



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

## *INFRACTION*

GUILLAUME BEAUSSONIE

Référence de publication : Beaussonie, Guillaume, « Infraction », Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, Juillet 2021

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

# INFRACTION

## BIBLIOGRAPHIE CONTEMPORAINE

*Manuels et traités* : B. BOULOC, Droit pénal général, 26<sup>e</sup> éd., 2019, Dalloz. – P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, 7<sup>e</sup> éd., 2004, Sirey. – O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, Droit pénal général, 3<sup>e</sup> éd., 2018, LGDJ. – F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, Droit pénal général, 16<sup>e</sup> éd., 2009, Économica. – E. DREYER, Droit pénal général, 5<sup>e</sup> éd., 2019, LexisNexis. – W. JEANDIDIER, Droit pénal général, 2<sup>e</sup> éd., 1991, Montchrestien. – J. LEROY, Droit pénal général, 7<sup>e</sup> éd., 2018, LGDJ. – C. LOMBOIS, Droit pénal général, 1994, Hachette. – Y. MAYAUD, Droit pénal général, 6<sup>e</sup> éd., 2018, PUF. – R. MERLE et A. VITU, Traité de droit criminel, t. I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, 7<sup>e</sup> éd., 1997, Cujas. – X. PIN, Droit pénal général, 12<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz. – J. PRADEL, Droit pénal général, 22<sup>e</sup> éd., 2019, Cujas. – J. PRADEL et A. VARINARD, Les grands arrêts du droit pénal général, 11<sup>e</sup> éd., 2018, Dalloz. – J.-H. ROBERT, Droit pénal général, 6<sup>e</sup> éd., 2005, PUF.

*Monographies* : C. BALLOT-SQUIRAWSKI, Les éléments constitutifs de l'infraction : essai sur les composantes de l'infraction, thèse, Paris-Saclay, 2017. – E. BARON, La coaction en droit pénal, thèse, Bordeaux 4, 2012. – M. BENEJAT, La responsabilité pénale professionnelle, 2012, Dalloz. – 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 2, 2006. – E. DASKALAKIS, La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal, thèse, Paris, 1969. – O. DÉCIMA, L'identité des faits en matière pénale, 2008, Dalloz. – C. HARDOUIN-LE GOFF, L'oubli de l'infraction, 2008, LGDJ. – C. DE JACOBET DE NOMBEL, Théorie générale des circonstances aggravantes, Dalloz, 2006. – M. LACAZE, Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal, 2011, LGDJ. – E. LETOUZEY, La répétition d'infractions, 2016, Dalloz. – J.-Y. MARECHAL, Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale, 2003, L'Harmattan. – A. PONSEILLE, L'infraction de prévention en droit pénal français, thèse, Montpellier 1, 2001. – J. POUYANNE, L'auteur moral de l'infraction, 2003, PUAM. – G. RABUT-BONALDI, Le préjudice en droit pénal, 2016, Dalloz. – F. ROUSSEAU, L'imputation dans la responsabilité pénale, 2009, Dalloz. – P. ROUSSEAU, La légitimité de l'infraction, thèse, Nantes, 2019. – L. ROUSVOAL, L'infraction composite, essai sur la complexité en droit pénal, thèse, Rennes 1, 2011. – N. STONESTREET, La notion d'infraction pénale, thèse, Bordeaux 4, 2009. – B. THELLIER DE PONCHEVILLE, La condition préalable de l'infraction, 2010, PUAM. – M. WAGNER, Les effets de l'infraction, essai d'une théorie

générale, 2011, LGDJ. – J. WALTHER, L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand : contribution à une théorie générale de l'illicéité, thèse, Nancy 2, 2003.

*Ouvrages collectifs* : G. BEAUSSONIE (dir.), Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?, 2015, LGDJ. – COLLECTIF, Recueil d'études en hommage à Marc Ancel, Aspects nouveaux de la pensée juridique, t. II, 1975, Pédone. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur du doyen P. Bouzat, 1980, Pédone. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur d'André Vitu, Droit pénal contemporain, 1989, Cujas. – COLLECTIF, Mélanges offerts à Georges Levasseur, 1992, Litec. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur du professeur Jean Larguier, Droit pénal et procédure pénale, 1993, PUG. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur de Louis Constans, 1998, Presses universitaires de Perpignan. – COLLECTIF, Mélanges Jean-Claude Soyer, L'Honnête Homme et le droit, 2000, LGDJ. – COLLECTIF, Mélanges offerts à Pierre Couvrat, La sanction du droit, 2001, PUF. – COLLECTIF, Mélanges offerts à André Decocq, Une certaine idée du droit, 2004, Litec. – COLLECTIF, Études offertes à Claude Lombois, Apprendre à douter : questions de droit, questions sur le droit, 2004, PULIM. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof, Le champ pénal, 2006, Dalloz. – COLLECTIF, Mélanges offerts à Jean Pradel, Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, 2006, Cujas. – COLLECTIF, Mélanges offerts à Raymond Gassin, 2007, PUAM. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur du professeur Jacques-Henri Robert, 2012, LexisNexis. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur de Geneviève Giudicelli-Delage, Humanisme et justice, 2016, Dalloz. – COLLECTIF, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, Les droits et le droit, 2017, Dalloz. – COLLECTIF, Mélanges en l'honneur d'Yves Mayaud, Entre tradition et modernité : le droit pénal en contrepoint, 2017, Dalloz. – R. LEGEAIS, À la recherche d'un nouveau droit fondamental à travers le droit civil, le droit pénal et le droit comparé, 2003, Cujas. – J. LEROY (dir.), Faut-il rethéoriser le droit pénal ?, 2017, LexisNexis. – V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI (dir.), La réforme du code pénal et du code de procédure pénale, *Opinio doctorum*, 2009, Dalloz ; Droit pénal : le temps des réformes, 2011, LexisNexis. – R. MERLE, La plume et la parole, 1993, Cujas. – P. MISTRETTA, S. PAPIILLON et C. KUREK, L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal, 2020, Dalloz. – L. SAENKO (dir.), Le nouveau code pénal, 20 ans après, État des questions, 2014, LGDJ.

*Articles* : J. CARBONNIER, Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal, JCP 1952. I. 1034 ; Le double visage du droit pénal aux lueurs de sa triple genèse, *in* Mélanges C. Lombois, 2004, PULIM, p. 17. – F. CHABAS, La notion de contravention, RSC 1969. 1 et 281. – A. DECOCQ, 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. FERRAND, Quand la forme emporte le fond : de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction, RSC 2013. 505. – G. GRÉCOURT, Réflexion autour de la notion d'infraction politique, Dr. pénal 2017. Étude 17. – J. LARGUIER, Théorie des ensembles et qualification pénale, *in* Mélanges A. Chavanne, 1990, Litec, p. 95. – X. PIN, L'infraction juste, *in* Mélanges J.-H. Robert, 2012, LexisNexis, p. 585. – 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. – L. SAENKO, Brèves réflexions sur la catégorie des infractions « attitrées », Gaz. Pal. 3 nov. 2015, n° 245m7, p. 20. –

P. SERLOOTEN, Les qualifications multiples, RSC 1973. 45. – P. SPITÉRI, L'infraction formelle, RSC 1966. 498. – A. VARINARD, La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal, in Mélanges A. Chavanne, 1990, Litec, p. 165.

## 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 (2000 ans av. J.-C.), 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

démonstré 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 notamment 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, 12<sup>e</sup> éd., 2021, Dalloz, n<sup>o</sup> 230). 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, 7<sup>e</sup> éd., 1997, Cujas, n<sup>o</sup> 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, n<sup>os</sup> 15 et 19). Aujourd'hui, néanmoins, sous l'influence de quelques excellents travaux comparatistes (ceux de M. Lacaze, X. Pin et J. Walther), une théorie axiologique de l'infraction, qui la perçoit avant tout comme une atteinte à une valeur sociale protégée et qui s'avère être la véritable conception allemande, concurrence l'approche classiquement légaliste « à la française ». Toutefois, comme on aura l'occasion de le constater, le prisme de la loi est à ce point ancré dans notre système que la seule question posée demeure généralement celle de la « qualité » de la loi, autrement dit de sa conformité avec tout ce que toute loi doit être (nécessaire, égalitaire et sécurisante), et toujours pas celle de la « légitimité » de la loi, c'est-à-dire de sa convergence avec les valeurs sociales fondamentales. On en revient encore à cette idée première : en France, le droit pénal a pour fonction de préserver la loi, à condition qu'elle en soit une, et quel que soit son contenu. Autrement dit, il n'existe pas, à côté du principe de légalité, de principe de rationalité (V. à cet égard P. MISTRETTA, S. PAPIILLON et C. KUREK, L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal, 2020, Dalloz).

**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 I<sup>er</sup>, 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, 17<sup>e</sup> 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*, n<sup>os</sup> 8 s.), avant de voir les infractions au pluriel (V. *infra*, n<sup>os</sup> 192 s.).

## CHAPITRE 1<sup>ER</sup> - 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*, n<sup>os</sup> 9 s.), que la transgression d'un tel interdit (V. *infra*, n<sup>os</sup> 124 s.).



## ***Section 1<sup>re</sup> - L'interdiction***

**9. La fabrication 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*, n<sup>os</sup> 10 s.) aussi bien que son résultat (V. *infra*, n<sup>os</sup> 61 s.).

Art. 1<sup>er</sup> - 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, dignité, probité des agents publics, environnement, 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*, n<sup>os</sup> 46 s.) et une manière (V. *infra*, n<sup>os</sup> 11 s.) de créer une incrimination.

### § 1<sup>er</sup> - 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. C'est ce qu'on appelle le « droit à la sûreté », de valeur constitutionnelle en vertu de l'article 2 de la Déclaration de 1789. 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 souveraine et 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 des droits de l'homme et du citoyen.

**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*, n<sup>os</sup> 13 s.), il existe désormais une incrimination au-delà de la loi (V. *infra*, n<sup>os</sup> 29 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*, n<sup>os</sup> 14 s.), puis analyser sa mesure en droit pénal (V. *infra*, n<sup>os</sup> 25 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 châtement 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*, n<sup>os</sup> 15 s.), égalité (V. *infra*, n<sup>os</sup> 21 s.) et sécurité (V. *infra*, n<sup>os</sup> 23 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 (DDHC, 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, n° 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, n° 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). Cela n'empêche que le Conseil constitutionnel a pu percevoir à pas moins de deux reprises que les dispositions de l'article 421-2-5-2 du code pénal, qui incriminaient la consultation habituelle de sites internet terroristes, portaient une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'était « pas nécessaire, adaptée et proportionnée ». Non seulement, il existait d'autres moyens de prévenir et réprimer un tel comportement, mais sanctionner « d'une peine de deux ans d'emprisonnement le simple fait de consulter à plusieurs reprises un service de communication au public en ligne, quelle que soit l'intention de l'auteur de la consultation », en tout cas « sans que soit retenue l'intention terroriste de l'auteur de la consultation comme élément constitutif de l'infraction », apparaissait disproportionné (Cons. const. 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC. – Cons. const. 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC ). Dans

la continuité, une question prioritaire de constitutionnalité a été transmise au Conseil constitutionnel afin qu'il éprouve la conformité de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation selon laquelle « entre dans les prévisions des articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal le fait de détenir, à la suite d'un téléchargement effectué en toute connaissance de cause, des fichiers caractérisant l'apologie d'actes de terrorisme », mais qu'« une condamnation de ce chef n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers » (Crim. 7 janv. 2020, n° 19-80.136 pour la position. – Crim. 24 mars 2020, n° 19-86.706 pour le renvoi). Le Conseil constitutionnel a effectivement considéré que « le délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme port[ait] à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'[était] pas nécessaire, adaptée et proportionnée », censurant de la sorte moins un texte que la combinaison entre le délit d'apologie du terrorisme et le recel (Cons. const. 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC ).

**17. Portée.** - Ensuite, lorsque le pas répressif a été franchi, c'est-à-dire lorsqu'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, n° 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 » (Cons. const. 2 mars 2004, n° 2004-492 DC , consid. 6). Cette exigence ne se limite pas à la procédure ; elle se poursuit au stade de la punition et, au-delà, « s'impose *a fortiori*

lorsque la personne a déjà exécuté sa peine », par exemple lorsqu'il est question de prévoir des mesures de surveillance pour des personnes condamnées qui sortent de prison (Cons. const. 7 août 2020, n° 2020-805 DC ).

**18.** Ajoutons à tout ce qui précède que, tant le juge français que la Cour de Strasbourg, opèrent un contrôle de proportionnalité de l'application des dispositions pénales au regard de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cela peut conduire à écarter, dans telle ou telle affaire, telle incrimination qui, à raison de sa mise en œuvre, porterait une atteinte disproportionnée à tel droit ou telle liberté consacré par la Convention. Ce contrôle encore timide et néanmoins en plein essor a pu conduire la chambre criminelle de la Cour de cassation à considérer, par exemple, qu'il pouvait être fait l'économie d'une condamnation pour exhibition sexuelle d'une prévenue dont le comportement « s'inscri[vait] dans une démarche de protestation politique » ; « son incrimination, compte tenu de la nature et du contexte de l'agissement en cause, constituerait une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression » (Crim. 26 févr. 2020, n° 19-81.827 ).

**19. 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 (V. par ex. Cons. const. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC . – C. pén., art. 112-1 s.). 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, n° 80-127 DC , consid. 75).

**20. 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, par exemple, 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. *infra*, n<sup>os</sup> 23 s.). C'est l'une des raisons pour lesquelles l'interprétation des textes pénaux doit être stricte (V. *infra*, n<sup>o</sup> 33).

### *b. - L'égalité*

**21. 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 » (V. B. DE LAMY, *L'égalité devant la justice pénale dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel* : à propos, notamment, de la nécessaire courbure d'un principe essentiel, Cah. Cons. const. avr. 2020). 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 (V. Cons. const. 23 juil. 1975, n<sup>o</sup> 75-56 DC). 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.

**22. 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, cependant, l'égalité a quitté le fond du droit pour rejoindre la procédure. Ainsi, à une peine fixe unique a d'abord succédé 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, n° 78-97 DC : pas de contrariété entre égalité et individualisation). Elle n'en est pas moins puissante, d'ailleurs, car, ayant de la sorte basculé 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. Ce basculement ne rend pas pour autant l'égalité totalement absente au fond, le fait de créer deux incriminations faisant encourir des peines différentes pour un même comportement ayant, par exemple, pu être sanctionné par le Conseil constitutionnel (Cons. const. 28 juin 2013, n° 2013-328 QPC , à propos de l'escroquerie, punie de 5 ans d'emprisonnement et de 375 000 € d'amende, et de la fraude ou de la fausse déclaration pour obtenir le revenu de solidarité active, l'aide personnalisée au logement ou l'allocation aux adultes handicapés, punie d'une amende de 5 000 € par CSS, art. L. 114-13 ).

### *c. - La sécurité*

**23. 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 V<sup>e</sup> 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, n° 99-421 DC, consid. 13. – CJCE 20 mai 2003, *Rechnungshof*, aff. C-465/00).

**24. 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 » (Cons. const. n° 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, n° 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, n° 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, n° 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. n° 2012-954 du 6 août 2012 pour le harcèlement sexuel ; L. n° 2016-297 du 14 mars 2016 relative à la protection de l'enfant pour l'inceste). Dans les censures susvisées de l'incrimination du délit de consultation habituelle de sites internet terroristes, le Conseil constitutionnel a pris en considération le fait que « les dispositions contestées [faisaient] peser une incertitude sur la licéité de la consultation de certains services de communication au public en ligne et, en conséquence, de l'usage d'internet pour rechercher des informations » (Cons. const. 10 févr. 2017, n° 2016-611 QPC . – Cons. const. 15 déc. 2017, n° 2017-682 QPC , consid. 15).

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

**25. *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 XIX<sup>e</sup> 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*, n° 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*, n<sup>os</sup> 26 s.).

### *a. - Une origine légale*

**26. 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. Cela n'empêche que, aujourd'hui encore, tout le processus répressif doit être encadré par la « loi » – au sens large.

#### *b. - Un encadrement légal*

**27. 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. n° 15, où la Cour

de cassation constate que s'il est interdit, en vertu de l'article 1<sup>er</sup> 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. 26-15<sup>o</sup> 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. 1<sup>er</sup> févr. 1990, n<sup>o</sup> 89-80.673 , Bull. crim. n<sup>o</sup> 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). Cela rejoint l'impératif d'accessibilité et de prévisibilité de la loi pénale (V. *supra*, n<sup>os</sup> 23 et 24).

**28. Forme.** - Par ailleurs, il ne faut pas oublier que 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, n<sup>o</sup> 06-89.444 , Bull. crim. n<sup>o</sup> 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 de façon abusive 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. Nul, mieux que Faustin Hélie, n'a su énoncer cette subtile recherche d'équilibre : « On entrevoit déjà le but et le principe de la procédure criminelle : ce but est la complète manifestation de la vérité judiciaire ; ce principe est la protection efficace de tous les droits, tous les intérêts, des intérêts de la société et des intérêts de l'accusé, à l'aide des formes dont elle s'entoure et des garanties qu'elle présente » (Traité de l'instruction criminelle, t. I, 2<sup>e</sup> éd., 1866, Plon, p. 3, n<sup>o</sup> 5).

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

**29. 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*, n<sup>os</sup> 30 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*, n<sup>os</sup> 41 s.).

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

**30. 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*, n<sup>os</sup> 31 s.), au sein desquelles la loi n'est plus seule, des sources internationales (V. *infra*, n<sup>os</sup> 37 s.).


##### *a. - Les sources nationales*

**31. 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*, n<sup>os</sup> 14 s.), excluent le droit non écrit mais incluent, à côté de la loi, les règlements.

**32. 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 (n° 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 (Cons. const. 21 sept. 2012, n° 2012-271 QPC ). Un dernier exemple peut être puisé dans l'article 313-5, 2°, 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.

**33. 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, même resituée dans le contexte de l'époque, 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 invisable 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. n°s 11801/85 et 11105/84. – V. aussi, sur le rôle de

l'interprétation, Cons. const. 2 mars 2004, n° 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, peut-être 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 ! L'interprétation stricte ne s'assimile pas à une interprétation littérale. La loi est, avant tout, l'expression de la volonté générale, l'expression ne devant jamais aller contre cette volonté. En conséquence, le juge pénal n'applique pas le texte *ex verbis*, à la lettre – n'exigeant pas l'application absurde de ce fameux décret de la police des chemins de fer qui interdisait aux voyageurs, sous menace pénale, de descendre « ailleurs que dans les gares et lorsque le train est complètement arrêté » – ; il l'applique *ex sententia*, à la volonté, se fondant sur le but recherché. En cela son interprétation est-elle téléologique (du grec *telos* : buts). Autrement dit, 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]). 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. C'est pourquoi, par exemple, le juge ne peut pas considérer lui-même que le domaine de l'incrimination d'homicide involontaire s'étend à l'enfant à naître (Cass., ass. plén., 29 juin 2001, n° 99-85.973 , Bull. crim. n° 165). Sauf à percevoir que telle est – et non devrait être – la volonté du législateur ! La Cour de Strasbourg, elle, s'est dite « convaincue qu'il n'est ni souhaitable ni même possible actuellement de répondre dans l'abstrait à la question de savoir si l'enfant à naître est une personne au sens de l'article 2 de la Convention [qui protège le droit à la vie] » (CEDH 8 juill. 2004, n° 53924/00 , Vo c/ France). À l'inverse, il arrive que le juge fasse preuve – de trop – d'audace, comme ce fut le cas dans un arrêt remarqué autorisant la mise en cause d'une personne morale absorbante pour des faits commis au nom et pour le compte d'une personne morale absorbée, dans l'hypothèse où une fusion-absorption est intervenue avant la



condamnation de cette dernière. La chambre criminelle, d'ailleurs, en profita logiquement pour limiter dans le temps les effets de sa – nouvelle – position (Crim. 25 nov. 2020, n° 18-86.955).

**34. 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, n° 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 (Cons. const. 30 juill. 1982, n° 82-143 DC, consid. 11 : « Par les articles 34 et 37, alinéa 1<sup>er</sup>, 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 empiétements de la loi ». – Pour deux ex. dans le C. pén., art. 611-1 à propos du recours à la prostitution et 621-1 à propos de l'outrage sexiste) ; 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.

**35. 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, n<sup>o</sup> 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 ). Par ailleurs, dans la continuité de cette présence des règlements au sein du corpus répressif, le juge pénal a logiquement compétence pour écarter ceux qu'il considérerait comme contraires à la loi, autrement dit pour opérer un contrôle de légalité. L'article 111-5 du code pénal dispose, en ce sens, que « les juridictions pénales sont compétentes pour interpréter les actes administratifs, réglementaires ou individuels et pour en apprécier la légalité lorsque, de cet examen, dépend la solution du procès pénal qui leur est soumis ». La chambre criminelle a pu mobiliser ce texte pour reconquérir – en partie – l'examen des actes administratifs – perquisitions et assignations à résidence – décidés dans le cadre de l'état d'urgence (V. surtout Crim. 3 mai 2017, n<sup>o</sup> 16-86.155 ).

**36. Règlements : déclinaison.** - Ce que l'on appelle règlements, ce sont les décrets et 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). Se pose alors, parfois, le problème d'un cumul éventuel entre le délit qui renvoie au règlement et la contravention qui sanctionne le règlement. Les décrets simples et les arrêtés ministériels ne font que préciser la loi, de même que tous 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 » ou encore à propos des premiers temps de la lutte contre le coronavirus). 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, demeure soumis hiérarchiquement au pouvoir exécutif, on reconsidère la valeur de ces documents administratifs, fût-elle de la sorte très diffuse.

## *b. - Les sources internationales*

**37. 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, 2<sup>e</sup> éd., 1979, Dalloz, n<sup>o</sup> 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 se rapportant par exemple pas qu'au 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.

**38. 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 »).

**39. Droit pénal de l'Union européenne.** - Selon ce schéma, l'émergence d'un droit pénal de l'Union européenne est un phénomène désormais incontestable, bien qu'encore assez mal connu. 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 des prérogatives pénales ainsi affirmées, ont été effacées par la clarté, sur ce point du moins, 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.).

**40. 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 1<sup>er</sup> 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

**41. 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*, n<sup>o</sup> 42) – plusieurs en vérité – et, d'autre part, par le biais d'un contrôle de constitutionnalité (V. *infra*, n<sup>os</sup> 44 s.).

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

**42. 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, n° 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, depuis le 1<sup>er</sup> août 2018 et l'entrée en vigueur du Protocole n° 16, la Cour de cassation, notamment, peut, « 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 ». Elle l'a fait une première fois à propos de la question de la transcription de l'acte de naissance d'un enfant né d'une GPA à l'étranger (CEDH, avis, 10 avr. 2019, n° P16-2018-001 ) . 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.

**43.** Comme il a déjà été relevé (V. *supra*, n° 17), l'essor du contrôle de proportionnalité donne de plus en plus d'importance à la Convention européenne des droits de l'homme, même en dehors de la procédure au sens strict. Il est de moins en moins rare, en effet, qu'une incrimination soit écartée dans telle ou telle affaire à l'aune d'un contrôle de ce type.

#### *b. - Le contrôle de constitutionnalité*

**44. 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 (n° 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 (n° 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*, n<sup>os</sup> 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 1<sup>er</sup> 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.

**45. 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 matériellement la qualité d'une loi que ce qui a été formellement 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*, n<sup>o</sup> 33).

## § 2 - L'art

**46. 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 ; tu ne harcèleras pas », etc. – dont l'irrespect fait encourir une peine : « si tu voles, trois ans de prison et 45 000 euros d'amende », « si tu tues intentionnellement, 30 ans de prison » 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*, n<sup>os</sup> 49 s.), encore faut-il préalablement déterminer les résultats que l'on souhaite éviter (V. *infra*, n<sup>os</sup> 47 s.).

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

**47. 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). Du moins cela vaut-il pour une société donnée car, comme le relevait C. Lombois, « dans un État qui tend toutes ses

forces vers le décollage économique, le sabotage peut être puni de mort ; dans tel État théocratique, on lapide les adultères et flagelle les blasphémateurs ; l'Angleterre victorienne condamne, en raison de son homosexualité, Oscar Wilde à deux ans de travaux forcés pour outrage aux bonnes mœurs » (Droit pénal général, *op. cit.*, p. 9). Les valeurs, en effet, « ne sont pas des essences éternelles » (P. Ricoeur). Cette contingence représente, d'ailleurs, l'une des raisons de l'échec de la théorie axiologique de l'infraction en France. Quoi qu'il en soit, la recherche du but de l'incrimination demeure, 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.

**48. 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 malgré tout 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). Ici comme ailleurs, l'individualisme a fait son œuvre, le code pénal de 1992 étant beaucoup plus soucieux de l'individu que ne l'était le code

pénal de 1810. 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 : V. *infra*, n<sup>os</sup> 58 s.), voire d'incriminer un comportement qui tendait vers ce résultat, mais n'y est pas parvenu (tentative : V. *infra*, n<sup>os</sup> 98 s.). Mais c'est déjà entrer dans la construction de l'incrimination.

### *B - Le moyen : la construction des incriminations*

**49. 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 de quelqu'un d'autre, 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*, n<sup>os</sup> 50 s.), elle peut aussi représenter un élément au sein d'un ensemble (V. *infra*, n<sup>os</sup> 54 s.).

#### 1° - Un ensemble d'éléments

**50. 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). Il arrive néanmoins qu'un préjudice particulier représente l'un des éléments constitutifs de l'infraction mais, dans ces rares cas (ex. : vol d'énergie, escroquerie, abus de confiance, faux), la jurisprudence a tendance à le percevoir, ici comme ailleurs, dès l'existence du comportement préjudiciable. Quoi qu'il en soit, le processus d'incrimination est généralement le suivant : 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 (ex. : soustraction détournement, violences), 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 (ex. : un bien pour la propriété, le corps humain pour la vie). 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, comme on a pu le dire, 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. n° 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, n° 91-83.558, Bull. crim. n° 234. – Crim. 28 janv. 2015, n° 13-86.772, Bull. crim. n° 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.

**51. 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 (des sanctions), 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.

**52. 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 (vol) ; 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 (abus de confiance), ou lorsqu'il y a involontairement renoncé à la suite d'une tromperie (escroquerie). 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 (vol + abus de

confiance + escroquerie). 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 (C. pén., art. 311-4 s.), 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*, n<sup>os</sup> 231 s.). De plus, la loi ne donne pas toujours elle-même la solution...

**53. 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*, n<sup>os</sup> 98 s.).


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

**54. 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 », « substantiellement connexes » ou « accessoires » (V. *infra*, n<sup>os</sup> 55 s.). Parfois, cette considération, pour être réelle, ne demeure qu'implicite : c'est le cas des infractions dites « obstacles » (V. *infra*, n<sup>os</sup> 58 s.).

### *a. - Les infractions accessoires*

**55. 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.

**56. 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 (V. *infra*, n<sup>os</sup> 131 s.).

**57. Recel et infractions de conséquence.** - 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 ) ou de l'usage de faux (C. pén., art. 441-1 , al. 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 ». Dans le même sens, l'article 321-3 précise que « 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 » (V. *infra*, n<sup>os</sup> 142 et 143).

### *b. - Les infractions-obstacles*

**58. 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 subornation 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, voire comme une incrimination du péril plutôt que du dommage.

**59. Infractions-obstacles ou préventives.** - 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, non de causer le résultat à éviter, mais de créer une situation pouvant

y conduire (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, désormais « pratique commerciale trompeuse », 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. Plus encore, si le résultat redouté est atteint, c'est une autre qualification pénale, plus grave, qui prend alors le relais. Le lien se distend donc dudit résultat, mais il n'en demeure pas moins, l'incrimination opérant en considération de ce dernier. Le droit pénal se trouve, en l'occurrence, à la limite de sa légitimité, surtout lorsqu'il fait de ces infractions des délits, à l'instar des articles 223-1 et suivants du livre II du code pénal (incrimination des risques causés à autrui, du délaissement d'une personne hors d'état de se protéger, de l'entrave aux mesures d'assistance et de l'omission de porter secours, de l'expérimentation sur la personne humaine, de l'interruption illégale de grossesse, de la provocation au suicide et de l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de faiblesse). Seule la protection de l'intégrité physique et psychique, et la vie qu'elle supporte – ainsi, semble-t-il, que la préservation de l'environnement (ex. : C. envir., art. L. 218-73 , relatif au délit de pollution de l'eau marine, même s'il s'agit plutôt d'une infraction formelle, et L. 415-3, à propos de la préservation des espèces protégées) –, autorisent une telle étendue du droit pénal. Afin de les accueillir théoriquement, le code pénal de 1992 a consacré, de façon un peu obscure, un élément moral propre à l'alinéa 2 de l'article 121-3 : la « mise en danger délibérée de la personne d'autrui » (V. *infra*, n<sup>os</sup> 110 et 111). L'intérêt attaché à la personne humaine justifie également que, de façon tout aussi exceptionnelle, on réprime les provocations non suivies d'effet ou l'apologie des infractions qui y portent atteinte (L. du 29 juill. 1881, art. 24).

**60.** Pour finir, le rôle joué par l'association de malfaiteurs, que l'article 450-1 du code pénal définit comme « tout groupement formé ou entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un ou plusieurs crimes ou d'un ou plusieurs délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement », doit être souligné. À mi-chemin entre l'infraction-obstacle et l'infraction accessoire, cette incrimination des actes préparatoires à certaines infractions, réprimée depuis 1810, joue depuis un double rôle : « frapper le groupement en raison du danger futur qu'il représente pour la société », mais aussi « frapper indirectement les

participants à l'entente pour les méfaits souvent ignorés qu'ils ont pu commettre dans le passé, et pour ceux dont on sait qu'ils les ont commis, mais dont il n'a pas été possible de déterminer également qu'ils en étaient les instigateurs, les exécutants et les complices. Ces dispositions législatives évitent ainsi les difficultés qui naîtraient de l'application des règles de la complicité, ainsi que les délicats problèmes de preuve qui ne manqueraient pas de surgir » (A. VITU, J.-Cl. Pénal code, art. 450-1 à 450-5, Fasc. 20 : participation à une association de malfaiteurs, n° 5). Il s'agit ainsi d'agir en amont comme en aval du résultat.

## **Art. 2 - Le résultat**

**61. 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*, n<sup>os</sup> 62 s.) et le comportement prohibé (V. *infra*, n<sup>os</sup> 83 s.).

### § 1<sup>er</sup> - La peine encourue

**62. 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*, n<sup>os</sup> 63 s.), puis analyser leur diversité (V. *infra*, n<sup>os</sup> 65 s.) et, enfin, leur amplitude, autrement dit leur échelle (V. *infra*, n<sup>os</sup> 78 s.).

## *A - La définition de la peine*

**63. 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 : 1<sup>o</sup> De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2<sup>o</sup> 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). L. Huguency rappelait, quant à lui, que « le but de la peine, dit-on, c'est de "faire une nouvelle blessure", celui de la réparation de "guérir une première blessure" »

(L'idée de peine privée en droit contemporain, thèse, 1904, Arthur Rousseau, p. 27). 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 ».

**64. 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. n° 5100/71, pour la première ; Welch c/ Royaume-Uni, 9 févr. 1995, req. n° 17440/90, et Jamil c/ France, 8 juin 1995, req. n° 15917/89, pour la seconde). Basculent de la sorte 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 (Cons. Const. 30 déc. 1982, n° 82-155 DC). 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 intérêt de telles notions réside dans l'application à ces peines au sens large et aux droit et procédure qu'elles mobilisent de la plupart des grands principes du droit pénal : présomption d'innocence, principe du contradictoire, droit à un tribunal indépendant et impartial, etc. Mais le problème se pose alors d'un éventuel cumul de l'ensemble, dans l'hypothèse où un comportement unique peut conduire au prononcé de plusieurs de ces sanctions. Dans l'ordre européen, la chose est réglée par l'article 4 du protocole n° 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 – ou non – bis in idem*. – V. par ex. CEDH 4 mars 2014, Grande Stevens c/ Italie, req. n° 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 aux principes de nécessité et de proportionnalité des peines qu'il pose (Cons const. 18 mars 2015, n°s 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC, consid. 19 : « 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 devant leur propre ordre de juridiction ». *A contrario*, on ne cumule pas les poursuites en cas d'identité suffisante entre les sanctions et, ajoute-t-il, « si l'éventualité que soient engagées deux procédures 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 »). Toutefois, le principe *ne bis in idem* s'avère, en matière fiscale, totalement écarté au profit d'une application exclusive du principe de proportionnalité (Cons. const. 24 juin 2016, n°s 2016-545 QPC et 2016-546 QPC . – Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC . – Cons. const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC . – CEDH 15 nov. 2016, A et B c/ Norvège, n°s 24130/11 et 29758/11. – CEDH 18 mai 2017, Johannesson et a. c/ Islande,

n° 22007/11 . – CJUE 20 mars 2018, Menci, aff. C-524/15 . – CJUE 20 mars 2018, Garlsson Real Estate e.a., aff. C-537/16 . – CJUE 20 mars 2018, Di Puma et Zecca, aff. jointes C-596/16 et C-597/16. – V. *infra*, n° 207).

## *B - La diversité des peines*

**65. Peines** - La peine qui intéresse le plus l'incrimination est la peine dite « de référence » car c'est elle qui, en sus de participer à sa constitution, va permettre de la qualifier (V. *infra*, n°s 66 s.). 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 : V. *infra*, n°s 72 s.).

### 1° - Les peines de référence

**66. Peines et infractions** - La classification des peines de référence (V. *infra*, n° 67) autorise la classification consécutive des infractions (V. *infra*, n°s 68 s.).

#### *a. - La classification des peines de référence*

**67. 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 (crime de droit commun) ou une détention

(crime politique) 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. Il n'existe pas de peine de référence pour les personnes morales, la qualification des infractions dépendant simplement des peines applicables aux personnes physiques.

#### *b. - La classification consécutive des infractions*

**68. 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*, n° 64).

**69. 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).

**70. 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 (et, le cas échéant, tribunaux criminels) 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) ; à l'inverse, l'instruction, bien qu'envisageable, se conçoit difficilement en matière contraventionnelle (art. 79).

**71. 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. : terrorisme, infractions contre les mineurs, criminalité organisée, violence faite aux femmes, etc.). C'est dire qu'il existe désormais, à côté ou à l'intérieur du droit pénal spécial, une procédure pénale et un droit des peines tout aussi spécifiques. Le juge, lui aussi, ne se sent pas toujours lié par la classification, faisant parfois le choix opportun d'une qualification plutôt que d'une autre, à raison précisément d'éviter le régime qui y correspond. C'est notamment la pratique dite de la « correctionnalisation judiciaire » que la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 a décidé d'officialiser et d'encadrer (C. pr. pén., art. 469).

## 2° - Les autres sanctions pénales

**72. Pluriel.** - D'autres sanctions peuvent être attachées à une incrimination, qu'il s'agisse d'autres peines (V. *infra*, n<sup>os</sup> 73 s.) ou d'autres mesures alors dites « de sûreté » ou de « restitution » (V. *infra*, n<sup>os</sup> 76 s.).

### *a. - Les autres peines*

**73. Peine principale.** - La « peine de référence » est aussi une peine principale, c'est-à-dire une peine qui, non seulement, qualifie l'infraction mais, en plus, doit être prononcée lorsqu'il y a condamnation (sauf dispense de peine), et peut alors être prononcée seule. Aux peines principales peuvent néanmoins se substituer les peines alternatives et s'ajouter les peines complémentaires.

**74. À la place de la peine principale.** - Pour les personnes physiques, les peines principales sont les peines de référence, auxquelles il convient d'ajouter des peines principales dites « alternatives » : ces dernières sont, en effet, des peines susceptibles de remplacer les peines principales de référence. Pour l'emprisonnement, il semble même exister un principe de préférence envers une peine alternative en vertu de l'article 132-19 du code pénal. Peuvent être ainsi être prononcées, en lieu et place de ce dernier, une peine de détention à domicile sous surveillance électronique, une peine de jour-amende, un stage, une ou plusieurs peines privatives ou restrictives de certaines libertés, un travail d'intérêt général ou une sanction-réparation (C. pén., art. 131-3 s.). Pour les personnes morales, les peines principales sont l'amende pour les crimes, délits et contraventions de cinquième classe (C. pén., art. 131-38 et 131-40), ainsi que les peines de l'article 131-39 (délits et crimes) et 131-42 (contraventions) du code pénal, et, pour les délits, la sanction-réparation (C. pén., art. 131-39-1). Le taux maximum de l'amende applicable aux personnes morales est égal au quintuple de celui prévu pour les personnes physiques par la loi qui réprime l'infraction et, lorsqu'il s'agit d'un crime pour lequel aucune peine d'amende n'est prévue à l'encontre des personnes physiques, l'amende encourue par les personnes morales est de 1 000 000 euros (C. pén., art. 131-38). Pour les contraventions des quatre

premières classes, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, seules des amendes sont encourues.

**75. En plus de la peine principale.** - Aux peines qui précèdent, s'ajoutent des peines accessoires ainsi que des peines complémentaires, facultatives ou obligatoires. Une peine accessoire est une peine qui s'ajoute automatiquement à une peine principale. En principe, en raison de son automaticité, une telle peine s'avère contraire, tant aux articles 132-1 et 132-24 du code pénal, qui imposent la personnalisation des peines, qu'à l'article 8 de la Déclaration de 1789, dont le Conseil constitutionnel a déduit le principe d'individualisation de la peine. S'il arrive que le Conseil constitutionnel invalide certaines de ces peines (ex. : Cons. const. 11 juin 2010, n° 2010-6/7 QPC , à propos de l'art. L. 7 C. élect. qui attachait automatiquement une interdiction d'être inscrit sur une liste électorale et une incapacité d'exercer une fonction publique élective consécutive à certaines condamnations pénales), d'autres demeurent encore (ex. : CCH, art. L. 241-7 , qui pose une interdiction automatique de participer à une société de promotion immobilière consécutive à certaines condamnations pénales). Une peine complémentaire est une peine susceptible de s'ajouter à la peine principale à condition que le juge la prononce. Certaines sont énoncées de façon générale par l'article 131-10 du code pénal pour les crimes et délits (« interdiction, déchéance, incapacité ou retrait d'un droit, injonction de soins ou obligation de faire, immobilisation ou confiscation d'un objet, confiscation d'un animal, fermeture d'un établissement ou affichage de la décision prononcée ou diffusion de celle-ci soit par la presse écrite, soit par tout moyen de communication au public par voie électronique ») et par les articles 131-16 et 131-17 pour les contraventions de cinquième classe, mais elles ne peuvent être prononcées qu'à la condition que la loi ou le règlement le prévoie spécifiquement pour l'infraction concernée. Par ailleurs, d'autres peines complémentaires sont totalement propres à certaines infractions (ex. : peine obligatoire d'inéligibilité pour les infractions mentionnées par C. pén., art. 131-26-2 ). La peine complémentaire peut, au surplus, être prononcée à titre principal, c'est-à-dire à la place – et non en plus – de la peine principale (C. pén., art. 131-11 et 131-18 ), bref constituer aussi une peine alternative. Comme nous l'annoncions, le Conseil constitutionnel, dans son contrôle des peines, a fini par distinguer les peines complémentaires facultatives des peines complémentaires obligatoires. Toutes sont prononcées par le juge en plus de la peine principale mais, parce que le juge est obligé de prononcer les secondes, il faut s'assurer, afin qu'elles ne soient pas contraires au principe d'individualisation des peines, que le juge puisse alors tenir

compte « des circonstances propres à l'espèce », ce qui implique la possibilité, pour ce juge, de moduler la sanction complémentaire obligatoire. Ainsi, par exemple, la sanction de publication et d'affichage des condamnations pour fraude fiscale a pu être jugée contraire au principe d'individualisation, parce que ne permettant pas au juge tenu de la prononcer d'en modifier convenablement la durée et les modalités (Cons. const. 10 déc. 2010, n° 2010-72/75/82). À l'inverse, les prérogatives du juge ayant alors été perçues comme suffisantes, ont été jugées conformes à la Constitution les sanctions complémentaires obligatoires d'annulation du permis de conduire (Cons. const. 29 sept. 2010, n° 2010-40 QPC) et de publication de la condamnation pour publicité mensongère (Cons. const. 29 sept. 2010, n° 2010-41 QPC).

*b. - Les mesure de sûreté ou de restitution*

**76. Mesure de sûreté.** - Aux peines au sens strict s'ajoutent souvent ce qu'on appelle communément des « mesures de sûreté », c'est-à-dire des mesures non punitives, mais propres à lutter contre l'état dangereux du délinquant : interdiction de séjour par exemple, ou encore confiscation d'un objet dangereux, placement sous surveillance électronique, obligation de ne pas paraître en certains lieux, interdiction d'exercer une profession donnée, etc. Le concept est ancien, désigné autrefois comme « mesure de police et de sûreté », à chaque fois qu'il était question de surveiller ou de neutraliser le délinquant pour l'empêcher de nuire à nouveau. Mais il a surtout pris de l'importance à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, avec les criminologues positivistes italiens (Lombroso et ses successeurs), qui ont souhaité en faire l'objet principal du droit pénal. Il fallait, selon eux, préserver la société des individus prédéterminés au crime par l'entremise de telles mesures préventives. Il faudrait ainsi traiter le délinquant plutôt que le punir et, si cela s'avère impossible, l'éliminer... Si les mesures de sûreté n'ont, finalement, jamais remplacé les peines, et ne sont d'ailleurs toujours pas consacrées ni définies par le code pénal, elles ont quand même pris de l'importance avec cette idée revenue à la mode qu'il faut lutter contre la dangerosité du délinquant. Le problème est que leur distinction des peines demeure polémique, ces mesures étant, la plupart du temps, désignées comme des peines complémentaires. Après tout, peines et mesures de sûreté se rejoignent, en ce qu'elles constituent toutes deux, en principe, la

conséquence d'une infraction et que la peine, elle aussi, est là pour protéger la société et amender – donc traiter – le délinquant, tout comme la mesure de sûreté est là, elle aussi, de bien des points de vue, pour sanctionner ce délinquant. Malgré cela, on y reviendra, il existe une différence de régime entre les peines et les mesures de sûreté, en ce sens que, ces dernières n'étant pas tout à fait perçues comme des peines, elles échappent, en partie du moins, à certaines règles qui les concernent (ex. : le principe de non-rétroactivité ne s'applique pas aux mesures de sûreté, qui sont donc rétroactives). D'où une hésitation, une sorte d'entre-deux insatisfaisant, où l'on trouve des mesures qui, faute d'être qualifiées par la loi, le sont par la jurisprudence qui, parfois, les présente comme des peines, parfois comme des mesures de sûreté, parfois encore comme autre chose. La principale hésitation a concerné la rétention de sûreté, instaurée par la loi du 25 février 2008 et consistant en le placement de certains condamnés réputés dangereux dans un centre « socio-médico-judiciaire de sûreté » afin de les soigner et de les neutraliser à l'issue de l'exécution de leur peine (C. pr. pén., art. 706-53-13 s.). Autrement dit, il s'agit de maintenir la privation de la liberté de ces personnes au-delà de la peine exécutée. Confronté à la question de savoir si cette mesure pouvait s'appliquer immédiatement, ce qui revenait à trancher entre la qualification de peine ou de mesure de sûreté, le Conseil constitutionnel a étrangement dit qu'il ne s'agissait pas d'une peine, mais que, à l'instar d'une peine, cette mesure ne serait quand même pas applicable immédiatement (Cons. const. 21 févr. 2008, n° 2008-562 DC)... Récemment, le Conseil constitutionnel a quand même précisé que, « s'il est loisible au législateur de prévoir des mesures de sûreté fondées sur la particulière dangerosité, évaluée à partir d'éléments objectifs, de l'auteur d'un acte terroriste et visant à prévenir la récurrence de telles infractions, c'est à la condition qu'aucune mesure moins attentatoire aux droits et libertés constitutionnellement garantis ne soit suffisante pour prévenir la commission de ces actes et que les conditions de mise en œuvre de ces mesures et leur durée soient adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi. Le respect de cette exigence s'impose *a fortiori* lorsque la personne a déjà exécuté sa peine » (Cons. const. 7 août 2020, n° 2020-805-DC ). Il ne reste à préciser que les mesures de sûreté peuvent être personnelles ou réelles, selon qu'elles « traitent » le délinquant lui-même (ex. : injonction de soins, exclusion des marchés publics) ou la situation mise en place par le délinquant (ex. : confiscation d'un bien, fermeture d'un établissement, démolition d'un ouvrage). Elles peuvent intervenir durant la procédure pénale ou à son issue, voire, désormais, en dehors du droit pénal (ex. : hospitalisation d'office de malades dangereux).

**77. Mesure de restitution.** - Aux mesures de sûreté au sens strict, il convient d'ajouter, parfois, des mesures de restitution. Si celles-ci s'assimilent peut-être aux mesures de sûreté « réelles » susvisées, elles ont une nature et un régime propres, qui justifient sans doute qu'elles soient présentées de façon autonome. Un exemple en est donné à l'article L. 152-5 du code de la construction et de l'habitation qui dispose qu'« en cas de condamnation pour une infraction prévue à l'article L. 152-4 », autrement dit à propos des principales incriminations en matière de droit pénal de la construction, « le tribunal, au vu des observations écrites ou après audition du fonctionnaire compétent, statue soit sur la mise en conformité des lieux ou celle des ouvrages avec les règlements, l'autorisation administrative ou le permis de construire, soit sur la démolition des ouvrages ou la réaffectation du sol en vue du rétablissement des lieux dans leur état antérieur ». La Cour de cassation a beaucoup hésité avant de fixer la nature juridique des « mesures de restitution ». En un sens, la haute juridiction tergiverse encore, la chambre criminelle et la troisième chambre civile ne semblant pas tout à fait en phase sur le sujet – à quand, en conséquence, la saisine d'une chambre mixte à cet égard, le contentieux demeurant relativement important en la matière ? La lecture des décisions livre ainsi que les « mesures de restitution » (expression elle-même apparue dans Crim. 17 déc. 1985, RSC 1986. 635) sont, péle-mêle, des « réparations civiles » (Crim. 15 nov. 1961, Bull. crim. n° 465), des réparations civiles et des peines à la fois (Crim. 12 janv. 1982, Bull. crim. n° 13), des « mesures à caractère réel » (Crim. 8 juin 1989, Bull. crim. n° 248. – Crim. 14 nov. 1989, Bull. crim. n° 410) ou des mesures à caractère réel et des peines complémentaires à la fois (Civ. 3<sup>e</sup>, 29 févr. 2012, Bull. civ. III, n° 36). Il en ressort au moins deux idées stables, bien que contradictoires : ces mesures sont, à l'instar des peines, consécutives à une infraction mais ont, contrairement aux peines, un caractère réel. Ce dernier caractère, partagé par d'autres mesures (ex. : annulation du permis de conduire), apparaît plus opportun que légitime, en ce qu'il justifie surtout l'inapplication d'une bonne partie des principes relatifs aux peines. La référence à une « mesure » à caractère « réel » s'oppose ainsi à l'idée de « sanction » à caractère « personnel » et, partant, autorise la vie et la survie de la mesure au-delà de la personne à l'encontre de laquelle elle a été prononcée. Autrement dit, ne s'applique pas, la concernant, le principe de la personnalité des peines. Voilà qui semble contradictoire, à une époque où la Cour européenne des droits de l'homme et le Conseil constitutionnel font la chasse aux différentes sanctions qui, en raison notamment de leur gravité,

ressortissent de façon manifeste à la matière pénale – pour la première – ou à la punition – pour le second (V. *supra*, n<sup>o</sup> 64).

### *C - L'échelle des peines*

**78. Peines encourues.** - Selon les cas, par un jeu sur leur échelle, les peines encourues peuvent être légalement atténuées (V. *infra*, n<sup>os</sup> 80 s.) ou aggravées (V. *infra*, n<sup>o</sup> 82). Par ailleurs, la loi prévoit même une possibilité d'exemption de peine malgré la tentative de commission d'une infraction (V. *infra*, n<sup>o</sup> 79).

#### 1<sup>o</sup> - L'exemption

**79. Excuse absolutoire.** - Il peut arriver, selon la belle expression du doyen Carbonnier, que la peine soit « décrochée du délit » (La peine décrochée du délit, *in* Mélanges R. Legros, 1985, Éd. de l'université de Bruxelles, p. 23). C'est le cas, notamment, en cas d'« excuse absolutoire » offerte à celui qui, ayant tenté de commettre une infraction, s'en est repenti. Il pourra, en ce cas, être exempt de peine. Ce qui ne signifie pas que chaque repenti a un droit à l'exemption de sa peine. La règle est posée par l'article 132-78, alinéa 1<sup>er</sup>, du code pénal : « La personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices ». D'abord, la règle ne concerne que celui qui a tenté l'infraction, c'est-à-dire ne l'a pas consommé. Ensuite, elle ne concerne que celui qui, précisément, a permis d'éviter que l'infraction ne soit consommée. Enfin, cette circonstance, même appréciée souverainement par les juges du fond (ce qui signifie qu'il n'y a rien d'automatique : Crim. 25 juill. 1991, Bull. crim. n<sup>o</sup> 307), ne remet pas en cause la culpabilité, s'opposant simplement à ce que la peine soit prononcée « dans les cas prévus par la loi ». Ce mécanisme ne se justifie que dans les hypothèses de criminalité collective, pour lesquelles l'intervention du repenti peut avoir une incidence, par exemple en matières de

trafic de stupéfiants (C. pén., art. 222-43 ), d'association de malfaiteurs (C. pén., 450-2) ou de mandat criminel (C. pén., art. 221-5-3 ).

## 2° - L'atténuation

**80. Discernement amoindri.** - La peine encourue peut, ensuite, être atténuée, en raison d'une capacité de discernement diminuée de la part de l'auteur de l'infraction. Ainsi, le mineur de treize ans et plus, éventuellement accessible à la peine – même si tel n'est pas le principe, qui demeure la mesure éducative (CJPM, art. L. 11-3 ) –, bénéficie de ce que, autrefois, on appelait une « excuse de minorité » et, qu'aujourd'hui, on appelle une « cause légale d'atténuation de peine » (anc. C. pén., art. 122-8 ; aujourd'hui, CJPM, art. L. 11-5 et L. 121-5 ). C'est dire que seule la peine est 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 seize ans, l'atténuation est automatique ; pour le mineur de seize à dix-huit ans, en revanche, l'atténuation peut être refusée à titre exceptionnel (anc. Ord. n° 45-174 du 2 févr. 1945, art. 20-2 ; aujourd'hui, CJPM, art. L. 121-7 ). 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 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 ».



**81. Comportement de l'auteur.** - La peine encourue peut également être atténuée en raison du comportement de l'auteur. On retrouve ainsi le repentir, auquel s'ajoute l'aveu. Si le repentir dont nous faisons état (V. *supra*, n<sup>o</sup> 79) 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 « éviter la réalisation d'une infraction connexe de même nature que le crime ou le délit pour lequel elle était poursuivie, 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 peut être réduite (C. pén., art. 132-78, al. 2 et 3). Il faut toujours, pour que le mécanisme joue, se situer dans un cas prévu par la loi, avec les mêmes précisions déjà données à cet égard. 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 quelques 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 trois ans 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.

### 3° - L'aggravation

**82. Infraction aggravée.** - Certaines circonstances contemporaines à l'infraction conduisent à une aggravation de la peine encourue parce que, préalablement et sauf exception, 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 : C. pén., art. 311-8). On parle, à leur égard, de circonstances aggravantes. On verra que 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

(V. *infra*, n° 87). Elles sont, ainsi, plus ou moins spécifiques à ces infractions : certaines, les circonstances aggravantes générales, sont conçues pour s'appliquer à toutes (pas beaucoup en vérité : l'art. 132-79, par ex., à propos de l'utilisation d'un moyen de cryptologie ; les art. 132-76 et 132-77 à propos de l'existence d'un mobile discriminatoire) ; 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 de leur communication à d'autres participants à l'infraction se posant (complices ou coauteurs, on y reviendra : V. *infra*, n<sup>os</sup> 127 s.). 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. 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 - Le comportement prohibé

**83. 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*, n<sup>os</sup> 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 (Littré, *V<sup>o</sup> Comportement*), autrement dit, à la fois, une activité motrice et une activité mentale. Plus communément, on parle alors d'élément matériel (V. *infra*, n<sup>os</sup> 84 s.) et d'élément moral (V. *infra*, n<sup>os</sup> 106 s.).

### *A - L'élément matériel*

**84. Fait.** - Le comportement incriminé est un fait humain, ce qui représente d'abord des agissements extériorisés (V. *infra*, n<sup>os</sup> 88 s.). Parfois, ce fait s'inscrit dans un contexte qui ne demeure pas indifférent à la loi pénale (V. *infra*, n<sup>os</sup> 85 s.). Et en principe, ce fait conduit au résultat que l'on voulait éviter (V. *infra*, n<sup>os</sup> 94 s.).

#### 1° - Le contexte

**85. 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*, n° 86) et le contexte contingent (*V. infra*, n° 87) de l'infraction.

*a. - Le contexte nécessaire*

**86. 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, n° 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. n° 197 : sanction d'un vendeur qui, avant d'avoir livré la chose cédée, l'a vendue à une autre personne. – Crim. 22 sept. 2004, n° 04-80.285, Bull. crim. n° 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 ; la chose dans le recel, qui doit avoir préalablement fait l'objet d'une première infraction) 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. Faut-il également faire entrer dans cette catégorie la qualité particulière de l'auteur de l'infraction, parfois exigée par un texte pour le sanctionner ? C'est alors le sujet qui est concerné. On parle d'une « infraction attitrée », en ce sens qu'il faut un titre particulier pour pouvoir la commettre (ex. : être un agent public pour les principales atteintes à la probité). Un problème s'est récemment posé à cet égard concernant le délit de détournement de biens publics (C. pén., art. 432-15 ). Les auteurs des atteintes à la probité ne peuvent être qu'une « personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public ». Si certaines incriminations ne font, bien étrangement, référence qu'à certaines de ces qualités, notamment le détournement de biens publics, la jurisprudence a néanmoins tendance à considérer qu'elles se recoupent, au moins en partie, par exemple en définissant une personne « chargée d'une mission de service public » comme celle « qui accomplit, directement ou indirectement, des actes ayant pour but de satisfaire à l'intérêt général », ce qui inclut les parlementaires, assurément « investis d'un mandat électif public », mais pas pour autant « dépositaires de l'autorité publique ». Ils peuvent donc commettre un détournement de biens publics, même si le texte se désintéresse de leur mandat (V. Crim. 27 juin 2018, n° 18-80.069 ). Mais tout cela n'est-il pas, encore, élément plutôt que condition ? Le seul véritable préalable de l'infraction, c'est le texte de l'incrimination, qui prévoit même parfois qu'un contexte puisse – et non plus doit – s'ajouter au comportement requis pour réprimer.

#### *b. - Le contexte contingent*

**87. 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 (V. *supra*, n° 80 s.). Là encore, c'est l'élément matériel de l'infraction qui gagne en densité, la difficulté étant parfois de savoir si ce gain ne doit pas conduire à une pluralité d'infractions (V. *infra*, n°<sup>OS</sup> 225 s.).

## 2° - Les agissements

**88. 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.).

**89. 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 , 3<sup>o</sup>). Le droit pénal moderne postule cependant de ne pas incriminer un simple état, celui-ci apparaîtrait-il dangereux.

**90. 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, 7<sup>e</sup> éd., 2004, n<sup>o</sup> 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. 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.

**91. 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. n° 107 ; ou d'une « abstention volontaire » : V. Crim. 28 janv. 2004, inédit, n° 02-88.094 ). Comprendre négativement l'usage, du moins lorsque est en cause le pouvoir du dirigeant, permet, en effet, de tirer toutes les conséquences du fait que celui-ci 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.).

**92. 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).

**93. 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, on l'a vu, permet l'instauration d'une causalité dont on veut éviter la réalisation (V. *supra*, n° 47 s.). 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. À défaut de leur existence, l'infraction s'avère impossible (V. *infra*, n° 104).

### 3° - Le résultat

**94. Anticipation répressive.** - Le libéralisme du système pénal n'interdit pas toute « anticipation répressive » (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 5<sup>e</sup> éd., 2015, PUF, n° 268), à condition de la pratiquer avec prudence et parcimonie. 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*, n<sup>os</sup> 95 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*, n<sup>os</sup> 98 s.).

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

**95. 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).



**96. 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 mais pas, selon la chambre criminelle, blanchiment. – V. Crim. 11 sept. 2019, n° 18-81.040 ). 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, en un sens, de toutes les infractions consommées ?

**97. 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*

**98. 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, dans notre système, 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.*, n° 324), dotée d'un élément légal, d'un élément matériel et d'un élément moral dont la réunion seule conduit à la peine.

**99. 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 ?).

**100. 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, association de malfaiteurs), 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. n° 157. – Crim. 5 juin 1984, Bull. crim. n° 212. – Crim. 10 oct. 2001, inédit, n° 01-83.433 . – Pour une formule très proche, V. Crim. 25 oct. 1962, 2 arrêts, Bull. crim. n°<sup>os</sup> 292 et 293. – Crim. 18 août 1973, Bull. crim. n° 339. – Crim. 15 mai 1979,

Bull. crim. n° 175. – Crim. 19 juin 1979, Bull. crim. n° 219. – Crim. 14 juin 1995, n° 94-85.119 , Bull. crim. n° 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. n°<sup>os</sup> 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. n° 292, où le tueur n'a pas tué ; aujourd'hui, le mandat criminel est une infraction autonome : C. pén., art. 221-5-1 ).

**101. 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.

**102. 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 ou d'un évènement extérieur).

**103. 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. : pour le meurtre, tirer à côté de sa victime, soit par maladresse, soit parce que la victime s'est écartée ; si une autre personne est tuée, par contre, il y a déjà infraction consommée).

**104. 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. n° 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, l'élément matériel étant encore plus amputé que d'habitude, sauf à tout – trop ? – focaliser sur l'intention de l'agent. Justement, parfois, la Cour de cassation se réfère à cet égard 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.

**105. 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 : V. *supra*, n° 81), 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 quoi qu'il en soit 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-t-il 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 à lui ?


## *B - L'élément moral*

**106. 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 et ce que cette dette suppose ? Cette spiritualité participe, en conséquence, de l'essence de la responsabilité pénale, ce qu'a notamment 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, n° 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 donc sanctionnés l'intention (V. *infra*, n<sup>os</sup> 107 s.) mais aussi, parfois, ce que C. Lombois qualifie de « minimum irréductible de volonté » (Droit pénal général, *op. cit.*, p. 62. – V. *infra*, n<sup>os</sup> 109 s.).

### 1° - Le principe intentionnel

**107. 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 du latin *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 – matériellement – commis tel fait (C. pr. pén., art. 349 . – P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, Droit pénal général, *op. cit.*, n° 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. 1<sup>er</sup>). 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.

**108. 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...). La distinction a ses limites car, si le mobile devient une partie de l'interdit pénal, la volonté de violer celui-ci implique celle de poursuivre celui-là.

2° - Le « minimum irréductible de volonté »

**109. 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*, n<sup>os</sup> 110 s.) des fautes non intentionnelles (V. *infra*, n<sup>os</sup> 112 s.) et des contraventions (V. *infra*, n<sup>o</sup> 123).

### - La mise en danger délibérée

**110. 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 dols (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).

**111. 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 », les fautes 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'article 223-1 du code pénal –, il est plus difficile de la percevoir seulement comme une forme d'élément moral, fût-ce pour agglomérer le groupe des infractions annoncées un peu vite comme causant « une mise en danger de la personne » (C. pén., livre II, titre 2, chap. 3). Son intérêt, en tous les cas, est d'autoriser la sanction d'une faute intentionnelle indépendamment de tout résultat (ex. : en matière d'une exposition à l'amiante non encore dommageable, V. Crim. 19 avr. 2017, n° 16-80.695 ). 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, n° 04-85.340 , Bull. crim. n° 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*, n<sup>os</sup> 120 et 121).

#### *b. - Les fautes non intentionnelles*

**112. Complexité.** - L'article 121-3, alinéa 3, du code pénal dispose ensuite 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 (pas selon la chambre criminelle de la Cour de cassation, néanmoins : Crim. 24 sept. 2013, n° 12-87.059 , Bull. crim. n° 180), 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. Plus précisément, la gravité de la faute requise pour retenir la responsabilité pénale d'une personne physique est, désormais, inversement proportionnelle à la proximité de ses conséquences dommageables.

**113. 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 (mort, blessures, destructions, dégradations et détériorations qui la menacent, etc.) ou contre l'environnement (pollution, atteintes aux espèces protégées). Tels sont les domaines de la non-intention sanctionnable. En matière d'atteintes à la personne, au surplus, les infractions non intentionnelles sont toutes des infractions de résultat, leur qualification variant en fonction de ce dernier (*i.e.* du dommage et, plus précisément encore, de l'incapacité totale de travail causée par l'infraction) : si la faute cause la mort d'une personne, l'infraction sera nécessairement qualifiée d'homicide par imprudence ; si la faute ne provoque que des blessures, il faudra alors distinguer selon le préjudice existant au jour du jugement, et non au jour de la commission de l'infraction (C. pén., art. 221-6 à 221-7 , 222-19 à 222-21 , R. 622-1 , R. 625-2 et R. 625-3 ).

**114. Les causalités.** - À partir du résultat, donc, on va apprécier si la faute en a représenté la cause directe (ex. : mal conduire un véhicule et causer un accident qui blesse des personnes) 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 » ou n'a pas permis « de l'éviter » (ex. : mal réparer le véhicule qui, pour cette raison, cause l'accident). 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 – autrement dit plus grave – le peut. Ici comme ailleurs, 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.

**115. 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 – mais recherchée – application sélective d'une responsabilité pénale supposée égale pour tous mais, du point de vue de la chambre criminelle de la Cour de cassation, cela n'est pas contraire à la Constitution (Crim. 21 mars 2017, n<sup>o</sup> 17-90.003 )... Pour les personnes physiques, en revanche, alors qu'une faute simple suffira à mettre en œuvre leur responsabilité pénale lorsque la causalité entre leur comportement et le dommage était directe, c'est-à-dire lorsque le comportement a causé le dommage sans intermédiaire ni interlude, une faute qualifiée sera nécessaire lorsque la causalité n'était qu'indirecte, autrement dit encore lorsque l'agent n'a fait que « créer ou contribuer à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage » ou n'a « pas pris les mesures permettant de l'éviter ».

**116. 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 1241 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 (action), d'une négligence (omission) ou d'un manquement (non délibéré) 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).

**117. Appréciation de la faute.** - Autant dire que tout est affaire d'appréciation souveraine des juges du fond (Crim. 13 nov. 2002, n<sup>os</sup> 01-88.462 et 01-88.643 , 2 arrêts, Bull. crim. n<sup>os</sup> 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.

**118. Précisions.** - De façon ponctuelle, il arrive que le législateur encadre davantage le juge. Par exemple, la loi n° 2011-851 du 20 juillet 2011, relative à l'engagement des sapeurs-pompier 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 n° 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 ).

**119. 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 et 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, n° 08-81.361 , Bull. crim. n° 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...). L'idée semble être de vérifier, d'abord, s'il y a faute délibérée et, à défaut, de rechercher une éventuelle faute caractérisée.

**120. Faute délibérée.** - La faute délibérée, d'abord, n'est pas d'une nature différente que celle de la mise en danger délibérée (V. *supra*, n° 111). C'est, autrement dit, la même faute, donc, en réalité, une faute au moins en partie 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, quand bien même il ne recherche pas un résultat dommageable précis. 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, mais il peut s'agir d'une obligation de faire (ex. : porter une ceinture) comme d'une obligation de ne pas faire (ex. : ne pas boire).

**121. Faute aggravante.** - Une telle faute, lorsqu'elle est commise, pose plusieurs problèmes, deux au moins. Le premier concerne le concours presque inéluctable entre une

infraction non intentionnelle ainsi constituée et une contravention – voire un délit – qui sanctionne déjà l'irrespect de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité. Par exemple, en matière de droit routier, le fait de ne pas respecter les règles de circulation constitue déjà, la plupart du temps, une contravention ou un délit ; si l'irrespect a, au surplus, causé un dommage, doit-on condamner le fautif, de concert, pour toutes les infractions qu'il a commises ? La chambre criminelle de la Cour de cassation semblait considérer que tel était le cas (Crim. 25 sept. 2001, n° 01-80.100 , Bull. crim. n° 188 : homicide involontaire et dépassement d'au moins 40 km/h de la vitesse maximale autorisée. – Crim. 5 oct. 2004, n° 03-86.169 , Bull. crim. n° 230 : homicide involontaire et contravention au code de la route). Elle l'a affirmé très clairement dans un arrêt rendu le 9 avril 2019 : « ne procèdent pas de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable, d'une part, les atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité des personnes commises par la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, d'autre part, les délits ou contraventions qui sanctionnent le non-respect de ladite obligation », de sorte que le cumul n'est pas contraire au principe *Ne bis in idem* (Crim. 9 avr. 2019, n° 17-86.267 , Bull. crim. n° 68). Le second problème réside dans le fait que la faute délibérée 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 (même s'il serait aisé de considérer que, s'il y a faute délibérée, c'est nécessairement qu'il y a au moins faute simple au préalable), 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 en principe être admis.

**122. 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), en cela est-il impardonnable. 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*, n° 119]. – Crim. 9 avr. 2019, préc. [*supra* n° 121]). 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*

**123. Sauf 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, à travers la contrainte, la force majeure est effectivement une cause générale d'irresponsabilité pénale, V. *infra*, n°s 167 s.) – 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 ou une négligence, sa constitution démontre *ipso facto* une telle faute, que seule la force majeure est alors susceptible d'évincer, la cause de l'imprudence ou de la négligence s'avérant finalement autre que le comportement de l'auteur. Ce qui ne signifie pas qu'il n'est pas nécessaire que le contrevenant soit discernant pour être punissable (Crim. 14 nov. 2017, n° 17-80.893, à propos d'un mineur de 5 ans poursuivi devant la juridiction de proximité des chefs de stationnement irrégulier en zone de stationnement payant et de stationnement gênant sur une voie publique spécialement désignée par arrêté, comme étant titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule ayant fait l'objet des procès-verbaux de constatation de ces infractions... V. depuis C. route, art. L. 322-1-1 ).

## ***Section 2 - La transgression***

**124. 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, 13<sup>e</sup> éd., 2007, Montchrestien, n<sup>o</sup> 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*, n<sup>os</sup> 125 s.) et illégal (V. *infra*, n<sup>os</sup> 174 s.), déclencheur d'effets qui sont étudiés par ailleurs (en procédure pénale et en droit de la peine).

### Art. 1<sup>er</sup> - Un fait personnel

125. 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*, n<sup>os</sup> 126 s.) aussi bien que reprochable (V. *infra*, n<sup>os</sup> 159 s.) à une telle personne, bref qu'il lui soit imputable. À défaut, il ne saurait y avoir d'infraction.

### § 1<sup>er</sup> - Un fait rattachable à une personne

**126. Au-delà de la faute mais toujours un lien.** - On l'a dit : ce qui fonde, en principe, la responsabilité pénale est la faute (V. *supra*, n<sup>os</sup> 106 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 décideurs et les personnes morales, dont l'influence qu'ils exercent (pouvoir) dans la commission de certaines infractions et le bénéfice qu'ils en retirent (profit) impliquent que l'on envisage leur responsabilité, mais selon des modalités un peu différentes que celles que l'on applique aux agents classiques. C'est une idée proche qui conduit à attribuer la « responsabilité pécuniaire » de certaines infractions routières au titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule. Dans tous les cas, néanmoins, si l'on s'éloigne parfois de la cause du résultat que l'on voulait éviter, il demeure un lien qui permet de rattacher le responsable au fait infractionnel, ce que certains appellent l'imputation (F. ROMEY, La notion d'imputation. Réflexions sur une arlésienne des sciences criminelles à l'aune de la plume du professeur Roger Merle, Annales de l'Institut Roger Merle, vol. 2, 2021, Presses UT1 Capitole, p. 75). Voyons, ainsi, les responsables fautifs (V. *infra*, n<sup>os</sup> 127 s.), les responsables économiques (V. *infra*, n<sup>os</sup> 144 s.) puis les responsables pécuniaires (V. *infra*, n<sup>os</sup> 157 s.).

### *A - Les responsables fautifs*

**127. 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*, n<sup>os</sup> 128 s.), qui commet(tent) l'infraction, le complice (V. *infra*, n<sup>os</sup> 131 s.), qui provoque ou aide à commettre l'infraction, et le receleur (V. *infra*, n<sup>os</sup> 142 s.), qui profite de l'infraction.

#### 1° - Auteur et coauteurs

**128. 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, du moins en principe. Il n'empêche que, parfois, la commission d'une infraction implique plusieurs personnes.

**129. 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 ou en bande organisée : C. pén., art. 311-4 et 311-9 . V. *supra*, n° 82). 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 , sur laquelle V. *supra*, n° 60). Cette pluralité peut, enfin, conduire à ce qu'il existe plusieurs responsables.

**130. 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. n° 269), « d'un commun accord » ou ont « participé à une action concertée » (Crim. 13 juin 1972, Bull. crim. n° 195). Il faut ainsi une « assistance réciproque » entre les différents coauteurs (Crim. 29 janv. 1829, Bull. crim. n° 22), matérielle, mais surtout psychologique. Même s'il n'existe alors qu'une seule infraction, indivisible, le sort de chaque coauteur est examiné de façon indépendante par les juges, fût-ce au cours d'un procès unique. La situation présente un certain nombre de difficultés, trois essentiellement. En premier lieu, 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. n° 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). En deuxième lieu, l'élément moral peut-il différer entre plusieurs coauteurs, un auteur ayant agi

intentionnellement, un autre pas ou moins ? La jurisprudence n'apparaît pas clairement fixée sur ce point (V. par ex. Crim. 28 juill. 1969, Bull. crim. n° 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). Il serait pourtant opportun de différencier l'appréhension de l'état d'esprit de chacun. En dernier lieu, les circonstances aggravantes se communiquent-elles entre coauteurs ? En principe, seules les circonstances aggravantes réelles et, le cas échéant, les circonstances mixtes, se communiquent (V. *supra*, n° 82). Malgré ces difficultés, le législateur a récemment mobilisé la coaction pour mieux sanctionner le harcèlement. La loi du 3 août 2018 a effectivement autorisé la sanction des harcèlements sexuel et moral : « 1° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime par plusieurs personnes, de manière concertée ou à l'instigation de l'une d'elles, alors même que chacune de ces personnes n'a pas agi de façon répétée ; 2° Lorsque ces propos ou comportements sont imposés à une même victime, successivement, par plusieurs personnes qui, même en l'absence de concertation, savent que ces propos ou comportements caractérisent une répétition » (C. pén., art. 222-33 et 222-33-2-2). Il s'agit là de lutter contre les « raids numérique », ces acharnements de plusieurs personnes à l'encontre d'une même victime, facilités tant par la technologie d'Internet, qui offre des interfaces simples et rapides, et éventuellement anonymes, pouvant notamment être mobilisées à cette fin, que par le contexte de l'insertion au sein d'un groupe de harceleurs. Dans cette configuration, chacun des harceleurs n'en est pas tout à fait un, en ce sens qu'il n'a pas agi de façon répétée. D'où la nécessité, pour le sanctionner en tant que tel, de prendre en compte une forme originale de coaction, soit coordonnée et, partant, éventuellement simultanée (premier cas), soit simplement consciente et, conséquemment, possiblement successive (second cas). Même l'instigateur, lorsqu'il y en a un, n'est alors pas tant perçu comme un complice que comme un participant comme un autre à cette infraction collective, à condition bien sûr qu'il ait lui-même tenu des propos ou qu'il ait eu un comportement à connotation sexuelle ou sexiste, les coauteurs partageant une entente qui autorise et conduit à la répétition et, par là même, permet de retenir leur culpabilité. Voilà assurément une forme

d'analyse subjective de la criminalité, l'élément moral prenant clairement le pas sur un élément matériel bien peu manifeste, dont on se demande par ailleurs s'il ne pouvait pas déjà faire l'objet d'une sanction sur le fondement des injures, des menaces ou des violences. Mais cela a le mérite de l'efficacité ! Les autres hypothèses de pluralité de responsables sont la complicité et le recel.

## 2° - Complice

**131. 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, plus ou moins conséquemment, 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*, n<sup>os</sup> 132 s.), puis la répression (V. *infra*, n<sup>os</sup> 140 s.) de la complicité.


### *a. - La constitution de la complicité*

**132. 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. 623-2. – Au surplus, selon la jurisprudence, « se rend complice de la contravention de tapage nocturne, la personne qui, présente à son domicile, laisse se perpétrer des

bruits troublant la tranquillité d'autrui » : Crim. 26 févr. 2020, n° 19-80.641 . Il peut donc, en la matière, y avoir complicité par abstention).

**133. 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 causal.

**134. 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 ; il en est de même pour toutes les hypothèses de provocations à une infraction non suivies d'effet : V. par ex. L. 29 juill. 1881, art. 24 ; c'est aussi ce qui explique l'incrimination autonome du proxénétisme, la prostitution n'étant pas, en elle-même, une infraction : V. C. pén., art. 225-5 s.). 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 : 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, n° 01-88.065 , Bull. crim. n° 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, n° 02-85.199 , Bull. crim. n° 127 : dans l'affaire du sang contaminé, la Cour de cassation considère – opportunément ? – 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 parfaitement possible de concevoir une complicité de tentative (ex., pour une complicité de tentative d'extorsion de fonds : Crim. 4 juin 1998, n° 97-82.492 ) ; mais il faut au moins une tentative, à défaut de quoi l'impunité de « la tentative de complicité » s'impose (V. Crim. 25 oct. 1962, 2 arrêts, Lacour et Schieb, D. 1963. 221, note P. Bouzat ; RSC 1963. 553, obs. A. Légal, à propos de l'impunité de celui qui engage un tueur à gages qui ne s'exécute pas. D'où, en réaction, l'incrimination en 2004 du « mandat criminel » : C. pén., art. 221-5-1 ).

**135. Acte de complicité causal.** - En ce qui concerne l'acte de complicité punissable, le complice doit, en principe, 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 donc pas de complicité passive (ex. : pas de complicité à passer son chemin en assistant à un vol de voiture. V. Crim. 6 déc. 1989, Dr. pénal 1990. Comm. 117. Tout au plus pourrait-on concevoir d'appliquer l'infraction de l'art. 223-6 ). La jurisprudence, néanmoins, accepte occasionnellement que soient réprimées à ce titre des personnes qui auraient dû agir (ex. : Crim. 13 sept. 2016, n° 15-85.046 , où il est considéré que doit être perçu comme complice un médecin qui a favorisé des blessures par imprudence en s'abstenant d'intervenir comme il en avait l'obligation. Au-delà, se rendrait complice de la contravention de tapage nocturne, la personne qui, présente à son domicile, laisse se perpétrer des bruits troublant la tranquillité d'autrui : Crim. 26 févr. 2020, préc. *supra*, n° 132). Quoi qu'il en soit, 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. n° 222 : sanction d'une personne à l'origine des instructions données par le complice direct pour commettre des crimes. – Crim. 5 juin 2019, n° 18-80.783 , à propos d'un surveillant pénitentiaire qui, à la demande d'un de ses collègues, avait prévenu un détenu d'une fouille à venir, afin que celui-ci cache son téléphone. Les deux, notamment celui qui n'avait agi que par l'intermédiaire de l'autre, ont été condamnés pour complicité de recel d'objets interdits). 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 (ex. : en aidant quelqu'un qui s'est déjà évadé. V. Crim. 4 mai 2000, n° 99-86.563 , Bull. crim. n° 178), sauf « à assurer la fuite de l'auteur principal dès lors que cette protection résulte d'un accord antérieur à l'infraction » (Crim. 30 avr. 1963, Bull. crim. n° 157. – Crim. 1<sup>er</sup> déc. 1998, n° 97-84.773 ). Ceci étant précisé, en vertu de l'article 121-7 du code pénal, il existe donc trois cas généraux de complicité.

**136. 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. On le constate : en droit français, l'instigation est moins punie en elle-même qu'elle n'est appréhendée comme une forme de complicité, qui suppose donc un pendant matériel. Cela n'empêche pas la jurisprudence, de façon occasionnelle, de réprimer l'auteur moral d'une infraction à titre principal, dans des hypothèses où, pourtant, il n'aurait pas lui-même eu une activité matérielle (ex. : Crim. 28 mars 1996, n° 95-80.395 , à propos d'un décideur condamné pour démarchage financier irrégulier alors que seuls ces employés y procédaient physiquement). Cela mis de côté, est donc complice celui qui détermine la commission d'une infraction en promettant une récompense à l'auteur principal, ou qui l'oblige à agir par obligation, par menace ou par ordre (ex. : de brûler un feu rouge, V. Crim. 6 juin 2000, n° 99-85.937 , Bull. crim. n° 213. – d'incendier, la nuit, une construction irrégulière sur le domaine public maritime, V. Crim. 13 oct. 2004, n° 00-86.726 , 00-86.727, 01-83.943, 01-83.944, 01-83.945 et 03-81.763 , Bull. crim. n° 243). L'autorité dont il

est fait question peut être de pur fait (ex. : employeur, mais aussi leader syndical ou encore, tout simplement, personnalité charismatique ou effrayante, V. par ex. Crim. 15 mai 1987, Bull. crim. n° 198). La provocation doit quoi qu'il en soit être personnelle, autrement dit être exercée sur une personne déterminée, et concerner une infraction suffisamment précise (ex. : tel n'est pas le cas du message « Fonce, voilà les flics ! » communiqué par un passager à son conducteur, V. Crim. 21 sept. 1994, n° 93-81.447 ).

**137. 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. Ainsi en va-t-il, par exemple, de celui qui décrit à un autre qui projette un assassinat ou un cambriolage les habitudes de sa victime (Crim. 31 janv. 1974, RSC 1975. 679, obs. J. Larguier) ou encore de celui qui, loueur des quadricycles, indique à ses clients des itinéraires sur des voies non ouvertes à la circulation (Crim. 7 sept. 2004, n° 03-85.465 ). On est déjà à la frontière avec le cas suivant : l'aide ou l'assistance.

**138. 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 (Crim. 5 oct. 1999, n° 98-83.869 , Bull. crim. n° 208), rédiger et fournir des fausses factures pour une escroquerie à la TVA (Crim. 13 mars 1995, n° 93-84.299 , Bull. crim. n° 100), faire le guet pendant un cambriolage, etc. L'aide doit cependant être matérielle, et pas simplement morale, même si certains arrêts semblent s'en contenter (Crim. 31 janv. 2007, 2 arrêts, n°<sup>os</sup> 05-85.886 et 06-81.258 , Bull. crim. n° 25 : aide notamment intellectuelle apportée par un commissaire aux comptes à un dirigeant de société pour commettre une escroquerie à la TVA). Cette aide doit avoir « facilité la préparation ou la consommation de l'infraction », c'est-à-dire avoir eu, en principe, une forme d'utilité. La jurisprudence, néanmoins, ne semble pas très exigeante à cet égard (ex. : Crim. 17 mai 1962, Bull. crim. n° 473, où la fourniture d'une arme non utilisée a été



perçue par la Cour de cassation comme causale car « elle [a permis] de renforcer la détermination de l'auteur »...).

**139. 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 (V. par ex. Crim. 6 déc. 1989, n° 88-84.873, où un employé des postes imprudent est relaxé bien qu'il ait considéré – inconsciemment – que de faux bons du Trésor devaient être remboursés). Toutefois, faut-il, au titre de la complicité, prévoir et vouloir l'infraction principale ou le résultat précis de cette infraction ? *Quid* si une autre infraction que celle que le complice projetait est finalement commise par l'auteur principal ? La réponse n'est pas très clairement posée en jurisprudence, mais la sanction du complice dépend alors, sans doute, d'une proximité suffisante avec l'infraction qu'il envisageait. Ne saurait être complice, ainsi, celui qui a prêté une arme à l'agent pour qu'il intimide une personne, alors que l'agent a finalement utilisé cette arme pour en tuer une autre (Crim. 1<sup>er</sup> mars 1977, Bull. crim. n° 91). En revanche, demeure complice celui qui a fourni des instructions à l'agent en vue d'un assassinat, ce dernier ayant finalement utilisé un procédé différent (Crim. 31 janv. 1974, RSC 1975. 582, obs. J. Larguier). En tous les cas, on peut être, semble-t-il, le complice d'une imprudence (ex. préc. [*supra*, n° 133] : 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. n° 209. – Crim. 13 sept. 2016, préc. [*supra*, n° 135], où l'infraction principale concernée était non intentionnelle). C'est peut-être excessif, et sans doute faudrait-il, dans toutes ces situations, distinguer entre le résultat prévu par le complice, et celui qu'il n'avait pas envisagé (ex. préc. [*supra* n° 137] : 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, on l'a dit, ne prévoit pas le texte de l'article 121-7 (à la frontière, V. 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*, n° 134]). Surtout, en matière non intentionnelle, la faute indirecte pouvant conduire, dans

certaines situations, à la responsabilité en tant qu'auteur principal de celui qui l'a commise (V. *supra*, n<sup>os</sup> 114 s.), le recours à la complicité paraît, à la fin, bien inutile.

### *b. - La répression de la complicité*

**140. 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, non pas tant la criminalité, que 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. agent public, 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).

**141. 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*, n<sup>o</sup> 82).

### 3° - Receleur

**142. En aval de l'action infractionnelle : objet et produit de l'infraction.** - Les infractions de conséquence – ou infractions conditionnées par une infraction préalable (P. CAZALBOU, Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées, 2016, LGDJ) – sont celles qui, parce qu'elles se situent

nécessairement dans le sillage d'une première infraction, ne peuvent être constituées qu'à la condition que celle-ci ait été commise (V. déjà *supra*, n° 57). Vieille comme le recel, la catégorie a gagné en densité avec l'incrimination du blanchiment, dans les années 1990. Ce qui ne veut pas dire que ces deux infractions soient les seules du genre : il y a, par exemple, la non-dénonciation de crime (C. pén., art. 434-1, al. 1<sup>er</sup>), ou encore la conservation, la communication et l'utilisation de supports de vie privée appréhendés frauduleusement (art. 226-2). Le recel et le blanchiment n'en demeurent pas moins distincts de toutes les autres infractions de conséquence en raison de leur généralité : ils peuvent, en effet, s'appliquer à tout objet ou à tout produit issu de toute infraction – à la seule exception des contraventions. En cela représentent-ils moins des infractions autonomes que, à l'instar de la complicité, des modes de participation à l'infraction d'autrui (le recel, comme l'association de malfaiteurs, entre dans la catégorie des infractions dites « transversales » qui complètent la répression de tous les crimes et délits. L'incrimination de l'association de malfaiteurs permet d'agir en amont, avant même la commission ou la tentative, au niveau de la seule « préparation » de crimes ou de délits. – C. pén., art. 450-1 : V. *supra*, n° 60 –, tandis que l'incrimination du recel – comme celle du blanchiment – permet d'agir en aval, après la commission de l'infraction, contre ceux qui auront détenu, transmis ou bénéficié du produit d'un crime ou d'un délit : C. pén., art. 321-1 ). L'opportunité répressive a malgré tout imposé de les construire comme des infractions propres, ce qui n'empêche qu'une partie de leur régime demeure tributaire du régime de l'infraction première. Pour s'en tenir au recel, celui-ci tire son origine dans la complicité : initialement incriminé comme un cas comme un autre d'assistance – postérieure – portée à l'auteur d'une infraction, il est devenu une incrimination autonome avec la loi du 22 mai 1915. Sa définition demeurait alors la même, l'objectif poursuivi n'étant que de mettre fin à certains inconvénients liés à cette configuration : inconvénient théorique à assimiler ce qui s'était fait avant et ce qui s'était fait après l'infraction et, notamment, à percevoir le recel comme une participation à une infraction déjà consommée ; inconvénients pratiques car, non seulement, la dépendance du recel à l'infraction principale interdisait sa répression une fois celle-ci amnistiée ou prescrite (Crim. 26 juin 1873, S. 1873. I. 345 ; D. 1873. I. 388 : « Il impliquerait contradiction que l'action publique, une fois éteinte à l'égard de l'auteur principal, pût renaître et se perpétuer, sans limitation d'aucun terme, contre le receleur, et légitimer, contre le second, l'application d'une peine qui n'a plus de base légale contre le premier »), mais aussi, il s'avérait impossible de réprimer le recel lorsque les juridictions françaises n'étaient pas compétentes pour connaître de

l'infraction principale (Crim. 17 oct. 1834, S. 1835. 1. 33). En l'absence d'entente internationale, et alors que d'autres États recouraient déjà au délit autonome, les juristes d'affaires attirèrent l'attention des pouvoirs publics sur le phénomène préoccupant du recel international des titres aux porteurs. Ils proposèrent, en conséquence, « un plan de lutte organisé autour de la mise en place de registres internationaux des titres volés et du basculement du recel vers une incrimination autonome. Cette dernière proposition fut, néanmoins, la première et la seule à être mise en œuvre puisqu'elle ne relevait que du bon vouloir du législateur français quand les autres, impliquant l'accord de plusieurs États, auraient été plus délicates à réaliser » (P. CAZALBOU, Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées, préc., n° 13). Avec la loi du 22 mai 1915, le recel devint alors un délit autonome bien que « de conséquence », en raison de la succession des comportements concernés et du lien entre eux. L'expression, semble-t-il, est de Garraud (Traité théorique et pratique du droit pénal français, t. 3, 3<sup>e</sup> éd., 1916, Sirey, § 933), mais l'auteur s'était sans doute inspiré de la jurisprudence (Crim. 26 juin 1873, S. 1873. I. 345 ; D. 1873. I. 388 : « Le recel n'est, malgré certains caractères qui l'en distinguent, qu'un mode de complicité du vol, auquel il se rattache comme une conséquence à son principe »). Ainsi, « en même temps que le recel devenait une infraction autonome, une catégorie d'infractions voyait le jour : les infractions de conséquence » (P. CAZALBOU, *ibid.*). En réalité, d'autres inconvénients théoriques et pratiques succédèrent aux précédents (P. CAZALBOU, Étude de la catégorie des infractions de conséquence : contribution à une théorie des infractions conditionnées, préc., n<sup>os</sup> 14 s.), mais il est incontestable que le recel devint alors un puissant instrument répressif. D'autant que, dès les années 1970, la chambre criminelle de la Cour de cassation fit une interprétation judiciaire audacieuse du texte de 1915, acceptant de réprimer, sur le fondement des « termes généraux » de l'ancien article 460 du code pénal, « tous ceux qui, en connaissance de cause, [avaient], par un moyen quelconque, bénéficié du produit d'un crime ou d'un délit » (V. Crim. 14 oct. 1969, n° 69-90.775, Bull. crim. n° 248. – Crim. 9 juill. 1970, n° 70-90.670, Bull. crim. n° 236). Le législateur a conforté cette extension du domaine du recel en 1992, l'alinéa 2 de l'article 321-1 du code pénal sanctionnant ce que l'on appelle aujourd'hui le recel-profit. Cela a conduit récemment la chambre criminelle à considérer qu'« entre dans les prévisions des articles 321-1 et 421-2-5 du code pénal le fait de détenir, à la suite d'un téléchargement effectué en toute connaissance de cause, des fichiers caractérisant


l'apologie d'actes de terrorisme », mais qu'« une condamnation de ce chef n'est compatible avec l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme que si est caractérisée, en la personne du receleur, son adhésion à l'idéologie exprimée dans de tels fichiers » (Crim. 7 janv. 2020, n° 19-80.136 ). Le Conseil constitutionnel a néanmoins censuré cette position, en percevant que « le délit de recel d'apologie d'actes de terrorisme port[ait] à la liberté d'expression et de communication une atteinte qui n'[était] pas nécessaire, adaptée et proportionnée » (Cons. const. 19 juin 2020, n° 2020-845 QPC ).

**143. Punition.** - Les peines encourues par le receleur – cinq ans d'emprisonnement et 375 000 € d'amende – sont indépendantes des peines encourues par l'auteur de l'infraction première, 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 (C. pén., 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 (C. pén., art. 321-4 ). Le régime répressif du recel, tant au fond (application de la loi dans l'espace) qu'en procédure (prescription de l'action publique), est tributaire, parfois de l'autonomie de l'infraction, parfois de sa dépendance, dans un souci constant d'efficacité. À noter, dans le même sens, que rien ne s'oppose à ce que, le cas échéant, le receleur soit également puni comme complice de l'auteur de l'infraction d'origine (Crim. 5 janv. 2017, n° 15-86.362 , à propos d'une personne complice d'une escroquerie puis receleuse des choses acquises par l'infraction, les deux comportements ne procédant pas « de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule infraction coupable »). Il en va de même, à tout point de vue, pour le blanchiment, comportement pouvant prétendre au même degré de généralité que le recel, dont il peine souvent à se distinguer.

## *B - Les responsables économiques*

**144. Adaptation de la responsabilité personnelle.** - Deux acteurs économiques, au moins, font l'objet d'une responsabilité pénale un peu particulière. Il s'agit des décideurs (V. *infra*, n<sup>os</sup> 145 s.) et des personnes morales (V. *infra*, n<sup>os</sup> 147 s.).

### 1° - Les décideurs

**145. Faute de surveillance.** - On a pu se demander si le principe de personnalité de la responsabilité pénale s'appliquait au chef d'entreprise dans l'hypothèse particulière où un autre que lui aurait agi et indépendamment de la situation dans laquelle il pourrait être perçu comme un véritable complice par instigation (V. *supra*, n<sup>o</sup> 136). Selon la jurisprudence, ce « décideur » peut ainsi voir sa responsabilité engagée par le fait matériel d'une autre personne : son préposé (*i.e.* son salarié). La situation est précisément la suivante : lorsqu'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 – c'est en cela qu'il ne peut y avoir complicité –, le premier est effectivement responsable pénalement de cette infraction (Crim. 28 janv. 1859, S. 1859. 1. 364) tout autant que le second. La chambre criminelle de la Cour de cassation énonce en ce sens, 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 » (ex. : Crim. 16 janv. 1990, n<sup>o</sup> 88-83.193 , Bull. crim. n<sup>o</sup> 28). La faute pénale reprochée au chef d'entreprise est donc la violation de son devoir de surveillance, autrement dit une omission, que la jurisprudence présume – simplement – dès lors que le préposé a commis l'infraction. En ce qui concerne le décideur public, son défaut de surveillance d'un préposé est, pour le moment, plutôt perçu comme une faute caractérisée qui, en tant que telle, en fait un autre responsable, quand bien même il n'a qu'indirectement représenté la cause du dommage (V. en ce sens Crim. 18 mars 2003, n<sup>o</sup> 02-83.523, Bull. crim. n<sup>o</sup> 71. – Crim.

11 juin 2003, n° 02-82.622 , Bull. crim. n° 121). Le rapport de travail dépasse les seules exigences d'hygiène et de sécurité, l'article L. 121-1, alinéa 2, du code de la route posant par exemple que « lorsque le conducteur a agi en qualité de préposé, le tribunal pourra, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes de police prononcées en vertu du présent code sera, en totalité ou en partie, à la charge du commettant si celui-ci a été cité à l'audience ». Mais il ne s'agit alors que de faire exécuter la peine au commettant. Quoi qu'il en soit, que le décideur soit privé ou public, ce devoir de surveillance, fondé sur son pouvoir, trouve de la sorte une sanction puissante et originale, que seule la délégation de pouvoirs permet d'éviter.

**146. Délégation de pouvoirs.** - Le plus simple, pour le chef d'entreprise, afin de ne pas être considéré comme responsable pénalement, est effectivement de démontrer l'existence d'une délégation de pouvoirs au profit d'un autre membre de l'entreprise (V. aussi Crim. 28 janv. 1859, S. 1859. 1. 364), la responsabilité de ce dernier étant alors substituée à la sienne. Ce mécanisme, au domaine désormais quasiment général (Crim. 11 mars 1993, n°s 90-84.931 , 91-80.958 , 91-80.598 et 92-80.773 , Bull. crim. n° 112, arrêts n°s 1, 3, 4 et 5. – En est seulement exclu le délit d'entrave aux institutions représentatives, le chef d'entreprise ne pouvant se départir de son pouvoir propre de direction en la matière : Crim. 15 mars 1994, n° 93-82.109 , Bull. crim. n° 100), obéit néanmoins à un certain nombre de conditions pour être effectif, dont la présence et la réunion sont appréciées souverainement (Crim. 23 févr. 1988, Bull. crim. n° 93) par les juges du fond (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) : l'entreprise doit être trop grande pour autoriser une surveillance personnelle du chef d'entreprise, la subdélégation étant même, le cas échéant, autorisée (Crim. 8 févr. 1983, Bull. crim. n° 99), de même que la délégation partielle (Crim. 22 janv. 1986, Bull. crim. n° 30), mais pas la codélégation (Crim. 6 juin 1989, Bull. crim. n° 243) ; le délégataire, qui doit être hiérarchiquement subordonné au délégant (Crim. 26 mai 1994, n°s 93-83.179 , 93-83.180 et 93-83.213 , Bull. crim. n° 208, arrêts n°s 1, 2 et 3), doit aussi être, dans le domaine considéré, totalement (pas d'intervention du chef d'entreprise : Crim. 11 mars 1993, préc.) pourvu de la compétence (qualification technique : Crim. 22 avr. 1966, Bull. crim. n° 125), l'autorité (pouvoir de commandement et pouvoir disciplinaire : Crim. 21 oct. 1975,

Bull. crim. n° 222) et les moyens nécessaires ; l'acte de délégation n'obéit à aucune condition de forme (Crim. 27 oct. 1976, Bull. crim. n° 304), mais il n'en doit pas moins être, antérieur (Crim. 10 juin 1980, Bull. crim. n° 184), exprès et sans ambiguïté (Crim. 22 janv. 1986, préc.). La preuve d'une délégation peut être apportée par tous moyens (Crim. 11 mars 1993, n° 91-83.655 , préc.).

## 2° - Les personnes morales

**147. Comme s'il s'agissait d'une personne physique, par la personne physique mais au-delà de la personne physique.** - L'admission d'une responsabilité pénale des personnes morales n'était pas évidente, en ce sens que celles-ci ne peuvent agir, en mal comme en bien, indépendamment d'une ou de plusieurs personnes physiques, qu'il suffirait donc de responsabiliser, fût-ce en prenant en considération leur mandat et leur motivation. Pour des raisons essentiellement 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 brève et 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, serait-elle plutôt collective, serait-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 dont il s'agit, 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 – trop – simples : à l'instar du droit civil, on va désormais traiter la personne morale comme s'il s'agissait d'une personne physique.



**148. Histoire de la responsabilité pénale des personnes morales.** - La responsabilité pénale des associations au sens large était répandue et reconnue en Europe jusqu'au temps de la Révolution française. À ce moment décisif, deux facteurs ont conduit à la fin de cette responsabilité : d'une part, la consécration du principe individualiste de la personnalité des peines a impliqué l'abolition, non seulement, de la responsabilité pénale du fait d'autrui, mais aussi celle des groupements ; d'autre part, certains groupements ont été interdits, à la fois pour faciliter l'essor du commerce et de l'industrie et par méfiance envers les corps intermédiaires. Le décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la loi le Chapelier du 14 juin 1791 ont, notamment, supprimé les corporations. Dès le milieu du XIX<sup>e</sup> siècle, le monde anglo-saxon, tant par pragmatisme que par opportunisme, a réintroduit la responsabilité pénale des personnes morales, d'abord en matière de délits d'imprudence et d'omission, ensuite pour les *public welfare offences* et enfin avec l'admission générale de cette responsabilité. Petit à petit, cette responsabilité s'est alors développée dans le monde. Cependant, en France, la personne morale a encore longtemps été perçue comme fictive, sans volonté réelle, cantonnée à des objets licites et inaccessible à la punition. Au surplus, ne risquait-on pas, en la frappant, de punir d'autres que ceux qui avaient commis l'infraction (associés, actionnaires, créanciers, salariés) ? L'idée d'une telle responsabilité était ainsi perçue comme contraire au principe de légalité, au principe d'intentionnalité, au principe de punissabilité et au principe de personnalité. Ce qui n'empêche que, face à l'essor des groupements, le pénaliste J.-A. Roux proposa par exemple que le fait d'agir comme représentant d'un groupement puisse être appréhendé comme une circonstance aggravante et que l'on applique au groupement des mesures de sûreté (Rapp. au Congrès de l'AIDP, RIDP 1930. 72). Au cours du XX<sup>e</sup> siècle, se développèrent les affaires et tout ce qui va avec, notamment les groupements. Et il apparut que la « personne morale » (théorisée comme telle au cours du Moyen-Âge) constituait, bien souvent, le cadre ou l'instrument d'infractions qui existaient déjà ou qui venaient d'être créées (droit de la consommation, droit du travail, etc.). Il apparut également que tous les arguments contre la responsabilité pénale des personnes morales étaient aisément renversables : il peut être soutenu qu'une personne morale est aussi réelle qu'une personne physique ; n'est-elle pas, en effet, l'expression juridique d'une réalité sociale et économique ? Malgré tout, entre réalité et fiction, le cœur des juristes balancera longtemps : « Je n'ai jamais déjeuné avec une personne morale » affirmait Léon Duguit. « Moi non plus, [répondait Jean-Claude Soyer,] mais je l'ai souvent vue payer l'addition ». La Cour de cassation aurait tranché pour la thèse de la réalité dans


un arrêt célèbre, rendu par sa 2<sup>e</sup> chambre civile le 28 janvier 1954 (Comité d'établissement de Saint-Chamond c/ Ray, Bull. civ. II, n<sup>o</sup> 32) : « la personnalité civile n'est pas une création de la loi ; elle appartient, en principe, à tout groupement pourvu d'une possibilité d'expression collective pour la défense d'intérêts licites, dignes, par suite, d'être juridiquement reconnus et protégés ». Quoi qu'on en pense, il est sûr qu'une personne morale peut aisément et volontairement s'écarter de son objet pour commettre une infraction, voire chercher à réaliser son objet en commettant une infraction (sans parler même de commettre encore plus aisément des infractions d'imprudence, à raison d'une désorganisation générale ou d'une défaillance individuelle), et que certaines peines lui sont parfaitement adaptées (ex. : amende, confiscation, fermeture d'établissement, interdictions et dissolution où il s'agit, à chaque fois, de neutraliser et de dissuader un agent plus encore que de l'amender) sans qu'elles frappent nécessairement les innocents que peuvent être les salariés ou les créanciers (au demeurant, toute peine patrimoniale frappe au-delà du condamné ainsi démuné). Aussi le principe d'une responsabilité pénale des personnes morales a-t-il fini par être retenu dans le projet de révision du code pénal établi en 1934 par la Commission Matter et, à l'international, dans différents congrès ou recommandations. Ce fut la même chose dans les travaux de la commission de réforme du code pénal de 1974, notamment sous l'influence du scandale du détournement massif des sociétés civiles immobilières, ainsi que dans le projet de nouveau code pénal de 1986. Plusieurs pays, entre-temps, avaient consacré cette responsabilité : Royaume-Uni, Canada, États-Unis, Pays-Bas... En Allemagne, à l'inverse, c'est une responsabilité administrative qui fut retenue (L. du 1<sup>er</sup> juill. 1986). En France de nouveau, dans sa décision du 30 juillet 1982 (loi sur les prix et les revenus), le Conseil constitutionnel jugea « qu'il n'exist[ait] aucun principe de valeur constitutionnelle s'opposant à ce qu'une amende puisse être infligée à une personne morale ». Petit à petit, l'habitude fut prise de poursuivre les personnes morales comme civilement responsables et, consécutivement, de les condamner à verser des dommages-intérêts à la victime avec leurs dirigeants (ex. : Crim. 26 nov. 1963). Au-delà, en 1976, il fut admis que l'amende prononcée contre un préposé soit, en cas d'homicide ou blessures involontaires, mise à la charge de l'« employeur » qui, bien souvent, était une personne morale (C. trav., art. L. 4741-2 ; V. aussi, dans la même veine, C. route, art. L. 121-1, al. 2). La responsabilité pénale des personnes morales au sens strict était même instaurée dans des domaines ponctuels : droit de la concurrence

surtout (Ord. du 30 juin 1945 sur les prix, abrogée par Ord. du 1<sup>er</sup> déc. 1986), mais aussi droit fiscal et droit de l'urbanisme (jurisprudence) ou encore droit de la presse (Ord. du 5 mai 1945, pour les faits de collaboration). Puis une porte fut ouverte par la chambre criminelle de la Cour de cassation, selon laquelle s'il « est de principe qu'une personne morale ne peut encourir une responsabilité pénale », « il n'en saurait être autrement qu'en vertu d'une disposition particulière de la loi » (Crim. 6 févr. 1975, Bull. crim. n<sup>o</sup> 43). À la fin, puisque c'était possible, aucun principe supralégislatif ne n'y opposant, sans doute le législateur a consacré la responsabilité pénale des personnes morales, à l'occasion de l'adoption du code pénal de 1992, parce que c'était opportun : volonté de pallier les carences de la répression, volonté de mieux punir certaines infractions, volonté de mieux situer les responsabilités en les répartissant plus équitablement entre le groupement personnalisé et l'individu qui a agi pour son compte (éviter les poursuites contre le « lampiste », l'employé « bouc émissaire », mais aussi, et peut-être même plutôt pour le législateur, contre les dirigeants de bonne foi). Par ailleurs, la personne morale est souvent la plus solvable (*deep pocket*) et, en cas de difficulté à identifier le véritable auteur physique de l'infraction, apparaît comme un coupable bien utile. Et puis, plus simplement, celui qui a des pouvoirs doit avoir les devoirs qui vont avec... D'où, donc, cette consécration en 1992. Après une mise en œuvre un peu poussive, le ciment prit parfaitement : au 1<sup>er</sup> janvier 1998, par exemple, une circulaire du garde des Sceaux faisait le bilan des cent premières condamnations intervenues en matière de responsabilité pénale des personnes morales.

**149. Actualité : article 121-2 du code pénal.** - Le fondement positif de la responsabilité pénale des personnes morales se condense en un texte : l'article 121-2 du code pénal, en vertu duquel « les personnes morales, à l'exclusion de l'État, sont responsables pénalement, selon les distinctions des articles 121-4 à 121-7, des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants [al. 1<sup>er</sup>]. Toutefois, les collectivités territoriales et leurs groupements ne sont responsables pénalement que des infractions commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public [al. 2]. La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 [al. 3] ». Ce texte, s'il permet de comprendre l'essentiel, ne s'avère en revanche pas très précis quant aux conditions nécessaires à la mise en œuvre de la responsabilité pénale de la personne

morale. Ce qui est sûr, c'est que 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. Les « organes » et « représentants » constituent ainsi le corps de l'esprit frauduleux de la personne morale. Ceci posé, néanmoins, tout devient plus compliqué.

**150. Domaine.** - En ce qui concerne d'abord l'objet de cette responsabilité, à quelques exceptions près, n'importe quelle infraction peut désormais conduire à l'engager et, précisons-le, tout mode de participation à l'infraction est concerné : action principale, complicité, recel. Certains soulignent que des infractions ne pourraient pas être commises par une personne morale (ex. : infractions sexuelles). Toutefois, à partir du moment où l'infraction est matériellement réalisée par une personne physique, on peut concevoir que n'importe quelle infraction soit commise « pour le compte » de la personne morale. Il n'en existe pas moins des terrains d'élection de cette responsabilité. C'est le cas, par exemple, des infractions non intentionnelles commises dans le cadre d'activités à risque (ex. : travail), ainsi que de celles commises dans le cadre de grandes catastrophes (ex. : environnement, santé publique). À l'inverse, cette responsabilité est parfois exclue par la loi, explicitement (ex. : L. 29 juill. 1881, art. 43-1 ; L. 29 juill. 1982, art. 93-4 en matière de presse et de communication) ou implicitement (ex. : quand un texte exige une qualité de l'auteur que ne peut pas avoir une personne morale, comme en matière d'abandon de famille. La personne morale, alors, peut malgré tout être complice !).

**151.** En ce qui concerne ensuite le sujet de cette responsabilité, sont concernées tant les personnes morales de droit public que les personnes morales de droit privé. À propos des premières, précisons qu'elles n'étaient pas dans le texte au départ. Elles ont été ajoutées par l'Assemblée nationale, contre l'avis du gouvernement et celui du Conseil d'État. L'État ne peut néanmoins pas être mis en cause pour des raisons de souveraineté et de séparation des pouvoirs. En revanche, il peut y avoir responsabilité des « collectivités territoriales » (communes, départements et régions) et de « leurs groupements » (syndicats de communes et communautés d'agglomérations), mais à la condition que les infractions soient « commises dans l'exercice d'activités susceptibles de faire l'objet de conventions de délégation de service public ». Les établissements publics, groupements d'intérêt économique et sociétés d'économie mixte ne sont pas concernés par cette condition supplémentaire (V. par ex. Crim. 3 juin 2014, n° 13-81.056 , pour un CHU) qui mérite explication. En droit administratif, il y a convention de délégation de

service public quand l'administration contracte avec une entreprise en vue de lui confier une mission la mettant en relation directe avec des usagers et quand la rémunération de cette entreprise est fonction, substantiellement, des résultats de l'exploitation (CE 15 avr. 1996, Préfet du 13 c/ Cne de Lambesc ; CGCT, art. L. 1411-1 ). En droit pénal, il ne s'agit que d'une activité « susceptible » d'être déléguée, ce qui signifie que, quand la question vient se poser au juge pénal, c'est justement que l'activité n'a pas été déléguée puisque, à défaut, il ne s'agirait qu'éprouver la responsabilité d'une personne privée. Pour faire simple, il semble que cette condition permette d'exclure la responsabilité des collectivités territoriales dans leurs activités régaliennes, c'est-à-dire celles qui impliquent la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique. C'est, en somme, un prolongement de l'irresponsabilité de l'État au stade local. Il reste qu'il n'apparaît pas toujours si aisé de discriminer ce qui, en la matière, est déléguable de ce qui ne l'est pas, car peu de textes le précisent (ex. : Crim. 6 avr. 2004, n° 03-82.394 , Bull. crim. n° 89, où il est précisé que, pour le transport scolaire, en vertu du code de l'éducation, il faut distinguer l'organisation non déléguable et l'exploitation qui peut l'être). Au surplus, la frontière semble mince, souvent, entre différents aspects d'une même activité (ex. : Crim. 14 mars 2000, n° 99-82.871 , Bull. crim. n° 114, où il est précisé que « le pouvoir de police du maire en matière de prévention des avalanches, prévu par l'article L. 2212-2 du code général des collectivités territoriales, n'exclut pas, en cas de méconnaissance des obligations de sécurité fixées, la responsabilité de l'exploitant à l'égard de l'utilisateur »). À la fin, la catégorie des activités susceptibles de délégation paraît réduite à celles de type industriel et commercial que peuvent exercer elles-mêmes les collectivités territoriales et leurs groupements ou dont elles peuvent confier la gestion à des entreprises privées. À noter que, dans ces hypothèses, une éventuelle réparation ne pourra être sollicitée que devant le juge administratif (Crim. 6 avr. 2004, n° 02-88.007 , Bull. crim. n° 84).

**152.** À propos des personnes morales de droit privé, il n'existe aucune restriction, si ce n'est la nécessité qu'elles disposent de la personnalité juridique. Sont ainsi concernés, sous cette dernière condition, les sociétés civiles et commerciales, mais aussi les associations à but non lucratif, les partis politiques, les syndicats, voire les institutions représentatives du personnel. Le problème principal est alors de savoir quand commence et quand prend fin la personnalité juridique. Le point de départ, d'abord, dépend de la conception que l'on se fait d'une telle personne : est-ce une réalité ou une fiction ? À cet égard, malgré la position classique que l'on

prête à la Cour de cassation (V. *supra*, n° 148), c'est bien la fiction qui semble l'emporter pour la chambre criminelle, celle-ci n'ayant jamais reconnu une personne morale dont la personnalité juridique n'avait pas, préalablement, été consacrée par la loi. Ce qui est sûr, c'est que pour les sociétés immatriculées, c'est seulement à partir de l'immatriculation que les dirigeants peuvent représenter et engager la société, d'où l'absence de conséquence, en droit pénal, d'une reprise éventuelle des actes des fondateurs (comp. la matière civile, où la jurisprudence a considéré, à propos de faits de concurrence déloyale, que la reprise ne pouvait concerner les conséquences de fautes délictuelles, celles-ci restant à la charge des fondateurs). La fin de la personnalité juridique, ensuite, est problématique essentiellement en cas de dissolution ou de fusion d'une société. Pour la dissolution, la responsabilité pénale peut être engagée jusqu'à la clôture des opérations de liquidation. L'article 1844-8 du code civil permet effectivement que la personnalité juridique d'une société subsiste jusque-là (V. aussi. C. com., art. L. 237-2 ). Parallèlement, l'article 133-1 du code pénal, relatif au recouvrement de l'amende et des frais de justice, précise que ce recouvrement, ainsi qu'une éventuelle confiscation, peuvent avoir lieu jusqu'à une telle clôture. Cela signifie que ce n'est pas la dissolution, en elle-même, qui éteint l'action publique ; c'est la liquidation. Pour la fusion, elle peut s'opérer soit par absorption d'une société préexistante, soit par création d'une nouvelle société. Il y a alors disparition de la première société, mais pas liquidation. La personne morale s'éteint malgré tout, de sorte que le principe de la responsabilité pénale personnelle empêche que la société absorbante ou la nouvelle société soient responsables à sa place (Crim. 20 juin 2000, n° 99-86.742 , Bull. crim. n° 237. – Crim. 14 oct. 2003, n° 02-86.376 , Bull. crim. n° 189). Le moment exact de la disparition est, selon la jurisprudence, la date de la radiation du registre du commerce et non celle de l'assemblée générale approuvant l'opération (Crim. 25 oct. 2016, n° 16-80.366 ). Quoi qu'il en soit, cette solution qui impose l'impunité de certains groupements en cas de métempsychose est loin d'être satisfaisante. Une approche autonomiste et audacieuse n'empêcherait pourtant pas le juge pénal de s'inspirer du droit de la concurrence, en raisonnant à partir d'une conception plus souple de la personnalité morale (ex. : CJCE 10 sept. 2009, C-97/08. – Com. 23 juin 2004, Bull. civ. IV, n° 132). En vertu de l'article L. 442-6 du code de commerce, il est ainsi possible de sanctionner par une amende civile les pratiques restrictives de concurrence de toute « entreprise », indépendamment du statut juridique de celle-ci, et sans considération de la personne qui l'exploite. L'amende civile peut

donc être prononcée à l'encontre de la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise. Pour le Conseil constitutionnel, qui a été amené à se prononcer sur cette disposition, « appliqué en dehors du droit pénal, le principe selon lequel nul n'est punissable que de son propre fait peut faire l'objet d'adaptations, dès lors que celles-ci sont justifiées par la nature de la sanction et par l'objet qu'elle poursuit et qu'elles sont proportionnées à cet objet » (Cons. const. 18 mai 2016, n° 2016-542 QPC , consid. 6). Mais la Cour de Luxembourg, à propos d'amendes contraventionnelles, a quant à elle souligné le risque de fraude : selon elle, en effet, l'article 19 de la directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes doit être interprété en ce sens qu'une fusion par absorption, au sens de la directive, entraîne la transmission, à la société absorbante, de l'obligation de payer une amende infligée par décision définitive après cette fusion pour des infractions au droit du travail commises par la société absorbée avant la fusion. La société absorbante se substitue donc à la société absorbée, avec transmission universelle de ses droits, biens et obligations (CEDH 5 mars 2015, n° C-343/13). Malgré cela, à l'issue d'un pourvoi portant sur l'arrêt d'une chambre de l'instruction qui avait appliqué la solution ainsi dégagée, la chambre criminelle est restée sur sa position, rappelant notamment que « la troisième directive 78/855/CEE du Conseil du 9 octobre 1978 concernant les fusions des sociétés anonymes, qui a été codifiée par la directive 2011/35/UE du Parlement européen et du Conseil du 5 avril 2011, telle qu'interprétée en son article 19 paragraphe 1 par la Cour de justice de l'Union européenne dans l'arrêt du 5 mars 2015 précité, est dépourvue d'effet direct à l'encontre des particuliers » (Crim. 3 févr. 2016, n° 14-85.198 ).


**153.** Récemment, le pas a néanmoins fini par être franchi de façon fort audacieuse par la chambre criminelle de la Cour de cassation dans un arrêt remarqué rendu le 25 novembre 2020 (Crim. 25 nov. 2020, n° 18-86.955 ). En substance, selon les juges, il se déduit de l'article 121-1 du code pénal, interprété à la lumière de la directive 78/855/CEE précitée et de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, qu'en cas de fusion-absorption d'une société par une autre société entrant dans le champ de cette même directive, la société absorbante peut être condamnée pénalement à une peine d'amende ou de confiscation pour des faits constitutifs d'une infraction commise par la société absorbée avant l'opération. La personne morale absorbée étant continuée par la société absorbante, cette dernière, qui bénéficie des mêmes droits que la société absorbée, peut se prévaloir de tout moyen de défense que celle-ci aurait pu invoquer. En

conséquence, le juge qui constate qu'il a été procédé à une opération de fusion-absorption entrant dans le champ de la directive ayant entraîné la dissolution de la société mise en cause, peut, après avoir constaté que les faits objet des poursuites sont caractérisés, déclarer la société absorbante coupable de ces faits et la condamner à une peine d'amende ou de confiscation. Cette interprétation nouvelle, qui constitue un revirement de jurisprudence, ne s'appliquera qu'aux opérations de fusion conclues postérieurement au 25 novembre 2020, date de prononcé de l'arrêt, afin de ne pas porter atteinte au principe de prévisibilité juridique découlant de l'article 7 de la Convention européenne des droits de l'homme. En tout état de cause, quelle que soit la date de la fusion ou la nature de la société concernée, la responsabilité pénale de la société absorbante peut être engagée si l'opération de fusion-absorption a eu pour objectif de faire échapper la société absorbée à sa responsabilité pénale et qu'elle constitue ainsi une fraude à la loi. La chambre criminelle marque ainsi la fin d'une vision anthropomorphique de la personne morale responsable, mais sur la base d'une conception purement patrimoniale dont il n'est pas certain qu'elle soit véritablement compatible avec la nature personnelle de la responsabilité pénale. La responsabilité, en l'occurrence, est présentée comme étant « pécuniaire » (V. *infra*, n° 157).

**154. Conditions.** - En vertu de l'article 121-2 du code pénal, il existe deux conditions à l'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale : la commission de l'infraction par ses « organes ou représentants » et un comportement frauduleux de ces derniers « pour son compte ». Cela paraît logique puisque, on l'a dit, pour qu'une personne morale commette une infraction, la médiation d'un représentant physique s'avère indispensable. Le problème est que cette représentation n'est pas celle du droit civil, qui concerne l'accomplissement d'un acte juridique. Ici, c'est une infraction, donc un fait juridique, dont il est question. D'où une conception inéluctablement autonome, en droit pénal, de la représentation. Partons alors du plus simple : un « organe », c'est celui qui administre ou gère la personne morale, éventuellement celui qui la contrôle (délibérant, de contrôle, exécutif, en vertu d'un pouvoir général, reconnu par la loi ou par les statuts) ; un représentant, c'est celui qui agit en son nom (en vertu d'un pouvoir spécial : mandat, décision de justice). En pratique, la jurisprudence ne distingue pas vraiment. Tout au plus peut-on préciser que, si l'organe est collectif, il n'y a pas besoin d'identifier qui que ce soit. Toutefois, outre que la chambre criminelle ne semble pas s'en contenter, elle souhaite une personne physique identifiée ou, au moins, identifiable ; on y reviendra. Avant cela, constatons que le législateur a clairement écarté la responsabilité pénale des personnes morales pour le fait



de leurs employés. Un décalage considérable a ainsi été maintenu entre le domaine de la responsabilité civile des personnes morales – qui est, dans l'immense majorité des cas, une responsabilité du fait des préposés – et celui de la responsabilité pénale. Ce qui n'empêche pas que des salariés puissent être perçus comme des représentants de la personne morale, l'existence d'une délégation de pouvoirs jouant un rôle important en la matière (ex. : Crim. 1<sup>er</sup> déc. 1998, n° 97-80.560 , Bull. crim. n° 325). Au-delà, rien ne semble s'opposer à ce qu'il puisse s'agir d'un simple représentant de fait (ex. : Crim. 30 mars 2016, n° 14-84.994 ). Plus compliqué maintenant : faut-il identifier précisément cet organe ou ce représentant pour engager la responsabilité de la personne morale ? C'est poser, en parallèle, la question de la mesure de l'intervention de la personne physique dans l'engagement de la responsabilité de la personne morale. Pour la part physique du comportement, la chose paraît aisée à concevoir : l'action ou l'abstention punissable doit être le fait de l'organe ou du représentant. Mais qu'en est-il de la part morale ? Il existe alors au moins deux possibilités : soit il faut caractériser la faute chez la personne physique, soit il faut la caractériser chez la personne morale. À cet égard, dans un premier temps, c'est chez la personne physique qu'il a fallu trouver la faute, tant la faute intentionnelle (Crim. 2 déc. 1997, n° 96-85.484 , Bull. crim. n° 408) que la faute non intentionnelle (Crim. 2 nov. 2005, n° 05-80.085 ). Dans un deuxième temps, toutefois, une présomption d'imputation a été consacrée par la jurisprudence pour certaines activités, dans lesquelles la violation d'une obligation, par exemple de sécurité, ne pouvait être imputée qu'aux organes ou représentants, qu'il n'apparaissait donc plus indispensable de désigner (Crim. 1<sup>er</sup> déc. 1998, préc. – Crim. 24 mai 2005, n° 04-86.813 , Bull. crim. n° 154. – Crim. 20 juin 2006, n° 05-85.255 , Bull. crim. n° 188). On n'était alors pas loin d'une responsabilité directe, encore dite de la « faute diffuse », que les publicistes appellent généralement « faute de service », lorsqu'il s'agit de l'administration. La présomption a été consacrée d'abord pour les infractions non intentionnelles, puis pour certaines infractions intentionnelles, à commencer par le faux (Crim. 25 juin 2008, n° 07-80.261 , Bull. crim. n° 167). Bien que, dans certaines situations, la présomption ne paraissait pas pouvoir s'appliquer (ex. : Crim. 1<sup>er</sup> avr. 2008, n° 07-84.839 ), l'ampleur qui lui fut donnée apparut sans doute excessive. Dans l'hypothèse d'une infraction intentionnelle, en effet, à la présomption d'imputation s'ajoutait une présomption de mauvaise foi,

puisque l'on n'allait pas la chercher chez une personne identifiée... Il existait même des arrêts où aucune référence n'était faite à la présomption (ex. : Crim. 9 mars 2010, n° 09-80.543 , Bull. crim. n° 49, à propos de la défaillance d'un service des urgences). Dans l'hypothèse d'une infraction non intentionnelle, la culpabilité de la personne morale était d'autant plus simple à établir qu'une faute simple suffit alors à engager sa responsabilité quelle que soit la causalité (C. pén., art. 121-3, al. 4 : V. *supra*, n° 116). Aussi, dans un dernier temps, la jurisprudence a paru revenir à ses exigences d'origine, c'est-à-dire à la nécessité d'identifier les organes ou représentants agissant pour le compte de la personne morale avec, en renfort de cette exigence, l'article 593 du code de procédure pénale (Crim. 11 oct. 2011, n° 10-87.212, Bull. crim. n° 202. – Crim. 11 avr. 2012, n° 10-86.974, Bull. crim. n° 94. – Crim. 19 juin 2013, n° 12-82.827, Bull. crim. n° 148). Récemment, la chambre criminelle de la Cour de cassation a pu considérer en ce sens que la relaxe d'un représentant conduisait à en rechercher un autre pour, éventuellement, engager la responsabilité de la personne morale (Crim. 16 mai 2018, n° 17-81.236).

**155.** En ce qui concerne la nécessité que l'infraction soit commise « pour le compte de la personne morale », la jurisprudence ne dit pas grand-chose, semblant se focaliser exclusivement sur la première condition. Cette seconde précision permettrait pourtant de distribuer les rôles de chacun plus clairement. Si l'infraction est commise pour le compte de l'organe ou du représentant, qui commet par là même une faute de fonction, ce dernier devrait être seul responsable. Plus encore, la personne physique n'agissant pas vraiment en tant qu'organe ou représentant, la personne morale serait alors plus une des victimes de l'infraction que l'un de ses auteurs (comp. la jurisprudence relative à l'abus de biens sociaux). Toutefois, cette expression n'a peut-être pas pour seul effet d'écarter la responsabilité de la personne morale lorsque l'infraction est commise pour le compte personnel de l'organe ou du représentant. Elle pose également la question de l'exigence éventuelle d'une « faute lucrative » : faut-il ou non que l'infraction profite, ou soit destinée à profiter – au moins moralement – à la personne morale ? Et que décider en cas de dépassement ou de détournement des fonctions confiées au représentant ou à l'organe ? S'agit-il là d'une véritable condition ou d'une simple déduction, dès lors que le représentant a agi au nom de la personne morale ? La faute n'a certainement pas à être lucrative, puisque la responsabilité est prévue en matière non-intentionnelle où, par hypothèse, le résultat de l'infraction n'a pas été

recherché, et qu'elle n'est pas limitée aux personnes morales agissant à but lucratif. Il n'empêche que, lorsqu'elle l'est, il est alors aisé de déterminer un agissement pour le compte de la personne morale, qui se trouve même en quelque sorte présumé (v. par ex. Crim. 5 avr. 2018, n° 15-86.574 ). Enfin, en raison de tout ce qui précède, se pose inéluctablement un problème de coordination entre la responsabilité pénale des personnes morales et celle des personnes physiques. Contrairement à la position qui est celle du droit belge, en France, ces responsabilités ne sont pas exclusives (C. pén., art. 121-2 , al. 3). Il ne s'agit pas non plus, semble-t-il, de coaction, ce qui rendrait le cumul de responsabilités presque automatique, ce qu'il n'est pas. Pourtant, sauf dans certains cas (ex. : causalité indirecte et faute simple, action d'un organe collectif), ces responsabilités sont difficiles à dissocier, en ce sens que l'organe ou le représentant est la personne morale et que c'est en lui que les éléments constitutifs de l'infraction doivent être constitués. Il n'y a pas, au surplus, de faute distincte ou supplémentaire à caractériser chez la personne morale. Tout est alors affaire d'opportunité. Une circulaire de 2006 incitait par exemple, pour les infractions de nature technique, à privilégier la poursuite des personnes morales et, en matière intentionnelle, à poursuivre automatiquement les deux personnes (CRIM. 2006 03 E8/13-02-2006). La chambre criminelle de la Cour de cassation, quant à elle, juge que la responsabilité de la personne physique peut être recherchée dès lors que sa participation aux faits est établie (Crim. 11 mars 2003, n° 02-82.352 , Bull. crim. n° 65). Ce qui ne signifie pas qu'elle doit l'être inéluctablement.

**156. Conséquences.** - L'une des caractéristiques du dispositif mis en place par le nouveau code pénal est « le soin qui a été apporté », tant à la procédure applicable (C. pr. pén., art. 706-41 s.), qu'à « l'aménagement du régime des peines encourues par les personnes morales » (V. G. VINEY, La responsabilité pénale des personnes morales. Conclusions, Rev. sociétés 1993. 381 ). En ce qui concerne ces dernières, le législateur « ne s'est pas contenté en effet d'édicter des peines spécifiques (C. pén., art. 131-37 s.). Il en a, en outre, précisé les modalités d'application en consacrant par exemple des dispositions spéciales à la récidive (art. 132-12 à 132-15 ), au sursis (art. 132-32 à 132-34 ), à la réhabilitation [C. pén., art. 133-14 ; C. pr. pén., art. 799 ] et au casier judiciaire [art. 768-1 , 769-1 , 774-1 , 775-1 A et 776-1 ] ». Autrement dit, « les auteurs du [code pénal de 1992] se sont efforcés de mettre en œuvre une véritable personnalisation, en cherchant à atteindre concrètement les intérêts de la personne morale délinquante ». Parmi les peines, « celles qui touchent au patrimoine de la personne morale – confiscation, amendes [et,

dans une certaine mesure, sanction-réparation] – ne sont pas différentes, dans leur nature, de celles qui frappent les personnes physiques ». Tout au plus les amendes sont-elles plus fortes (V. *supra*, n° 74), « ce qui s'explique évidemment par le fait que les personnes morales disposent souvent de moyens qui sont sans commune mesure avec ceux des personnes physiques ». Toutefois, « ce qui est surtout manifeste, c'est que la plupart des peines prévues tendent à restreindre la liberté d'action de la personne morale. L'une d'elles – l'affichage ou la diffusion, grâce aux médias, de la condamnation – n'a rien d'original. Mais elle réalise déjà une sorte de mise à l'index. Quant à la plupart des autres peines énumérées par l'article 131-39, elles s'en prennent à la capacité de la personne morale, qui pourra se trouver plus ou moins réduite. Parfois, en effet, l'activité sera maintenue, mais soumise à un contrôle judiciaire : c'est le "placement sous surveillance judiciaire" [C. pén., art. 131-46] – qui peut être comparé [audit contrôle] ainsi qu'aux régimes d'incapacité civile applicables aux personnes physiques. Parfois, cette activité sera également maintenue, mais avec des moyens réduits : c'est l'interdiction d'appel public à l'épargne ou d'émission des chèques ou d'utilisation des cartes de paiement, ainsi que l'exclusion des marchés publics. Parfois l'activité sera même interdite temporairement : c'est l'interdiction de l'activité professionnelle ou la fermeture de certains établissements. Enfin, si ces mesures d'interdiction ou de fermeture sont définitives et portent sur toutes les activités et sur tous les établissements, elles équivaldront alors pratiquement à l'élimination de la personne morale. Et c'est précisément l'élimination que réalise la peine maximale – c'est-à-dire la dissolution – qui est réservée aux cas les plus graves et qui ne pourra d'ailleurs jamais être prononcée contre certaines personnes (notamment les personnes morales de droit public) dont l'existence est garantie par la Constitution. L'objectif que vise l'application de ces peines est donc essentiellement utilitaire. Il s'agit d'empêcher la personne morale de continuer son activité délictueuse, soit en la contrôlant, soit en limitant sa capacité, soit en la supprimant » (G. VINEY, *La responsabilité pénale des personnes morales*, Conclusions, préc.). Un nouveau cap a été franchi avec la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique qui a, non seulement, créé des obligations spécifiques de mise en conformité anticorruption pour certaines personnes morales, mais a aussi prévu, à la fois, une alternative aux poursuites qui leur est propre – la convention judiciaire d'intérêt public (C. pr. pén., art. 41-1-2) – ainsi qu'une nouvelle peine de programme de mise en conformité (C. pén., art. 131-39-2), toutes deux opérant essentiellement en réaction à des faits de corruption (V. M. SEGONDS, *Les apports*

de la loi du 9 décembre 2016 à l'anticorruption, Dr. pénal 2017. Étude 4). Par ailleurs, depuis la loi n° 2019-222 du 23 mars 2019, la procédure de composition pénale leur est également applicable (C. pr. pén., art. 41-3-1 A).

### *C - Les responsables pécuniaires*

**157. Responsabilité pécuniaire.** - Il arrive que le législateur – ou la jurisprudence (v. Crim. 25 nov. 2020, préc. *supra*, n° 153, à propos de la responsabilité d'une personne morale absorbante pour une infraction commise par une société qu'elle a absorbée par l'entremise d'une fusion, dans l'hypothèse où il n'y a pas fraude à la loi) – instaure une responsabilité pénale « pécuniaire ». Ainsi l'article L. 121-2 du code de la route précise-t-il que, « par dérogation aux dispositions de l'article L. 121-1 » qui rappelle, en la matière, le principe de la responsabilité personnelle, « le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est responsable pécuniairement des infractions à la réglementation sur le stationnement des véhicules ou sur l'acquiescement des péages pour lesquelles seule une peine d'amende est encourue ainsi que des contraventions relatives à l'abandon d'ordures, de déchets, de matériaux ou d'autres objets, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction ». Les alinéas suivants ajoutent que, « dans le cas où le véhicule était loué à un tiers, cette responsabilité pèse, avec les mêmes réserves, sur le locataire » (al. 2), « dans le cas où le véhicule a été cédé, cette responsabilité pèse, avec les mêmes réserves, sur l'acquéreur du véhicule » (al. 3) et que, « lorsque le certificat d'immatriculation du véhicule est établi au nom d'une personne morale, la responsabilité pécuniaire prévue au premier alinéa incombe, sous les mêmes réserves, au représentant légal de cette personne morale » (al. 4). La responsabilité pénale, limitée au paiement d'amendes, pèse de la sorte sur celui que l'on présume être l'auteur matériel de l'infraction, parce qu'il apparaît vraisemblable qu'il le soit. Pour reprendre l'expression un peu confuse du Conseil constitutionnel à propos d'un autre mécanisme qui demeure très proche, la « redevabilité pécuniaire », dans une telle situation, « les faits induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité » (Cons. const. 16 juin 1999, n° 99-411 DC, consid. 5). S'il s'agit d'assurer

l'effectivité de la répression dans des hypothèses où le contentieux est peu grave mais massif, et si la place est laissée à un retour à la responsabilité personnelle par l'apport de la preuve que l'« auteur véritable de l'infraction » n'était pas le titulaire du certificat d'immatriculation (d'où une compatibilité avec Conv. EDH, art. 6, § 2 : Crim. 1<sup>er</sup> févr. 2000, n<sup>o</sup> 99-82.231), cette autre forme d'imputation fait davantage penser au droit civil ou administratif qu'au droit pénal. La responsabilité pécuniaire, en ce sens, peut être transmise avec le véhicule qui a constitué l'instrument de l'infraction.

**158. Redevabilité pécuniaire** - De façon proche mais distincte, différents textes répressifs autorisent par ailleurs une dissociation entre l'auteur désigné responsable d'une infraction et le débiteur de la punition. Ainsi, parfois, un autre que l'auteur de l'infraction est appelé en renfort pour payer tout ou partie de l'amende prononcée (ex. : C. route, art. L. 121-1, al. 2 : « lorsque le conducteur a agi en qualité de préposé, le tribunal pourra, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes de police prononcées en vertu du présent code sera, en totalité ou en partie, à la charge du commettant si celui-ci a été cité à l'audience » ; C. trav., art. L. 4741-2 : « Lorsqu'une des infractions énumérées à l'article L. 4741-1, qui a provoqué la mort ou des blessures dans les conditions définies aux articles 221-6, 222-19 et 222-20 du code pénal ou, involontairement, des blessures, coups ou maladies n'entraînant pas une incapacité totale de travail personnelle supérieure à trois mois, a été commise par un préposé, la juridiction peut, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, décider que le paiement des amendes prononcées sera mis, en totalité ou en partie, à la charge de l'employeur »). Parfois, entre la responsabilité pécuniaire et la redevabilité pécuniaire, sera en cause une autre forme d'imputation dont la nature juridique apparaît très incertaine. L'article L. 121-3 du code de la route prévoit que, « par dérogation aux dispositions de l'article L. 121-1, le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour des infractions dont la liste est fixée par décret en Conseil d'État, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un vol ou de tout autre événement de force majeure ou qu'il n'apporte tous éléments permettant d'établir qu'il n'est pas l'auteur véritable de l'infraction ». Et, ajoute-t-il, « la personne déclarée redevable en application des dispositions du présent article n'est pas responsable pénalement de l'infraction. Lorsque le tribunal, y compris par ordonnance pénale, fait application des dispositions du présent article, sa décision ne donne pas lieu à inscription au casier judiciaire, ne

peut être prise en compte pour la récidive et n'entraîne pas retrait des points affectés au permis de conduire. Les règles sur la contrainte judiciaire ne sont pas applicables au paiement de l'amende ». Par hypothèse, il n'y a alors pas de responsable pénal puisque, si le titulaire prouve qu'il n'était pas l'auteur de l'infraction, on rebascule sur la règle de principe posée par l'article L. 121-1 du code pénal. Et, s'il est bien l'auteur, il a tout intérêt à n'être que redevable plutôt que responsable.

## § 2 - Un fait reprochable à une personne

**159. Le bien et le mal.** - Rattachée à une personne, parce que commise par elle ou, en tous les cas, parce qu'on l'impute à elle, l'infraction doit ensuite pouvoir lui être reprochée, ce qui renvoie traditionnellement à plusieurs questions : l'agent pouvait-il discerner le bien du mal ? Savait-il ce qui était bien et ce qui était mal ? Pouvait-il faire le choix entre le bien et le mal ? On peut condenser les réponses en analysant la teneur de l'imputabilité qui autorise la responsabilité (V. *infra*, n<sup>os</sup> 160 s.) puis celle de la culpabilité qui la fonde (V. *infra*, n<sup>os</sup> 169 s.).

### A - L'imputabilité

**160. 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. 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. Comme l'a exprimé le notoire arrêt Laboube, « toute infraction, même non intentionnelle, suppose [...] que son auteur

ait agi avec intelligence [V. *infra*, n<sup>os</sup> 161 s.] et volonté [V. *infra*, n<sup>os</sup> 167 s.] » (Crim. 13 déc. 1956, n<sup>o</sup> 55-05.772 , Bull. crim. n<sup>o</sup> 840).

### 1° - L'intelligence

**161. 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*, n<sup>os</sup> 162 s.), soit il n'a concrètement pas été capable de discerner (V. *infra*, n<sup>os</sup> 164 s.).

#### *a. - La minorité*

**162. Article 122-8 du code pénal.** - Les mineurs sont responsables pénalement, mais dans une mesure qui prend en considération leur acquisition progressive de maturité. L'article 122-8 du code pénal disposait jusqu'à il y a peu que « 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 n<sup>o</sup> 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 ». Aujourd'hui, pour tenir compte de la prochaine entrée en vigueur du code de la justice pénale des mineurs (Ord. n<sup>o</sup> 2019-950 du 11 sept. 2019), il se contente de préciser qu'il faut tenir compte « de l'atténuation de responsabilité dont ils bénéficient en raison de leur âge, dans des conditions fixées par » ledit code. Le droit pénal s'applique aux mineurs, dont le discernement est obscurci par le jeune âge, de façon graduelle (Crim. 13 déc. 1956, préc. *supra*, n<sup>o</sup> 160 : « Si les articles 1 et 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*, n° 80). 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. n°s 162 et 164, et Bull. ass. plén., n°s 1 à 4), mais en combinant sa responsabilité avec celle de ses parents. 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, n° 2002-461 DC, consid. 26), qui n'empêche pas, néanmoins, que nombre de mesures coercitives soient prononcées à son encontre, « telles que le placement, la surveillance, la retenue ou pour les mineurs de plus de treize ans, la détention » (Cons. const. n° 2007-553 DC du 3 mars 2007). Le code de la justice pénale des mineurs précise au surplus, désormais, que « les mineurs de moins de treize ans sont présumés ne pas être capables de discernement » et que « les mineurs âgés d'au moins treize ans sont présumés être capables de discernement » (CJPM, art. L. 11-1).

**163. Synthèse.** - Pour synthétiser à outrance, désormais, les mineurs de moins de treize ans n'encourent de sanctions, mesures éducatives (avertissement judiciaire et mesure éducative judiciaire, l'ancien seuil de dix ans demeurant pour marquer la possibilité d'accompagner le prononcé d'une telle mesure d'interdictions et d'obligations complémentaires : CJPM, art. L. 112-3) comme peines, que s'il est démontré qu'ils sont discernants. Les mineurs de treize à dix-huit ans encourent des mesures éducatives et des peines atténuées de moitié (s'il s'agit d'une amende, le maximum est en plus fixé à 7 500 €) et les mineurs de seize à dix-huit ans peuvent, dans certaines conditions, être traités comme des majeurs.

## *b. - Les troubles psychiques*

**164. 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 ».

**165. 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*, n° 80). 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).

**166.** L'appréciation du trouble demeure le problème principal, son origine – pathologique ou toxicologique (V. récemment, à cet égard, Crim. 14 avr. 2021, n° 20-80.135 où la Cour de cassation énonce de façon solennelle et dans un contexte tendu que « les dispositions de l'article 122-1, alinéa 1<sup>er</sup>, du code pénal, ne distinguent pas selon l'origine du trouble psychique ayant conduit à l'abolition de ce discernement ») – et sa pérennité étant indifférentes, tant que le trouble existait « au moment des faits ». Il y aurait un paradoxe, néanmoins, à retenir comme circonstance atténuante ce qui, par ailleurs, représente une circonstance aggravante, à savoir la consommation volontaire d'alcool ou de stupéfiants. Par ailleurs, l'éventuelle persistance du trouble a des conséquences sur la procédure à suivre. Par exemple, l'article 10, alinéa 4, du code de procédure pénale dispose que « lorsque l'état mental ou physique d'une personne citée ou renvoyée devant une juridiction de jugement rend durablement impossible sa comparution personnelle dans des conditions lui permettant d'exercer sa défense et que la prescription de l'action publique se trouve ainsi suspendue, le président de cette juridiction peut, d'office, ou à la demande du ministère public ou des parties, décider, après avoir ordonné une expertise permettant de constater cette impossibilité, qu'il sera tenu une audience publique pour statuer uniquement sur l'action civile. La personne doit alors être représentée à cette audience par un avocat ».

## 2° - La volonté

**167. 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 évènement 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 susceptible d'être reconnu auteur principal de l'infraction), ce qui la distingue de l'état de nécessité, où la possibilité d'un choix demeure, même si le mauvais choix sera alors sanctionné... 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...

**168. 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 son corps, on ne peut plus rien faire...), qu'elle soit externe (intervention d'un évènement, d'une chose ou d'un tiers) ou interne (cause physiologique); la seconde est appréciée plus sévèrement, et ne peut donner lieu à irresponsabilité qu'en cas de contrainte externe forte (ex. : menace de l'usage d'une arme). 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 non plus 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). Plus largement, selon la Cour de cassation, « la contrainte ne peut résulter que d'un évènement indépendant de la volonté humaine et que celle-ci n'a pas pu prévoir, ni conjurer » (Crim. 6 janv. 1970, Bull. crim. n° 154). En ce sens, il semble qu'il faille que la contrainte soit imprévisible tout autant qu'irrésistible. Le texte ne l'impose

cependant pas, qui se contente, à l'instar de la force majeure, d'exiger que l'agent n'ait pu résister à la force ou à la contrainte exercée sur lui.

## *B - La culpabilité*

**169. Responsable car coupable.** - Même en cas d'action infractionnelle, l'absence de faute conduit évidemment à l'irresponsabilité pénale. On l'a déjà dit (V. *supra*, n<sup>os</sup> 106 s.) mais *quid* si, en vérité, l'agent a commis une erreur de fait (V. *infra*, n<sup>os</sup> 170 s.) ou une erreur de droit (V. *infra*, n<sup>os</sup> 173) ?

### 1° - L'erreur de fait

**170. 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 ?

**171. Intention.** - Si l'infraction en cause est intentionnelle, il peut arriver qu'une erreur exclut la culpabilité (ex. : celui qui soustrait une chose qu'il pensait être sienne ou avoir le droit de prendre). 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. L'erreur doit porter sur un élément déterminant de l'infraction (ce qui n'est pas le cas, par ex., d'une erreur sur l'identité de la victime lors d'une atteinte à une personne, la fameuse *aberratio ictus*) et, à l'instar de toutes celles qui jouent un rôle déresponsabilisant, avoir été inévitable... pour celui qui l'a commise. Si l'infraction possède un pendant non-intentionnel, une telle erreur pourra précisément démontrer l'imprudence ou la négligence qui fondent la répression.

**172. Non-intention.** - Si l'infraction est commise non intentionnellement, l'erreur ne constitue-t-elle pas, en revanche, cette imprudence ou 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). Il s'agit, autrement dit, de démontrer que l'auteur a accompli ces « diligences normales » dont l'absence constitue précisément la faute condamnée par l'article 121-3, alinéa 3, du code pénal.

## 2° - L'erreur de droit

**173. Connaître : *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 – et nécessaire –, que l'erreur sur le droit, ainsi consacrée, demeure une cause d'irresponsabilité pénale très étroitement ouverte. Tolérer une telle erreur, en effet, apparaît une chose indispensable dans une société striée de normes ; aller au-delà d'un entrebâillement viderait de tout son sens une bonne partie du système répressif. Pour autant, le « droit » en question est susceptible de désigner tout mécanisme juridique mobilisé afin que soit mise en œuvre la responsabilité pénale : condition préalable (ex. : Crim. 8 févr. 1966, Bull. crim. n° 36), élément constitutif de l'infraction, voire existence d'une – autre – cause d'irresponsabilité pénale. Sur cette base, l'erreur de droit doit, d'abord, être alléguée et démontrée par celui qui l'a commise (ex. : Crim. 28 juin 2005, n° 05-82.189, Bull. crim. n° 196) et, le cas échéant, par tous ceux qui prétendent bénéficier de son effet exonératoire (l'erreur est personnelle) ; elle doit, ensuite, être inévitable, ce qui semble supposer, à lire la jurisprudence, que non seulement l'agent ait tenté de connaître le droit (ex. : Crim. 5 mars 1997, n° 95-83.492, Bull. crim. n° 84), notamment en s'adressant à la bonne personne (ex. : Crim. 20 janv. 2015, n° 14-80.532 : avis sollicité de l'inspection du travail), mais en plus que l'erreur ait finalement émané de cette dernière (Crim. 11 mai 2006, n° 05-87.099, Bull. crim. n° 128 : erreur commise par l'autorité judiciaire). Pour autant, le fait de suivre l'interprétation de la loi par certains professionnels du droit n'est pas toujours suffisant, de même que le fait de s'entourer de conseils appropriés (V. par ex. Crim. 11 oct. 1995, n° 94-83.735, Bull. crim. n° 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). C'est à se demander avec un auteur s'il ne s'agirait pas, à travers l'erreur sur le droit, de ne considérer que l'« autorisation de l'autorité légitime » (J. HERRMANN, Quel avenir pour l'erreur sur le droit ?, Dr. pénal 2006. Étude 5).

## **Art. 2 - Un fait illégal**

**174. 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*, n<sup>os</sup> 175 s.), ou en raison de la détermination postérieure d'une amnistie qui, rétroactivement, va effacer l'infraction (V. *infra*, n<sup>os</sup> 190 s.).

### **§ 1<sup>er</sup> - La neutralisation**

**175. Faits justificatifs.** - Il a été constaté, déjà, que, par l'entremise d'un contrôle de proportionnalité opéré sur la base de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, l'auteur d'une infraction pourtant constituée dans tous ses éléments peut échapper à une condamnation en raison de la trop grande ingérence qu'elle représenterait dans l'exercice de l'un des droits ainsi reconnus (V. *supra*, n<sup>o</sup> 17). Est essentiellement concerné l'article 10 de la Convention qui consacre la liberté d'expression, dont l'exercice est ainsi susceptible de justifier certaines diffamations (ex. : Cass., ass. plén., 16 déc. 2016, n<sup>o</sup> 08-86.295 ) mais aussi, de façon plus surprenante, une escroquerie (Crim. 26 oct. 2016, n<sup>o</sup> 15-83.774 ) ou une exhibition sexuelle (Crim. 26 févr. 2020, n<sup>o</sup> 19-81.827 ). Ce phénomène, qui implique une confrontation d'intérêts de même valeur – la liberté d'expression étant, dans notre exemple, mise en balance avec les différents intérêts protégés par les incriminations considérées – et un juge apte à exercer le contrôle, peut aussi avoir la loi pour seul cadre. Sont en cause ce que l'on appelle traditionnellement les « faits justificatifs ».

**176.** 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 ou tout simplement inopportun 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. Plus encore, parce que la répression du comportement n'a donc plus de fondement légal, nul participant aux faits ne pourra être condamné. Autrement dit, les faits justificatifs sont des causes objectives d'irresponsabilité. La loi en prévoit quatre généraux, qui sont applicables à la plupart des infractions, auxquels il faut ajouter d'autres, plus spécifiques à telle ou telle infraction, par exemple l'exception de vérité en matière de diffamation (L. du 29 juill. 1881, art. 35) ou l'exercice des droits de la défense par un salarié à l'encontre de son employeur, en matière d'appropriations frauduleuses, fait justificatif consacré par la jurisprudence (Crim. 11 mai 2004, 2 arrêts, n<sup>os</sup> 03-80.254 et 03-85.521 . – Crim. 16 juin 2011, n<sup>o</sup> 10-85.079 ). Voyons simplement les quatre principaux cas que sont l'ordre ou l'autorisation de la loi et le commandement de l'autorité légitime (V. *infra*, n<sup>os</sup> 177 s.), la légitime défense (V. *infra*, n<sup>os</sup> 181 s.), l'état de nécessité (V. *infra*, n<sup>os</sup> 185 s.) et le lancement d'alerte (V. *infra*, n<sup>os</sup> 188 s.).

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

**177. 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 ».

**178. Loi ou règlement.** - 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). Il est alors évident que la loi ne peut, à la fois, ordonner/autoriser et interdire, le principe de l'interdiction pouvant être écarté au profit d'exceptions justifiées par la poursuite de différents autres intérêts sociaux (ordre public,



santé publique, etc.). Le règlement, que l'article 122-4 vise également, n'est logiquement susceptible de justifier que les comportements qu'un autre règlement interdit, *i.e.* pas la loi. Il ne saurait non plus s'agir de prendre en considération une simple tolérance administrative (ex. : Crim. 16 oct. 2018, n° 17-86.802 à propos du droit de l'environnement, où le problème se pose de façon récurrente) ou une circulaire (V. *supra*, n°s 36 s.). Dans tous ces cas, la justification n'opérera que si l'agent se situe dans la situation de la norme justificative et en respecte, le cas échéant, les conditions. Plus encore, proportionnalité...

**179.** Relevons, pour finir, que certains comportements sont injustifiables, auraient-ils été autorisés ou ordonnés par la loi ou par l'autorité légitime. Il s'agit, en vertu de l'article 213-4 du code pénal, des crimes contre l'humanité.

**180. 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*

**181. 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, accomplit, 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.

**182. 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, autrement dit une infraction suffisamment grave. 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 – légitime défense des 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.

**183. 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, n° 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).

**184. 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 : 1° Pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité ; 2° Pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence ».

## *C - L'état de nécessité*

**185. 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, plus largement, 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). Quoiqu'il en soit, pour se trouver dans un état de nécessité apte à justifier une infraction, une personne doit agir pour contrer un danger précisément identifié dans sa réalité et dans son objet, et parce qu'elle ne dispose d'aucun autre choix. Situation exceptionnelle qui neutralise l'espace d'un instant la règle répressive, l'état de nécessité n'a ainsi pas pour fonction de légitimer un comportement qui ne représente pas une réponse inéluctable face à une menace inévitable. Ce fait justificatif, en quelque sorte porteur de l'esprit de tous les autres, apparaît comme le plus difficile à délimiter avec précision, la jurisprudence révélant l'embarras du juge pénal à appréhender ce mécanisme de façon parfaitement homogène. La norme gouvernant son appréciation doit malgré tout rester la restriction, à défaut de quoi le principe de légalité souffrirait d'une dérogation plus que d'une exception, et le principe de nécessité risquerait, par là-même, de se galvauder, l'un ou l'autre n'étant pas souhaitable. Ce fait justificatif n'en laisse pas moins beaucoup de marge d'appréciation au juge, ce qu'il concède lui-même : selon Messieurs F. Desportes et F. Le Gunehec, l'état de nécessité « constitue une cause d'irresponsabilité particulière en ce qu'elle relève plus de l'équité que du droit. Elle permet aux juridictions du fond de faire fléchir le droit devant la réalité, et d'éviter de prononcer des condamnations qui heurteraient le sens commun. Elle constitue – d'une certaine manière – la possibilité donnée aux juridictions de prolonger le pouvoir d'opportunité de poursuite reconnu au seul ministère public, en relaxant l'auteur d'une infraction qu'il aurait peut-être été plus sage de ne jamais déférer devant les tribunaux répressifs » (Droit pénal général, 16<sup>e</sup> éd., 2009, *Économica*, n° 751).

**186. 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). Comme la subjectivité du danger conduit à écarter l'état de nécessité (V. par ex. Crim. 1<sup>er</sup> juin 2005, n° 05-80.351, Bull. crim. n° 168, à propos d'un « danger simplement éventuel »), son universalité, autre forme extrême, le rend inopportun à s'appliquer à un sujet précis. La nécessité ne fait loi que face à un péril concret. Il n'empêche que, de la sorte, la frontière est également tenue entre l'état de nécessité et la contrainte (V. *supra*, n° 167). Les deux se réfèrent effectivement à l'impossibilité, pour l'agent, de faire un choix libre, la contrainte postulant l'absence de choix, l'état de nécessité l'existence... d'un seul choix !

**187. 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. Par ailleurs, ces impératifs présupposent bien sûr l'existence d'un lien entre le danger et l'acte perpétré en réponse, de façon à ce que celui-ci soit susceptible de contrer celui-là (V. par ex. en ce sens, Crim. 22 mai 1997, n° 96-82.080, Bull. crim. n° 201, à propos d'un usage de faux non justifiable par le fait que l'agent ait tenté de ne pas retourner dans une prison dans laquelle sa santé était en danger et dont il s'est évadé).

#### *D - Le lancement d'alerte*

**188. Révélation possible de certains secrets.** - L'article 122-9 du code pénal dispose que « n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de la loi

n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique » (loi dite « Sapin 2 »). Malgré l'apparence généraliste de cette règle, il ne s'agit de la sorte, en complément d'une protection du lanceur d'alerte contre son employeur, que d'autoriser la divulgation de certains secrets protégés par la loi pénale, essentiellement le secret professionnel. Sont au surplus exclus du dispositif les secrets les plus importants : secret de la défense nationale, secret médical et secret des relations entre un avocat et son client.

**189. « Lanceur d'alerte » ?** - Le lanceur d'alerte ainsi considéré est défini comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ». La définition est large, donc, même si elle exclut, par exemple, les personnes morales, mais le lanceur d'alerte ne sera protégé qu'à la condition de respecter « les procédures de signalement définies par la loi », à savoir un ordre imposé à l'alerte – supérieur hiérarchique ou référent, autorités, public –, sauf « danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles ». L'alerte une fois lancée est éprouvée à sa nécessité et sa proportionnalité à la sauvegarde des intérêts en cause. Beaucoup d'incertitudes pèsent encore sur ce nouveau fait justificatif, que la chambre criminelle a considéré comme étant applicable de façon rétroactive, malgré le fait que ses conditions l'en empêchent (Crim. 17 oct. 2018, n° 17-80.485, à propos d'un inspecteur du travail à qui des documents confidentiels avaient été transférés par un destinataire anonyme, et qui les avait ensuite communiqués à divers syndicats et au Conseil national de l'inspection du travail)...

## § 2 - La disparition

**190. 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. Seul le législateur peut donc agir de la sorte pour neutraliser les effets d'une loi antérieure, ce qu'il fait pour de plus ou moins bonnes raisons (ne plus discuter des responsabilités durant une guerre, régulariser des tolérances, marquer le coup d'élections présidentielles, etc.), mais toujours pour imposer juridiquement l'oubli. L'article 133-9 du code pénal dispose que « l'amnistie efface les condamnations prononcées. Elle entraîne, sans qu'elle puisse donner lieu à restitution, la remise de toutes les peines. Elle rétablit l'auteur ou le complice de l'infraction dans le bénéfice du sursis qui avait pu lui être accordé lors d'une condamnation antérieure ». À défaut de condamnation préalable, l'amnistie la rend impossible en éteignant l'action publique (C. pr. pén., art. 6 ). Mais le comportement est encore civilement opératoire, l'article 133-10 ajoutant en ce sens que « l'amnistie ne préjudicie pas aux tiers », c'est-à-dire aux victimes. L'article 133-11, quant à lui, précise en complément qu'« il est interdit à toute personne qui, dans l'exercice de ses fonctions, a connaissance de condamnations pénales, de sanctions disciplinaires ou professionnelles ou d'interdictions, déchéances et incapacités effacées par l'amnistie, d'en rappeler l'existence sous quelque forme que ce soit ou d'en laisser subsister la mention dans un document quelconque. Toutefois, les minutes des jugements, arrêts et décisions échappent à cette interdiction. En outre, l'amnistie ne met pas obstacle à l'exécution de la publication ordonnée à titre de réparation ».

**191. Amnisties.** - Il peut néanmoins être dérogé aux règles qui précèdent dans la loi d'amnistie, ces règles étant simplement supplétives. Par cette loi, le législateur peut procéder à une amnistie réelle, qui bénéficie à tous les participants de l'infraction, ou à une amnistie personnelle, qui ne profite qu'à certains (pas au complice, par ex.). Dans cette dernière modalité, elle représente plus une forme d'immunité, ne provoquant que l'irresponsabilité de certaines personnes. On distingue également l'amnistie conditionnelle de l'amnistie pure et simple. C'est souligner que, parfois, le juge (jugement) et le pouvoir exécutif (grâce) peuvent aussi avoir un rôle à jouer dans l'amnistie.

## CHAPITRE 2 - LES INFRACTIONS

**192. 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*, n<sup>os</sup> 193 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*, n<sup>os</sup> 213 s.).

## ***Section 1<sup>re</sup> - Les classifications des infractions***

**193. 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*, n<sup>o</sup> 61). 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*, n<sup>os</sup> 194 s.) et d'autres fondées sur le comportement prohibé (V. *infra*, n<sup>os</sup> 197 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*, n<sup>os</sup> 209 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. 1<sup>er</sup> - Les classifications fondées sur la peine encourue**

194. Importance de la peine encourue. - La peine encourue permet de fonder la classification officielle des infractions (V. *infra*, n<sup>o</sup> 195), et nombre de classifications officieuses pourraient, au surplus, être bâties sur cette base (V. *infra*, n<sup>o</sup> 196).

### **§ 1<sup>er</sup> - La classification officielle**

**195. 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*, n<sup>os</sup> 67 s.).

## § 2 - Les classifications officielles

**196. 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. Mais on peut aussi la retrouver, par exemple, en matière de punition, où l'impératif de proportionnalité demeure aussi fort. Ainsi, la confiscation, peine complémentaire, est-elle « encourue de plein droit pour les crimes et pour les délits punis d'une peine d'emprisonnement d'une durée supérieure à un an, à l'exception des délits de presse » (C. pén., art. 131-21, al. 1<sup>er</sup>).

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

**197. Éléments.** - Le comportement infractionnel prenant la forme d'un état d'esprit qui se matérialise (V. *supra*, n<sup>o</sup> 83), les classifications des infractions peuvent, sans grande surprise, prendre pour base tant leur aspect matériel (V. *infra*, n<sup>os</sup> 198 s.) que leur aspect moral (V. *infra*, n<sup>o</sup> 208).


## § 1<sup>er</sup> - Les classifications fondées sur l'élément matériel

**198. 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*, n<sup>o</sup> 94). 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*, n<sup>os</sup> 199 s.) ou qu'ils aient eu plus ou moins d'effets (V. *infra*, n<sup>os</sup> 205 s.).

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

**199. 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*, n<sup>os</sup> 90 s.).

**200. 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). La tendance, à l'aune de l'impératif de précision, est plutôt à la complexité. La législation antiterroriste en livre plusieurs très bons exemples (ex. caricatural : C. pén., art. 421-2-6, en vertu duquel « I. –

Constitue un acte de terrorisme le fait de préparer la commission d'une des infractions mentionnées au II, dès lors que la préparation de ladite infraction est intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et qu'elle est caractérisée par : 1<sup>o</sup> Le fait de détenir, de se procurer, de tenter de se procurer ou de fabriquer des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui ; 2<sup>o</sup> Et l'un des autres faits matériels suivants : a) Recueillir des renseignements sur des lieux ou des personnes permettant de mener une action dans ces lieux ou de porter atteinte à ces personnes ou exercer une surveillance sur ces lieux ou ces personnes ; b) S'entraîner ou se former au maniement des armes ou à toute forme de combat, à la fabrication ou à l'utilisation de substances explosives, incendiaires, nucléaires, radiologiques, biologiques ou chimiques ou au pilotage d'aéronefs ou à la conduite de navires ; c) Consulter habituellement un ou plusieurs services de communication au public en ligne ou détenir des documents provoquant directement à la commission d'actes de terrorisme ou en faisant l'apologie ; d) Avoir séjourné à l'étranger sur un théâtre d'opérations de groupements terroristes. II. – Le I s'applique à la préparation de la commission des infractions suivantes : 1<sup>o</sup> Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 1<sup>o</sup> de l'article 421-1 ; 2<sup>o</sup> Soit un des actes de terrorisme mentionnés au 2<sup>o</sup> du même article 421-1, lorsque l'acte préparé consiste en des destructions, dégradations ou détériorations par substances explosives ou incendiaires devant être réalisées dans des circonstances de temps ou de lieu susceptibles d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes ; 3<sup>o</sup> Soit un des actes de terrorisme mentionnés à l'article 421-2, lorsque l'acte préparé est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique d'une ou plusieurs personnes »). La complexité est également le propre des infractions situées en dehors du code pénal (ex. : C. consom., art. L. 121-2 , au demeurant à combiner avec plusieurs autres textes, en vertu duquel « Une pratique commerciale est trompeuse si elle est commise dans l'une des circonstances suivantes : 1<sup>o</sup> Lorsqu'elle crée une confusion avec un autre bien ou service, une marque, un nom commercial ou un autre signe distinctif d'un concurrent ; 2<sup>o</sup> Lorsqu'elle repose sur des allégations, indications ou présentations fausses ou de nature à induire en erreur et portant sur l'un ou plusieurs des éléments suivants : a) L'existence, la disponibilité ou la nature du bien ou du service ; b) Les caractéristiques essentielles du bien ou du service, à savoir : ses qualités substantielles, sa composition, ses accessoires, son origine, sa quantité, son mode et sa date de fabrication, les

conditions de son utilisation et son aptitude à l'usage, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation, ainsi que les résultats et les principales caractéristiques des tests et contrôles effectués sur le bien ou le service ; c) Le prix ou le mode de calcul du prix, le caractère promotionnel du prix et les conditions de vente, de paiement et de livraison du bien ou du service ; d) Le service après-vente, la nécessité d'un service, d'une pièce détachée, d'un remplacement ou d'une réparation ; e) La portée des engagements de l'annonceur, la nature, le procédé ou le motif de la vente ou de la prestation de services ; f) L'identité, les qualités, les aptitudes et les droits du professionnel ; g) Le traitement des réclamations et les droits du consommateur ; 3<sup>o</sup> Lorsque la personne pour le compte de laquelle elle est mise en œuvre n'est pas clairement identifiable ») ; on pourrait d'ailleurs en faire une autre distinction !

**201. 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*, n<sup>o</sup> 96).

**202. 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*, n<sup>o</sup> 96).

**203. 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, à partir du moment où elles ont atteint leur résultat ?

**204. 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*

**205. 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*, n<sup>os</sup> 47 et 48), 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*, n<sup>o</sup> 48). 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 subornation 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*, n° 58). 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*, n° 59). 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.

206. **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*, n°s 56 et 131 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 ; C. pén., art. 421-2-5 , al. 1<sup>er</sup>), 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*, n° 55).

207. **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, blanchiment-dissimulation) 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). Dans de tels cas, le délai de prescription ne peut néanmoins « excéder douze années révolues pour les délits et trente années révolues pour les crimes à compter du jour où l'infraction a été commise ».

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

**208. 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*, n° 106).

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

**209. 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 ; P. MISTRETTA, S. PAPILLON et C. KUREK, *L'empreinte des valeurs sociales protégées en droit pénal*, 2020, Dalloz ; V. *supra*, n° 4), 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, n° 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 ». Par exemple, le délit d'abus de faiblesse peut prendre la forme aussi bien d'une atteinte à la personne que d'une atteinte à la propriété (C. pén., art. 223-15-2 ) et le délit de destruction, dégradation ou détérioration involontaire d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'une explosion ou d'un incendie constitue, à la fois, une atteinte à la propriété et une atteinte à la personne (C. pén., art. 322-5 ).

**210. Incidences réelles.** - Ce qui précède n'empêche pas qu'il existe de véritables incidences à la différence des intérêts préservés par la loi pénale. La principale réside dans l'intensité particulière du droit pénal lorsqu'il est mobilisé pour protéger la personne humaine ou l'environnement, ces deux domaines étant les seuls à autoriser la répression de comportements pourtant involontaires (V. *supra*, n<sup>os</sup> 109 s.).

**211. Constat d'intérêts à appréhender de façon particulière certains types de criminalité.** - Mieux vaut peut-être 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 sexuelle, 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 n<sup>o</sup> 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, D. 2004. 1910 ).

**212. 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***

**213. 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.

**214. 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, 3<sup>e</sup> éd., 1863, n<sup>o</sup> 1147).

**215. 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*, n<sup>os</sup> 216 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*, n<sup>os</sup> 238 s.).

### **Art. 1<sup>er</sup> - Le concours**

**216. 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.

**217. 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*, n° 52 ; infraction continue, permanente, continuée ou d'habitude : V. *supra*, n°s 96 et 200 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*, n°s 218 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*, n°s 225 s.).

## § 1<sup>er</sup> - Le conflit

**218. 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. n° 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. n° 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, n<sup>os</sup> 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 celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Zolotoukhine contre Russie (CEDH 10 févr. 2009, req. n° 14939/03 . – Position confirmée depuis : CEDH, 4 mars 2014, Grande Stevens contre Italie, req. n<sup>os</sup> 18640/10 , 18647/10, 18663/10, 18668/10 et 18698/10 où, à propos de la réserve de l'Italie – comparable à la réserve émise par la France – en vertu de laquelle il fallait exclure du champ d'application de cette disposition toutes les infractions et les procédures qui ne sont pas qualifiées de « pénales » par la loi italienne, la cour a considéré que, parce qu'elle n'invoquait, ni ne mentionnait les dispositions spécifiques de l'ordre juridique italien excluant des infractions ou des procédures du champ d'application de l'article 4 du Protocole n° 7, elle n'offrait pas à un degré suffisant la garantie qu'elle n'allait pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État contractant), en vertu de laquelle « l'article 4 du Protocole n° 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 ; V. aussi les positions respectives de la Cour de Justice de l'Union européenne et du Conseil constitutionnel : CJUE 26 févr. 2016, Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson, aff. n° C-617/10. – Cons. const. 18 mars 2015, n°s 2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC). Par ailleurs, même en ce domaine, le principe peut être écarté, ce qui est le cas en matière fiscale où, de concert, les juridictions fondamentales considèrent que la règle ne joue pas... à défaut de *bis*. La Cour européenne des droits de l'homme considère ainsi que l'article 4 du Protocole n° 7, socle du principe *Ne bis in idem*, « n'exclut pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, pourvu que certaines conditions soient remplies. En particulier, pour convaincre la Cour de l'absence de répétition de procès ou de peines (*bis*) proscrite par l'article 4 du Protocole n° 7, l'État défendeur doit établir de manière probante que les procédures mixtes en question étaient unies par un "lien matériel et temporel suffisamment étroit". Autrement dit, il doit être démontré que celles-ci se combinaient de manière à être intégrées dans un tout cohérent. Cela signifie non seulement que les buts poursuivis et les moyens utilisés pour y parvenir doivent être en substance complémentaires et présenter un lien temporel, mais aussi que les éventuelles conséquences découlant d'une telle organisation du traitement juridique du comportement en question doivent être proportionnées et prévisibles pour le justiciable » (CEDH 15 nov. 2016, A et B c/ Norvège, n°s 24130/11 et 29758/11. – CEDH 18 mai 2017, Johannesson et a. c/ Islande, n° 22007/11 ). Il est également procédé à une telle éviction du principe *Ne bis in idem* par le principe de proportionnalité par la Cour de Luxembourg (CJUE 20 mars 2018, Menci, aff. C-524/15 . – CJUE 20 mars 2018, Garlsson Real Estate e.a., aff. C-537/16 . – CJUE 20 mars 2018, Di Puma et Zecca, aff. jointes, C-596/16 et C-597/16). Il en va de même du Conseil constitutionnel qui, le 24 juin 2016 (Cons. const. 24 juin 2016, n°s 2016-545 QPC et 2016-546 QPC , à propos de deux versions différentes de l'art. 1741 CGI. – V. aussi, pour une autre version encore, Cons. const. 22 juill. 2016, n° 2016-556 QPC . – Et, pour une solution comparable à propos d'une omission déclarative, V. Cons. const. 23 nov. 2018, n° 2018-745 QPC ), a accepté d'examiner la possibilité d'un cumul de sanctions fiscales et pénales résultant de la combinaison

des articles 1729 et 1741 du code général des impôts, à l'aune de sa nouvelle jurisprudence qui prohibe une telle addition lorsque les sanctions concernées répriment les mêmes faits, ne sont pas d'une nature différente, relèvent du même ordre de juridiction et protègent les mêmes intérêts sociaux. Il a d'abord décidé que chacune de ces sanctions n'étaient pas, en elles-mêmes, contraires à la Constitution, précisant seulement, à l'endroit des sanctions pénales, que « les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne sauraient, sans méconnaître le principe de nécessité des délits, permettre qu'un contribuable qui a été déchargé de l'impôt par une décision juridictionnelle devenue définitive pour un motif de fond puisse être condamné pour fraude fiscale ». Ensuite et surtout, à propos de l'application combinée des articles 1729 et 1741, ayant rappelé que la lutte contre la fraude fiscale représentait un objectif à valeur constitutionnelle, le Conseil constitutionnel a posé que ces dispositions « permettent d'assurer ensemble la protection des intérêts financiers de l'État ainsi que l'égalité devant l'impôt, en poursuivant des finalités communes, à la fois dissuasive et répressive. Le recouvrement de la nécessaire contribution publique et l'objectif de lutte contre la fraude fiscale justifient l'engagement de procédures complémentaires dans les cas de fraudes les plus graves ». Selon lui, « cette gravité peut résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention » et, si cumul de sanctions il y a, « 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 ». Sous les quelques réserves et précisions ainsi énoncées, les dispositions contestées de l'article 1741 du code général des impôts ne seraient donc contraires à aucun autre droit ou liberté que la Constitution garantit. Saisie à son tour de la question, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu pas moins de six arrêts le 11 septembre 2019 (Crim. 11 sept. 2019, n<sup>os</sup> 18-81.980 , 18-81.040 , 18-81.067 , 18-84.144 , 18-82.430 et 18-83.484 ), afin de formuler ses positions à l'aune de celles des juridictions précitées. Il ne s'agissait, néanmoins, que de les confirmer tout en les précisant.

**219.** Indépendamment de la matière fiscale, finalement très spécifique, la chambre criminelle de la Cour de cassation ne s'est pas moins ralliée à la position de principe de la Cour européenne des droits de l'homme pour le reste 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, n° 15-84.552 . – Crim. 7 déc. 2016, n° 15-87.335 . – Crim. 5 janv. 2017, n° 15-86.362 . – Crim. 8 mars 2017, n° 15-86.144 . – Crim. 14 juin 2017, n° 16-84.921 . – Crim. 25 oct. 2017, n° 16-84.133 . – Crim. 17 mars 2021, n° 20-81.288 , etc.). Depuis lors, toutes les questions anciennement perçues comme des conflits de qualifications sont mesurées à l'aune de ce nouveau critère.

**220. 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, 2<sup>e</sup> éd., 1991, Montchrestien, § 464). Ce qui n'a pas empêché la doctrine de tenter de la modéliser, cette modélisation demeurant pertinente tant que la jurisprudence n'ira pas au-delà de l'affirmation de l'impossibilité du cumul de qualifications sans, ce qui est pourtant tout aussi important, fixer de règles qui permettent de régler le conflit ainsi généré.

**221. 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*, n<sup>os</sup> 48 et 205) 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*, n<sup>o</sup> 86) – 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).

**222. 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. n° 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, n° 00-81.093 et 01-88.089, Bull. crim. n° 38, où l'on impose de faire un choix entre la qualification d'assassinat et celle de séquestration suivie de mort. – Crim. 9 mai 2019, n° 18-82.800, à propos de la circonstance aggravante de bande organisée et du délit d'association de malfaiteurs et à l'aune du principe *Ne bis in idem*) ; 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 ; V. Crim. 3 mai 2018, n° 17-82.034) ; 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. n° 44, à propos d'un vol d'arbre qu'il a préalablement fallu couper).

**223. 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, n° 02.83.677).

**224. 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 », que l'on peine néanmoins à trouver exprimé dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation (Crim. 10 sept. 1868, Bull. crim. n° 208. – V. par ex. Crim. 3 janv. 1953, Bull. crim. n° 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. – Crim. 27 oct. 2009, n° 09-82.766 , pour une utilisation intéressante, pour contrer la contradiction, d'une double incrimination de mêmes faits : « Attendu que les moyens tirés de ce que les faits de harcèlement moral sont punis de peines d'amende différentes par l'article 222-33-2 du code pénal et par l'article L. 1155-2 du code du travail ne sauraient être admis, dès lors qu'en étant poursuivis et retenus en application du premier de ces textes, ces faits l'ont été sous leur plus haute expression pénale ». La pratique de la correctionnalisation judiciaire, tout en maintenant l'idée d'une qualification unique, semble au surplus aller à l'encontre de ce principe, dont les fondements n'apparaissent pas avec suffisamment d'évidence. De même, si l'on peut comprendre que, face à deux incriminations, la plus grave l'emporte en quelque sorte comme compensation de l'effacement de l'autre, n'est-ce pas, en vérité, contraire à l'esprit général de retenue qu'imprime, en droit pénal, le droit à la sûreté ?

## § 2 - Le cumul

**225. 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*, n<sup>os</sup> 226 s.) ou pas (V. *infra*, n<sup>os</sup> 231 s.).

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

**226. Condamnation ? Définitive ?** - Si la « condamnation définitive » constitue l'évènement qui autorise un basculement vers une situation de récidive (V. *infra*, n<sup>os</sup> 227 s.) ou de réitération (V. *infra*, n<sup>os</sup> 229 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, n° 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, n° 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

**227. 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 XIX<sup>e</sup> 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*, n° 214], n° 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 !

**228. Très brève synthèse du droit positif.** - Pour faire simple, le système actuel (V. *supra*, n° 82), 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

**229. 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 ».

**230. 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'accueillent 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, 7<sup>e</sup> éd., 1997, Cujas, n<sup>o</sup> 824) ou encore de « récidive avortée » (J.-H. ROBERT, Les murailles de silicium. Loi n<sup>o</sup> 2005-1549 du 12 déc. 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, JCP 2006, n<sup>o</sup> 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*

**231. 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*, n<sup>os</sup> 232 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*, n<sup>os</sup> 234 s.).

#### 1<sup>o</sup> - Le concours réel d'infractions

**232. 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, n<sup>o</sup> 280. Il s'inspirait alors d'un fragment d'Ulpian 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*, n° 214], n<sup>os</sup> 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 somme 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 ».

**233. Solution.** - Les articles 132-2 à 132-7 du code pénal posent un régime assez 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 ». En cas de poursuites séparées, c'est au stade de l'exécution que la règle s'appliquera, sauf à la seconde juridiction saisie à ordonner une confusion des peines. La seule difficulté est alors de savoir, parfois, ce que l'on qualifie de peines « de même nature » : une amende et une confiscation, par exemple, sont-elles des peines de même nature ? Quoi qu'il en soit, on se demande, aujourd'hui, si un système plus répressif serait perçu comme étant 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

**234. De 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. n° 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.

**235. ... à *Ne bis in idem*. Pluralité de faits et 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*, n° 218) 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, n° 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, n° 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, n° 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. n° 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 »). Il ressort de la jurisprudence substantielle déjà rendue sur le fondement du principe *Ne bis in idem* que deux situations autorisent le cumul d'infractions : soit la dissociabilité des faits (ex. : Crim. 9 sept. 2020, n° 19-84.301 , où les qualifications d'escroquerie et de faux sont retenues cumulativement, car seul l'usage du faux a été absorbé par l'escroquerie), soit la pluralité d'intentions. Le juge, ainsi, doit éprouver, et la continuité factuelle d'une situation, et son homogénéité intellectuelle. Cette dernière recherche, au surplus, est censée lui permettre de trancher en faveur de bonne qualification – puisqu'il n'en faut alors qu'une (V. *supra*, n°s 218 s.).

**236. 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. n° 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 tout à fait 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, n° 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 »). On peut le comprendre car, dans cette situation, il est en effet peu contestable que des intérêts distincts soient concernés (V. *supra*, n°s 4 et 209).

**237. 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 (V. *supra*, n°s 232 s.) vaut également pour le cumul idéal d'infractions.

## **Art. 2 - La connexité**

**238. 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 aisément en procédure pénale (V. *infra*, n<sup>os</sup> 239 s.), il appert que l'existence d'un équivalent substantiel n'est pas non plus improbable (V. *infra*, n<sup>os</sup> 251 s.).

### § 1<sup>er</sup> - La connexité procédurale

**239. 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 unes 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*, n<sup>os</sup> 240 s.) n'a d'intérêt que parce qu'elle a des conséquences (V. *infra*, n<sup>os</sup> 247 s.).

#### *A - Situation*

**240. 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*, n° 130. – 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. n° 24).

**241. 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, n<sup>os</sup> 89-86.610 et 89-86.611, Bull. crim. n° 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, n° 16-81.048 ). Il s'agissait de différents attentats commis dans les années 1970-1980.

**242. Troisième cas de connexité.** - Des infractions sont également connexes « lorsque les coupables ont commis les unes 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, n° 99-84.507 , Bull. crim. n° 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, n° 94-81.662 , Bull. crim. n° 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*, n<sup>os</sup> 131 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, n° 91-82.210, Bull. crim. n° 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, n° 95-80.168, Bull. crim. n° 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.

**243. 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 ?

**244. 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. n° 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, n° 02-85.185 , Bull. crim. n° 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. n° 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. 1<sup>er</sup> févr. 1988, Bull. crim. n° 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, n° 90-80.025 , Bull. crim. n° 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, n° 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).

**245. 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. n° 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. n° 64. – Crim. 21 oct. 1948, Bull. crim. n° 240. – Crim. 15 oct. 1959, Bull. crim. n° 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, n° 95-80.725, Bull. crim. n° 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.

**246. 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*, n° 214], n° 1240), selon qui connexité et complicité « sont tirés tous les deux d'une même image : *cum-nexus* (connexe), *cum-plexus* (complice), [qui] 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*

**247. Jonction des procédures.** - La première conséquence de l'existence d'un lien de connexité entre deux infractions est la possibilité de procéder à la jonction 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. n<sup>o</sup> 240).

**248. 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, n<sup>o</sup> 07-83.829 ).

**249. 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.



**250. 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

**251. 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'imposent 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, quant à elle proprement constitutive.

**252. 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.

**253. Connexité originaire.** - 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 originaire, 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.

**254. 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.

**255. 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 ? La place de chacun des éléments d'une telle théorisation serait alors, naturellement, le livre premier du code pénal.