquement un préjudice, la formulation expresse de celui-ci n'étant donc plus indispensable. Cela explique, par exemple, que la Cour de cassation précise qu'en matière d'abus de confiance, « l'appréciation de l'existence d'un préjudice souffert par la partie civile se trouve incluse dans la constatation du détournement d'une chose visée par l'article 408 [du code pénal de 1810] et lui appartenant » (ex. : Crim. 5 mars 1980, Bull. crim. no 81). Dans la même idée, mais en matière d'escroquerie, la chambre criminelle souligne que « le préjudice [...] est établi dès lors que les remises ou versements n'ont pas été librement consentis mais ont été extorqués par des moyens frauduleux » (ex. : Crim. 15 juin 1992, no 91-83.558 , Bull. crim. no 234. – Crim. 28 janv. 2015, no 13-86.772 , Bull. crim. no 24). L'abus de confiance et l'escroquerie sanctionnent effectivement les atteintes à la propriété et, à cette fin, décrivent chacun un comportement qui, en soi, préjudicie nécessairement au propriétaire d'un bien.

**49. Exemples.** - Par exemple, pour rester en matière d'infractions contre les biens, les incriminations sont donc construites pour protéger la propriété, que celle-ci soit perçue comme un mécanisme fondamental du droit, donc social, ou comme un droit subjectif, donc individuel. La définition de chacune de ces incriminations contient alors, complétant l'injonction constante, souvent implicite – « il ne faut pas » –, tant la représentation de l'intérêt protégé, en l'occurrence le bien – ou « la chose d'autrui », c'est idem –, c'est-à-dire l'objet d'un droit de propriété, que la forme de l'atteinte qui va être portée à ce dernier et qui, conséquemment, sera prohibée : la soustraction (vol), le détournement (abus de confiance) ou encore la dégradation. Rappelons que cette norme de comportement ou, plus prosaïquement, ce devoir, ne sera effective qu'à la seule condition qu'elle soit mise en corrélation avec une norme de répression, cette dernière participant même déjà, la plupart du temps, de la norme de comportement : c'est, en effet, parce que telle action est menacée d'une peine, et que cette peine est en mesure d'être prononcée, que le comportement qui consiste à s'en abstenir constitue un devoir de chacun. La boucle est bouclée.

**50. Plus de densité.** - À partir de ce modèle idéal, un certain nombre de variations existent, qu'il s'agisse pour l'infraction de gagner ou, à l'inverse, de perdre en densité. Il peut, d'abord, se produire un gain de densité. Une incrimination peut, ainsi, prendre une forme très simple – « le vol est la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui », pose l'article 311-1 du code pénal ; il « est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende », complète l'article 311-3 – sans que ne manque pourtant l'un de ses éléments, intention comprise. Mais l'incrimination peut également prendre une forme plus complexe, précisant, par exemple, la situation dans laquelle l'acte infractionnel devra s'inscrire. Ainsi, le détournement qui constitue l'abus de confiance, prohibé par l'article 314-1 du code pénal, ne peut avoir lieu que dans un cadre contractuel ou quasi contractuel, après une manifestation de confiance généralement matérialisée par une remise : celle d'un bien. C'est que l'atteinte subie par la propriété peut, non seulement, se matérialiser en une simple soustraction de la chose, alors que la victime n'aurait jamais pris le risque de faire circuler son bien juridiquement ; mais elle peut, tout autant, prendre des formes plus subtiles, lorsque le propriétaire a volontairement – mais provisoirement – distribué une partie de sa propriété, en confiant un usage de son bien à un tiers, ou lorsqu'il y a involontairement renoncé à la suite d'une tromperie. L'atteinte pénale est, en effet, susceptible d'intervenir dans la plupart des situations de disposition d'un objet de propriété. C'est pourquoi, il est nécessaire que plusieurs textes envisagent et précisent les différents cadres dans lesquels peut juridiquement s'inscrire un bien, avant même de décrire l'acte délictueux qui, la plupart du temps, ne fera que s'en déduire. Par ailleurs, en sus de ces cadres infractionnels plus ou moins denses, il peut arriver que certaines circonstances, prévues par la loi, s'ajoutent à une infraction et conduisent, en conséquence, à l'atténuation ou à l'aggravation de la répression. C'est alors l'élément matériel de l'infraction qui gagne en densité, la difficulté étant que parfois, il est difficile de savoir si ce gain doit conduire à aggraver la peine encourue pour une infraction ou à constituer deux infractions. Bien souvent, en effet, les circonstances aggravantes prennent la forme d'autres infractions. Par exemple, pourquoi retenir un vol avec violence plutôt qu'un vol et des violences ? Parce que la loi le dit, tout simplement, mais aussi parce que les éléments concernés forment, ensemble, un tout indivisible. Si ces éléments deviennent divisibles, par exemple si le vol et les violences sont séparés dans le temps, les secondes ne constituant pas le moyen de commettre le premier, alors il existe deux infractions (V. infra, nos 188 s.).

**51. Moins de densité.** - Il peut, ensuite et inversement, se produire une perte de densité : c'est ce qui se passe lorsque la tentative est constituée. Dans sa démarche de prévention pour préserver une valeur donnée, le législateur dispose effectivement d'une certaine marge de manœuvre, puisqu'il peut incriminer la simple tentative d'infraction (ex. : tentative de meurtre). Il faut alors, mais il suffit de démontrer un début d'infraction pour déclencher la répression. On y reviendra (V. supra, nos 87 s.).

## **2° - Un élément au sein d'un ensemble**

**52. Ensemble d'incriminations.** - Lors de l'opération d'incrimination, le législateur peut aussi prendre en compte les autres incriminations, c'est-à-dire incriminer un comportement en considération d'un autre comportement déjà incriminé. Parfois, cette considération apparaît expressément dans la nouvelle incrimination : c'est le cas des infractions dites « conditionnées » (V. infra, nos 53 s.). Parfois, cette considération, pour être réelle, ne demeure qu'implicite : c'est le cas des infractions dites « obstacles » (V. infra, nos 56 s.).

a. - Les infractions conditionnées

**53. Une autre infraction.** - Deux types d'incriminations supposent, au sein de leurs éléments constitutifs, la commission d'une autre infraction ; elles sont, en ce sens, conditionnées par cette autre infraction (P. CAZALBOU, Étude de la catégorie des infractions de conséquence, 2016, LGDJ). Leur incrimination est donc liée à une autre incrimination, soit qu'il s'agisse de sanctionner le complice d'une infraction commise après, soit qu'il s'agisse de sanctionner le receleur du produit d'une infraction ou encore toute autre personne dont le comportement est lié à une infraction précédemment commise – à condition bien sûr que la loi le prévoit.

54. Complicité. - Le complice, d'abord, est, en vertu de l'article 121-7 du code pénal, la personne qui sciemment, par aide ou assistance, a facilité la préparation ou la consommation d'un crime ou d'un délit. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre. En vertu de l'article 121-6 du code pénal, il est puni comme s'il était l'auteur de l'infraction.

**55. Recel.** - Le recel, ensuite, est, en vertu de l'article 321-1, « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit. Constitue également un recel le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit. Le recel est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375 000 euros d'amende ». Le recel représente, ainsi, une infraction dite « de conséquence », car il est fondé sur une infraction d'origine tout en en demeurant distinct. C'est le cas aussi du blanchiment du produit d'une infraction (C. pén., art. 324-1 ) ou encore du fait de conserver, porter ou laisser porter à la connaissance du public ou d'un tiers ou d'utiliser de quelque manière que ce soit un enregistrement ou un document obtenu par une atteinte à la vie privée d'autrui (C. pén., art. 226-2 ). Dans tous ces cas, le lien entre les deux infractions conduit alors à doter les infractions de conséquence d'un régime en partie tributaire de l'infraction première : par exemple, l'article 321-4 du code pénal dispose, pour le recel, que « lorsque l'infraction dont provient le bien recelé est punie d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 321-1 ou 321-2, le receleur est puni des peines attachées à l'infraction dont il a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance ».

## b. - Les infractions-obstacles

**56. Infractions formelles.** - Les infractions sont, la plupart du temps, « matérielles », en ce sens que leur commission suppose et donc provoque une atteinte effective à la valeur protégée, autrement dit, que le résultat à éviter ne l'a pas été (ex. : le meurtre suppose que les lésions infligées aient causé la mort de la victime). Toutefois, il peut arriver que, précisément pour éviter d'en arriver là, soient incriminés des comportements indépendamment du résultat obtenu, qui n'est donc pas nécessaire à la constitution de l'infraction. L'empoisonnement, par exemple, demeure punissable que la victime soit décédée ou pas (C. pén., art. 221-5 ). On dit alors de ces infractions qu'elles sont « formelles » (autres ex. : art. 434-15 , i.e. la subordination de témoins, qui est punie même si elle « n'est pas suivie d'effet » ; art. 442-1 , i.e. la fabrication de fausse monnaie, son utilisation étant inutile à la constitution de l'infraction ; art. 441-1 , i.e. le faux qui est incriminé indépendamment de son usage). Il n'empêche que ces infractions formelles demeurent construites en considération du résultat à éviter, puisque les comportements concernés sont, malgré tout, susceptibles de le causer et, par ailleurs, s'ils le causent, la qualification formelle s'impose sur la qualification matérielle, le comportement que la première décrit étant plus précis que celui décrit par la seconde (*specialia generalibus derogant*. – Ex. : empoisonnement et meurtre). À la fin, l'infraction formelle n'apparaît comme rien d'autre qu'une incrimination spécifique d'une forme de tentative de l'infraction matérielle correspondante.

**57. Infractions-obstacles.** - Toujours en partant d'un résultat à éviter, mais en s'éloignant de plus en plus – en remontant ce que l'on appelle le chemin du crime, l'*iter criminis* –, certains comportements sont incriminés de façon purement préventive, parce que leur commission est susceptible de créer une situation conduisant au résultat à éviter (ex. : C. route, art. L. 234-1 , i.e. l'incrimination de la conduite en état d'ivresse, afin de préserver l'intégrité physique du conducteur ou des autres. – C. pén., art. R. 641-1 , i.e. l'incrimination de l'abandon d'une arme, afin d'éviter qu'elle soit utilisée. – C. consom., art. L. 121-1 , i.e. l'incrimination de la publicité mensongère, qui ne conduit pas forcément à ce que soit acquis par la victime le bien concerné). On les appelle, pour cette raison, des infractions-obstacles. Ces comportements créent un péril, et c'est ce péril qui est incriminé, que ce péril ait finalement conduit au résultat redouté ou pas. Le lien se distend donc dudit résultat, mais il n'en demeure pas moins.

### Art. 2 - Le résultat

**58. Incrimination = comportement + peine.** - Les effets recherchés par l'incrimination, à savoir prévenir et punir des actions ou des absentions conscientes et volontaires qui heurtent l'ordre public, le sont par l'association d'une peine et d'un comportement. Voyons, en conséquence, la peine encourue (V. infra, nos 59 s.) et le comportement prohibé (V. infra, nos 68 s.).

## *§ 1er - La peine encourue*

**59. Diversité.** - Même si les peines encourues ne sont plus cruelles comme autrefois, elles demeurent d'une grande diversité et d'une grande amplitude. À tel point qu'il paraît parfois difficile de se dire que toutes les sanctions concernées ressortissent à la même catégorie. En conséquence, il faut voir, d'abord, l'unité de ces sanctions, à travers la définition de la peine (V. infra, nos 60 s.), puis analyser une partie seulement de leur diversité : celle qui fait que l'une d'entre elles, la peine dite « de référence » va participer à la constitution de l'incrimination (V. infra, nos 62 s.).

### A - La définition de la peine

**60. Article 130-1 du code pénal.** - En droit français, la peine est avant tout une sanction que la loi qualifie comme telle (approche formelle). Le choix, par le législateur, de recourir au droit pénal, ne va donc pas sans celui de mobiliser une ou plusieurs peines. Depuis peu, la peine est néanmoins présentée par l'article 130-1 du code pénal comme ce qui, « afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, [...] a pour fonctions : 1o De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2o De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion ». Ce texte, pour être plus symbolique qu'opératoire, demeure important. Il montre, d'abord, l'imbrication du droit pénal et de la peine. Car ce qu'il présente comme des buts de la peine (« afin de..., la peine... ») représentent, en réalité, les buts du droit pénal : assurer la protection de la société, prévenir la commission de nouvelles infractions et restaurer l'équilibre social. Ensuite, l'article 130-1 explique ce qu'est la peine : une sanction, mais pas n'importe laquelle. Il ne s'agit ni de rétablir (quand on peut, par ex. annuler un contrat ou encore un mariage), ni de réparer (quand on ne peut plus rétablir, par ex. donner une somme d'argent à celui qui a perdu un bras ou une chance), sanctions qui permettent d'effacer la méconnaissance d'une règle. Il s'agit, au contraire, de donner un effet à la méconnaissance de la règle. Comme l'a dit une fois de plus C. LOMBOIS, « punir un manquement à la règle, c'est l'admettre et, plus, l'officialiser. Quand un tribunal correctionnel envoie en prison un voleur, il constate, avec toute l'autorité de la chose jugée, qu'il y a, en ce pays, des citoyens qui méprisent la propriété d'autrui. Quand la cour d'assises du Rhône condamne Klaus Barbie à la réclusion à perpétuité, elle affirme que les crimes contre l'humanité ne sont pas une vue de l'esprit ». « La sanction pénale n'est en rien réparatrice, d'où il suit : qu'elle se cumule avec la réparation : outre la punition à laquelle ils auront été condamnés, le voleur restituera ce qu'il a pris ou en paiera la valeur, le meurtrier compensera par des dommages-intérêts le tort qu'il a fait aux proches de la victime ; qu'elle cumule le mal de la punition avec le mal de la transgression : la peine fait mal

exprès ; quand on guillotinaient les assassins, cela ne faisait pas une mort abolie par une autre mort, mais deux morts en tout ; maintenant que l'on ne les guillotine plus, leurs victimes n'en ressuscitent pas davantage » (Droit pénal général, op. cit., p. 8). Comment admettre, malgré tout, cette souffrance imposée par la société ? Pour la raison qui précède, c'est-à-dire protéger la société, et pour celle qui va suivre, parce que le but de la peine doit être, à défaut de réparer le mal, d'amender celui qui l'a causé. C'est pourquoi, enfin, l'article 130-1 assigne une fonction à la peine : l'amendement du condamné, afin qu'il puisse s'insérer dans la société ou s'y réinsérer. L'amendement, « desistance » à la française, représente en vérité, pour la peine, un but plus encore qu'une fonction : au regard de son terme, qui – heureusement – ne peut plus être ni la fin de la vie ni la fin – définitive – de la liberté de la personne condamnée, à quoi servirait une peine qui ne conduirait pas à modifier cette personne en vue de l'améliorer ? Dans cette optique, par exemple, l'emprisonnement étant moins perçu comme une « peine parmi d'autres » que comme une peine moins bonne que d'autres, au moins du point de vue de son aptitude à amender celui qui le subit, sa subsidiarité est réaffirmée plus fortement qu'avant par le nouvel article 132-19 du code pénal, de même qu'est posée la nécessité de son aménagement, sauf impossibilité matérielle et sauf à motiver spécialement une peine d'emprisonnement sans sursis ou ne faisant pas l'objet d'un tel aménagement « au regard des faits de l'espèce et de la personnalité de l'auteur ainsi que de sa situation matérielle, familiale et sociale ».

**61. Au-delà de la peine ?** - Sur ce point comme sur d'autres, il existe une influence des normes supralégislatives, qui incitent, en effet, à la requalification de certaines sanctions en peines. Autrement dit, on passe d'une approche formelle de la peine à une approche matérielle, toute sanction grave étant, à raison de cette gravité, assimilée à une peine. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme insère-t-elle dans ce que la Convention européenne qualifie, d'une part, de « matière pénale » et, d'autre part, de « peine », toutes les sanctions suffisamment sévères ou dont la cause est un comportement suffisamment proche d'une infraction, indépendamment de la qualification choisie par les États membres (Engel c/ Pays-Bas, 8 juin 1976, req. no 5100/71, pour la première ; Welch c/ Royaume-Uni, 9 févr. 1995, req. no 17440/90, et Jamil c/ France, 8 juin 1995, req. no 15917/89, pour la seconde). Basculent ainsi dans le régime des peines des sanctions disciplinaires (militaires ou professionnelles) ou des sanctions administratives, fiscales, douanières ou financières. Dans son sillage, la Cour de justice de l'Union européenne retient une définition similaire de ce qui participe de la matière pénale (CJUE 5 juin 2012, Bonda, aff. C-489/10). Le Conseil constitutionnel, enfin, applique les règles relatives aux peines à toutes les « sanctions ayant le caractère d'une punition », ce qui inclut, là encore, des sanctions qui, pour ne pas être qualifiées de peines, seront malgré tout majoritairement traitées comme telles en raison de leur gravité et de leur objet répressif (Décis. no 82-155 DC du 30 déc. 1982). Peuvent être concernées, dans la continuité de ce qui précède, certaines sanctions administratives, disciplinaires, fiscales, civiques, voire civiles. Au regard des peines au sens strict, et puisque ces autres sanctions sont traitées comme telles sans en être pour autant, le principal problème posé est l'éventualité d'un cumul éventuel de l'ensemble. Dans l'ordre européen, la chose est réglée par l'article 4 du protocole no 7

à la Convention européenne des droits de l'homme qui pose le droit à ne pas être jugé ou puni deux fois pour les mêmes faits (ne bis in idem. – V. par ex. CEDH 4 mars 2014, Grande Stevens c/ Italie, req. no 18640/10 , à propos de sanctions prononcées, pour les mêmes faits, par une autorité administrative puis par le juge pénal). Dans l'ordre interne, le Conseil constitutionnel se réfère quant à lui à l'article 8 de la Déclaration de 1789 et au principe de proportionnalité des peines qu'il pose, acceptant le cumul dans certaines situations à condition qu'il soit limité (ex. Cons. const. 22 juill. 2016, no 2016-556 QPC , à propos du cumul des pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale : « Selon l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 : “La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit, et légalement appliquée”. Les principes ainsi énoncés ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition. Le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts. Si l'éventualité que deux procédures soient engagées peut conduire à un cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues »).

## B - La mobilisation de la peine

**62. Peine de référence.** - La peine qui intéresse l'incrimination est la peine dite « de référence », car c'est elle qui, en plus de participer à sa constitution, permet de la qualifier. Ce qui n'empêche qu'une incrimination va également faire encourir à l'auteur de l'infraction correspondante d'autres sanctions pénales (peines alternatives, peines complémentaires, mais aussi mesures de sûreté), qui n'ont pas, en revanche, à être traitées à ce stade. De même, il peut arriver que, malgré une déclaration de culpabilité, aucune peine ne soit prononcée du tout (exemption de peine : C. pén., art. 132-78 ), ou que le coupable soit dispensé de la peine prononcée (dispense de peine : C. pén., art. 132-59 ) ou encore, plus usuellement, que la peine exécutée diffère de la peine prononcée... qui différerait déjà de la peine encourue ! Ces questions concernant davantage la responsabilité consécutive que l'infraction qui la fonde, voyons donc seulement, pour le moment, la classification des peines de référence (V. infra, no 63) puis celle, tributaire de cette dernière, des infractions (V. infra, nos 64 s.).

### 1° - La classification des peines de référence

**63. Trois types de peines.** - Lors de la détermination d'une incrimination, le législateur procède à une sorte de pesée arbitraire afin d'évaluer la gravité du comportement prohibé et de ses conséquences. Il va alors attacher chaque incrimination à une peine type, ce que rappelle l'article 111-2 du code pénal : « La loi détermine les crimes et délits et fixe les peines applicables à leurs auteurs. Le règlement détermine les contraventions et fixe, dans les limites et selon les distinctions établies par la loi, les peines applicables aux contrevenants ». Cette peine « de référence » va alors déterminer la catégorie dans laquelle va s'inscrire l'incrimination. Il peut s'agir d'une peine criminelle, c'est-à-dire une réclusion ou une détention criminelle de dix ans au moins (C. pén., art. 131-1 ) et, conséquemment, d'un crime ; d'une peine correctionnelle, c'est-à-dire un emprisonnement de deux mois à dix ans (C. pén., art. 131-3 et 131-4 ) et/ou une amende correctionnelle de 3 750 euros au moins (C. pén., art. 131-3 , et C. pr. pén., art. 381 ) et, conséquemment, d'un délit ; d'une peine contraventionnelle, c'est-à-dire une amende de police de 1 500 euros au plus (C. pén., art. 131-12 et 131-13 ) et, conséquemment, d'une contravention. Il est donc nécessaire de se reporter à la peine encourue pour connaître la nature de l'incrimination en cause. Soulignons, pour finir sur ce point, qu'il n'existe pas de peine de référence pour les personnes morales, la qualification des infractions dépendant simplement des peines applicables aux personnes physiques.

## 2° - La classification consécutive des infractions

**64. Trois types d'infractions.** - Les premiers mots du code pénal sont les suivants : « Les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions » (art. 111-1). Outre que l'on ne saurait mieux rappeler que le droit pénal est le droit de la gravité, c'est donc par une distinction fondamentale, par une summa divisio, qu'il débute : c'est que la gravité, elle aussi, est susceptible de degrés, chacun appelant un traitement pénal plus ou moins radical. Où le meurtre est un crime, l'abus de confiance est un délit et le petit excès de vitesse une contravention ; le premier appellera une recherche probatoire intrusive, le deuxième nécessitera un traitement technique suffisant et le dernier pourra être traité selon une procédure plus administrative que judiciaire. Le contenu de chacune de ces catégories est, on le rappelle, décidé par le législateur et dépend de la peine de référence retenue (V. supra, no 63).

**65. Conséquences de fond.** - La catégorisation ainsi mise en place n'est pas de nature purement descriptive. Chaque qualification qui en découle appelle en effet un régime particulier tant du point de vue du fond que de celui de la forme (le plan du code pénal n'y correspond pourtant pas, ce qui est maladroit...). Du point de vue du fond, la matière criminelle attire la sévérité : la tentative est toujours punissable (C. pén., art. 121-4 ) ; tous les cas de complicité sont concernés (art. 121-7 ) ; l'homicide volontaire – qui est un crime – ne peut représenter une défense légitime (art. 122-5 ) ; des obligations propres apparaissent (ex. : témoigner en faveur d'un innocent, art. 434-11 ; empêcher le crime, art. 223-6 ...) ; il a toujours existé des peines planchers (art. 132-18 ) ; il ne peut être accordé de dispense de peine (art. 132-58 ) ; la peine tend à ne pas être prescrite (art. 133-

2 ), etc. Parallèlement, la matière criminelle appelle aussi la prudence : l'élément moral d'un crime ne peut être qu'une intention (art. 121-3 ). La matière contraventionnelle se caractérise, au contraire, par davantage de légèreté : pas de tentative (art. 121-4 ) ; peu de complicité (art. 121-7 ) ; pas de discussion sur l'élément moral (art. 121-3 ), etc. Au milieu, matière en quelque sorte intermédiaire, les délits ont un régime plus hétérogène, selon qu'ils sont attirés par les crimes (ex. : complicité et obligations, dans des mesures similaires aux crimes) ou par les contraventions (ex. : élément moral plus ouvert, dispense de peine concevable), voire qu'ils demeurent dans un entre-deux qui les caractérise (tentative parfois condamnable, parfois pas).

**66. Conséquences de forme.** - Du point de vue de la forme, la plupart des différences de régime sont tributaires de l'existence de juridictions propres à chacune de ces qualifications : tribunaux de police pour les contraventions ; tribunaux correctionnels pour les délits ; cours d'assises pour les crimes. Dans le fonds commun à toutes ces procédures, cependant, on ne puise pas de façon équivalente selon l'infraction qui est en cause : l'enquête est plus coercitive pour les crimes et délits (procédure de flagrance possible : C. pr. pén., art. 53 ; garde à vue : art. 62-2 ) ; l'instruction, bien que possible, se conçoit difficilement en matière contraventionnelle (art. 79 ).

**67. Relativité.** - Pour rester fondamentale, cette classification est de plus en plus contournée par le législateur, qui a tendance à regrouper des infractions, pour leur appliquer des règles propres, de fond comme de forme, non plus en fonction de leur qualification, mais en fonction du domaine dans lequel elles s'inscrivent (ex. : infractions contre les mineurs ; criminalité organisée ; violence faite aux femmes, etc.)

## § 2 - Le comportement prohibé

**68. Comportement.** - Après la peine, la seconde composante de l'incrimination est le comportement. On le répète : leur lien est la condition même de la normativité et de la pénalité de la règle. C'est parce qu'une personne encourt telle peine si elle agit de telle sorte qu'elle ne doit pas agir de cette sorte ; c'est parce qu'une personne a agi de telle sorte, alors qu'encourait une peine toute personne agissant de la sorte, qu'elle va subir une peine. En bref, de la menace de la peine naît l'obligation pénale – de ne pas faire et, parfois, de faire. Le temps est alors venu d'étudier la structure même du comportement incriminé. Comme cela a été précisé, ce comportement doit, selon une causalité préalablement déterminée, être de nature à heurter l'intérêt que l'on souhaite préserver, de telle sorte qu'interdire celui-là conduira à protéger celui-ci (V. supra, nos 45 s.). Or, à l'instar de tout comportement, celui qui participe à composer l'incrimination est une manière d'être ou d'agir d'une personne (Littre, Vo Comportement), autrement dit, à la fois, une activité motrice

et une activité mentale. Plus communément, on parle alors d'élément matériel (V. infra, nos 69 s.) et d'élément moral (V. infra, nos 95 s.).

## A - L'élément matériel

**69. Fait.** - Le comportement incriminé est un fait humain, ce qui représente d'abord des agissements extériorisés (V. infra, nos 77 s.). Parfois, ce fait s'inscrit dans un contexte qui ne demeure pas indifférent à la loi pénale (V. infra, nos 70 s.). Et en principe, ce fait conduit au résultat que l'on voulait éviter (V. infra, nos 83 s.).

### 1° - Le contexte

**70. Contexte.** - Il arrive que la loi pénale impose un contexte dans lequel les agissements doivent donc s'inscrire ou qu'elle ait envisagé le contexte dans lequel l'agissement s'est inscrit. Voyons, ainsi, le contexte nécessaire (V. infra, no 71) et le contexte contingent (V. infra, nos 72 s.) de l'infraction.

#### a. - Le contexte nécessaire

**71. Conditions préalables ?** - Selon la plupart des auteurs, pour certaines infractions, voire pour toutes, existeraient à côté des éléments proprement constitutifs des « conditions préalables », désignant le « domaine dans lequel l'infraction se peut commettre » (R. VOUIN, Précis de droit pénal spécial, 1953, Dalloz, no 2). Par exemple, pour qu'un abus de confiance puisse être réalisé, c'est-à-dire le détournement d'un bien appartenant à quelqu'un d'autre, il faut que ce bien ait été préalablement remis à l'auteur pour un usage déterminé, qui n'est pas celui qu'il en a fait à la fin (C. pén., art. 314-1 ). La remise du bien à titre précaire serait donc, en ce sens, la condition préalable de l'abus de confiance. La formule est maladroite : si la condition est nécessaire à la constitution de l'infraction, c'est soit qu'elle en représente un élément constitutif, soit qu'elle fait partie de l'un de ses éléments constitutifs, en l'occurrence l'élément matériel. Mais cette formule n'en désigne pas moins un élément dont le statut juridique pose réellement problème. Le caractère préalable des éléments concernés passe effectivement pour être un caractère extérieur au droit pénal, la jurisprudence ayant tendance à ne pas les traiter comme de véritables éléments constitutifs de l'infraction (ex. : ils ne peuvent contribuer, contrairement aux éléments proprement constitutifs, à localiser l'infraction dans le temps ou dans l'espace ; la Cour de cassation mobilise les règles de preuve du droit civil pour démontrer l'existence d'un contrat de remise d'une chose dans l'abus de confiance). En vérité, il n'est pas certain que les conditions préalables existent, du moins certaines d'entre elles, l'abus de confiance, pour reprendre notre exemple, pouvant parfaitement se produire sans remise préalable (V. par ex., pour des abus de confiance sans remise, Crim. 14 juin 1978, Bull.

crim. no 197 : sanction d'un vendeur qui, avant d'avoir livré la chose cédée, l'a vendue à une autre personne. – Crim. 22 sept. 2004, no 04-80.285 , Bull. crim. no 218 : sanction d'un salarié qui, ayant créé un projet dans le cadre de son travail, l'a cédé à un autre que son employeur, sans l'accord de ce dernier). Telle est peut-être la seule raison de leur traitement comme des éléments qui ne participent pas de la répression. Ces conditions permettent de mettre en place la situation constitutive de l'infraction. Concrètement, il s'agit d'installer juridiquement l'objet (ex. : le bien dans l'abus de confiance) dans une posture dans laquelle il va être exposé à une infraction. Mais si cette posture existe indépendamment de la condition, l'infraction n'en demeure pas moins possible.

b. - Le contexte contingent

**72. Circonstances.** - Certaines circonstances, prévues par la loi, s'ajoutent à une infraction et conduisent, en conséquence, à l'atténuation ou à l'aggravation de la répression. Là encore, c'est l'élément matériel de l'infraction qui gagne en densité.

**73. Atténuation** : immaturité de l'auteur. - La peine encourue peut, ainsi, être atténuée, soit en raison de l'imaturité de l'auteur, soit en raison de son comportement. Ainsi, le mineur de 13 ans et plus, éventuellement accessible à la peine – même si tel n'est pas le principe, qui demeure la mesure éducative –, bénéficie de ce que, autrefois, on appelait une « excuse de minorité » et, qu'aujourd'hui, on appelle une « cause légale d'atténuation de peine ». Seule la peine semble ici en cause, un crime ne dégénéralant par exemple pas en délit, pour la seule raison que la peine encourue serait devenue, par suite de la réduction, un emprisonnement. Il s'agit, pour l'essentiel, de diminuer de moitié la peine encourue. Pour le mineur de moins de 16 ans, l'atténuation est automatique ; pour le mineur de 16 à 18 ans, en revanche, l'atténuation peut être refusée à titre exceptionnel. Dans la même optique, mais sur des fondements plus incertains – s'agit-il de diminuer la peine, ou de tirer les conséquences d'une diminution de la responsabilité ? –, l'article 122-1 du code pénal précise que « la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention riminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état ».

**74. Atténuation** : comportement de l'auteur. - Quant au comportement de l'auteur, deuxième cause d'atténuation de la peine encourue, on retrouve le repentir, auquel s'ajoute l'aveu. Si le repentir de l'auteur n'a pas pu conduire à éviter l'infraction, mais « a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou

complices », ou encore « d'éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel il était poursuivi, soit de faire cesser une telle infraction, d'éviter qu'elle ne produise un dommage ou d'en identifier les auteurs ou complices », la peine encourue est réduite (C. pén., art. 132-78 , al. 2 et 3). Il faut, pour que le mécanisme joue, se situer dans un cas prévu par la loi. Par ailleurs, la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, plaider-coupable à la française instauré par la loi du 9 mars 2004, implique aussi une réduction de peine pour celui qui, dans le cadre de cette procédure, reconnaît sa culpabilité et accepte la sanction proposée en conséquence par le parquet (C. pr. pén., art. 495-7 s.). Un grand nombre de délits sont désormais concernés – même s'il demeure quand même un certain nombre d'exclusions – par cette procédure rapide, l'intérêt pour le coupable étant alors que, « lorsqu'est proposée une peine d'emprisonnement, sa durée ne peut être supérieure à un an ni excéder la moitié de la peine d'emprisonnement encourue ». Notons simplement, pour finir, qu'il arrive qu'il faille combiner plusieurs causes d'atténuation de peine, ou encore une cause d'atténuation avec une cause d'aggravation.

**75. Aggravation.** - Certaines circonstances contemporaines à l'infraction conduisent à une aggravation de la peine encourue parce que, préalablement, elles aggravent la qualification infractionnelle (ex. : usage d'une arme, bande organisée, préméditation, minorité de la victime, etc. Ainsi, le vol avec arme est un crime, et non plus un délit). On parle, à leur égard, de circonstances aggravantes. Ces circonstances, qui sont autant de faits légalement déterminés et, pour certains, mais pour certains seulement, définis (C. pén., art. 132-71 s.), étoffent l'élément matériel de certaines infractions. Elles sont, ainsi, plus ou moins spécifiques à ces infractions : certaines, les circonstances aggravantes générales, sont conçues pour s'appliquer à toutes (une seule en vérité, qui figure à l'art. 132-79 : l'utilisation d'un moyen de cryptologie) ; d'autres, les circonstances aggravantes spéciales, quand bien même elles seraient souvent concevables pour toutes, ne sont conçues que pour aggraver certaines infractions (les ex. sont innombrables : préméditation pour meurtre, empoisonnement, violences, tortures, actes de barbarie et administration de substances nuisibles à la santé ; escalade pour le vol et les destructions, dégradations et détériorations). On les classe généralement en circonstances personnelles, réelles ou mixtes, la question se posant de leur communication à d'autres participants à l'infraction (complices ou coauteurs). Les circonstances personnelles sont celles qui, propres à l'auteur, ne peuvent pas être communiquées à d'autres participants à l'infraction (ex. : mariage ou concubinage ou pacs entre l'auteur et la victime ; qualité d'agent public de l'auteur) ; les circonstances réelles sont celles qui, liées à la commission de l'infraction, se communiquent à tous les participants (ex. : escalade, bande organisée, port d'arme) ; les circonstances mixtes sont celles qui, liées aussi bien à l'agent qu'à l'infraction (ex. : préméditation, motif raciste), ne se communiquent aux autres participants que s'ils en ont eu connaissance.

**76. Particularité de la récidive.** - Il faut enfin réserver un sort particulier à la récidive qui, pour être un élément aggravant de la répression, n'a pas d'équivalent au sein des circonstances

aggravantes (C. pén., art. 132-8 s.). Il s'agit, pour l'essentiel, de prendre en compte l'intervention d'une première condamnation pénale (premier terme) pour aggraver la seconde à la suite d'une autre infraction qui a été commise (second terme). La récidive est parfois générale (pas de conditions liées à la nature des infractions commises, ce qui est le cas essentiellement quand le premier ou le second terme est un crime), parfois spéciale (il faut que la seconde infraction commise soit identique ou assimilée à la première) ; parfois permanente (pas de condition de délai entre les termes, ce qui n'est le cas qu'en matière criminelle), parfois temporaire (un certain délai ne devant pas être dépassé entre les deux termes, ce qui est le cas pour toutes les récidives autres que criminelles).

## 2° - Les agissements

**77. Extériorisation de l'infraction.** - N'est susceptible de porter atteinte à une valeur protégée que ce qui a été extériorisé. Cette extériorisation peut prendre la forme d'une action ou d'une abstention, d'une commission ou d'une omission. En somme, si l'interdiction porte sur une action, c'est que, pour préserver la valeur, il aurait fallu s'abstenir (ex. : de voler, de tuer, etc.) ; inversement, si l'interdiction porte sur une abstention, c'est qu'il aurait fallu agir (ex. : témoigner, porter secours à autrui, etc.).

**78. Agir.** - Les commissions interdites, d'abord, sont multiples : soustraire, détourner, tuer, blesser, insulter, etc. Parfois, elles dissimulent assez mal ce qui s'apparente davantage à la sanction d'un état : incriminer le fait « de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution », par exemple (C. pén., art. 225-6 , 3o). Le droit pénal moderne postule cependant de ne pas incriminer un simple état, celui-ci apparaîtrait-il dangereux.

**79. Ne pas agir.** - Ensuite, parce qu'obliger à l'action conforte moins l'esprit libéral – au sens noble – du droit pénal (P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, Sirey, 7e éd., 2004, no 305), les omissions prohibées sont peu nombreuses. Elles n'en existent pas moins, on l'a dit, et leur interdiction se justifie alors par une causalité suffisante avec le résultat que l'on souhaite éviter : parfois, en effet, il apparaît que « ne pas agir cause tout autant que son contraire » (D. REBUT, L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction, thèse, Lyon III, 1993, p. 7). Jamais, sans doute, la fonction moralisatrice du droit pénal n'est plus présente que dans ces incitations à porter secours à son prochain (ex. : C. pén., art. 223-6 ), à ne pas fuir face à ses responsabilités (ex. : art. 434-10 ) ou encore à participer à la manifestation de la vérité judiciaire (ex. : art. 434-11 ). Dans certains cas, l'incrimination d'une abstention est plus naturelle : l'action s'inscrivait dans le comportement normal d'une personne, à raison de sa fonction par exemple, son inaction démontrant une anomalie qui, à condition qu'elle soit effectivement frauduleuse, se doit d'être sanctionnée. Pourquoi ce magistrat refuse-t-il de rendre la justice ? C'est

le fameux déni de justice qu'incrimine l'article 4 du code civil et que sanctionne l'article 434-7-1 du code pénal.

**80. *Cumul ou alternative.*** - Parfois, enfin, outre qu'une incrimination peut mêler commission et omission (ex. : faire sans avoir l'autorisation, comme « offrir ou vendre au public de l'eau en vue de l'alimentation humaine, y compris la glace alimentaire, sans s'être assuré que cette eau ou cette glace est propre à la consommation ou à l'usage qui en est fait », ce qu'incrimine l'art. L. 1324-3 CSP), une même infraction peut être constituée par commission ou par omission. L'abus de biens sociaux, compris comme un détournement des biens d'une société par l'un de ses dirigeants, peut ainsi prendre la forme, selon la jurisprudence, d'un non-usage de ces biens (d'une omission d'agir : V. Crim. 15 mars 1972, Bull. crim. no 107 ; ou d'une « abstention volontaire » : V. Crim. 28 janv. 2004, inédit, no 02-88.094 ). Comprendre négativement l'usage permet, en effet, de tirer toutes les conséquences du fait qu'un dirigeant se comporte, la plupart du temps, comme le propriétaire des biens de la société, puisqu'il dispose de la faculté de faire – et donc de ne pas faire – sur ceux-ci un acte, de quelque nature qu'il soit. Seule sera cependant sanctionnée l'omission effective, qui porte concrètement atteinte au patrimoine social, et consciente et volontaire, c'est-à-dire faite en connaissance et par recherche du résultat envisageable. C'est ce que précise un arrêt rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation le 28 janvier 2004, lorsqu'il pose que « l'usage [...] peut résulter non seulement d'une action, mais aussi d'une abstention » (préc.).

**81. *Infractions complexes.*** - Par ailleurs, ce qui précède révèle aussi qu'il existe des infractions plus complexes que d'autres. On distingue ainsi classiquement les infractions simples, qui sont constituées par un seul fait (ex. : vol = soustraction ; meurtre = homicide), des infractions complexes, qui supposent pour leur constitution une pluralité de faits (que ceux-ci soient infractionnels ou pas. Ex. : abus de confiance qui implique remise préalable, qui n'est pas infractionnelle, puis détournement, qui l'est ; escroquerie, qui implique manœuvres frauduleuses puis remise consécutive).

**82. *Objet.*** - Il reste à souligner que tous ces verbes qui prohibent sont transitifs (sauf à sanctionner des états perçus comme dangereux, ce qui, on l'a dit, n'est pas le principe). Qu'il soit action ou omission, en effet, le comportement interdit concerne nécessairement un objet qui, parce qu'il autorise et localise le résultat à éviter, se trouve tout autant dans le texte d'incrimination que l'élément matériel strictement conçu. Cet objet permet l'instauration d'une causalité dont on veut éviter la réalisation. À défaut de cet objet, il ne pourra donc jamais y avoir d'infraction et, préalablement, d'incrimination : on ne peut pas tuer un cadavre, ou voler une chose dont on est propriétaire. Un corps en vie et une chose appartenant à autrui représentent, ainsi, des parties intégrantes des incriminations de l'homicide et du vol. C'est d'ailleurs vers ces dernières que va tendre la volonté du délinquant, ou contre ces dernières qu'il va s'attaquer inconsciemment.

### **3° - Le résultat**

**83. Anticipation répressive.** - Le libéralisme du système pénal n'interdit pas toute « anticipation répressive » (Y. MAYAUD, Droit pénal général, 5e éd., 2015, PUF, no 268). Ainsi, si le principe demeure celui de la répression de l'infraction qui a atteint le résultat que l'on souhaitait éviter, parce qu'elle a été consommée (V. infra, nos 84 s.), par exception, il est parfois possible de réprimer un comportement qui n'a pas encore atteint ce résultat, l'infraction ayant seulement été tentée (V. infra, nos 87 s.).

a. - Le principe : la répression de l'infraction consommée

**84. Consommation : principe.** - Une infraction est consommée quand ses éléments constitutifs sont réunis. Si un seul d'entre eux fait défaut, il ne peut y avoir infraction (ex. : pas de vol par imprudence, faute d'élément moral ; pas de meurtre sans acte homicide, faute d'élément matériel). De même, il faut que ces éléments soient suffisamment constitués : comme la simple pensée criminelle n'est pas punissable, de simples actes préparatoires à la réalisation d'une infraction ne le sont pas non plus (ex. : acquérir une cagoule pour commettre un hold-up). Tous les éléments de l'infraction doivent ainsi coexister au même instant, celui de la commission matérielle de l'acte interdit, pour qu'il y ait responsabilité pénale. Le jour de commission de l'infraction, le jour des faits, dit-on usuellement, marque alors le point de départ de la répression, donc de la possibilité de la mise en œuvre de l'action publique (prescription).

**85. Consommation :** différence selon les infractions. - Toutefois, cette chronologie idéale est parfois perturbée. Elle est tributaire, en effet, des infractions concernées. Ainsi, il faut d'abord distinguer les infractions « instantanées » des infractions « continues » : où les premières s'exécutent en un trait de temps, en un fait (ex. : soustraction qui consomme le vol), les secondes supposent de la durée, bref, mettent en place une situation infractionnelle (ex. : séquestration, recel-détention, hébergement contraire à la dignité). Ensuite, il faut considérer les infractions dites « d'habitude », qui se consomment par la répétition de plusieurs faits identiques qui, en eux-mêmes, ne constituent pas des infractions (ex. : exercice illégal d'une profession ; consultation habituelle d'un service de communication en ligne mettant à disposition l'image à caractère pornographique d'un mineur), ainsi que les infractions dites « continuées » (ou « collectives par unité de but » ou « instantanées à exécution successive »), qui impliquent quant à elles la répétition de plusieurs faits infractionnels, tous punissables en eux-mêmes, mais dont l'inscription dans une seule opération autorise une unicité de qualification. Il n'y aura donc, en ce cas, qu'une seule infraction (ex. : faux monnayage, qui se construit de la multiplication de faux billets ; vol de plusieurs objets en un même temps et dans un même lieu). En revanche, lorsque des infractions sont dites « successives », c'est qu'il s'agit de constater que la pérennité d'un comportement infractionnel a conduit à débiter une nouvelle infraction, le seuil de consommation de la première ayant été dépassé (ex. : chaque nouveau refus de verser une pension alimentaire au-delà d'un délai de deux mois constitue une infraction d'abandon de famille). Les infractions « permanentes », enfin, sont celles dont les effets

s'inscrivent dans le temps (ex. : construction sans permis, affichage illicite). Mais n'est-ce pas le cas de toutes les infractions ?

**86. Connaissance de la consommation.** - Dans tous les cas, encore faut-il que l'infraction soit connue pour pouvoir être poursuivie. Or, certaines infractions apparaissent plus difficilement que d'autres et, parfois, l'auteur se donne autant de mal à dissimuler l'infraction qu'à la commettre. À la suite de la jurisprudence, le code de procédure pénale distingue désormais l'infraction « occulte » « qui, en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire » (ex. : tromperie, dissimulation d'enfant) et l'infraction « dissimulée » « dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte » (ex. : abus de biens sociaux). En ce qui les concerne, le délai de prescription de l'action publique « court à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, sans toutefois que le délai de prescription puisse excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise » (C. pr. pén., art. 9-1 ).

b. - L'exception : la répression de la tentative

**87. Approche subjective de la répression.** - Dans certaines hypothèses, le code pénal réprime la simple tentative d'infraction, c'est-à-dire l'infraction que son auteur a commencé à exécuter, mais qui a été suspendue ou qui a manqué son effet en raison de circonstances indépendantes de sa volonté (C. pén., art. 121-5 ). Cela marque une conception très subjective de la répression, l'idée étant alors qu'il faut déjà sanctionner l'intention qu'a eue l'auteur de commettre une infraction, quand bien même il n'a pas pu matériellement parvenir à ses fins. Autrement dit, on restreint l'élément matériel à un simple commencement et, par là même, on étend l'élément moral, qui devient déterminant. La chose est d'autant plus marquante que celui qui ne fait que tenter l'infraction est assimilé à l'auteur de l'infraction par l'article 121-4 du code pénal. Cela signifie qu'il encourt la même peine que s'il avait consommé l'infraction. Constituant une infraction en réduction, la tentative est, à l'instar d'une infraction (P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, op. cit., no 324), dotée d'un élément légal, d'un élément matériel et d'un élément moral dont la réunion seule conduit à la peine.

**88. Élément légal.** - L'article 121-4 du code pénal explique ainsi que l'on peut être l'auteur d'une infraction, soit en commettant les faits incriminés, soit en tentant de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit. En conséquence, du point de vue de l'élément légal – i.e. du fondement de l'incrimination de la tentative –, la tentative n'est punissable que dans certaines hypothèses et sous certaines conditions. La tentative de tous les crimes est incriminée, mais pas celle des contraventions. Pour les délits, la tentative est punissable à la condition que la loi le précise (ex. : art. 311-13 pour le vol). L'idée est qu'anticiper la répression ne se justifie que pour les infractions les plus graves. Par ailleurs, certaines infractions, quand bien même il s'agit de délits,

sont inadaptées à la tentative. Les infractions d'imprudence ne peuvent pas être tentées : on ne tente pas d'être imprudent ; on a été ou pas imprudent. Dans la même idée, peut-on tenter de s'abstenir ? Soit on s'abstient, soit on ne s'abstient pas. De même encore, il est difficile de concevoir la tentative d'une infraction formelle, sauf à faire intervenir la répression très en amont. En matière d'empoisonnement, par exemple, la tentative implique d'intervenir encore plus tôt que le simple fait de donner du poison à quelqu'un (quand bien même il ne décéderait pas) puisque l'infraction est alors déjà consommée. Ce qui conduit à incriminer le simple fait de tendre le poison... De même enfin, certains éléments matériels ne permettent pas, en raison de leur trop grande indétermination, de déterminer des seuils précis et, partant, de concevoir la répression de la tentative (ex. : à partir de quel moment y a-t-il détournement dans l'abus de confiance ?).

**89. *Élément matériel*** : commencement d'exécution. - Du point de vue de l'élément matériel, il faut un commencement d'exécution qui a été suspendu ou qui a manqué son effet. Autrement dit, il ne faut faire intervenir la répression qu'à un moment où s'est manifestée avec suffisamment d'évidence la pensée coupable. Il ne s'agit donc pas de punir seulement une pensée criminelle. Toutefois, ce moment se situe nécessairement avant la consommation de l'infraction, faute de quoi, ce n'est pas la tentative d'infraction qu'il faudrait réprimer, mais l'infraction elle-même. Qu'est-ce, d'abord, qu'un commencement d'exécution ? Pour le savoir, il faut emprunter ce que l'on appelle l'iter criminis (le chemin du crime). Ce n'est pas le simple projet criminel, qui ne s'est pas encore manifesté par des actes (sauf texte spécifique qui incrimine le complot : C. pén., art. 412-2 par ex.) ou, au moins, par des menaces (incriminées à titre autonome par les art. 222-17 s.). Il ne s'agit pas non plus des actes préparatoires à l'infraction, dont le caractère encore trop équivoque n'autorise pas à penser que la volonté de l'agent était réellement tendue vers la réalisation de l'infraction (ex. : se procurer une arme ou différents instruments qui vont permettre la commission de l'infraction). Sauf incrimination autonome, là encore (ex. : port d'arme), ou sauf à entrer dans une hypothèse de complicité. Il faut débiter la réalisation de l'infraction. Pour la Cour de cassation, le commencement d'exécution prend ainsi la forme d'un ou de plusieurs actes « qui tendent directement et immédiatement à la consommation du délit » (Crim. 3 mai 1974, Bull. crim. no 157. – Crim. 5 juin 1984, Bull. crim. no 212. – Crim. 10 oct. 2001, inédit, no 01-83.433. – Pour une formule très proche, V. Crim. 25 oct. 1962, 2 arrêts, Bull. crim. nos 292 et 293. – Crim. 18 août 1973, Bull. crim. no 339. – Crim. 15 mai 1979, Bull. crim. no 175. – Crim. 19 juin 1979, Bull. crim. no 219. – Crim. 14 juin 1995, no 94-85.119 , Bull. crim. no 222) ou encore qui « devait avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant entré dans la période d'exécution » (Crim. 25 oct. 1962, 2 arrêts, Bull. crim. nos 292 et 293). Paraissent donc essentielles, à la fois, la proximité temporelle de l'acte perpétré avec la consommation de l'infraction et sa causalité manifeste avec cette commission (ex. : la demande de paiement adressé à son assureur par un assuré ayant simulé un sinistre est une tentative d'escroquerie ; s'approcher d'un bureau de poste avec des cagoules sur la tête est une tentative de vol). La décision prise par l'auteur était irrévocable et elle ne pouvait conduire qu'au crime. Ce qui n'est pas le cas lorsqu'il s'agit de tenter de devenir le complice d'un auteur, par exemple en engageant un tueur pour effectuer un meurtre,

ce dernier demeurant libre de son exécution ou pas (Crim. 25 oct. 1962, Lacour et Schieb et Benamar, Bull. crim. no 292, où le tueur n'a pas tué ; aujourd'hui, le mandat criminel est une infraction autonome : C. pén., art. 221-5-1 ).

**90. Élément matériel** : exécution stoppée. - Ensuite, pour qu'il y ait tentative, le commencement d'exécution doit avoir été stoppé, ce qui peut se passer dans trois hypothèses différentes : la tentative suspendue, l'infraction manquée et l'infraction impossible.

**91. Tentative suspendue.** - La tentative suspendue, d'abord, est l'hypothèse dans laquelle l'agent, résolu à aller jusqu'au bout de son entreprise infractionnelle, en est empêché par une circonstance extérieure qui a suspendu son action (ex. : intervention d'un tiers).

**92. Infraction manquée.** - L'infraction manquée, ensuite, est l'hypothèse dans laquelle le délinquant a pu aller jusqu'au terme de ses actes mais, par une circonstance indépendante de sa volonté, il n'a pas su ou pu consommer l'infraction (ex. : tirer à côté de sa victime, soit par maladresse, soit parce que la victime s'est écartée).

**93. Infraction impossible.** - L'infraction impossible, enfin, est une hypothèse qui, contrairement aux précédentes, n'est pas prévue par l'article 121-5 du code pénal. C'est le cas où l'agent achève les actes d'exécution, mais il n'a pas pu consommer l'infraction en raison d'une impossibilité juridique (ex. : tirer sur une victime déjà morte ; tenter de faire avorter une femme qui n'est pas enceinte ; voler une poche vide). La jurisprudence rattache parfois cette hypothèse à la tentative, faute de meilleur fondement (ex. : Crim. 16 janv. 1986, Perdereau, Bull. crim. no 25, sanction d'une tentative de meurtre d'une personne déjà morte...). Il n'est pas sûr, cependant, qu'il y ait lieu à réprimer quoi que ce soit. Reste à noter que, parfois, la Cour de cassation se réfère à l'intention de commettre l'infraction par celui qui ne fait que la tenter. Mais c'est déjà basculer dans l'élément moral de la tentative.

**94. Élément moral** : interruption involontaire. - Du point de vue de l'élément moral, il faut que l'agent ait eu l'intention de consommer l'infraction tentée. La tentative est, ainsi, une infraction intentionnelle ; c'est pourquoi son interruption ne doit donc pas être volontaire. La tentative disparaît, en effet, en cas de désistement volontaire de la part de l'agent. L'article 121-5 précise que « la tentative est constituée dès lors que, manifestée par un commencement d'exécution, elle n'a été suspendue ou n'a manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur ». Mais quand, d'abord, doit avoir eu lieu le désistement pour déresponsabiliser l'agent ? Avant la consommation, bien sûr, l'action postérieure du délinquant pour effacer ce qu'il a fait n'étant pas un désistement mais un repentir actif (ex. : donner un antidote après empoisonnement ; rendre une chose volée). Sauf dans certaines hypothèses (C. pén., art. 132-78 ), ce repentir n'a pas d'effet sur la condamnation et sur la peine encourue ; tout au plus peut-il avoir des conséquences sur la peine prononcée. Il faut donc se désister, soit avant le commencement d'exécution, soit après

le commencement d'exécution, mais avant la consommation de l'infraction (ex. : détourner son bras afin de ne pas porter le coup de couteau au départ destiné à une personne). Ensuite, quand le désistement est-il volontaire et, partant, déresponsabilise l'agent ? Le désistement est volontaire lorsque l'agent a renoncé seul, librement et spontanément à commettre l'infraction. S'il n'a renoncé qu'en raison de l'intervention d'une cause extérieure, d'un tiers (ex. : arrivée de la police ; résistance de la victime) ou du sort (ex. : défaillance physique de l'agent ; fermeture de la banque plus tôt que prévu), la tentative demeurera punissable. Ce qui implique, parfois, de rechercher la cause déterminante du désistement : est-elle interne à l'agent ou extérieure ?

## B - L'élément moral

**95. Faute pénale.** - Le fait humain incriminé suppose ensuite d'être fautif : c'est ce que l'on appelle l'élément moral de l'incrimination. Cette référence à la spiritualité marque la dimension profondément humaine de la responsabilité pénale : elle n'est pas objective, pécuniaire et commutative, rattachée en cela à un patrimoine – celui d'un autre que le coupable pourra faire l'affaire –, à l'instar de la responsabilité civile ; elle est subjective et rétributive, autrement dit, celle d'un homme, dont il faut sonder l'esprit et, éventuellement, engager la liberté, parce qu'il en a usé à l'encontre des interdits sociaux. Un mal va lui être infligé en réponse au mal que, lui, a infligé. De ce point de vue, la morale est partout : elle est imposée par la société ; elle n'est pas respectée par un individu. L'a-t-il seulement comprise ? Comprendra-t-il qu'il doit alors payer l'addition ? Cette spiritualité participe, en conséquence, de l'essence de la responsabilité pénale, ce qu'a pu rappeler le Conseil constitutionnel en précisant que, « s'agissant des crimes et délits, la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés » (Cons. const. 16 juin 1999, no 99-411 DC , consid. 16). Rien ne choque : prévenu – par la loi – et en mesure de comprendre – en tant qu'être de raison –, l'individu n'avait qu'à s'abstenir – ou agir, c'est selon. Toutefois, il arrive que le droit pénal soit plus exigeant encore, qui sanctionne certains comportements purement matériels, soit qu'il les perçoive comme des incivilités suffisamment graves pour être associées à des pénalités, soit qu'il les analyse comme des imprudences coupables. Il existe, ainsi, des degrés dans l'exigence pénale d'un psychisme sanctionnable. Sont ainsi sanctionnés l'intention (V. infra, nos 96 s.) mais aussi, parfois, ce que C. LOMBOIS qualifie de « minimum irréductible de volonté » (Droit pénal général, op. cit., p. 62. – V. infra, nos 98 s.).

### 1° - Le principe intentionnel

**96. Nécessité de l'intention.** - Une infraction n'en est une qu'à la condition qu'elle constitue la manifestation d'une culpabilité, autrement dit, d'une faute pénale (culpabilité vient de culpa, qui signifie faute) : comme il ne peut se concevoir de responsabilité pénale objective, il n'existe pas de responsabilité pénale sans faute. En définitive, il convient toujours de répondre à la principale

question posée aux jurés de la cour d'assises : « l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait ? – ce qui n'est pas la même chose que de se demander si l'accusé a commis tel fait (C. pr. pén., art. 349 . – P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, op. cit., no 376). Être coupable, c'est essentiellement avoir manifesté son hostilité envers la société, en adoptant consciemment et volontairement le comportement que celle-ci a entendu prohiber. S'il existe plusieurs formes de culpabilité pénale, le principe est cependant qu'« il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre » (C. pén., art. 121-3 , al. 1er). Dans un tel cas, de très loin le plus courant, l'auteur agit consciemment et volontairement, c'est-à-dire que, malgré sa connaissance et sa compréhension de l'interdit, il fait le choix de l'enfreindre. C'est, de la sorte, le résultat infractionnel qu'il recherche (tuer, posséder la chose d'autrui, etc.), le comportement adopté n'étant que le moyen de l'atteindre.

**97. Indifférence des mobiles.** - À cet égard, peu importe les raisons qui l'animent (vengeance, passion, cupidité, etc.) : les mobiles sont, la plupart du temps, indifférents au stade de la constitution de l'infraction ; tout au plus pourront-ils avoir une importance au stade du choix de la peine. Il arrive cependant que, dans certains textes d'incrimination, un mobile soit exigé, en ce sens que l'agent devra avoir agi dans un but précis pour être sanctionné (ex. : C. pén., art. 434-10 , incriminant le délit de fuite, qui consiste dans le fait de fuir dans le dessein d'échapper à sa responsabilité consécutive à un accident). Classiquement, on distingue ainsi le dol « général » (du latin dolus : ruse, fraude, tromperie), volonté de violer un interdit pénal, et le dol « spécial », volonté de violer cet interdit pour une raison précise (ce qui, en définitive, revient toujours au même, puisque la raison en question participe, dans les cas de figure concernés, de l'interdit).

## 2° - Le « minimum irréductible de volonté »

**98. Nuance.** - Coupable, ensuite, ce peut être aussi être volontairement imprudent, ou encore l'être inconsciemment, bref, manifester une indifférence plus ou moins flagrante à l'endroit des règles sociales. À condition que la loi l'encadre, la responsabilité pénale s'étendra alors de l'auteur intentionnel à l'auteur imprudent ou négligent, son inconséquence étant telle qu'elle oblige en quelque sorte à la sanctionner. Mais il faut garder en tête que, dans tous les cas qui vont suivre, le résultat exactement atteint n'était pas vraiment recherché par l'agent. On entre dans le royaume de la nuance qui conduit, à la lecture du texte difficile qu'est l'article 121-3 du code pénal, à distinguer la mise en danger délibérée (V. infra, nos 99 s.) des fautes non intentionnelles (V. infra, nos 101 s.) et des contraventions (V. infra, no 112).

### a. - La mise en danger délibérée

**99. Les dols en théorie.** - En la matière, pour ne pas se perdre, il faut toujours partir de l'intention : l'intention, par son caractère total, consiste en la recherche du résultat infractionnel aussi bien que du comportement infractionnel, celui-ci ayant été réalisé afin de tendre vers celui-

là. Quid, si un comportement dangereux est intentionnellement suivi sans, cependant, qu'un résultat précis ne soit recherché ? Classiquement, on distingue alors différents dol (la notion démontrant qu'il existe encore une part intentionnelle) : dol « éventuel », lorsque le comportement a conduit à un résultat qui a nécessairement été prévu (ex. : tirer dans le noir en direction d'un groupe de personnes ; l'auteur sait qu'il y aura un résultat) ; dol « indéterminé », lorsque le comportement a conduit à un résultat qui pouvait être prévu (ex. : doubler une voiture sans visibilité ; l'auteur espère qu'il n'y aura pas de résultat) ; dol « praeter-intentionnel » ou « dépassé », lorsque le comportement a conduit à un résultat qui est allé au-delà ce que l'auteur avait prévu (ex. : frapper quelqu'un pour le blesser et le tuer).

**100. La « mise en danger délibérée » en pratique.** - Le code pénal ne s'encombre pas de ces distinctions, au demeurant loin d'être irréprochables, qui sanctionne d'abord, « lorsque la loi le prévoit », le délit de « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » (art. 121-3, al. 2). De façon exceptionnelle, puisqu'il faut l'intervention préalable d'une loi, il est donc possible de sanctionner celui dont le comportement a été délibérément – bref, intentionnellement – risqué envers autrui. Autrement dit, une personne choisit d'avoir un comportement risqué, ce risque étant tout autant une composante matérielle, puisqu'il qualifie l'action ou l'inaction de l'agent, qu'une composante morale, puisque la sanction suppose que le risque était non seulement conscient, mais recherché. La différence avec l'infraction intentionnelle est donc ténue, qui ne réside que dans l'idée que l'agent n'a alors pas voulu un résultat infractionnel précis (ex. : blessures, mort, etc.), mais il a voulu, ou au moins entrevu, qu'il puisse y en avoir un (blessures éventuelles, mort éventuelle). Et, s'il y a finalement un résultat, il ne peut a fortiori plus y avoir de mise en danger, puisque le stade du danger a, hélas, été dépassé. Si cette curieuse essence de la mise en danger rend son appréhension comme une infraction autonome et complète assez naturelle – elle constitue une infraction complète en elle-même, que l'on retrouve à l'art. 223-1 du code pénal –, il est plus difficile de la percevoir seulement comme une forme d'élément moral. Son intérêt, en tous les cas, est d'autoriser la sanction d'une faute intentionnelle indépendamment de tout résultat. Ou, si l'on préfère, le résultat est alors le risque causé par l'infraction (ex. : passager qui tire le frein à main d'une voiture en plein dépassement, Crim. 22 juin 2005, no 04-85.340 , Bull. crim. no 192). Ce qui n'empêche pas, on va le voir, de la sanctionner en cas de résultat, au titre non plus de la mise en danger, mais de la faute délibérée, qu'il s'agisse alors de constituer une infraction ou de l'aggraver (V. infra, nos 109 et 110).

b. - Les fautes non intentionnelles

**101. Complexité.** - L'article 121-3, alinéa 3, du code pénal dispose qu'« il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas de faute d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il

disposait ». Cet alinéa est à combiner avec le suivant : dans un tel cas, « les personnes physiques qui n'ont pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage ou qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter, sont responsables pénalement s'il est établi qu'elles ont, soit violé de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité qu'elles ne pouvaient ignorer ». D'une inutile – mais recherchée (quel meilleur moyen de dissuader un juge de sanctionner un responsable négligeant ? V. P. CONTE, *Le lampiste et la mort*, Dr. pénal 2001. Chron. 2) – complexité, ces alinéas doivent être compris de la sorte : la teneur de la faute susceptible d'engager la responsabilité de l'agent est tributaire de son lien causal avec un résultat illicite.

**102. *Le résultat.*** - Tout part donc d'un résultat, autrement dit, d'un dommage causé par le comportement de l'agent, contrairement à l'hypothèse de la mise en danger délibérée. C'est, en effet, parce que certains résultats sont jugés suffisamment graves que l'on peut concevoir, pour eux et seulement pour eux, que même une imprudence soit sanctionnée pénalement (pour le reste, seule la voie civile est concevable : C. civ., art. 1240 ). Pour cette raison, il s'agit toujours de réprimer des infractions – directement ou indirectement – contre la personne : blessures, destructions, dégradations et détériorations qui la menacent, etc. Tel est le domaine de la non-intention sanctionnable.

**103. *Les causalités.*** - À partir du résultat, donc, on va apprécier si la faute en a représenté la cause directe, ou si, pour reprendre les termes légaux, celle-ci n'a fait que « créer ou contribuer à créer la situation qui a permis sa réalisation ». Dans le premier cas, toute faute pénale peut conduire à engager la responsabilité de son auteur ; dans le second, où le rôle joué par l'auteur dans la réalisation du dommage ne s'avère donc qu'indirect, seule une faute qualifiée – donc plus grave – le peut. Le caractère indirect de la causalité est susceptible de s'apprécier de différentes façons : faute indirecte, parce que faute intervenant après une faute directe, ou faute indirecte, parce que faute n'ayant pas été la cause première du dommage ? La lettre du texte semble plutôt inciter à cette dernière analyse.

**104. *Les personnes.*** - Il faut encore distinguer entre personnes physiques et personnes morales, ces dernières pouvant voir leur responsabilité pénale engagée quelles que soient la faute et la relation causale : curieuse application sélective d'une responsabilité pénale supposée égale pour tous...

**105. *Les fautes simples.*** - Depuis la loi du 10 juillet 2000, la faute pénale est censée avoir une identité propre. En réalité, il s'agit davantage de laisser aux juges civil et pénal, respectivement, une autonomie l'un par rapport à l'autre dans l'appréciation des comportements qui leur sont soumis. L'article 4-1 du code de procédure pénale dispose ainsi que « l'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action

devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du code civil si l'existence de la faute civile prévue par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prévue par cet article est établie ». À la lecture de l'article 121-3 du code pénal, les fautes pénales simples peuvent prendre la forme d'une imprudence, d'une négligence ou d'un manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Il s'agit, de la sorte, de sanctionner des attitudes d'indifférence coupable face à des obligations plus ou moins déterminées : être prudent et diligent de façon générale ou, lorsqu'elles sont écrites, respecter des obligations précises de prudence ou de sécurité (ex. : port d'un casque sur un chantier ; code de la route).

**106. *Appréciation de la faute.*** - Autant dire que tout est affaire d'appréciation souveraine des juges du fond (Crim. 13 nov. 2002, nos 01-88.462 et 01-88.643 , 2 arrêts, Bull. crim. nos 203 et 204), auxquels il est, à cette fin, donné pour consigne de vérifier « s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». À travers cette exigence, il apparaît évident que le juge doit raisonner en considération des circonstances. Toutefois, le texte ne s'en réfère pas moins à l'accomplissement de diligences « normales », ce qui oblige le juge à déterminer une norme, c'est-à-dire un modèle de comportement, avant de se prononcer sur la faute à proprement parler. À la fin, il semble donc que cela ne soit pas vraiment la faute qui doit être appréciée concrètement, mais les diligences qui permettent d'analyser la faute. L'originalité du mécanisme réside, ainsi, dans la contribution du juge à la détermination de la norme pénale.

**107. *Précisions.*** - De façon ponctuelle, il arrive que le législateur encadre davantage le juge. Par exemple, la loi no 2011-851 du 20 juillet 2011, relative à l'engagement des sapeurs-pompiers volontaires et à son cadre juridique, lui impose, lors de cette opération de détermination de la norme de comportement, de prendre en compte l'urgence dans laquelle les acteurs de la sécurité civile agissent, urgence qui les rend nécessairement moins diligents, notamment parce qu'ils n'ont pas eu le temps de recueillir toutes les informations utiles. Une telle précision n'est peut-être pas inutile puisque, sans empêcher la répression, elle préserve les secouristes d'une mise en cause trop imprévisible, en l'état du seul article 121-3. Elle est, au demeurant, beaucoup plus compréhensible que celle qui implique de considérer les « difficultés propres aux missions que la loi » confie aux militaires, cette dernière faisant figure de clause de style (C. défense, art. L. 4123-11 ). C'est d'ailleurs cette expression redondante que la loi no 2011-884 du 27 juillet 2011, relative aux collectivités territoriales de Guyane et de Martinique, reproduit, à propos, cette fois, du président de l'Assemblée de Guyane et des conseillers le suppléant ou ayant reçu une délégation, ainsi que du président de l'Assemblée de Martinique et des conseillers le suppléant, du président du Conseil exécutif de Martinique et des conseillers exécutifs. Les élus n'ont donc pas renoncé à dépénaliser l'exercice de leurs fonctions, loin s'en faut, la loi du 27 juillet 2011 ne faisant, de la sorte, que

déterminer une règle déjà présente dans le code général des collectivités territoriales, à propos de bien d'autres élus (art. L. 2123-34 , L. 3123-28 , L. 6224-7 , L. 6325-7 et L. 6434-9 ).

108. Fautes qualifiées. - Deux fautes, particulièrement graves, permettent d'engager la responsabilité d'une personne physique quel que soit le lien de causalité qu'elles entretiennent avec le dommage causé par l'agent : la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, et la faute caractérisée qui a exposé autrui à un risque d'une particulière gravité que son auteur ne pouvait ignorer. Il y aurait donc là matière à contrôle de la Cour de cassation, mais il faut dire que la lecture de certains arrêts démontre surtout qu'il n'est pas toujours si facile de séparer le « délibéré » du « caractérisé » (ex. : Crim. 18 nov. 2008, no 08-81.361 , Bull. crim. no 233, où sont condamnés l'occupant d'un appartement qui a explosé à la suite d'une fuite de gaz, ainsi que deux agents de GDF, sur le même fondement : la faute caractérisée. La nuance de la situation ne conduit donc pas toujours à celle des fautes...).

109. Faute délibérée. - La faute délibérée, d'abord, n'est pas d'une nature différente que celle de la mise en danger délibérée (V. supra, no 100). C'est, autrement dit, la même faute, donc, en réalité, une faute intentionnelle, la seule différence résidant dans le contexte de sa prise en compte. Ici, la faute a provoqué ou concouru à provoquer un dommage. Il s'agit, concrètement, de violer de façon manifestement délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement. Il existe effectivement un certain nombre de telles obligations dans des domaines particulièrement dangereux, essentiellement la conduite (ex. : interdire les stupéfiants et l'alcool au volant, afin d'éviter les accidents) et le travail (ex. : obliger au port d'un harnais de sécurité pour les travaux en hauteur, afin d'éviter une chute). Dans ces domaines, non seulement, un dommage est possible mais, lorsqu'il intervient, il peut être grave. D'où la culpabilité évidente de celui qui, consciemment et volontairement, ne respecte pas ces obligations. Le fait que la faute doive être « manifestement » délibérée participe ainsi de cette idée que l'on ne va alors pas procéder à une recherche poussée d'intention : la faute apparaît avec évidence, par la seule violation de l'obligation concernée. Ce qui n'empêche que l'obligation qui n'a pas été respectée doit être « particulière ». Autrement dit, il ne doit pas s'agir d'une obligation générale et indéterminée ; elle doit épouser la forme de la violation d'un interdit légal ou réglementaire précis.

**110. Faute aggravante.** - Une telle faute, lorsqu'elle est commise, peut non seulement constituer une infraction, mais également concourir à aggraver une infraction (homicide involontaire et coups et blessures par imprudence : C. pén., art. 221-6 , 222-19 , 222-20 et R. 625-3 ). Cette articulation n'apparaît concevable qu'en cas de causalité directe, où la faute constituant l'infraction serait simple, la faute délibérée – autre faute – l'aggravant ; ou, en cas de causalité indirecte, si la faute constitutive est caractérisée et la faute aggravante délibérée. À défaut de quoi, la même faute constituerait et aggraverait l'infraction, ce qui ne saurait être admis.

**111. Faute caractérisée.** - La faute caractérisée, ensuite, est paradoxalement, de toutes les fautes pénales, la moins caractérisable. C'est, en quelque sorte, également une forme de mise en danger d'autrui, puisqu'elle consiste en l'exposition d'autrui à un risque d'une particulière gravité

que son auteur ne pouvait ignorer. Sauf que, contrairement à la faute délibérée, le comportement qui est celui de l'auteur n'est pas volontairement risqué ; il l'est inconsciemment bien qu'inéluctablement (on est donc bien ici dans la non-intention). Il s'agit, autrement dit, du degré maximal en matière d'inconscience, où la faute délibérée représenterait le degré maximal en matière d'imprudence. Tout est affaire de frontière – une fois de plus, devrait-on souligner – et la difficulté est de déterminer un seuil entre la négligence simple et la négligence grave ou caractérisée. À la lecture des arrêts rendus en la matière, il appert que, comme bien souvent, la gravité n'est alors pas tant celle du comportement que de ses conséquences. Dans de tels cas, les juges viennent souvent chercher la faute caractérisée à défaut de pouvoir justifier une faute délibérée (V. par ex. Crim. 18 nov. 2008, préc. [supra, no 108]). La gravité se justifie également, de façon peut-être moins contestable, par la quantité : la répétition de fautes simples peut faire basculer celles-ci dans une appréciation unitaire d'un comportement gravement fautif (Pau, 2 mai 2001, JCP 2001. IV. 3098).

### c. - Les contraventions

**112. Force majeure.** - La nature juridique des contraventions, ces infractions quotidiennes, n'est pas des plus limpides. En vertu de l'article 121-3, alinéa 5, du code pénal, notamment, « il n'y a point de contravention en cas de force majeure ». Cette référence – au demeurant redondante (en vertu de l'article 122-2 du code pénal, la force majeure est effectivement une cause générale d'irresponsabilité pénale) – à la force majeure dans un article par ailleurs consacré à la faute démontre qu'en matière contraventionnelle, la faute ne se discute pas : la contravention constituant par essence une imprudence, sa réalisation démontre ipso facto une telle faute, que seule la force majeure est alors susceptible d'évincer, la cause de l'imprudence s'avérant finalement autre que le comportement imprudent de l'auteur.

## Section 2 - La transgression

**113. Un fait juridique.** - Un fait juridique est « un fait que la loi prend en considération pour y attacher un effet de droit » (G. CORNU, Introduction au droit, 13e éd., 2007, Montchrestien, no 134). Tel est le cas de l'infraction, lorsque le comportement préalablement prohibé par la loi sous la menace d'une peine (prise en considération par la loi) est, malgré tout, réalisé par une personne (fait correspondant), qui va alors encourir la procédure puis la sanction prévues par la loi (effets de droit). L'infraction représente, en cela, un fait juridique personnel (V. infra, nos 114 s.) et illégal (V. infra, nos 154 s.), déclencheur d'effets qui sont étudiés par ailleurs (en procédure pénale et en droit de la peine).

### Art. 1er - Un fait personnel

**114. Personne responsable.** - Si, en droit pénal, « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait » (C. pén., art. 121-1 ), c'est sur la base d'une conception originale de la personne responsable (G. BEAUSSONIE, La personnalité juridique en droit pénal, Mélanges Claire

Neirinck, 2015, LexisNexis, p. 157). Accueillant désormais les personnes morales (art. 121-2 ) mais rejetant, par exemple, les personnes physiques dont le discernement ou le contrôle font défaut (art. 122-1 ), la responsabilité pénale nécessite que le fait infractionnel soit rattachable (V. infra, nos 114 s.) aussi bien que reprochable (V. infra, nos 141 s.) à une telle personne. À défaut, il ne saurait y avoir d'infraction.

### *§ 1er - Un fait rattachable à une personne*

**115. Au-delà de la faute ?** - On l'a dit : ce qui fonde, en principe, la responsabilité pénale est la faute (V. supra, nos 95 s.). Toutefois, il arrive que cette responsabilité s'axe autour d'autres considérations qu'une culpabilité au sens strict. C'est le cas pour ces responsables économiques que sont les dirigeants et les personnes morales, dont les pouvoirs impliquent que l'on envisage qu'ils puissent commettre des infractions un peu différentes des infractions classiques. Voyons, ainsi, les responsables fautifs (V. infra, nos 116 s.) puis les responsables économiques (V. infra, nos 133 s.).

#### A - Les responsables fautifs

**116. Une infraction, des participants.** - La situation la plus simple est celle dans laquelle une seule personne commet une seule infraction. Il arrive, néanmoins, que les choses se compliquent, essentiellement parce que plusieurs personnes ont, d'une façon ou d'une autre, participé à une même infraction. La responsabilité des unes et des autres se distribue alors selon le jeu de rôles suivant, préalablement envisagé par la loi en vertu du principe de légalité : il y a l'auteur, et éventuellement les coauteurs (V. infra, nos 117 s.), qui commet l'infraction, le complice (V. infra, nos 120 s.), qui provoque ou aide à commettre l'infraction, et le receleur (V. infra, nos 131 s.), qui profite de l'infraction.

#### 1° - Auteur et coauteurs

**117. Responsabilité individuelle.** - L'article 121-1 du code pénal dispose que « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». C'est donc l'auteur, c'est-à-dire celui qui « commet les faits incriminés », ou éventuellement celui qui les tente, qui est responsable (art. 121-4). Il n'existe alors pas, en droit pénal, de responsabilité collective ni de responsabilité du fait d'autrui. Il n'empêche que, parfois, la commission d'une infraction implique plusieurs personnes.

**118. Pluralité.** - Cette pluralité peut, d'abord, avoir une incidence sur la responsabilité de chaque auteur pris isolément, en ce sens qu'elle peut, par exemple, conduire à aggraver sa répression (ex.

: vol en réunion. V. supra, no 75). Cette pluralité peut, ensuite, être précisément ce que l'incrimination prohibe (ex. : avant 1901, prohibition des associations par l'article 291 du code pénal de 1810 ; aujourd'hui, association de malfaiteurs, C. pén., art. 450-1 ). Cette pluralité peut, enfin, conduire à ce qu'il existe plusieurs responsables.

**119. Coaction.** - La première hypothèse de pluralité de responsables est celle de la coaction, plusieurs personnes commettant une seule et même infraction (ex. : violences de groupe). Chacune de ces personnes réunit, en elle-même, les éléments constitutifs de l'infraction. Toutefois, comme le relève la jurisprudence, les coauteurs ont agi « ensemble et de concert » (Crim. 5 oct. 1972, Bull. crim. no 269), « d'un commun accord » ou ont « participé à une action concertée » (Crim. 13 juin 1972, Bull. crim. no 195). Il faut ainsi une « assistance réciproque » entre les différents coauteurs (Crim. 29 janv. 1829, Bull. crim. no 22), matérielle, mais surtout psychologique. Même s'il n'existe alors qu'une infraction, indivisible, le sort de chaque coauteur est examiné de façon indépendante par les juges, fût-ce au cours d'un même procès. La situation présente un certain nombre de difficultés, trois essentiellement. D'abord, comment savoir, en présence de plusieurs coups portés à une personne qui va décéder conséquemment à ces coups, celui qui a été mortel (c'est la fameuse « scène unique de violences ») ? La jurisprudence a tendance, pour régler le problème, à considérer que c'est l'ensemble des coups qui a conduit à l'issue fatale, tous les porteurs de coups étant donc des coauteurs (Crim. 13 juin 1972, Bull. crim. no 195 : deux frères, munis de couteaux, avaient participé à une rixe au cours de laquelle deux personnes ont été blessées par arme blanche ; il a été prouvé que l'un d'entre eux avait porté les coups de couteau à la première personne, mais aucune certitude n'était établie quant à l'identité de l'auteur des blessures de la seconde personne). Ensuite, l'élément moral peut-il différer entre plusieurs coauteurs, un auteur ayant agi intentionnellement, un autre pas ou moins ? La jurisprudence n'est pas clairement fixée sur ce point (V. par ex. Crim. 28 juill. 1969, Bull. crim. no 239, où la Cour de cassation considère qu'une cour d'appel ne peut qualifier d'une part, violences, à l'égard d'un des prévenus, d'autre part, blessures involontaires, à l'égard d'un autre prévenu, des faits qui ont été commis dans le même trait de temps, dans le même lieu et ayant été déterminés par le même mobile. Il s'agissait, en l'occurrence, d'une personne poussée à terre volontairement par une deuxième, une troisième conduisant un camion et lui écrasant involontairement la jambe). Enfin, les circonstances aggravantes se communiquent-elles entre coauteurs ? En principe, seules les circonstances aggravantes réelles se communiquent (V. supra, no 75). Les autres hypothèses de pluralité de responsables sont la complicité et le recel.

## 2° - Complice

**120. En amont de l'action infractionnelle.** - Le complice est celui qui s'associe à l'infraction commise par quelqu'un d'autre, que l'on nomme en conséquence l'auteur principal. L'entreprise délictueuse suppose, ainsi, une pluralité d'acteurs, dont les interventions respectives ont contribué à rendre l'infraction possible. Dans cette entreprise, cependant, le complice n'a eu pour rôle que d'aider l'auteur principal. En vertu de l'article 121-7 du code pénal, « est complice d'un crime ou

d'un délit la personne qui sciemment, par aide ou assistance, en a facilité la préparation ou la consommation. Est également complice la personne qui par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir aura provoqué à une infraction ou donné des instructions pour la commettre ». En vertu de l'article 121-6, « sera puni comme auteur le complice de l'infraction ». Voyons, en conséquence, la constitution (V. infra, nos 121 s.), puis la répression (V. infra, nos 129 s.) de la complicité.

a. - La constitution de la complicité

**121. Élément légal.** - L'élément légal ou, si l'on préfère, le fondement de l'incrimination de la complicité est donc l'article 121-7 du code pénal. On y apprend que la complicité de crime ou de délit est toujours incriminée, alors que la complicité de contravention ne l'est que dans certains cas : provocation ou instructions, mais pas aide ou assistance (d'où l'existence de certaines incriminations autonomes de telles assistances, par ex. en matière de tapage nocturne : C. pén., art. R. 632-2).

**122. Élément matériel.** - L'élément matériel de la complicité se dédouble : puisque la complicité suppose qu'une infraction soit commise, elle nécessite, pour être caractérisée, une infraction principale commise par un autre que le complice ; mais parce que la complicité est aussi une infraction à part entière, elle nécessite tout autant un acte de complicité connexe.

**123. Infraction principale.** - En ce qui concerne l'infraction principale, il faut donc qu'une infraction, contravention, délit ou crime soit commise. On ne peut, en effet, être complice que de l'infraction commise par quelqu'un d'autre (c'est pourquoi, il n'existe pas de complicité de suicide, par ex., car le suicide n'est pas une infraction, d'où la nécessité d'incriminer spécifiquement la provocation au suicide : C. pén., art. 223-13 ). Par ailleurs, plusieurs questions se posent : faut-il, d'abord, que l'acte soit punissable ou que l'auteur de l'acte soit punissable ? Faut-il, en somme, retenir une conception objective ou subjective de l'acte ? L'interrogation est pertinente, car certains événements font qu'une infraction ne peut être punie car elle n'existe pas (causes objectives d'irresponsabilité : élément quelconque de l'infraction faisant défaut ; fait justificatif ; immunité de fond ; amnistie ; abrogation de la loi pénale, etc.), et d'autres font qu'elle ne peut être punie parce que, bien qu'existante, son auteur ne peut pas être puni (causes subjectives d'irresponsabilité : troubles psychiques, contrainte), ce qui n'est pas tout à fait pareil. En principe, la complicité d'infractions, pour lesquelles l'auteur principal n'est pas punissable (auteur décédé, troubles psychiques, etc.), n'est pas puni (pas d'obligation de le poursuivre) ou ne peut pas être puni (auteur en fuite ou inconnu), demeure punissable. C'est donc une conception objective de l'acte principal punissable qui paraît l'emporter, ce qui est néanmoins discutable (V., en ce sens, Crim. 8 janv. 2003, no 01-88.065 , Bull. crim. no 5 : après avoir relaxé l'auteur principal pour défaut d'intention coupable, les juges ont retenu la culpabilité du complice, « en estimant, notamment, qu'il avait une parfaite connaissance de la véritable nature des substances transportées », en l'occurrence des

stupéfiants. Selon la Cour de cassation, « en cet état, et dès lors que l'existence d'un fait principal punissable, soit l'exportation illicite de stupéfiants, 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 ». Il n'y a pourtant pas d'infraction dans cette hypothèse... Mais V., en sens contraire, Crim. 18 juin 2003, no 02-85.199 , Bull. crim. no 127 : dans l'affaire du sang contaminé, la Cour de cassation considère qu'il n'y a pas de condamnation possible pour complicité d'empoisonnement, faute d'intention de donner la mort de la part des auteurs principaux). Faut-il, ensuite, que l'acte principal ait été consommé ? Non, il est possible de concevoir une complicité de tentative (ex., pour une complicité de tentative d'extorsion de fonds : Crim. 4 juin 1998, inédit, no 97-82.492).

**124. Acte de complicité.** - En ce qui concerne l'acte de complicité punissable, le complice doit avoir un comportement actif. Sauf exception (ex. : C. pén., art. 213-4-1 , qui définit les conditions dans lesquelles la responsabilité pénale du supérieur hiérarchique militaire ou civil peut être engagée dans les cas où il aurait pu empêcher ou réprimer l'exécution d'un crime contre l'humanité par un subordonné ou en référer aux autorités compétentes. Il est alors considéré comme complice dudit crime, encourant consécutivement les mêmes peines que leur auteur), il n'existe pas de complicité passive. À défaut de complicité active, la personne concernée n'est qu'un comparse non punissable (V. cep. Crim. 13 sept. 2016, no 15-85.046 : est complice celui qui a favorisé des blessures par imprudence en s'abstenant d'intervenir comme il en avait l'obligation). Seuls les cas prévus généralement par l'article 121-7 du code pénal – et d'autres plus spécifiques prévus par quelques textes – peuvent conduire à condamner le complice. Il s'agit de la provocation, de la fourniture d'instructions, et de l'aide et assistance. On le voit, la question de la causalité est importante, puisque l'idée est que l'intervention active du complice a autorisé, en la provoquant ou en la facilitant, la commission de l'infraction principale. Selon la conception que l'on se fait du lien causal, on peut alors remonter loin, jusqu'à sanctionner le complice du complice (Crim. 30 mai 1989, Bull. crim. no 222 : sanction d'une personne à l'origine des instructions données par le complice direct pour commettre des crimes). De cette exigence causale s'infère une autre particularité de l'acte du complice : le caractère antérieur ou concomitant de son intervention par rapport à l'infraction principale. Il doit être intervenu dans la préparation ou la consommation de l'infraction, pas après. Ceci étant précisé, en vertu de l'article 121-7 du code pénal, il existe donc trois cas généraux de complicité.

**125. Provocation.** - Le premier cas est la complicité par provocation – qui est une forme d'instigation, en ce que le complice pousse l'auteur à agir : devient complice celui qui provoque l'acte principal par don, promesse, menace, ordre, ou abus d'autorité ou de pouvoir. Est ainsi complice celui qui détermine la commission d'une infraction en promettant une récompense à l'auteur principal, ou qui l'oblige à agir par menace ou par ordre. L'autorité dont il est fait question peut être de pur fait (ex. : employeur, mais aussi leader syndical). La provocation doit être personnelle, autrement dit, être exercée sur une personne déterminée, et concerner une infraction suffisamment précise.

**126. Fourniture d'instructions.** - La complicité par fourniture d'instructions, autre forme d'instigation, est le second cas. Peu importe, à cet égard, que les instructions fournies aient été déterminantes de l'action ou qu'elles l'aient juste facilitée. Il faut simplement que les indications données aient été utilisables et qu'elles aient été effectivement utilisées.

**127. Aide ou assistance.** - La complicité par aide ou assistance est le dernier cas de complicité et, contrairement aux deux autres, ne concerne pas les contraventions. Ce cas n'est pas très précis ; il s'agit juste de caractériser une forme d'assistance apportée par le complice à l'auteur principal : tenir la victime que l'on frappe ; fournir la matière d'un article diffamatoire ; faire le guet pendant un cambriolage, etc. L'aide doit cependant être matérielle, et pas simplement morale.

**128. Élément moral.** - L'élément moral de la complicité est important. La complicité est, en effet, une infraction intentionnelle : il faut agir « sciemment » dans le but d'intervenir dans la commission d'une infraction, précise l'article 121-7 du code pénal. On n'est donc pas complice par imprudence ou par négligence, quand bien même on a facilité la commission d'une infraction. Toutefois, faut-il vouloir l'infraction ou le résultat de l'infraction ? En tous les cas, on peut être le complice d'une imprudence (ex. : le passager d'un véhicule qui ordonne au conducteur de brûler un feu rouge, ce qui provoque un accident). La chambre criminelle de la Cour de cassation considère effectivement que, dans un tel cas, rien ne s'oppose à condamner le complice (Crim. 14 déc. 1934, Bull. crim. no 209. – Crim. 13 sept. 2016, préc. [supra, no 124]). C'est peut-être excessif, et sans doute faudrait-il distinguer entre le résultat prévu par le complice, et celui qu'il n'avait pas envisagé (ex. : personne qui fournit une arme à une autre pour qu'elle impressionne un débiteur récalcitrant, et qui finalement le tue). Sanctionner cette dernière hypothèse serait alors basculer dans la complicité par imprudence, ce que ne prévoit pas le texte de l'article 121-7 (à la frontière, Crim. 13 sept. 2016, préc.). La question se pose en des termes proches pour le complice d'une infraction qui exige un dol spécial, par exemple l'empoisonnement (V., à cet égard, Crim. 18 juin 2003, préc. [supra, no 123]).

b. - La répression de la complicité

**129. Même sac.** - La complicité générale de l'article 121-7 du code pénal fait encourir au complice les mêmes peines que celles qu'encourt l'auteur principal (art. 121-6). Complice et auteur sont ainsi « cousus dans le même sac » (J. CARBONNIER, Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal, JCP 1952. I. 1034), en ce sens que le premier emprunte, dans une certaine mesure, la criminalité et la pénalité du second. À cette précision importante près : l'article 121-6 dit, précisément, que le complice « sera puni comme auteur », et non plus comme « l'auteur ». Cette rédaction implique une appréciation propre de la responsabilité du complice, qui peut notamment conduire à ne pas le condamner dans certaines hypothèses (ex. : si l'infraction principale suppose une qualité particulière, par ex. fonctionnaire, que le complice n'a pas, est-il punissable ? Sans doute que oui. Mais dans quelle mesure ? La peine encourue sera la

même – l'article dit « sera puni » –, ce qui ne signifie bien sûr pas que le complice, à la fin, subira exactement la même peine que l'auteur).

**130. Circonstances aggravantes.** - Reste à noter que, du point de vue des circonstances aggravantes, les circonstances aggravantes réelles (ex. effraction dans le vol) sont communiquées au complice, mais pas les circonstances aggravantes personnelles (ex. : qualité de récidiviste), un problème se posant pour les circonstances aggravantes mixtes (ex. : préméditation), mais on l'a déjà dit (V. supra, no 75).

### 3° - Receleur

**131. En aval de l'action infractionnelle.** - Le recel est le fait de dissimuler ou de tirer profit du produit de l'infraction commise par quelqu'un d'autre. Initialement réservé à quelques cas de figure, principalement le recel de choses acquises frauduleusement, il a fait l'objet, en 1992, d'un élargissement substantiel. Par ailleurs, après avoir été perçu comme un cas de complicité, il est devenu un délit distinct en 1915. L'article 321-1 du code pénal le définit, à la fois, comme « le fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit » (ex. : personne qui revend un bien volé) et comme « le fait, en connaissance de cause, de bénéficier, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit » (ex. : passager qui se fait transporter dans un véhicule qu'il sait volé ; journaliste qui utilise une information qu'il sait avoir été obtenue par violation du secret de l'instruction). Il faut une infraction préalable (crime ou délit), dont un produit est tiré. Peu importe, à cet égard, que son auteur soit effectivement puni. Il faut ensuite un acte de recel.

132. Puniton. - La peine encourue par le receleur est indépendante de la peine encourue par l'auteur de l'infraction première (de même que la prescription de l'action publique), sauf dans deux situations qui rappellent le lien entre recel et infraction première : les peines d'amende prévues par les articles 321-1 et 321-2 peuvent être élevées au-delà de 375 000 euros jusqu'à la moitié de la valeur des biens recelés (art. 321-3) ; lorsque l'infraction dont provient le bien recelé est punie d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 321-1 ou 321-2, le receleur est puni des peines attachées à l'infraction dont il a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance (art. 321-4).

## B - Les responsables économiques

**133. Adaptation de la responsabilité personnelle.** - Deux acteurs économiques, au moins, font l'objet d'une responsabilité pénale un peu particulière. Il s'agit des dirigeants (V. infra, nos 134 s.) et des personnes morales (V. infra, nos 136 s.).

## 1° - Les dirigeants

**134. Faute de surveillance.** - On a pu se demander si le principe de personnalité de la responsabilité pénale s'appliquait au chef d'entreprise. Celui-ci peut, en effet, voir sa responsabilité engagée par le fait matériel d'une autre personne : son préposé (i.e. son salarié). Dans l'hypothèse particulière où un chef d'entreprise a laissé l'un de ses préposés commettre une infraction liée au fonctionnement de l'entreprise ou, plus précisément, une violation de la réglementation pénalement sanctionnée applicable à l'activité de l'entreprise considérée, le premier est effectivement responsable pénalement (Crim. 28 janv. 1859, S. 1859. 1. 364). La chambre criminelle de la Cour de cassation énonce avec constance que « le chef d'établissement au sens de l'article L. 263-2 – devenu l'article L. 4741-1 – du code du travail commet une faute personnelle engageant sa responsabilité pénale en ne s'assurant pas lui-même de la stricte et constante exécution des dispositions édictées pour l'hygiène et la sécurité des travailleurs » (Crim. 16 janv. 1990, no 88-83.193, Bull. crim. no 28). La faute pénale reprochée au chef d'entreprise est donc la violation à son devoir de surveillance, que la jurisprudence présume.

**135. Délégation de pouvoirs.** - Le plus simple, pour le chef d'entreprise, afin de ne pas être considéré comme responsable pénalement, est de démontrer l'existence d'une délégation de pouvoirs au profit d'un autre membre de l'entreprise (Crim. 28 janv. 1859, S. 1859. 1. 364), la responsabilité de ce dernier étant substituée à la sienne. Ce mécanisme obéit néanmoins à un certain nombre de conditions pour être effectif (V. F. DOUCHEZ, B. DE LAMY et M. SEGONDS, La délégation de pouvoirs du chef d'entreprise : principes et actualité, Dr. pénal 2010. Dossier 6).

## 2° - Les personnes morales

**136. Comme s'il s'agissait d'une personne physique.** - L'admission d'une responsabilité pénale des personnes morales n'était pas évidente, en ce sens que celles-ci ne peuvent agir indépendamment d'une ou de plusieurs personnes physiques, qu'il suffirait donc de responsabiliser – notamment en encadrant leurs activités au sein d'une personne morale, ce qui est par exemple le cas en droit des sociétés. Pour des raisons utilitaires, le pas a cependant été franchi en 1992, l'article 121-2 du code pénal précisant désormais que « les personnes morales [...] sont responsables pénalement [...] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». En cette formule relativement obscure réside toute la complexité de l'imputabilité d'une infraction à une personne morale : celle-ci doit-elle, en effet, être caractérisée chez les personnes physiques ayant agi pour la personne morale ? Au-delà, l'imputabilité propre à la personne morale ne constitue-t-elle pas, comme son nom ne l'indique pas, une condition plus formelle que morale ? Toute infraction peut être imputée à une personne morale qui existe, voilà tout. Le reste est, déjà, imputation : les conditions sont-elles réunies pour que la personne morale doive répondre de l'infraction ? En tous les cas, il s'agit bien de responsabiliser un être moral, puisque c'est la faute propre de ce dernier, fût-elle plutôt collective, fût-elle nécessairement indirecte, qui représente la

cause de sa responsabilité. Il n'est pas question, en effet, d'utiliser la personne morale pour aider la personne physique à répondre de sa propre faute ; ce n'est donc pas une responsabilité pénale du fait d'autrui, nul n'étant responsable, en vertu de l'article 121-1 du code pénal, que de son propre fait, personne morale comme personne physique. Les choses semblent alors simples : à l'instar du droit civil, on va désormais traiter la personne morale comme s'il s'agissait d'une personne physique.

**137. Article 121-2 du code pénal.** - Pourtant, la lecture de l'article 121-2 du code pénal ne renseigne guère plus sur l'imputation d'une infraction à une personne morale. Partons alors de l'évidence : la personne morale devant s'incarner pour commettre une infraction – il faut une main pour commettre un vol –, cette commission passe inéluctablement par une ou plusieurs personnes physiques qui vont, baïonnettes non intelligentes, représenter la personne morale. La responsabilité pénale des personnes morales se particularise donc de celle des personnes physiques, puisqu'elle prend nécessairement la forme d'une représentation, voire, plus justement encore, d'une assimilation : les organes et les représentants sont le corps d'un esprit qui n'est pas le leur, ou pas seulement le leur. En ce sens, la personne morale n'est pas responsable pour eux ou à cause d'eux mais, dit le texte, « par eux ». Paradoxalement, cet emprunt de corps par la personne morale autorise sa relative autonomie par rapport aux personnes physiques qui l'animent. À tel point que, non seulement, ces responsabilités ne sont pas exclusives l'une de l'autre (art. 121-2, al. 3), mais surtout, la personne morale devrait pouvoir être reconnue responsable alors qu'aucun organe ou représentant n'a été identifié comme étant l'auteur matériel des faits, voire qu'aucun n'est susceptible de l'être. Petit à petit, la responsabilité pénale des personnes morales s'est ainsi détachée de celle des personnes physiques qui la composent : de l'exigence initiale d'une nécessaire caractérisation de la faute de la personne morale chez la personne physique, la jurisprudence est passée à une présomption de commission de l'infraction par un organe ou un représentant, jusqu'à consacrer une responsabilité directe dans certaines hypothèses (V. par ex. J.-C. SAINT-PAU, Imputation directe et imputation présumée d'une infraction à une personne morale, D. 2012. 1381 ). Plus récemment, il semble néanmoins que la Cour de cassation ait souhaité revenir vers une conception moins audacieuse, imposant une identification de la personne physique qui a agi au nom de la personne morale (V. par ex. Crim. 31 oct. 2017, no 16-83.683 ).

**138. Autre voie de responsabilisation.** - Ne serait-il dès lors pas pertinent de consacrer une telle responsabilité que dans les situations où, précisément, une personne physique ne peut pas être mise en cause ? Mais ne s'agirait-il pas, en ce cas, de la consécration d'une responsabilité collective, ou de celle d'un nouveau mode de relation entre plusieurs personnes physiques ayant généré une infraction unique ?

**139. Bornes spécifiques.** - Quoi qu'il en soit, à responsabilité spécifique, bornes spécifiques : seuls les êtres formellement dotés de la personnalité morale peuvent se voir imputer pénalement la commission d'une infraction. Cela exclut, par exemple, les unités économiques et sociales. Cette

victoire de la fiction sur la réalité, peut-être plus conforme à l'esprit légaliste, n'est cependant pas irréversible : la théorie de la réalité, qui permettrait d'étendre les sujets responsabilisés, trouverait une acuité particulière si on lui associait l'autonomie du droit pénal. Comme dans d'autres domaines, le juge pénal pourrait alors s'écarter des solutions retenues par le juge civil et consacrer – pour les punir – ses propres personnes morales. On rétorquera, non sans raison, que la loi pénale est d'interprétation stricte. Il y aurait également beaucoup à dire sur la mort des personnes morales, cause d'irresponsabilité pénale très opératoire pour les personnes physiques qui les composent. Suivant l'impeccable typologie d'un auteur (M. SEGONDS, Frauder l'article 121-2 du code pénal, Dr. pénal 2009. Étude 18), rappelons simplement que la scission de sociétés ou la fusion-absorption paralysent la répression de la société scindée ou absorbée (Com. 15 juin 1999, no 97-16.439 , Bull. civ. IV, no 127. – Crim. 20 juin 2000, no 99-86.742 , Bull. crim. no 237. – Crim. 14 oct. 2003, no 02-86.376 , Bull. crim. no 189). La métempychose devient une cause d'irresponsabilité pénale, en somme ! Une solution inverse obligerait, d'une certaine façon, à consacrer une responsabilité pénale du fait d'autrui. Dans la même veine, s'inscrit la dissolution, qui ne provoque cependant un effet similaire qu'à la clôture des opérations de liquidation (C. com., art. L. 237-2 et L. 251-21 ), ce qui laisse du temps aux représentants de l'ordre public pour réagir. Dans une certaine mesure, seules les peines ne déçoivent pas, celles-ci s'étant révélées parfaitement aptes à s'appliquer aux personnes morales : dissolution et amendes amplifiées, notamment. Cela inviterait peut-être à revoir la prise en compte pénale de la personne morale comme une technique de punition, mais pas d'imputation.

## *§ 2 - Un fait reprochable à une personne*

**140. Cause exclusive de l'infraction.** - Rattachée à une personne, parce que commise par elle, l'infraction doit ensuite pouvoir lui être reprochée, ce qui renvoie traditionnellement à deux questions : celle de l'imputabilité (V. infra, nos 141 s.) et celle de la culpabilité (V. infra, nos 149 s.).

### A - L'imputabilité

**141. Comprendre et choisir.** - Nul ne peut être puni s'il n'était pas en mesure de comprendre ce qu'il a fait : pour lui être imputable, c'est-à-dire reprochable au titre de la responsabilité pénale, son action doit d'abord avoir été consciente. Il faut donc que le délinquant soit pourvu d'une aptitude suffisante à discerner le bien du mal, aptitude qui constitue la condition même de sa culpabilité (V. infra, nos 142 s.). Par ailleurs, nul ne peut non plus être puni s'il n'était pas en mesure de choisir ce qu'il a fait ; pour lui être imputable, l'action doit ensuite avoir été libre. Il faut que le délinquant ait déterminé seul son action, sans pression des événements ou d'un tiers, bref sans contrainte, de telle sorte que le choix qu'il a fait était vraiment le sien (V. infra, nos 147 s.).

## 1° - L'absence de discernement

**142. Absence abstraite ou concrète.** - Deux situations caractérisent l'absence de discernement et, partant, de responsabilité pénale, de personnes qui ont pourtant commis matériellement une infraction : soit l'agent est censé ne pas avoir été capable de discerner (V. infra, nos 143 s.), soit il n'a concrètement pas été capable de discerner (V. infra, nos 145 s.)

### a. - La minorité

**143. Article 122-8 du code pénal.** - L'article 122-8 du code pénal dispose : « Les mineurs capables de discernement sont pénalement responsables des crimes, délits ou contraventions dont ils ont été reconnus coupables, dans des conditions fixées par une loi particulière – en l'occurrence l'ordonnance no 45-174 du 2 février 1945 relative à l'enfance délinquante – qui détermine les mesures de protection, d'assistance, de surveillance et d'éducation dont ils peuvent faire l'objet. Cette loi détermine également les sanctions éducatives qui peuvent être prononcées à l'encontre des mineurs de dix à dix-huit ans ainsi que les peines auxquelles peuvent être condamnés les mineurs de treize à dix-huit ans, en tenant compte de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge ». Le droit pénal s'applique donc aux mineurs, dont le discernement est obscurci par le jeune âge, de façon graduelle (Crim. 13 déc. 1956, Bull. crim. no 840 : « Si les articles 1et 2 de l'ordonnance du 2 février 1945, modifiés par la loi du 24 mai 1951, posent le principe de l'irresponsabilité pénale du mineur, abstraction faite du discernement de l'intéressé, et déterminent les juridictions compétentes pour statuer lorsqu'un fait qualifié crime ou délit est imputé à des mineurs de 18 ans et pour prendre à l'égard de ces mineurs des mesures de redressement appropriées, sauf la faculté, quand il s'agit des mineurs âgés de plus de 13 ans, de prononcer une condamnation pénale si les circonstances et la personnalité du mineur paraissent l'exiger, encore faut-il, conformément aux principes généraux du droit, que le mineur dont la participation à l'acte matériel à lui reproché est établie, ait compris et voulu cet acte ; [...] toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté ». – V. déjà infra, no 73). Il se distingue en cela du droit civil, qui s'applique au mineur quelle que soit son aptitude à comprendre la portée de ses actes (Cass., ass. plén., 9 mai 1984, 6 arrêts, Bull. crim. nos 162 et 164, et Bull. ass. plén., nos 1 à 4). De même, les mineurs bénéficieront alors de juridictions spécialisées, l'ensemble de ce traitement juridique spécifique ayant été consacré comme un principe fondamental reconnu par les lois de la République par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 29 août 2002, no 2002-461 DC , consid. 26).

**144. Synthèse.** - Pour synthétiser à outrance, les mineurs de moins de dix ans n'encourent pas de sanction, les mineurs de dix à dix-huit ans encourent des sanctions éducatives, les mineurs de treize à dix-huit ans encourent des peines atténuées de la moitié et les mineurs de seize à dix-huit ans peuvent, dans certaines conditions, être traités comme des majeurs.

b. - Les troubles psychiques

**145. Article 122-1 du code pénal.** - L'article 122-1 du code pénal dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes ». Il ajoute que « la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant altéré son discernement ou entravé le contrôle de ses actes demeure punissable. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime. Si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans. La juridiction peut toutefois, par une décision spécialement motivée en matière correctionnelle, décider de ne pas appliquer cette diminution de peine. Lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état ».

**146. Nuances.** - Il faut donc distinguer l'abolition du discernement, qui empêche la responsabilité pénale, de la simple altération ou la seule entrave du contrôle des actes en raison d'un trouble psychique qui ne rend pas, en revanche, totalement irresponsable, la juridiction devant juste « tenir compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le régime » (V. déjà infra, no 73). Toutefois, désormais, la loi encadre la diminution de peine qui doit alors être accordée, sans doute pour rassurer le juge face à des choix qu'il peut parfois s'avérer difficile d'assumer. Ainsi, « si est encourue une peine privative de liberté, celle-ci est réduite du tiers ou, en cas de crime puni de la réclusion criminelle ou de la détention criminelle à perpétuité, est ramenée à trente ans ». Dans ce nouveau cadre, le juge demeure bien sûr libre de son choix. La cour d'assises, dans une telle situation, peut néanmoins prononcer une peine d'une durée supérieure, à la condition de la décider à la majorité qualifiée (C. pr. pén., art. 361-1 , al. 3, et 362 , al. 2). De même, en matière correctionnelle, la juridiction peut, « par une décision spécialement motivée [...], décider de ne pas appliquer cette diminution de peine ». L'article 122-1 du code pénal précise in fine que « lorsque, après avis médical, la juridiction considère que la nature du trouble le justifie, elle s'assure que la peine prononcée permette que le condamné fasse l'objet de soins adaptés à son état ». On le constate : même plus encadré, le rôle du juge face à une telle situation reste particulièrement difficile, celui-ci ne pouvant faire l'économie de l'avis d'un ou de plusieurs experts. C'est pourquoi, peut-être, l'article 706-136-1 du code de procédure pénale prévoit que, lorsqu'une personne a été condamnée en vertu de l'article 122-1, alinéa 2, du code pénal, mais qu'il n'a pas été prononcé à son encontre de suivi socio-judiciaire, le juge de l'application des peines peut ordonner, à sa libération, « si son état le justifie et après avis médical, une obligation de soins pendant une durée qu'il fixe et qui ne peut excéder cinq ans en matière correctionnelle ou dix ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement ». Si la personne est hospitalisée, les interdictions dont elle fait l'objet sont alors applicables pendant la durée de l'hospitalisation et se poursuivent après la levée de cette hospitalisation, pendant une durée fixée par la décision. La présente mesure

de sûreté pourra cependant être levée avant ladite durée par le juge des libertés et de la détention, sur demande de l'intéressé, « au vu du résultat d'une expertise psychiatrique ». À l'inverse, la méconnaissance de cette obligation de soins est punie de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende (C. pr. pén., art. 706-137 et 706-139 ).

## 2° - L'absence de volonté

**147. Contrainte.** - L'article 122-2 du code pénal précise que « n'est pas pénalement responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte à laquelle elle n'a pu résister ». La contrainte, en effet, abolit la volonté de l'agent et, partant, supprime sa liberté. Un événement irrésistible lui ôte toute possibilité de choix dans son action, de telle sorte que le basculement dans la délinquance n'est pas vraiment de son fait. La contrainte n'existe néanmoins qu'en cas d'impossibilité absolue de respecter la légalité (ex. : celui qui agit par menace d'un complice n'en reste pas moins auteur principal !). Des affaires célèbres le démontrent, comme celle de cet individu qui a été poursuivi pour infraction à un arrêté d'expulsion et condamné alors qu'il avait été refoulé par les pays limitrophes. Il aurait pu tenter d'aller ailleurs... (Rozoff : Crim. 8 févr. 1936, DH 1936. 1. 44). C'est le cas aussi d'une condamnation pour recel de malfaiteurs d'individus qui ont donné asile à des brigands corses alors que ces derniers les avaient menacés (Crim. 28 déc. 1900, DP 1901. 1. 81, note G. Le Poittevin). C'est à se demander s'il ne faut pas être un héros pour ne pas être condamné pénalement...

**148. Contraintes.** - On distingue classiquement la contrainte physique, qui annihile la liberté de mouvement, et la contrainte morale, qui annihile la liberté de décision. La première autorise plus aisément l'irresponsabilité (sans corps, on ne peut rien faire...) ; la seconde est appréciée plus sévèrement, et ne peut donner lieu à irresponsabilité qu'en cas de contrainte externe (ex. : menaces). Pour la contrainte morale interne, rappelons simplement, suivant R. GARRAUD, que le droit pénal a précisément été édicté pour ceux qui ne résistent pas à leurs passions criminelles ! La contrainte n'est pas admise par la jurisprudence si la situation qui a aboli la liberté de l'agent résulte d'une faute antérieure de sa part (ex. : ivresse). En ce sens, il semble qu'il faille que la contrainte soit imprévisible tout autant qu'irrésistible. Le texte ne l'impose cependant pas.

## B - La culpabilité

**149. Responsable car coupable.** - Même en cas d'action infractionnelle, l'absence de faute conduit évidemment à l'irresponsabilité pénale. Quid, en effet, si l'agent a commis une erreur de fait (V. infra, nos 150 s.) ou une erreur de droit (V. infra, nos 153 s.) ?

## 1° - L'erreur de fait

**150. Erreur humaine.** - Un individu passe à côté d'une personne agonisante, sans l'aider, parce qu'elle n'a pas pris la mesure de la situation. Que se passe-t-il ?

**151. Intention.** - Si l'infraction en cause est intentionnelle, il peut arriver qu'une erreur exclut sa culpabilité (ex. : celui qui soustrait une chose qu'il pensait être sienne). C'est un cas d'irresponsabilité de bon sens, à tel point qu'il n'est même pas repris par la loi, quand bien même il est appliqué par la jurisprudence. L'erreur est alors appréciée *in concreto*, c'est-à-dire en considération de la personne concrètement mise en cause. Cette appréciation se fonde généralement dans l'analyse de l'existence de l'élément moral.

**152. Non-intention.** - Si l'infraction est commise non intentionnellement, l'erreur ne constitue-t-elle pas, en revanche, cette négligence que l'on va précisément reprocher à l'auteur ? Tout au plus, se conçoit-elle si elle est légitime ou invincible, c'est-à-dire qu'elle était compréhensible ou quasiment impossible à éviter (ex. : relaxe d'un automobiliste qui, roulant de nuit, a roulé sur une personne étendue sur la chaussée alors qu'un véhicule qui l'avait croisé plus tôt lui avait fait des signaux lumineux).

## 2° - L'erreur de droit

**153. Nemo censetur ignorare legem.** - L'article 122-3 du code pénal dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ». La présomption de connaissance de la loi par tous est à ce point forte, que l'erreur sur le droit, ainsi consacrée, demeure une cause d'irresponsabilité pénale très étroitement ouverte. Elle doit, d'abord, être démontrée par celui qui l'a commise ; elle doit, ensuite, être excusable, c'est-à-dire que l'agent ne devait pas être en mesure de l'éviter. La jurisprudence démontre cette approche très restrictive car, par exemple, le fait de suivre l'interprétation de la loi par certains professionnels du droit est indifférente, de même que le fait de s'entourer de conseils appropriés (V. par ex. Crim. 11 oct. 1995, no 94-83.735 , Bull. crim. no 301 ; D. 1996. 469, note M. Muller ; Dr. pénal 1996. 56-I, obs. M. Véron ; RSC 1996. 646, obs. B. Bouloc : mauvaise interprétation communiquée par un avoué).

## Art. 2 - Un fait illégal

**154. Loi contre loi.** - L'élément légal peut être concurrencé et, partant, neutralisé, en raison de l'existence contemporaine à la commission de l'infraction d'un fait justificatif (V. infra, nos 155 s.), ou en raison de la détermination postérieure d'une amnistie qui, rétroactivement, va effacer l'infraction (V. infra, nos 166 s.)

## *§ 1er - La neutralisation*

**155. Faits justificatifs.** - Les « faits justificatifs » sont des circonstances particulières qui, ponctuellement et exceptionnellement, justifient le comportement infractionnel d'une personne. En raison de sa nécessité et de sa proportionnalité, ou tout simplement parce que la loi l'impose, dans des situations où il était peu envisageable d'agir autrement, ce comportement qui constitue abstraitement une infraction n'en sera pas une concrètement faute d'élément légal, l'agent n'étant consécutivement pas responsable pénalement. La loi en prévoit trois généraux, auxquels il faut ajouter d'autres, plus spécifiques, que sont, par exemple, l'exception de vérité en matière de diffamation (L. du 29 juill. 1881, art. 35) ou encore l'exercice des droits de la défense par un salarié à l'encontre de son employeur, fait justificatif consacré par la jurisprudence (Crim. 11 mai 2004, 2 arrêts, nos 03-80.254 et 03-85.521. – Crim. 16 juin 2011, no 10-85.079 ). Voyons simplement les trois principaux cas que sont l'ordre ou l'autorisation de la loi et le commandement de l'autorité légitime (V. infra, nos 156 s.), la légitime défense (V. infra, nos 159 s.) et l'état de nécessité (V. infra, nos 163 s.)

### *A - L'ordre ou l'autorisation de la loi et le commandement de l'autorité légitime*

**156. Prescription ou autorisation.** - L'article 122-4 du code pénal dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ». Il ajoute que « n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte commandé par l'autorité légitime, sauf si cet acte est manifestement illégal ».

**157. Loi.** - L'agent est justifié s'il accomplit un acte que la loi lui ordonne (ex. : médecin qui viole le secret médical pour un impératif de santé publique) ou qu'elle autorise (ex. : policier qui procède à une garde à vue ou à une perquisition).

**158. Autorité.** - L'agent est tout aussi justifié s'il obéit à une autorité légitime, c'est-à-dire à une autorité publique, civile ou militaire (donc pas son employeur ou un parent), et qui a été légalement instituée. C'est à la condition, cependant, que le commandement soit légal, autrement dit, qu'il soit prévu par la loi. Si, à l'inverse, le commandement s'avère illégal, la justification ne fonctionne pas. Il y a alors infraction, dont l'auteur principal est le commandé, et dont le commandant est complice. Mais il faut, pour cela, que l'illégalité soit manifeste, bref, évidente, l'appréciation s'opérant in abstracto. À défaut, la justification agit de nouveau.

## *B - La légitime défense*

**159. Riposte contre agression.** - L'article 122-5 du code pénal précise que « n'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accompli, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte ». Dans la continuité, « n'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, lorsque cet acte est strictement nécessaire au but poursuivi dès lors que les moyens employés sont proportionnés à la gravité de l'infraction ». La police à soi-même peut donc être justificative, dans certaines situations, celles-ci ne devant néanmoins pas trop confiner à l'autodéfense. Il faut donc, d'une part, être dans une situation de légitime défense et, d'autre part, commettre un acte de défense légitime.

**160. Une situation de légitime défense.** - La situation de légitime défense est l'actualité ou l'imminence d'une agression injuste, envers soi-même ou envers autrui, que cette agression concerne une personne ou ses biens. L'agression doit d'abord être injuste, en ce sens qu'il faut une faute de l'agresseur, peu important sa gravité (ce n'est pas le cas, par ex., du policier qui procède à une arrestation). Pour les biens, il est néanmoins précisé qu'il doit s'agir d'un crime ou d'un délit. L'agression doit, ensuite, être dirigée vers celui qui va riposter ou une autre personne – c'est la légitime défense d'autrui –, ou leurs biens. Enfin, l'agression doit être actuelle ou imminente, ce qui signifie qu'il y a urgence et ce qui interdit de solliciter l'intervention des autorités. Il ne faut pas, en revanche, réagir à une agression future ou passée : dans le premier cas, il ne s'agit pas encore d'une défense ; dans le second, il s'agit d'une vengeance.

**161. Un acte de défense légitime.** - L'acte de défense légitime est celui qui est actuel, nécessaire et proportionné. Il est actuel, d'abord, car il doit être accompli « dans le même temps » que l'agression et, pour les biens, il doit même « interrompre l'exécution » de l'infraction. Il est nécessaire ensuite, et même « strictement nécessaire » pour les biens, en ce sens que la défense doit être le seul moyen de réagir face à l'agression. Il est proportionné, enfin, à la gravité de l'infraction : la défense ne doit pas être excessive. En matière de biens, il est même impossible de commettre un acte homicide. Dans l'appréciation de cette proportion, il n'est néanmoins pas utile de prendre en compte le résultat (ex. récent : Crim. 17 janv. 2017, no 15-86.481 , où est considéré comme ayant agi en légitime défense celui qui réplique à des coups de poing par un autre coup de poing, ce qui, involontairement, provoque la chute violente de l'agresseur).

**162. Preuve.** - La preuve de la légitime défense est parfois facilitée par des présomptions. L'article 122-6 du code pénal précise ainsi qu'« est présumé avoir agi en état de légitime défense celui qui accomplit l'acte : 1o Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans

un lieu habité ; 2o Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence ».

### C - L'état de nécessité

**163. Réaction face à danger.** - L'article 122-7 du code pénal dispose : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit un acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ». L'état de nécessité autorise ainsi la justification d'une infraction commise alors qu'elle constituait le seul moyen d'éviter un péril. Ce fait justificatif ressemble beaucoup à la légitime défense, à ceci près qu'il ne s'agit pas, en l'occurrence, d'agir contre un agresseur, mais contre un péril – qui n'est pas inéluctablement lié à une personne : tempête, incendie, inondation, etc. Si l'agresseur s'avère, en revanche, être la cause du péril, alors il s'agit de légitime défense (ex. d'état de nécessité : un automobiliste qui en percute un autre pour éviter d'écraser un enfant).

**164. Danger actuel ou imminent.** - La situation de nécessité est donc celle d'un danger actuel ou imminent, concernant une personne – pas nécessairement celle qui va agir – ou un bien. L'urgence et l'injustice du danger doivent être démontrées (ex. : affamé qui vole du pain pour éviter un malaise ; un malade qui soulage sa douleur en consommant le cannabis qu'il cultive ; un médecin qui commet une infraction au code de la route pour aider un malade). De la sorte, la frontière est également tenue entre l'état de nécessité et la contrainte. Les deux se réfèrent effectivement à l'impossibilité, pour l'agent, de faire un choix libre.

**165. Réaction nécessaire et proportionnée.** - L'infraction nécessaire en réponse à la situation de nécessité doit être proportionnée par rapport à la gravité de la menace. Autrement dit, il ne faut pas aller au-delà de ce qui ne peut pas ne pas être.

### § 2 - La disparition

**166. Amnistie.** - L'amnistie est une mesure d'oubli qui ôte rétroactivement à des faits leur caractère délictueux. Une infraction a été commise, mais on va faire comme si elle n'avait jamais existé. En raison de ce caractère fictif et exceptionnel, l'amnistie ne peut être que relative et légale. Bref, il faut une loi spécifique d'amnistie.

**167. Amnisties.** - On distingue l'amnistie réelle, qui bénéficie à tous les participants de l'infraction, de l'amnistie personnelle, qui ne profite qu'à certains (pas au complice, notamment). Elle est, ainsi, plus une forme d'immunité, ne provoquant que l'irresponsabilité de certaines personnes. On distingue aussi l'amnistie conditionnelle de l'amnistie pure et simple. C'est souligner que, parfois, le juge et le pouvoir exécutif peuvent aussi avoir un rôle à jouer dans l'amnistie.

## Chapitre 2 - Les infractions

**168. Pluralités.** - À propos de l'infraction, il est deux pluralités d'évidence : c'est celle des incriminations, dans comme hors code pénal, qui justifie l'existence d'un droit pénal spécial, c'est-à-dire d'une analyse ordonnée de chacune d'entre elles ; et c'est celle, parallèle, des infractions commises en violation de ces interdictions. Dans une perspective demeurant générale, et sans entrer dans des questions de politique criminelle, tout au plus en est-on alors réduit à dresser des classifications de ces textes et comportements (V. infra, nos 169 s.). Toutefois, il existe, en vérité, d'autres pluralités qui conduisent parfois, paradoxalement, à ce que des infractions soient confrontées ou soient associées. Tel est le cas à chaque fois qu'il existe un lien suffisamment fort entre plusieurs infractions (V. infra, nos 188 s.).

### Section 1re - Les classifications des infractions

**169. Des peines et des interdits.** - On l'a dit : c'est de l'association d'une peine et d'un interdit que naît l'incrimination (V. supra, no 58). Dès lors, il est concevable que des punitions similaires ou des prohibitions similaires conduisent à des regroupements qui, la plupart du temps, autorisent un régime au moins en partie commun. Il existe, ainsi, des classifications fondées sur la peine encourue (V. infra, nos 170 s.) et d'autres fondées sur le comportement prohibé (V. infra, nos 173 s.). Ces associations ayant pour but de préserver des valeurs sociales fondamentales, il n'est pas non plus inconcevable de classer les infractions selon l'intérêt qu'elles protègent, voire les intérêts qu'il peut y avoir à appréhender de façon particulière tel ou tel type de criminalité (V. infra, nos 185 s.). À dire vrai, tout critère arbitraire autorise de telles classifications jusqu'à, éventuellement, distinguer les infractions utiles des infractions inutiles (V. MALABAT, Les infractions inutiles. Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal, in La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum, 2009, Dalloz, p. 71).

#### **Art. 1er - Les classifications fondées sur la peine encourue**

**170. Importance de la peine encourue.** - La peine encourue permet de fonder la classification officielle des infractions (V. infra, no 171), et nombre de classifications officieuses pourraient, au surplus, être bâties sur cette base (V. infra, no 172).

## § 1er - La classification officielle

**171. Premier article du code pénal.** - L'article 111-1 du code pénal dispose que « les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions ». Par « suivant leur gravité », il faut alors entendre « suivant la peine principale encourue ». Cette classification première a déjà été étudiée, dans ses causes comme dans ses conséquences (V. supra, nos 64 s.).

## § 2 - Les classifications officieuses

**172. Esquisse d'autres classifications concevables.** - À plusieurs reprises, la peine principale encourue pour une infraction conduit également à la faire entrer dans des catégories non officielles mais qui, pour cette seule raison, vont lier des infractions soumises à un régime en partie commun. Cela revient, en somme, à faire des sous-catégories au sein des catégories officielles. Pour ne retenir qu'un exemple simple, seules les infractions faisant encourir une privation de liberté, quelle qu'elle soit, autorise un recours à la garde à vue (C. pr. pén., art. 62-2 ). Il est ainsi possible de distinguer les infractions pour lesquelles le recours à la garde à vue est possible de celles pour lesquelles il ne l'est pas. Il faut noter, à cet égard, que ce phénomène de regroupement autour de la peine encourue est surtout remarquable dans le code de procédure pénale, l'idée étant celle, ici comme ailleurs, d'une nécessaire proportionnalité des mesures probatoires à la gravité de l'infraction en cause.

### Art. 2 - Les classifications fondées sur le comportement prohibé

**173. Éléments.** - Le comportement infractionnel prenant la forme d'un état d'esprit qui se matérialise (V. supra, no 68), les classifications des infractions peuvent, sans grande surprise, prendre pour base tant leur aspect matériel (V. infra, nos 174 s.) que leur aspect moral (V. infra, no 184).

## § 1er - Les classifications fondées sur l'élément matériel

**174. Élément matériel.** - Le comportement incriminé est un fait humain, prenant ainsi la forme d'agissements extériorisés qui, en principe, conduisent à un résultat que l'on souhaiterait éviter (V. supra, no 79). Ce comportement s'inscrit parfois dans un contexte qui permettrait déjà de distinguer les infractions qui le nécessitent (ex. : abus de confiance et nécessité d'une détention précaire du bien par l'agent) de celles qui ne le nécessitent pas (ex. : vol). Classiquement, on discrimine plutôt

les comportements selon leur rapport au monde extérieur, qu'ils aient été plus ou moins causaux (V. infra, nos 175 s.) ou qu'ils aient eu plus ou moins d'effets (V. infra, nos 181 s.).

#### A - Les classifications fondées sur la causalité

**175. Étendue physique** : commissions ou omissions. - L'extériorisation matériellement constitutive d'une infraction peut prendre la forme d'une action ou d'une abstention, d'une commission ou d'une omission. En effet, si l'interdiction porte sur une action, c'est que, pour préserver la valeur, il aurait fallu s'abstenir (ex. : de voler, de tuer, etc.) ; inversement, si l'interdiction porte sur une abstention, c'est qu'il aurait fallu agir (ex. : témoigner, porter secours à autrui, etc.). Même si c'est le rôle causal de certaines abstentions qui justifient de les réprimer, il est, pour des raisons évidentes, toujours plus polémique (V. supra, nos 77 s.).

**176. Étendue physique (suite)** : infractions simples et infractions complexes. - Toujours d'un point de vue physique, il existe des infractions plus complexes que d'autres. On distingue ainsi classiquement les infractions « simples », qui sont constituées par un seul fait (ex. : vol = soustraction ; meurtre = homicide), des infractions « complexes », qui supposent pour leur constitution une pluralité de faits (que ceux-ci soient infractionnels ou pas. Ex. : abus de confiance qui implique remise préalable, qui n'est pas infractionnelle, puis détournement, qui l'est ; escroquerie, qui implique manœuvres frauduleuses, puis remise consécutive).

**177. Étendue temporelle** : infractions instantanées et infractions continues. - Toutes les infractions n'ont pas la même étendue temporelle. Ainsi peut-on distinguer les infractions « instantanées » des infractions « continues » : où les premières s'exécutent en un trait de temps, en un fait (ex. : soustraction qui consomme le vol), les secondes supposent de la durée, bref, mettent en place une situation infractionnelle (ex. : séquestration, recel-détention, hébergement contraire à la dignité. – V. supra, no 85).

**178. Étendues physique et temporelle** : infractions d'habitude et infractions continuées. - Parfois, des infractions s'inscrivent dans la complexité et dans la durée. Il faut ainsi considérer les infractions dites « d'habitude », qui se consomment par la répétition de plusieurs faits identiques qui, en eux-mêmes, ne constituent pas des infractions (ex. : exercice illégal d'une profession ; consultation habituelle d'un service de communication en ligne mettant à disposition l'image à caractère pornographique d'un mineur), ainsi que les infractions dites « continuées » (ou « collectives par unité de but », ou encore « instantanées à exécution successive »), qui impliquent quant à elles la répétition de plusieurs faits infractionnels, tous punissables en eux-mêmes, mais dont l'inscription dans une seule opération autorise une unicité de qualification. Il n'y aura donc, en

ce cas, qu'une seule infraction (ex. : faux monnayage, qui se construit de la multiplication de faux billets ; vol de plusieurs objets en un même temps et dans un même lieu. – V. supra, no 85).

**179. Infractions permanentes ?** - Les infractions « permanentes » seraient celles dont les effets s'inscrivent dans le temps (ex. : construction sans permis, affichage illicite). Mais n'est-ce pas le cas de toutes les infractions ?

**180. Basculement dans la pluralité : infractions successives.** - En revanche, lorsque des infractions sont dites « successives », c'est simplement qu'il s'agit de constater que la pérennité d'un comportement infractionnel a conduit à débiter une nouvelle infraction, de même nature, le seuil de consommation de la première ayant été dépassé (ex. : chaque nouveau refus de verser une pension alimentaire au-delà d'un délai de deux mois constitue une infraction d'abandon de famille).

## B - Les classifications fondées sur l'effectivité

**181. Plus ou moins de résultat :** infractions matérielles, infractions de résultat, infractions formelles, infractions-obstacles et infractions de mise en péril ou infractions de prévention. - En considération du résultat que le législateur souhaite éviter, c'est-à-dire l'atteinte à un intérêt social qu'il convient de préserver (V. supra, nos 45 et 46), il peut agir en amont, en incriminant des comportements susceptibles de jouer un rôle plus ou moins causal dans la production de ce résultat. Ainsi, certaines infractions ne nécessitent-elles pas que ce résultat se produise pour être constituées. Les infractions sont néanmoins, la plupart du temps, « matérielles », en ce sens que leur commission suppose et donc provoque une atteinte effective à la valeur protégée, autrement dit, que le résultat à éviter ne l'a pas été (ex. : le meurtre suppose que les lésions infligées aient causé la mort de la victime). Parfois, le résultat obtenu détermine même la qualification précise de l'infraction ; on parle alors – un peu maladroitement – d'« infraction de résultat » (ce qui est le cas de la plupart des infractions d'imprudence, ainsi que des violences : V. par ex. C. pén., art. 222-7 s., R. 624-1 et R. 625-1 . – V. supra, no 46). Mais il peut arriver que, précisément pour éviter d'en arriver là, soient incriminés des comportements indépendamment du résultat obtenu. L'empoisonnement, par exemple, demeure punissable que la victime soit décédée ou pas (C. pén., art. 221-5 ). On dit alors de ces infractions qu'elles sont « formelles » (autres ex. : art. 434-15 , i.e. la subordination de témoins, qui est punie même si elle « n'est pas suivie d'effet » ; art. 442-1 , i.e. la fabrication de fausse monnaie, son utilisation étant inutile à la constitution de l'infraction ; art. 441-1 , i.e. le faux qui est incriminé indépendamment de son usage. – V. supra, no 56). Toujours en partant d'un résultat à éviter, mais en s'éloignant de plus en plus – en remontant ce que l'on appelle le chemin du crime, l'iter criminis –, certains comportements sont incriminés de façon purement préventive, parce que leur commission est susceptible de créer une situation conduisant au résultat à éviter (ex.

: C. route, art. L. 234-1 , i.e. l'incrimination de la conduite en état d'ivresse, afin de préserver l'intégrité physique du conducteur ou des autres. – C. pén., art. R. 641-1 , i.e. l'incrimination de l'abandon d'une arme, afin d'éviter qu'elle soit utilisée. – C. consom., art. L. 121-1 , i.e. l'incrimination de la publicité mensongère, qui ne conduit pas forcément à ce que soit acquis par la victime le bien concerné). On les appelle, pour cette raison, des « infractions-obstacles » (V. supra, no 57). Ces comportements créent un péril, et c'est ce péril qui est incriminé, que ce péril ait finalement conduit au résultat redouté ou pas (V. surtout C. pén., art. 223-1 ). Aussi les appelle-t-on, parfois, « infractions de mise en péril » ou « infractions de prévention », sauf à considérer, ce qui n'est pas inenvisageable, que ces dernières constituent également une catégorie à part entière.

**182. Au-delà du résultat** : infractions de conséquence. - Contrairement au fait de provoquer ou d'aider une personne à commettre une infraction qui est, lorsque le résultat a été atteint, un mode général de participation criminelle (la complicité : V. supra, nos 54 et 120 s. – Si la provocation n'a pas eu d'effet, elle est parfois punie à titre autonome, constituant de la sorte, elle aussi, une infraction formelle : V. par ex. L. du 29 juill. 1881, art. 24), le fait de bénéficier du produit d'une infraction ou de concourir à le dissimuler n'est puni que par un ensemble d'incriminations spécifiques : recel et blanchiment essentiellement. D'où le regroupement de ces dernières au sein d'une catégorie d'infractions conditionnées par l'existence d'une autre infraction, en l'occurrence antérieure (contrairement à la complicité, qui n'en est pas moins, elle aussi, une infraction conditionnée : P. CAZALBOU, Étude de la catégorie des infractions de conséquence, thèse préc.), les « infractions de conséquence » (V. supra, no 55).

**183. Résultat caché : infractions occultes et infractions dissimulées**. - Il arrive que, par nature ou par action de l'agent, une infraction n'apparaisse pas, de telle sorte qu'elle n'ait pu être « constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique ». La jurisprudence a alors créé des catégories d'infractions, que la loi a récemment consacrées (C. pr. pén., art. 9-1 ) et pour lesquelles le délai de prescription de l'action publique ne court qu'à compter du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans de telles conditions. Il s'agit des infractions « occultes », qui, « en raison de [leurs] éléments constitutifs, ne peu[vent] être connue[s] ni de la victime ni de l'autorité judiciaire » (ex. : tromperie ; dissimulation d'enfant) et des infractions « dissimulées », « dont l'auteur accomplit délibérément toute manœuvre caractérisée tendant à en empêcher la découverte » (ex. : abus de confiance ; abus de biens sociaux).

## § 2 - Les classifications fondées sur l'élément moral

**184. Élément moral** : dols ou fautes. - Les différentes attitudes que la loi pénale réprime font l'objet d'une classification doctrinale classique, selon le dol ou la faute qui est réprimé, et,

désormais, d'une classification légale, figurant à l'article 121-3 du code pénal. Ce texte, et la classification qui en procède, a déjà été étudié (V. supra, no 95).

### **Art. 3 - Les classifications fondées sur les intérêts**

**185. Arbitraire des intérêts protégés.** - S'il n'apparaît ni inconcevable, ni inopportun de classer les incriminations selon l'intérêt qu'elles préservent (V. par ex. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, 2011, Institut Universitaire Varenne-LGDJ), la chose s'avère périlleuse, l'intérêt concerné n'étant pas toujours clairement identifiable et, surtout, plusieurs intérêts étant souvent en cause (A. VITU, *Droit pénal spécial*, t. I, 1982, Cujas, no 22 : « Une même infraction peut porter atteinte à plusieurs biens juridiques à la fois. [...] Le délit est en ce cas pluri-offensif, comme le disent les criminalistes italiens »).

**186. Constat d'intérêts à appréhender de façon particulière certains types de criminalité.** - Mieux vaut peut-être, alors, percevoir l'« intérêt » comme celui de combattre tel ou tel type de criminalité ou, plus généralement encore, à l'appréhender de façon particulière : infractions politiques, infractions militaires, infractions commises par les mineurs, infractions terroristes, criminalité organisée, infraction sexuelles, infractions de presse, infractions fiscales, infractions routières ou encore infractions douanières... À chacune de ces catégories correspondent, en effet, nombre de règles spécifiques, tant substantielles que procédurales, tant et si bien que ces familles d'infractions doivent être étudiées de manière spéciale autant qu'une infraction donnée peut l'être. C'est dire que la spécialisation ne concerne pas que le droit pénal de fond. Il existe également, aujourd'hui, une approche procédurale spéciale, qui conduit à doter certaines catégories d'infractions d'un régime procédural spécifique, l'exemple le plus connu étant celui de la criminalité organisée. Si l'infraction poursuivie correspond à l'une de celles listées par l'article 706-73 du code de procédure pénale, par exemple le meurtre commis en bande organisée ou la traite des êtres humains, la procédure applicable à l'enquête, la poursuite, l'instruction et le jugement sera dérogatoire du droit commun de bien des façons : plus de latitude pour les enquêteurs, intervention de juridictions particulières, etc. Comme l'a souligné le professeur DE LAMY, « l'émergence de règles spécifiques applicables à des catégories d'infractions, comme le terrorisme, les infractions économiques ou la criminalité organisée, tisse des liens étroits entre le droit pénal spécial et la procédure pénale qui connaît ainsi un phénomène d'éclatement : l'étude de chaque catégorie d'incrimination d'un point de vue substantiel devra être suivie dorénavant par la présentation de dispositions procédurales particulières » (La loi no 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, D. 2004. 1910 ).

**187. Renvoi.** - Qu'il s'agisse, à la fin, de regrouper les infractions par intérêt protégé ou par type de criminalité, toute liste serait, à la fois, fallacieuse et précaire. Nous renvoyons donc le lecteur au Répertoire pour de plus amples précisions sur chacune de ces catégories.

## Section 2 - Les liens entre infractions

**188. Une pluralité faite de liens.** - Le fait d'affirmer que plusieurs infractions sont commises tous les jours a peut-être un intérêt aux yeux de la criminologie ou de la politique criminelle, mais cela demeure assez indifférent du point de vue du droit au sens strict. Ce qui n'empêche qu'une telle pluralité peut concerner ce dernier, lorsque ce phénomène pluriel tend à l'unité en raison de l'existence d'un lien entre les infractions concernées : même auteur, même scène, même temps, même entreprise criminelle, etc. Cette unité ne peut que conduire le droit à s'y intéresser.

**189. Problèmes de cette pluralité.** - Car la pluralité d'infractions ainsi perçue a posé des problèmes : des problèmes de forme, d'abord, relatifs à la réception procédurale de cette pluralité (un ou plusieurs procès ? Quelles conséquences, le cas échéant, de l'un sur l'autre ?) ; des problèmes de fond, ensuite, à commencer par celui, toujours essentiel, de la détermination de la peine. M. ORTOLAN, déjà, précisait à cet égard que « le problème général reste toujours le même, de quelque nature que soient les délits cumulés : qu'il s'agisse d'une même espèce de délits, comme de plusieurs vols ; ou de délits d'un même genre, comme du vol et de l'escroquerie ; ou de délits tout à fait différents, comme un délit de chasse ou un délit de presse et des coups et blessures, ils sont tous à punir » (Éléments de droit pénal, t. 1, 3e éd., 1863, no 1147).

**190. Liens.** - Quels sont alors ces fameux liens qui permettent, parfois, de traiter plusieurs infractions comme un ensemble ? Il y a, d'abord, le concours d'infractions, qui conduit parfois à ce que plusieurs infractions soient punies en considération les unes des autres (V. infra, nos 191 s.) ; il y a, ensuite, la connexité entre plusieurs infractions, dont on peut sans doute faire une application au-delà de la procédure pénale (V. infra, nos 212 s.).

### Art. 1er - Le concours

**191. Unité d'auteur ; proximité temporelle.** - Le lien le plus évident qui peut exister entre plusieurs infractions réside dans leur auteur commun. Dans cette hypothèse, et à condition que les infractions ne soient pas trop éloignées dans le temps, la question se pose de leur punition les unes en considération des autres. Est ainsi abordé le problème de ce que, au sens large – mais étymologique, concurrere signifiant « courir pour se rassembler en un point » –, on peut appeler un « concours d'infractions », c'est-à-dire leur réunion en un même temps et en un même endroit, qui peut se produire tant en présence de plusieurs faits qu'en présence d'un seul.

**192. Trop de densité.** - Encore faut-il être sûr qu'il y ait bien préalablement pluralité d'infractions. Comme l'a parfaitement démontré un auteur (E. LETOUZEY, La répétition d'infractions, 2016, Dalloz), à propos de plusieurs situations dans lesquelles une infraction possède un surplus de densité, autrement dit, des éléments surabondants (qualifications multiples ; présence d'une circonstance aggravante : V. supra, no 50 ; infraction continue, permanente, continuée ou

d'habitude : V. supra, nos 85 et 176 s.), la tendance est plutôt, par facilité, de rechercher l'unité. Ainsi, lorsqu'un seul fait est commis, le concours d'infractions s'analyse-t-il généralement comme un conflit de qualifications qui, à la fin, doit être tranché en faveur d'une seule (V. infra, nos 193 s.). Ce n'est alors qu'exceptionnellement qu'il peut conduire à un véritable cumul d'infractions, ce qui est encore plus facilement concevable lorsque les faits infractionnels sont multiples (V. infra, nos 199 s.).

### *§ 1er - Le conflit*

**193. Un fait, une qualification : ne bis in idem.** - Il existe de très nombreuses incriminations, parfois assez proches les unes des autres. Dès lors, il est plus que concevable qu'à un fait correspondent plusieurs qualifications, de telle sorte que celui-ci participe à constituer plusieurs infractions. Pourquoi, en ce cas, ne pas retenir toutes ces infractions ? Tot delicta quot leges lesae : autant de délits punissables que de lois lésées. Aucune règle du code pénal n'interdisant précisément cette façon de voir les choses, la jurisprudence a pu, par exemple, accepter que de nouvelles poursuites soient engagées à l'encontre de personnes qui avaient déjà fait l'objet d'une décision relative à une première qualification (Crim. 25 mars 1954, Thibaud, Bull. crim. no 121 : « Attendu que le crime d'homicide qui se commet par la détermination de la volonté et le délit d'imprudence qui l'exclut sont deux infractions distinctes en leurs éléments de fait aussi bien qu'en leurs éléments de droit ; que toute identité d'incrimination disparaît devant cette différence essentielle ; Attendu, dès lors, que la déclaration de la Cour d'assises aux termes de laquelle T... a été reconnu coupable du meurtre de sa femme a pu légalement intervenir sur une nouvelle poursuite, ladite décision faisant état de circonstances révélées postérieurement au jugement du Tribunal correctionnel, et autres que celles qui avaient motivé cette décision » de condamnation pour imprudence. – Crim. 19 mai 1983, Bull. crim. no 149, Laurent : une personne condamnée définitivement pour homicide involontaire est ensuite condamnée pour homicide volontaire à raison des mêmes faits. La Cour de cassation précise notamment que « le crime d'homicide qui se commet par la détermination de la volonté et le délit d'imprudence qui l'exclut sont deux infractions distinctes en leurs éléments de fait, aussi bien qu'en leurs éléments de droit ; [...] dès lors, c'est à bon droit que la cour d'assises a, par arrêt incident, rejeté l'exception de chose jugée, cette décision faisant état de circonstances révélées postérieurement au jugement du tribunal correctionnel, et autres que celles qui avaient motivé ledit jugement » ; plus récemment, comp. Crim. 3 févr. 2010, nos 09-82.864 et 09-82.865 : « Les faits dénoncés sous la qualification d'assassinat n'étaient pas identiques à ceux qui avaient fait l'objet de la précédente information », d'où l'absence d'autorité de la chose jugée. Un non-lieu pour infractions involontaires n'empêche alors pas une nouvelle ouverture d'information pour assassinat, car il s'agirait de faits distincts selon la Cour de cassation). Cette position ne semble pourtant pas conforme avec la celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Zolotoukhine contre Russie (CEDH 10 févr. 2009, req. no 14939/03. – Position confirmée depuis : par ex. CEDH 15 nov. 2016, A. et B. c/ Norvège, req.

nos 24130/11 et 29758/11), en vertu de laquelle « l'article 4 du Protocole no 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde infraction pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes ». Il est vrai que ce dernier arrêt concernait le problème plus spécifique encore du cumul entre une qualification pénale et une qualification administrative (ce qui néanmoins, pour la Cour de Strasbourg, ne se différencie pas nécessairement). Récemment, toutefois, la chambre criminelle de la Cour de cassation semble s'être ralliée à la Cour européenne des droits de l'homme en précisant, sur le fondement du « principe ne bis in idem », que « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes » (Crim. 26 oct. 2016, no 15-84.552. – Crim. 7 déc. 2016, no 15-87.335. – Crim. 5 janv. 2017, no 15-86.362. – Crim. 8 mars 2017, no 15-86.144. – Crim. 14 juin 2017, no 16-84.921. – Crim. 25 oct. 2017, no 16-84.133 ).

**194. Absence de critère légal pour trancher le conflit** ; désordre jurisprudentiel artificiellement ordonné par la doctrine. - Bien que satisfaisante, cette position de principe de la Cour de cassation ne règle pas tous les problèmes. Outre qu'il est difficile de savoir ce qu'est « une action unique caractérisée par une seule intention coupable », surtout en présence de plusieurs faits, comment trancher le conflit qui naît, de la sorte, entre différentes qualifications infractionnelles ? Il n'existe effectivement, en la matière, aucun critère légal, la jurisprudence devant donc se débrouiller seule. Or, comme le constate le professeur JEANDIDIER, « au total, la jurisprudence sur le concours de qualifications évoque le chaos » (Droit pénal général, 2e éd., 1991, Montchrestien, § 464). Ce qui n'a pas empêché la doctrine de tenter de la modéliser.

**195. Qualifications alternatives.** - Il y aurait ainsi, d'abord, des « qualifications alternatives », tributaires du résultat obtenu à la suite d'un même comportement condamné sous différentes qualifications (cela concerne les infractions matérielles de résultat : V. supra, nos 46 et 181) ou, inversement, du comportement réalisé qui a conduit à un même résultat (cela permet de distinguer les infractions formelles des infractions matérielles correspondantes, par ex. l'empoisonnement et l'assassinat). Toutefois, il n'y a alors pas vraiment de concours puisque, précisément, le résultat ou le comportement imposent une qualification. Notons que les conditions préalables – si elles existent (V. supra, no 71) – font aussi gagner l'infraction en densité tout en facilitant sa qualification (ex. : la remise dans l'abus de confiance, qui est souvent très difficile à distinguer de l'escroquerie, et parfois du vol).

**196. Qualifications absorbantes.** - Il y aurait, ensuite, des « qualifications absorbantes » : une qualification est un élément constitutif (ex. : complicité, élément constitutif de la corruption active) ou la circonstance aggravante d'une autre (ex. : vol avec violence, même s'il existe alors une pluralité de faits). Il est, en effet, un vieux principe qu'un même fait ne peut pas être, à la fois, un élément constitutif d'une infraction et la circonstance aggravante d'une autre infraction (Crim.

21 août 1845, Bull. crim. no 263, où est retenue la qualification de tentative d'évasion par bris de prison et violence, plutôt que celle d'incendie. – Crim. 20 févr. 2002, nos 00-81.093 et 01-88.089, Bull. crim. no 38, où l'on impose de faire un choix entre la qualification d'assassinat et celle de séquestration suivie de mort) ; une infraction (moyen) est commise pour en réaliser une autre (fin), qui ne nécessite pas d'autre action matérielle (ex. classique : faux pour commettre l'escroquerie) ; la commission d'une infraction implique inéluctablement la commission d'une autre (ex. : un détournement d'aéronef cause forcément une séquestration de personnes ; ex. célèbre : Crim. 10 févr. 1965, Desbiolles, Bull. crim. no 44, à propos d'un vol d'arbre qu'il a préalablement fallu couper).

**197. Qualifications incompatibles.** - Il y aurait, enfin, des « qualifications incompatibles » entre elles, en ce sens que l'une implique nécessairement l'autre (ex. : le vol et le recel consécutif ; les violences volontaires et la non-assistance à personne en danger). Toutefois, outre que les qualifications, en vertu du principe de légalité, sont censées être toutes incompatibles, les incompatibilités dont il est en l'occurrence question ne reposent que sur un dogme, car il s'agit bien souvent, en réalité, de faits distincts qui pourraient parfaitement conduire à constituer deux infractions distinctes (ex. : admission de la répression de l'« autoblanchiment », ou encore du cumul entre des violences mortelles et l'omission de porter secours : Crim. 24 juill. 2002, no 02.83.677 ).

198. Conclusion : redondance et arbitraire. - Pour peu qu'elles existent vraiment, ces « règles » de conflit s'avèrent redondantes et arbitraires. Elles ne sont, par exemple, absolument pas hiérarchisées, de telle sorte que le juge opère un peu selon son bon vouloir. Tout au plus se sent-il peut-être tenu par le fameux principe de « la plus haute expression pénale » (Crim. 10 sept. 1868, Bull. crim. no 208. – V. par ex. Crim. 3 janv. 1953, Bull. crim. no 12, à propos d'un viol dans un lieu public, le viol, en raison de sa plus haute gravité, l'ayant « emporté » sur l'outrage à la pudeur). La pratique de la correctionnalisation judiciaire, tout en maintenant l'idée d'une qualification unique, semble néanmoins aller à l'encontre de ce principe, dont les fondements n'apparaissent pas avec suffisamment d'évidence.

## § 2 - Le cumul

**199. Condamnation définitive ?** - La question du cumul d'infractions paraît indifférente lorsque la première a déjà fait l'objet d'une condamnation définitive ; il ne reste alors qu'à punir la seconde. Si cela s'avère vrai en matière de « réitération », tel n'est pas du tout le cas lorsqu'il y a « récidive », de telle sorte qu'il faut distinguer, dans la situation des infractions répétées (E. LETOUZEY, La répétition d'infractions, op. cit.), selon qu'une condamnation définitive existe (V. infra, nos 200 s.) ou pas (V. infra, nos 205 s.).

## A - L'existence d'une condamnation définitive

**200. Condamnation ? Définitive ?** - Si la « condamnation définitive » constitue l'évènement qui autorise un basculement vers une situation de récidive (V. infra, nos 201 s.) ou de réitération (V. infra, nos 203 s.), elle ne se trouve aucunement définie par le code pénal. C'est un véritable problème à l'heure où la « réponse pénale » a remplacé la peine (S. DETRAZ, La notion de condamnation pénale : l'arlésienne de la science criminelle, RSC 2008. 41 . – E. DERLON, F. FOURMENT, C. MÉNABÉ et J.-B. THIERRY, De la peine à la réponse judiciaire à la commission d'une infraction, in La réforme du code pénal et du code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, 2009, Dalloz, p. 277). À cet égard, le droit processuel doit être une boussole : une condamnation implique l'intervention d'un juge et le prononcé d'une sanction que l'on impose. N'est-ce pas le cas, au-delà d'un jugement classique, en matière de composition pénale ? Ce n'est pourtant pas la position de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Cass., avis, 18 janv. 2010, no 09-00.005 , D. 2010. AJ 327, obs. M. Léna ; AJ pénal 2010. 187, note J. Danet ; Gaz. Pal. 2010. 1. Jur. 979, note S. Detraz. – Crim. 30 nov. 2010, no 10-80.460 , D. 2011. Pan. 2823, obs. T. Potaszkin , selon lequel, d'après l'art. 132-10 c. pén., seule une condamnation pénale définitive peut constituer le premier terme d'une récidive, ce qui ne serait pas le cas d'une mesure de composition pénale, qui constitue, en application des art. 40-1 et 41-2 c. pr. pén., une alternative aux poursuites).

### 1° - La récidive

**201. Récidive « légale ».** - L'histoire de la récidive est connue et se caractérise par la constance de sa prise en compte depuis le droit romain – peut-être avant, même si l'idée est attachée à une condamnation antérieure, donc à une procédure suffisamment élaborée. Si le principe n'étonne pas, il est assez difficile à imaginer qu'un système de lutte contre la récidive ait pu exister à l'époque où la télématique n'existait pas et, avec elle, la possibilité d'accéder aux antécédents judiciaires d'une personne (sauf à ce que cette absence soit compensée par une concentration des juridictions) : l'essor du casier judiciaire est notamment lié à la lutte contre la récidive. « Récidive » signifie rechute (de *recidere* et *ren-cheoir*), l'idée étant qu'un délinquant retombe dans la délinquance, ce qui, d'une part, fait de lui un incorrigible, un vicieux, un habitué du crime (termes utilisés surtout à la fin du XIXe siècle, durant lequel la littérature sur la récidive prend beaucoup d'importance), d'autre part, implique qu'il soit puni plus sévèrement la seconde fois que la première. Il est cependant difficile de déterminer la cause précise d'aggravation de la punition : l'infraction seconde reste une infraction qui, objectivement, est d'une gravité égale à la première ; mais l'individu n'est-il pas plus coupable que la première fois (fondement subjectif) ? Par ailleurs, tant justice (persistance à enfreindre la loi démontre une culpabilité plus forte) qu'utilité sociales (danger plus grand de violation de la loi par le récidiviste, puisqu'il l'a déjà fait deux fois et impuissance de la pénalité ordinaire contre lui, même si la première peine n'a pas encore nécessairement été exécutée) paraissent appeler une aggravation sans qu'il soit nécessaire d'invoquer le vice, du moins lorsqu'un temps pas trop important a séparé les deux infractions. Par ailleurs, la récidive montre que le

système répressif ne remplit pas son but : il ne décourage pas suffisamment la commission d'infractions. Comme le soulignait M. ORTOLAN (Éléments de droit pénal, t. 1, op. cit. [supra, no 189], no 1187), « si les récidives ne sont pas prévenues, si elles vont en croissant, le système répressif est jugé ; non seulement il n'amende pas, mais il corrompt. La pierre de touche de la pénalité est là ». Les réflexions sur la récidive ne se limitent bien sûr pas au droit, qui entretient quant à lui une conception étroite qui n'est pas celle, par exemple, de la criminologie – pour qui, en gros, toute répétition d'infractions est une récidive. À cet égard, récidive et dangerosité sont très souvent liées, l'entrée dans le droit positif de cette dernière s'étant fait à travers cette première (C. pr. pén., art. 706-53-13 , à propos de la fameuse rétention de sûreté, qui prévoit qu'« à titre exceptionnel, les personnes dont il est établi, à l'issue d'un réexamen de leur situation intervenant à la fin de l'exécution de leur peine, qu'elles présentent une particulière dangerosité caractérisée par une probabilité très élevée de récidive parce qu'elles souffrent d'un trouble grave de la personnalité, peuvent faire l'objet à l'issue de cette peine d'une rétention de sûreté »). Dans le code pénal de 1810, la récidive était assez contenue : trois articles (56 à 58) exigeaient, pour qu'il y ait récidive au sens du droit, que l'auteur ait été condamné à une peine d'un certain quantum, pour une infraction précise puis qu'il ait commis une nouvelle infraction précise dans un certain délai. De plus, le relevé de la récidive n'était pas obligatoire. Mais, en creux, il y avait toujours cette idée que semel malus, semper malus (mauvais une fois, mauvais toujours). Ainsi, la loi du 27 mai 1885 instaurait-elle, pour les récidivistes, une peine d'élimination pure et simple en vertu d'une présomption devenue irréfragable d'incorrigibilité : la relégation (internement dans les colonies). La « tutelle pénale » (d'une durée de dix ans, mais pas au-delà des 65 ans du condamné ; en prison ou en liberté conditionnelle, différentes obligations en vue de favoriser l'amendement du récidiviste) lui est substituée par la loi du 17 juillet 1970, avant qu'elle ne soit abrogée par la loi du 2 février 1981 qui instaure, en la matière, un système de peines planchers. Il s'agissait alors plus d'une transformation de la pénalité que d'une aggravation. Dans le code pénal de 1992, on revient à un système d'aggravation, le quantum de la peine étant, sauf exception (ex. : CCH, art. L. 152-4 ), porté au double de la peine normalement encourue. Donc, non seulement, il y a cumul de peines, mais, en plus, la seconde peine encourue est aggravée. Les peines planchers ont, au gré des changements de majorité, été abolies en 1983, réinstituées en 2007 (sans que cela pose un problème au Conseil constitutionnel, puisqu'une motivation spéciale autorisait d'aller dans la cave, en dessous du plancher), puis réabrogées en 2014. À suivre !

**202. Très brève synthèse du droit positif.** - Pour faire simple, le système actuel (V. supra, no 76), contenu par les articles 132-8 à 132-16-5 du code pénal, est le suivant : il suppose un avertissement solennel (une condamnation définitive, ce qui différencie la récidive du concours réel) entre la première et la seconde infraction ; il se limite à deux infractions (pas de « lutte d'obstination », pour reprendre les termes de M. ORTOLAN) ; les infractions doivent être parfois de même nature, identiques ou assimilées (récidive spéciale), parfois pas (récidive générale) et la récidive suppose une limite de temps (récidive temporaire) ou pas (récidive permanente).

## 2° - La réitération

**203. Réitérer ?** - Le vocable de « réitération » est beaucoup moins éclairant que celui de « récidive ». Réitérer, c'est renouveler, répéter. Or, outre que ce terme a été utilisé par les auteurs pour désigner nombre de situations différentes (parfois synonymes de la récidive, parfois du cumul réel d'infractions...), on ne réitère pas forcément de mauvaises choses. Quoi qu'il en soit, la loi du 12 décembre 2005 a créé un article 132-16-7 du code pénal qui dispose qu'« il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale ».

**204. Ni ni.** - Dès lors, pour qu'il y ait réitération au sens de ce texte, il faut une condamnation définitive (ce qui exclut le concours réel) ainsi que le non-respect des conditions de la récidive (ce qui exclut la récidive). Aucun seuil ne semble, en revanche, nécessaire. Il s'agit donc, finalement, de toutes les hypothèses que n'accueille ni la récidive légale, d'où l'expression de « récidive de fait » (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, t. I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7e éd., 1997, Cujas, no 824) ou encore de « récidive avortée » (J.-H. ROBERT, *Les murailles de silicium*. Loi no 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JCP 2006, no 9), ni le concours réel. Sa définition est, de la sorte, purement négative, et il en va de même pour son régime, l'article 136-17-1, alinéa 2, du code pénal précisant simplement – et inutilement puisque c'était évident – que « les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente ». Autrement dit, le régime de la réitération, c'est qu'il n'y pas de régime. L'infraction est traitée comme si elle était seule.

### B - L'absence de condamnation définitive

**205. Fait(s).** - Si la pluralité de faits infractionnels conduit bien logiquement, en l'absence de condamnation définitive séparant les infractions, à un concours réel d'infractions (V. infra, nos 206 s.), un fait unique peut parfois, lui aussi, être analysé comme supportant un cumul d'infractions : c'est l'hypothèse du cumul idéal d'infractions (V. infra, nos 208 s.).

## 1° - Le concours réel d'infractions

**206. Problème.** - Le concours réel d'infractions est aujourd'hui défini par l'article 132-2 du code pénal comme la situation dans laquelle « une infraction est commise par une personne avant que celle-ci ait été définitivement condamnée pour une autre infraction ». Un tel concours peut très bien

vivre sans encadrement, ce qu'il a fait très longtemps, l'idée étant qu'à plusieurs infractions doivent tout simplement correspondre plusieurs peines : selon D. JOUSSE, par exemple, « un délit ne peut diminuer la peine d'un autre délit » (Traité de la justice criminelle en France, 1771, t. 2, no 280. Il s'inspirait alors d'un fragment d'Ulpien qui ne concernait pourtant que les délits privés, donc les seules condamnations pécuniaires. Rien n'était vraiment clair sur ce point, en droit romain, si ce n'est l'idée d'une aggravation nécessaire), l'arbitraire des peines – qui n'avait donc pas que des défauts – permettant cependant au juge de moduler et de relativiser ces dernières. Ce n'est donc que si cette solution logique heurte par ses conséquences qu'il convient de la changer. C'est ce qui a été fait assez tardivement, en 1958 – et non en 1810 comme on lit souvent –, l'article 5 du code pénal étant modifié à l'occasion de l'entrée en vigueur du code de procédure pénale. Il disposera désormais, assez laconiquement, qu'« en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte est seule prononcée », la loi du 2 février 1981 ajoutant qu'« il en est de même, en ce qui concerne l'emprisonnement, en cas de pluralité de contraventions de la cinquième classe » et que « lorsqu'une peine principale fait l'objet d'une remise gracieuse, il y a lieu de tenir compte, pour l'application de la confusion des peines, de la peine résultant de la commutation et non de la peine initialement prononcée ». Il faut entendre « preuve » – origine du mot « conviction » – donc poursuite de plusieurs infractions qui ne sont pas séparées par une condamnation. C'est ainsi bien le concours réel qui est en cause dans ce texte. Ce qui ne signifie pas que cette situation n'était pas connue bien avant 1958. M. ORTOLAN, par exemple, parlait de « cumul de délits » en ce compris la « réitération » si les délits cumulés étaient les mêmes (Éléments de droit pénal, t. 1, op. cit. [supra, no 189], nos 1144 s.) : « Compris ou non compris dans une même instance, ces délits existent tous, l'agent est coupable de tous, il est punissable à raison de tous ». Et il se référait aux jurisconsultes qui, déjà, parlaient, dans notre hypothèse, d'un cumul « réel », « formel » ou « matériel », de même qu'il exposait, déjà, les solutions concevables. La jurisprudence appliquait quant à elle une autre règle qui, dans certaines situations, adoucissait celle du cumul de peines : c'est la règle major poena minorem absorbet, en vertu de laquelle, en présence de peines incompatibles, la peine la plus forte s'imposait et absorbait la plus douce. Certains ont soutenu la généralisation de la solution et, sous l'influence de C. BECCARIA, des pays étrangers l'ont fait avant nous (ex. : art. 163 de la Caroline, code criminel de Charles Quint de 1532 en Allemagne, restée en vigueur pendant près de 300 ans, en vertu duquel « lorsque dans un vol il y aura plus d'une des circonstances aggravantes, la peine sera prononcée [seulement] en raison de l'aggravation la plus forte » ; C. pén., art. 15 autrichien de 1787, sous Joseph II, qui révisé le C. pén. de Marie-Thérèse de 1768, selon lequel « si le criminel est coupable de plusieurs délits différents entre eux, la peine doit être infligée eu égard au délit le plus rigoureusement puni » ; art. 57 du code général pour les États prussiens de 1791 en vertu duquel « s'il y a concours de plusieurs peines afflictives, il faut augmenter ou prolonger celle du plus grave des délits à punir, sans excéder toutefois la sommes des peines encourues par les divers délits ». En France, avant 1958, on ne trouve la règle que dans la loi de 1791 sur l'établissement des jurés, à propos de délits commis par l'accusé qui ne seraient révélés que dans le cours des débats lors d'un procès d'assises (titre 7, art. 40). La règle est reproduite dans le code des délits et des peines de 1795, puis dans le code d'instruction criminelle de 1808 (art. 365 et 379). Mais dans ce dernier, la règle est au moins généralisée dans sa formulation

(pas dans son domaine) : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée ». Il ne restait qu'à généraliser la règle ou qu'à la changer. En 1958, la règle est générale mais elle ne fait pas l'unanimité. Les auteurs la critiquent, en effet, considérant qu'il s'agit d'une « théorie du rabais » ou de « la carte blanche », qui encourage à la commission d'autres infractions une fois que la plus grave a été commise, aucune peine supplémentaire n'étant alors encourue. D'où, sans surprise, une solution intermédiaire entre trop et trop peu adoptée à l'occasion du code pénal de 1992 : un système de « combinaison » qu'appelait déjà M. ORTOLAN : « une peine aggravée non pas par addition, mais en considération de tous les délits à punir ».

**207. Solution.** - Les articles 132-2 à 132-7 du code pénal posent un régime très précis à cet égard, la règle retenue étant, sauf pour les contraventions, le cumul limité des peines : « Chacune des peines encourues peut être prononcée. Toutefois, lorsque plusieurs peines de même nature sont encourues, il ne peut être prononcé qu'une seule peine de cette nature dans la limite du maximum légal le plus élevé ». On se demande, d'ailleurs, si un système plus répressif serait aujourd'hui conforme au principe de nécessité et de proportionnalité des peines. La notion de concours réel d'infractions concerne en tous les cas toutes les infractions, n'exigeant aucune identité entre elles (ce qui la distingue, en partie du moins, de la récidive) et rien n'est indiqué sur le nombre d'infractions en cause (illimité ?). Seule la prescription, de ce point de vue, est susceptible de jouer un rôle limitatif.

## 2° - Le cumul idéal d'infractions

**208. Ben Haddadi.** - Un fait unique peut constituer plusieurs infractions, de sorte que le concours idéal de qualifications se mue alors en cumul idéal d'infractions. La plupart du temps, cette « règle » est rattachée à un arrêt notoire, rendu 3 mars 1960 par la chambre criminelle de la Cour de cassation : l'arrêt Ben Haddadi (Bull. crim. no 138). On peut y lire, en effet, « que si la loi punit de la peine de mort la destruction par l'effet d'un explosif d'un édifice habité ou servant à l'habitation, parce que ce fait met en péril des vies humaines, ce crime n'en est pas moins essentiellement établi en vue d'assurer la protection des propriétés ; qu'il est constitué dans tous ses éléments dès que son auteur a agi volontairement sachant qu'il détruisait ou tentait de détruire un édifice de cette espèce, sans qu'il soit nécessaire qu'il ait eu aucun dessein homicide ; Qu'il suit de là que si l'auteur d'un tel attentat a eu en vue, indépendamment de la destruction de l'édifice, la mort de personnes, qu'elles habitent ou non le local soumis à l'action de l'explosif, il commet un second crime, dont l'élément matériel est constitué sans doute par le même fait, mais qui se distingue du premier par son élément intentionnel, qui est la volonté de tuer ; Qu'il ne s'agit pas, en tel cas, d'un crime unique, dont la poursuite sous deux qualifications différentes serait contraire au vœu de la loi, mais de deux crimes simultanés, commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables essentiellement différentes ; Attendu que c'est à juste titre, dès lors, que le Tribunal militaire a statué sur la double accusation dont il était saisi ; que sa réponse affirmative aux questions se rapportant à l'une et l'autre n'est entachée d'aucune irrégularité, alors d'ailleurs que

la position de l'art. 5 C. pén. a été observée, et qu'une seule peine a été prononcée ». De là deux critères, qui autorisent qu'un fait unique constitue deux infractions : la pluralité des intérêts sociaux atteints par le fait ainsi considéré et la pluralité des intentions coupables. On a souvent retenu le premier, le second comptant pourtant tout autant. Le droit positif, d'ailleurs, semble faire la part entre les deux.

**209. Pluralité d'intentions coupables.** - La nouvelle jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation bâtie sur le fondement du principe *ne bis in idem* (V. supra, no 193) a, bien entendu, vocation à s'appliquer dans la situation d'un concours idéal de qualifications. Pour rappel, elle considère désormais que « des faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale, fussent-elle concomitantes » (Crim. 26 oct. 2016, no 15-84.552 , pour le premier arrêt). Ce qui ne l'empêche pas, parfois, de conclure au cumul d'infractions, par exemple d'une complicité d'escroquerie avec le recel du produit de cette dernière (Crim. 5 janv. 2017, no 15-86.362 ). Mais il est vrai que, dans cet arrêt, les faits et les actions étaient pluriels et parfaitement détachables (ce qui signifie, a contrario, qu'une pluralité de faits ne conduit pas inéluctablement à une pluralité d'infractions !). Ce qui était moins apparent dans une autre décision, qui a quant à elle conclu à un cumul entre les délits de banqueroute et de blanchiment consécutif (Crim. 8 mars 2017, no 15-86.144 ). Il est en conséquence difficile, à ce stade, de se prononcer sur la pérennité des quelques décisions qui se sont clairement fondées sur l'existence de plusieurs éléments psychologiques pour justifier un cumul d'infractions (V. par ex. Crim. 22 juill. 1971, Bull. crim. no 238, où il est précisé qu'« il appartenait, en effet, aux juges d'appel de s'expliquer sur le point de savoir si, en exerçant des violences sur Z, alors que tous deux se trouvaient sur une chaussée affectée à la circulation des véhicules, X n'aurait pas commis, outre l'acte intentionnel pour lequel il a été déclaré amnistié, une faute d'imprudence qui aurait concouru à la réalisation de l'accident » ; T. confl. Nanterre, 29 avr. 1975, Gaz. Pal. 1976. 1. 367, où l'on peut lire que « les délits de rébellion, d'une part, de violences à agents de la force publique, d'autre part, sont distincts dans leur nature : si le trait commun des deux délits réside dans les actes de violence, la rébellion se caractérise par l'intention délibérée de l'auteur de mettre obstacle à l'exécution des lois ou des actes de l'autorité publique, alors que l'auteur d'un délit de violences à agent vise, sans autre dessein, à frapper la personne de l'agent »).

**210. Pluralité d'intérêts atteints.** - L'arrêt Ben Haddadi renforçait la légitimité du cumul idéal d'infractions par l'idée, plus implicite que proprement affirmée, que deux intérêts sociaux fondamentaux avaient été atteints par l'action unique de l'accusé. On connaît le succès qu'a eu cette justification, dont la chambre criminelle de la Cour de cassation a usé et abusé (V. par ex. Crim. 19 oct. 1982, Bull. crim. no 225, où la Cour précise « qu'une poursuite fondée sur la publication du même écrit et intentée sous la double qualification de diffamation et de violation du secret professionnel ne constitue pas la poursuite d'un fait unique sous deux qualifications différentes, ce qui serait contraire aux dispositions de la loi, mais celle de deux infractions simultanées commises

par le même moyen mais caractérisées par des éléments constitutifs différents ». Elle ajoute « que ce faisant la cour qui avait à statuer, en droit, sur deux délits se caractérisant par la violation cumulative d'intérêts collectifs ou individuels distinctement protégés et dont les éléments constitutifs sont différents, a méconnu les principes ci-dessus rappelés, alors de surcroît que, saisie d'une infraction à la loi sur la presse et du délit de violation du secret professionnel, elle pouvait retenir contre le prévenu cette seconde qualification tout en constatant que, pour la première, l'action était irrecevable par application de l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881 ». Étrangement, le principe ne bis in idem n'a pas sonné le glas de cette position, que la Cour de cassation semble néanmoins cantonner aux hypothèses dans lesquelles les poursuites ont pour fondement deux codes – ou, plus largement, deux supports – différents (le terrain d'élection de cette jurisprudence est le droit pénal de l'urbanisme. – Pour un ex. Crim. 3 mai 2017, no 16-84.240 , où le fait d'avoir entassé sur un terrain des gravats est perçu comme constitutif de deux infractions à la fois, ce qui ne serait pas contraire au principe ne bis in idem « dès lors que les incriminations de réalisation irrégulière d'affouillement ou d'exhaussement du sol et de violation du plan d'occupation du sol visent à l'application de plusieurs réglementations et à la protection d'intérêts juridiquement différents, afférents pour les uns aux travaux, pour les autres à l'occupation du sol, et qu'une seule peine a été prononcée »).

**211. Solution : celle du concours réel !** - Comme le révélait déjà l'arrêt Ben Haddadi et le confirme ce dernier exemple, un cumul idéal d'infractions correspond finalement à la situation décrite par l'article 132-2 du code pénal, autrement dit, à un concours réel d'infractions, en ce sens qu'aucune condamnation pénale ne peut séparer deux infractions commises en même temps. Dès lors, la solution imposée par les articles 132-3 et suivants vaut également pour le cumul idéal d'infractions.

## **Art. 2 - La connexité**

**212. Lien(s) au-delà de l'unité d'auteur.** - L'unité d'auteur n'est pas le seul lien que l'on puisse concevoir entre différentes infractions. De bien des façons, en effet, deux infractions peuvent être dites « connexes », c'est-à-dire être perçues comme étant en relation étroite, de telle sorte que leur traitement juridique sera au moins en partie commun. Si un tel lien existe aément en procédure pénale (V. infra, nos 213 s.), il appert que l'existence d'un équivalent substantiel n'est pas non plus improbable (V. infra, nos 225 s.).

## § 1er - La connexité procédurale

**213. Article 203 du code de procédure pénale.** - En vertu de l'article 203 du code de procédure pénale, qui ne fait que reprendre mot pour mot l'article 227 du code d'instruction criminelle, « les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées ». Cette situation de connexité (V. infra, nos 214 s.) n'a d'intérêt que parce qu'elle a des conséquences (V. infra, nos 221 s.).

### A - Situation

**214. Premier cas de connexité.** - Des infractions sont connexes, d'abord, « lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies ». Cette hypothèse renvoie à la coaction (V. supra, no 119. – Mais il y a alors, en vérité, une seule infraction), mais aussi à la réciprocité (ex. : pour des violences réciproques exercées au cours d'une rixe, Crim. 17 janv. 1973, Bull. crim. no 24).

**215. Deuxième cas de connexité.** - Des infractions sont connexes, ensuite, « lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles ». Cela renvoie à ce que les spécialistes de procédure pénale appellent « l'unité de dessein », par exemple le délit d'association de malfaiteurs et les crimes ou délits commis par les membres de cette association en exécution de l'entente établie entre eux (par ex. Crim. 20 févr. 1990, nos 89-86.610 et 89-86.611, Bull. crim. no 84, pour une association de malfaiteurs suivie de plusieurs vols). Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a considéré en ce sens que devaient être considérées comme connexes les infractions qui, étant imputées à des groupes criminels auxquels appartenait le mis en examen, sont de même nature, relèvent de modes opératoires similaires et procèdent d'un engagement permanent et réitéré dans une action terroriste concertée (Crim. 3 mai 2016, no 16-81.048 ). Il s'agissait de différents attentats commis dans les années 1970-1980.

**216. Troisième cas de connexité.** - Des infractions sont également connexes « lorsque les coupables ont commis les uns pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer l'impunité ». Cela renvoie à l'existence d'un lien de cause à effet entre des infractions (ex. Crim. 25 mars 1880, DP 1880. 1. 439 ; S. 1881.

1. 231, à propos de violences exercées sur un gardien par un détenu pour lui permettre de s'évader et évasion ainsi réalisée. – Crim. 31 mai 2000, no 99-84.507 , Bull. crim. no 209, à propos d'une tentative de meurtre commise pour faciliter la fuite de l'auteur d'un vol). Étrangement, ce cas de connexité, et c'est le seul, semble impliquer une unité d'auteur. En réalité, la jurisprudence montre que l'hypothèse est parfaitement concevable même en cas de pluralité d'auteurs (V. par ex. Crim. 4 janv. 1995, no 94-81.662 , Bull. crim. no 4, à propos de la condamnation de deux époux pour recel de malfaiteur et outrage à agent de la force publique, à réparer, solidairement avec une autre personne, le préjudice qui a résulté des coups mortels que ce dernier a portés à un gendarme). On bascule presque, en vérité, dans le dernier cas de connexité. Mais avant cela, se pose la question de la complicité (V. supra, nos 120 s.), dont il paraît opportun qu'elle entre dans cette catégorie. Peut-on dire d'un complice et d'un auteur que leurs actions ne sont pas connexes ? Elles le sont évidemment puisque telle est même l'une des conditions de la répression du complice : la causalité est, en l'occurrence, fondamentale, l'idée étant que l'intervention active du complice a autorisé, en la provoquant ou en la facilitant, la commission de l'infraction principale. Il paraît alors évident que la complicité implique la connexité. Pourtant, à la lecture de la jurisprudence, tel n'est pas nécessairement le cas. Par exemple, dans un arrêt rendu par la chambre criminelle (Crim. 7 avr. 1992, no 91-82.210 , Bull. crim. no 150), il a été considéré que l'infraction commise par le complice d'une réception illicite de paris sur les courses de chevaux n'était pas connexe aux réceptions illicites de paris, faute de concert préalable avec l'ensemble des prévenus ou d'unicité de conception ou de but. En revanche, dans un autre arrêt (Crim. 28 nov. 1996, no 95-80.168 , Bull. crim. no 437), la Cour de cassation l'admet, à propos d'une complicité d'escroquerie et de l'escroquerie consécutivement commise : « La connexité entre les actes de complicité et l'infraction principale s'étend à tous les faits poursuivis procédant d'une conception unique ». L'infraction du complice n'apparaît donc pas inéluctablement connexe de l'infraction principale, mais elle peut l'être.

**217. Dernier cas de connexité.** - Enfin, des infractions sont connexes « lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées ». Cette dernière hypothèse dont fait état l'article 203 du code de procédure pénale renvoie d'évidence au recel (C. pén., art. 321-1 : « fait de dissimuler, de détenir ou de transmettre une chose, ou de faire office d'intermédiaire afin de la transmettre, en sachant que cette chose provient d'un crime ou d'un délit et fait, en connaissance de cause, de bénéficiaire, par tout moyen, du produit d'un crime ou d'un délit »). Les termes utilisés sont même précisément – et maladroitement – ceux de l'ancien code pénal (art. 63, quand le recel n'était pas une infraction autonome, puis art. 460) et cet ultime cas de connexité n'a d'ailleurs été ajouté aux trois autres que par la loi du 22 mai 1915 qui a fait du recel, autrefois mode de complicité, une infraction autonome. Quid des autres infractions de conséquences ?

**218. Extension jurisprudentielle.** - Il reste à ajouter que, estimant que l'énumération contenue dans l'article 203 du code de procédure pénale n'était pas limitative, la jurisprudence a très tôt (Crim. 18 avr. 1857, Bull. crim. no 160) étendu la notion de connexité à des situations débordant,

parfois largement, le cadre tracé par cet article et, auparavant, par l'article 227 du code d'instruction criminelle. Les formules récurrentes, parfois utilisées pour désigner des cas de figure qui existaient déjà dans le texte, sont les suivantes : « Il existe entre les faits des rapports étroits analogues à ceux que la loi a spécialement prévus » (ex. : Crim. 28 mai 2003, no 02-85.185 , Bull. crim. no 108, pour des faits différents de corruption passive et de favoritisme reprochés à plusieurs personnes) ; les faits retenus « procédaient d'une conception unique » (ex. : Crim. 30 nov. 1987, Bull. crim. no 435, à propos de deux personnes condamnées pour détournement d'actif, recel de détournement d'actif et tenue de comptabilités sociales fictives, une troisième pour ces mêmes délits à l'exception de celui de recel) ou étaient « déterminés par la même cause et tendaient au même but » (ex. : Crim. 1er févr. 1988, Bull. crim. no 47, à propos d'abus de biens sociaux, d'escroqueries et du recel consécutif afin de régler les dettes d'une société), ou encore étaient connexes « en raison de l'identité de leur objet et de la communauté de leur résultat » (Crim. 18 févr. 1991, no 90-80.025 , Bull. crim. no 85, pour différents faux et usages de faux) ; surtout, il faut noter l'arrêt rendu par la chambre criminelle le 18 janvier 2006 (Crim. 18 janv. 2006, no 05-85.858 ), où, à propos d'un tueur en série – Michel Fourniret, le « monstre des Ardennes » –, la Cour de cassation a considéré que « doivent être considérées comme connexes les infractions qui, comme en l'espèce, procèdent d'une même conception, relèvent du même mode opératoire et tendent au même but ». Le professeur VITU synthétisait cette jurisprudence en concédant qu'« on comprend aisément que la Cour de cassation ait pu étendre l'article 203 au-delà de ses termes chaque fois que se manifeste entre les infractions poursuivies un lien dans lequel transparaît la communauté de pensée criminelle des prévenus ou, à tout le moins, une relation de causalité suffisamment affirmée » (RSC 1989. 323).

**219. Degré ultime : l'indivisibilité.** - L'indivisibilité qui, contrairement à la connexité, n'est pas une notion légale, est connue en droit pénal, dans le domaine de la procédure et du droit international, surtout lorsque se pose des problèmes de compétence. Mais on y recourt également à chaque fois qu'il s'agit, en droit, d'unifier ce qui est composé d'éléments divers (ex. : la notion de bien). Selon la Cour de cassation, et en ce qui concerne la seule procédure pénale, « l'indivisibilité entre les éléments d'une prévention suppose qu'ils sont dans un rapport mutuel de dépendance, et rattachés entre eux par un lien tellement intime, que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres ; [...] tel n'est pas le caractère des différents faits compris dans la poursuite, faits distincts par le temps et par le lieu, sans rapport nécessaire des premiers aux seconds, et constituant chacun individuellement un délit parfaitement défini et caractérisé » (Crim. 29 juill. 1875, Bull. crim. no 239). On peut lire, par ailleurs et dans le même sens, qu'il y a indivisibilité « lorsque les faits sont si intimement liés entre eux que l'une des infractions est la suite nécessaire de l'autre » (Crim. 15 nov. 1928, DP 1932. 1. 56), et qu'il y a encore lieu « de considérer un crime ou un délit comme rattachés l'un à l'autre par les liens de l'indivisibilité lorsqu'ils ont été commis dans le même trait de temps, dans le même lieu, qu'ils ont été déterminés par le même mobile, qu'ils procèdent de la même cause et qu'en outre l'indivisibilité de l'accusation comme de la défense sur l'ensemble des faits commande de les soumettre simultanément à l'appréciation des mêmes juges »

(Crim. 13 févr. 1926, Bull. crim. no 64. – Crim. 21 oct. 1948, Bull. crim. no 240. – Crim. 15 oct. 1959, Bull. crim. no 435). Plus récemment, ont par exemple été considérés comme indivisibles des faits constitutifs de séquestration et d'assassinat et de complicité de ce crime commis sur un navire étranger, pour partie en haute mer et pour partie dans les eaux territoriales françaises (Crim. 3 mai 1995, no 95-80.725 , Bull. crim. no 161). Les effets de l'indivisibilité et de la connexité sont à peu de chose près les mêmes, indivisibilité et connexité apparaissant procéder du même principe, à cette différence près, peut-être, que le lien d'indivisibilité apparaît plus fort que le lien de connexité. Tout ne serait donc qu'une question de degrés, sauf à considérer que l'indivisibilité ferait de plusieurs faits une infraction unique, ce qui n'est pas invraisemblable. Elle ne serait alors plus un lien entre infractions, mais un lien entre comportements.

**220. Indivisibilité = unité ?** - Partant de l'hypothèse de la complicité, beaucoup d'auteurs considèrent que les deux comportements, celui du complice et celui de l'auteur principal, paraissent alors plus que connexes ; ils seraient indivisibles. C'est le cas de M. ORTOLAN (Éléments de droit pénal, t. 1, op. cit. [supra, no 189], no 1240), selon qui connexité et complicité « sont tirés tous les deux d'une même image : cum-nexus (connexe), cum-plexus (complice), signifient l'un et l'autre lié avec. Mais dans celui de complicité il y a, en outre, une idée de plus : plectere, qui signifie lier, signifie aussi frapper, punir ; cum-plexus (complice), c'est à la fois lié avec et puni avec ; d'où cette conséquence que ce mot a été réservé pour les personnes, tandis que celui de connexité a été appliqué aux délits ». Il précise alors que « les effets de la complicité, quant à la procédure, sont l'indivisibilité ». C'est également le cas de R. GARRAUD, pour qui la « participation de plusieurs individus à une même entreprise criminelle, soit comme coauteurs, soit comme auteurs et complices » est un cas d'indivisibilité (Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale, t. 2, 1909, Sirey, § 575). À les lire, il est même étonnant qu'il n'y ait pas connexité pour chaque hypothèse de complicité comme cela peut être le cas, on l'a vu, pour le recel. Et la conséquence est tout aussi radicale que l'analyse : il n'y aurait, dans toutes ces situations, qu'une seule et unique infraction. Selon R. GARRAUD, en effet, « l'indivisibilité implique l'unité de délit ; la connexité, la multiplicité de délits » (ibid.). Le complice participerait ainsi à l'infraction d'autrui, mais n'en commettrait pas une propre. Ce raisonnement a néanmoins ses limites : outre que le comportement du complice se distingue matériellement et psychologiquement de celui de l'auteur principal, l'infraction principale peut être commise sans complicité préalable. Tout au plus peut-on concéder que la complicité est conditionnée par l'infraction principale, et donc indivisible d'elle, l'inverse n'étant pas vrai.

## B - Conséquences

**221. Jonction des procédures.** - La première conséquence de l'existence d'un lien de connexité entre deux infractions est la possibilité de procéder à la fonction des procédures concernées (C. pr. pén., art. 210 , 285 , 387 , 512 et 522 ), ce qui est même obligatoire en cas d'indivisibilité (Crim. 21 oct. 1940, Bull. crim. no 240).

**222. Prorogation de compétence.** - La seconde conséquence de l'existence d'un tel lien est la possibilité de proroger la compétence de l'une des juridictions saisies afin qu'elle puisse juger les deux infractions. Cela vaut tant pour la compétence matérielle (C. pr. pén., art. 181, 202 , 215 et 467 ) que pour la compétence territoriale (C. pr. pén., art. 382 , 512 et 663 ). Là encore, cela devient obligatoire en cas d'indivisibilité (ex. Crim. 26 sept. 2007, no 07-83.829).

**223. Interruption du délai de prescription de l'action publique.** - Confortant une jurisprudence constante, l'article 9-2 du code de procédure pénale prévoit désormais que les causes d'interruption du délai de prescription de l'action publique d'une infraction sont applicables « aux infractions connexes ainsi qu'aux auteurs ou complices non visés par l'un de ces mêmes acte, jugement ou arrêt ». En conséquence, une infraction n'est jamais prescrite lorsque l'infraction qui lui est connexe ne l'est pas.

**224. Solidarité.** - Les articles 375-2 et 480-1 du code de procédure pénale prévoient que « les personnes condamnées pour un même crime/délit sont tenues solidairement des restitutions et des dommages-intérêts. En outre, la cour/le tribunal peut, par décision spéciale et motivée, ordonner que l'accusé/le prévenu qui s'est entouré de coauteurs ou de complices insolvables sera tenu solidairement des amendes ».

### § 2 - La connexité substantielle

**225. Insuffisance de la connexité procédurale.** - La connexité à vocation procédurale est purement circonstancielle. Elle n'est, en effet, pas constitutive d'une pluralité d'infractions ; tout au plus tire-t-elle les conséquences qui s'impose lors de l'existence d'une telle situation. Aussi faut-il, préalablement, constater une pluralité, avant qu'un lien procédural puisse, consécutivement, être établi. C'est dire qu'il existe sans doute une autre forme de connexité : une connexité substantielle, première, proprement constitutive.

**226. Enjeu de la théorisation d'une connexité substantielle.** - D'autant que l'existence d'un lien de connexité avec une autre infraction conditionne précisément la constitution de certaines infractions. On pense, bien évidemment, à la complicité et aux infractions de conséquence. Les

questions communes qui se posent à propos de ces formes de délinquance révèlent l'existence d'une véritable catégorie (P. CAZALBOU, Étude de la catégorie des infractions de conséquence, thèse préc.) : quels sont les rapports matériel et intellectuel qu'entretiennent le complice et l'auteur de l'infraction de conséquence avec l'infraction condition de leur répression ? Faut-il caractériser chez eux une connaissance précise de ladite l'infraction ? Quelle influence la prescription, l'amnistie, ou la justification de l'infraction principale peuvent-elles avoir sur l'infraction de conséquence ou l'acte de complicité ? Si l'infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, sont-elles transmissibles ? Selon quels critères ? Quel est le statut de la complicité et de l'infraction de conséquence au regard de la récidive ? Les réparations civiles sont-elles solidairement dues par l'auteur de l'infraction de conséquence, le complice et l'auteur de l'infraction principale ? Ces questions, communes, n'impliquent toutefois pas que les réponses soient inéluctablement identiques pour la complicité et l'infraction de conséquence.

**227. Connexité originaires.** - En guise d'encouragement à la théorisation de ce phénomène substantiel, contentons-nous de constater que trois traits semblent caractériser cette connexité substantielle. D'abord, elle est originaires, en ce sens qu'elle est présente dès le texte, qui l'impose pour constituer l'infraction. Le recel n'existe que dans le sillage d'une première infraction ; la complicité n'a de sens que lorsqu'elle porte à la commission d'une infraction principale.

**228. Connexité pérenne.** - La constitution de ces infractions, ensuite, ne fait pas disparaître le lien avec l'infraction première ou principale. Ainsi, le complice sera puni comme auteur de l'infraction principale (C. pén., art. 121-6 ) et, « lorsque l'infraction dont provient le bien recelé est punie d'une peine privative de liberté d'une durée supérieure à celle de l'emprisonnement encouru en application des articles 321-1 ou 321-2 », le receleur sera puni « des peines attachées à l'infraction [première] dont il a eu connaissance et, si cette infraction est accompagnée de circonstances aggravantes, des peines attachées aux seules circonstances dont il a eu connaissance » (C. pén., art. 321-4 ). D'un point de vue procédural, rappelons que la connexité – au sens classique – quasi automatique de ces infractions portera également à conséquence.

**229. Connexité hiérarchisée.** - Enfin, dans la complicité comme dans le recel, il existe une hiérarchie entre les infractions concernées : pas de complice ou de receleur sans auteur principal, l'inverse n'étant pas nécessairement vrai. La connexité procédurale, quant à elle, implique au contraire une mise sur un pied d'égalité des diverses infractions qu'elle regroupe : aucune n'est prépondérante, quand bien même on se trouverait dans la situation d'infractions servant à faciliter ou à consommer d'autres infractions. Une fois le lien de connexité établi entre les diverses infractions visées, son influence est la même à l'égard de chacune. Il est réciproque, en ce qu'il n'entraîne pas de conséquence à l'égard de l'une qu'il n'emporterait pas à l'égard de l'autre. Ne serait-il pas temps, en conséquence, de penser un peu mieux la pluralité d'infractions au-delà des questions procédurales ?

## INDEX ALPHABETIQUE

- Amnistie 166, 167
- Blanchiment 55, 182, 197, 209
- Causes d'irresponsabilité 73, 143 s., 155 s.
- Circonstances aggravantes 75, 130
- Classifications
  - des infractions 64 s., 169 s.
  - des peines 63
- Coaction 119
- Complicité 54, 120 s., 216, 226 s.
- Concours réel d'infractions 206, 207
- Condamnation 199, 200
- Conditions préalables 71
- Connexité 212 s.
  - procédurale 213 s.
  - substantielle 225 s.
- Consommation 84 s.
- Contrainte 147, 148
- Contravention 34, 35, 112
- Contrôles 40 s.
  - constitutionnalité 42, 43
  - conventionnalité 41
- Coutume 31
- Culpabilité 149 s.
  - erreur de droit 153
  - erreur de fait 150 s.
  - fautes
- V. Fautes

- Cumul idéal d'infractions 208 s.
- Délégation de pouvoirs 135
- Dols 99
- Droit international pénal 36 s.
- Éléments constitutifs 4 s., 68 s.
  - élément légal 11 s., 88, 121
  - élément matériel 69 s., 89 s., 122 s., 174 s.
  - élément moral 94, 95 s., 128, 184
- État de droit 25
- Fait
  - illégal 154 s.
  - juridique 113
  - justificatif
- V. Faits justificatifs
  - personnel 114 s.
  - pluralité 199 s.
  - reprochable 140 s.
- Faits justificatifs 155 s.
  - autorisation de la loi 156 s.
  - commandement de l'autorité légitime 156 s.
  - état de nécessité 163 s.
  - légitime défense 159 s.
  - ordre de la loi 156 s.
- Fautes 95 s.

○

appréciation 106, 107

○

caractérisées 111

○

délibérées 99, 100, 109, 110

○

intentionnelles

V. Intention

○

non-intentionnelles 101 s.

○

qualifiées 108 s.

○

simples 105

■ Histoire 2

■ Imputabilité 141 s.

■ Incrimination

○

opération 9 s.

○

résultat 58 s.

■ Indivisibilité 219 s.

■ Infractions

○

complexes 81, 176

○

conditionnées 53 s., 225 s.

○

continuées 85, 178

○

continues 85, 177

○

de conséquence 55, 131, 132, 182, 217

○

de mise en péril 57, 181

○

de prévention 181

- de résultat 181
- dissimulées 86, 183
- d'action 78, 175
- d'habitude 85, 178
- d'omission 79, 80, 175
- formelles 56, 181
- histoire  
V. Histoire
- impossibles 93
- instantanées 85, 177
- matérielles 56, 181
- notion  
V. Notion
- obstacles 56 s., 181
- occultes 86
- permanentes 85, 179, 183
- principales 123
- simples 84, 176
- successives 85, 180
- Intention 96, 97
- Intérêt protégé 184 s., 210

- Interprétation stricte 23, 32, 139
- Jurisprudence 23, 32
- Mineurs 73, 143, 144
- Mise en danger délibérée 99, 100, 109, 110
- Mobiles 97
- Norme
  - de comportement 68 s.
  - de pénalité 59 s.
  - pénale 44 s., 169
- Notion 4, 6
- Objet 82
- Peine
  - aggravation 75, 76
  - atténuation 73, 74
  - complice 129, 130
  - de référence 62, 63
  - définition 60 s.
  - élément constitutif de l'incrimination 1
  - encourue 59 s., 170 s.
  - recel 132
- Personnes morales
- V. Responsabilité
- Phénomène criminel 3
- Plus haute expression pénale 198
- Préjudice 46
- Principe de légalité 11 s.
  - égalité

## V. Principe d'égalité

○

nécessité 15 s.

○

portée 24 s.

○

sécurité

## V. Principe de sécurité juridique

○

textualité 12

■Principe de proportionnalité 15 s.

■Principe de sécurité juridique 22 s.

■Principe d'égalité 20 s.

■Principe ne bis in idem 61, 193, 209, 210

■Qualifications 48, 193 s.

○

absorbantes 196

○

alternatives 195

○

conflit 193 s.

○

incompatibles 197

■Recel 55, 131, 132, 217, 226 s.

■Récidive 76, 201, 202

■Règlements 34, 35

■Rétération 203, 204

■Responsabilité

○

des dirigeants 134, 135

○

des personnes morales 136 s.

○

individuelle 117

■Résultat

○

à éviter 45 s.

○

préjudice 46, 102

■ Sources 29 s.

○

internationales 36 s.

○

nationales 5, 30 s.

■ Tentative 46, 51, 65, 87 s.

■ Trouble social

V. Résultat

■ Troubles psychiques 73, 145, 146

■ Union européenne 38