



HAL
open science

Le tag, entre reconnaissance artistique et interdit pénal, dir. G. Calley et C. Broche

Jean-François Dreuille

► To cite this version:

Jean-François Dreuille. Le tag, entre reconnaissance artistique et interdit pénal, dir. G. Calley et C. Broche. Pôle édition Université Savoie Mont Blanc. Le street art: esquisse juridique d'un art vandale, Pôle édition Université Savoie Mont Blanc, pp.59, 2019, 978-2-37741-006-4. hal-04187516

HAL Id: hal-04187516

<https://hal.science/hal-04187516>

Submitted on 24 Aug 2023

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

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

Copyright

Le street art: esquisse juridique d'un art vandale

L'exemple du tag et du graff



Sous la direction de
Grégoire Calley et Christophe Broche

LE STREET ART :
ESQUISSE JURIDIQUE
D'UN ART VANDALE

L'EXEMPLE DU TAG ET DU GRAFF

SOUS LA DIRECTION DE
GRÉGOIRE CALLEY ET CHRISTOPHE BROCHE

JOURNÉE D'ÉTUDE ORGANISÉE PAR LE CENTRE DE DROIT PRIVÉ
ET PUBLIC DES OBLIGATIONS ET DE LA CONSOMMATION

LE 26 OCTOBRE 2017

FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC



Université Savoie Mont Blanc
Centre de droit privé et public des obligations et de la consommation
20 route de la Cascade
BP 1104
F – 73011 CHAMBÉRY CEDEX
Tél. 04 79 75 83 84
www.fac-droit.univ-smb.fr

Illustration de couverture: Antoine Barsé, Membre du Collectif de La Maise

Réalisation : Pôle Éditions
27 rue Marcoz
BP 1104
F – 73011 CHAMBÉRY CEDEX



ISBN : 978-2-37741-006-4
Dépôt légal : juin 2019

SOMMAIRE

<i>Introduction</i>	
Christophe Broche et Grégoire Calley	7
<i>Grammaire du graffiti et du tag: étude linguistique de l'interpellation graphique</i>	
Dominique Lagorgette	13
<i>Le tag: une œuvre?</i>	
Carole Brandon.....	39
<i>Tag et dommages causés aux propriétés immobilières</i>	
Motahareh Fathisalout.....	53
<i>Le tag, entre reconnaissance artistique et interdit pénal</i>	
Jean-François Dreuille.....	59
<i>Le street art saisi par le droit d'auteur</i>	
Alex Lamarche	77

Cet ouvrage s'inscrit dans un projet scientifique soutenu par l'Université Savoie Mont Blanc. Il fait suite à une journée d'étude organisée le 27 octobre 2017 à Chambéry par le Centre de droit privé et public des obligations et de la consommation. Les codirecteurs scientifiques de l'ouvrage remercient tous les participants à cette journée d'étude ainsi que Madame Caroline Fauveau (ingénieure d'études - CDPPOC) pour sa contribution à l'organisation de cet évènement.

LE TAG, ENTRE RECONNAISSANCE ARTISTIQUE ET INTERDIT PÉNAL

JEAN-FRANÇOIS DREUILLE

MAÎTRE DE CONFÉRENCES HDR DE DROIT PRIVÉ ET SCIENCES CRIMINELLES -
CDPPOC, UNIVERSITÉ SAVOIE MONT BLANC

La répression du *tag*¹ s'inscrit depuis plus d'une trentaine d'années dans un mouvement plus vaste de lutte contre les incivilités, définies par un auteur comme des « désordres jugés peu graves ce qui exclut les vols et les agressions qui se déploient dans un espace collectif et se donnent donc à voir ce qui exclut de cette définition les faits qui relèvent du familial et du privé² ». Il s'agit d'une forme de délinquance dont la gravité est relative, mais qui favoriserait un sentiment d'insécurité et pourrait être un facteur de désordres plus importants. À ce titre, le *tag*, côtoyant d'autres formes d'incivilités³ est fréquemment analysé dans les enquêtes, notamment sociologiques, permettant parfois de tester la théorie américaine de la « fenêtre brisée » (*broken window theory*)⁴, mise en pratique au cours des années 80-90 dans certaines grandes villes américaines, notamment à

-
- 1 Le terme de *tag* est ici employé dans un sens générique, par souci de simplicité, alors même que le *tag* fait référence à la signature de l'auteur à laquelle peut être accolé le *crew* (groupe) et se distingue du graffi, de la fresque, et plus généralement des nombreuses techniques du *street art*. V. not. J. CATZ, *Street art, mode d'emploi*, Flammarion, coll. «Le guide», 2015 (dir. E. COUTURIER); P. CLEMONTEL, F. LAVILLE, «Street art, Entre transgression et consécration», *Juris art etc.*, n°44, 2017, p.37-47. Concernant la difficulté à définir l'objet même de l'étude, v. not. C. GRE, *Street art et droit d'auteur. À qui appartiennent les œuvres de la rue?*, L'Harmattan, coll. «Pour comprendre», 2015, p. 10 et s.; D. GUEVEL, «La juridicisation du street art», in *Droit(s) et Street Art, De la transgression à l'artification*, dir. G. GOFFAUX CAILLEBAUT, D. GUEVEL et J.-B. SEUBE, LGDJ, 2017, p.7 à 27; C. YANG, *Graffiti et Street art: étude des discours historiographiques et de la critique esthétique d'une forme sociale de modernité visuelle. Art et histoire de l'art*, Université de Grenoble, 2014, Français, <NNT: 2014GRENH016>. <tel-01168748>, v. not. p.8 et s. s'agissant de la difficulté à définir le «graffiti», «street art», «art urbain»...
 - 2 S. ROCHE, in «La théorie de la « vitre cassée » en France. Incivilités et désordres en public», *Revue française de science politique*, (Vol. 50), 2000/3, p.387-412, spéc. p.392; URL <https://www.cairn.info/revue-francaise-de-science-politique-2000-3-page-387.htm>.
 - 3 Nuisances sonores, animaux dangereux, insultes et provocations, dégradations des parties communes d'immeubles, de véhicules, propreté, regroupement dans les lieux publics ou les parties communes d'immeubles... il a également été avancé l'idée d'atteinte à l'environnement, v. not. D. FONTANAUD, «La question du tag en droit pénal», *Dr. pén.*, chron. n°36, 1992, p. 1, spéc. p.4.
 - 4 J. Q. WILSON et G. L. KELLING, «Broken windows. The police and neighborhoodsafety»: *Atlantic Magazine*, mars 1982, p.29, trad. fr., in *Les Cahiers de la sécurité intérieure*, 15,

New-York. Cette théorie implique une présence policière plus conséquente sur le terrain et une adaptation du travail policier, notamment par des patrouilles à pied, afin de prévenir le sentiment d'abandon dans l'espace public⁵. Alors même que la délinquance a connu une baisse significative à New-York, il reste difficile d'en mesurer les effets, tant les causes des variations de la délinquance sont multiples, d'autant plus que sa finalité a été détournée par une politique « zéro tolérance », réprimant de façon systématique la petite délinquance visible⁶. Il demeure intéressant pour notre sujet de s'y référer dès lors que la lutte contre les dégradations, les inscriptions sauvages, les *tags*, fait figure de symbole dans la répression des incivilités en ayant débuté, précisément, par le nettoyage systématique du métro new-yorkais. En revanche, il ne faut pas en conclure que le phénomène apparu en France, notamment à Paris, dans les années 1980 présente une parfaite filiation avec le mouvement précurseur américain. En effet, l'approche sociologique révèle des différences sensibles⁷ malgré des similarités dans l'approche répressive, particulièrement dans la « lutte anti-graffiti sur le rail », par la mise en place de groupes d'intervention et de protection des réseaux et de brigades anti-graffiti dans le métro parisien⁸.

De plus, cet exemple traduit un paradoxe encore très présent aujourd'hui : d'un côté s'exprime une volonté de développer les pratiques artistiques de rue, de les encourager, d'en faire parfois une activité marchande, voire de spéculation financière⁹ et d'un autre côté se manifeste un discours associant *tag* et délinquance, *tag* et souillure – de nature à heurter le sens commun de l'hygiène – et imposant une réaction sociale forte, au moyen d'une politique législative très répressive. Le phénomène est d'autant plus complexe à aborder qu'il recouvre une multitude de techniques, de finalités et de tendances artistiques¹⁰. Entre le *blaze* « bombé »

1994, p. 163-180. V. égal. G. L. KELLING et Catherine COLES, *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, 1996.

- 5 La théorie repose sur une idée simple : « dans le cas où une vitre brisée n'est pas remplacée, toutes les autres vitres connaîtront le même sort ». En d'autres termes, les signes d'abandon favoriseraient le vandalisme et généreraient des comportements répréhensibles plus graves d'atteintes aux biens et aux personnes, v. S. ROCHE, *préc.*, spéc., p. 388 et 389.
- 6 V. not. L. MUCCHIELLI, « La politique de la « tolérance zéro » : les véritables enseignements de l'expérience new-yorkaise », *Hommes & Libertés*, n° 120, 2002, p. 38-40 ; v. égal. B. E. HARCOURT, *L'illusion de l'ordre. Incivilités et violences urbaines, tolérance zéro*, Trad. Fr., 2006, Paris, Descartes (original : *Illusion of Order: The False Promise of Broken-Windows Policing*, Harvard University Press, 2001).
- 7 V. not. A. VULBEAU, *Du tag au tag*, Epi, Deslée de Brouwer, 1992, p. 35 et s.
- 8 N. MENSCH, *L'art transgressif du graffiti : pratiques et contrôle social*, Sociologie, Université de Franche-Comté, 2013, Français. < NNT : 2013BESA1029 >. < tel-01327029 >, spéc. p. 131 à 138, s'agissant de la politique de la RATP et de la SNCF à Paris puis en Province.
- 9 Pour un article récent à destination du grand public, v. A. BESSE, « Le street art sort de son cadre », *Marianne Magazine*, 9 fév. 2018. Sur le paradoxe de la légalisation marchande du street art, v. not. A. MILON, *L'Étranger dans la Ville. Du rap au graff mural*, PUF, 1999.
- 10 Avertissement : ce sujet est extrêmement difficile à aborder pour le non initié à l'histoire de l'art, tant dans la maîtrise du vocabulaire que dans la compréhension de la genèse de

ou «marqué», rapidement, la nuit, sur des supports toujours plus insolites¹¹ et appartenant – nécessairement – à autrui et la fresque exposée dans une galerie d'art ou intégrée dans un circuit touristique¹², des points de contact peuvent exister. Ainsi, il est très probable qu'un artiste vendant ses œuvres ait commencé par arpenter les rues ou les lignes de la SNCF ou de la RATP pour taguer en toute illégalité. Il est encore concevable que ce même artiste devenu célèbre poursuive son activité de tagueur, dans la clandestinité et l'illégalité, ce qui, on l'imagine, devient de plus en plus difficile dès lors que la notoriété de l'artiste croît. Pour autant, il paraît évident que le droit pénal n'a pas vocation à s'intéresser de la même manière à toutes les facettes du *tag*.

Le phénomène de l'art urbain traduit l'absence de consensus social sur la façon dont il convient de l'appréhender : liberté d'expression et aujourd'hui liberté de la création artistique¹³ versus droit de propriété. Un auteur a clairement exprimé les doutes suscités par ce sujet : « il n'est pas très confortable d'associer dans une même réflexion art et infraction contre les biens, tant l'art n'a pas vocation à être un crime qui abîme¹⁴ ». Et pourtant, le *tag*, dans son acception technique, est nécessairement transgressif et/ou traduit un activisme politique¹⁵ : d'ailleurs, en dehors d'une pratique illégale, il ne présente pas ou plus d'intérêt pour ses auteurs qui, sans même évoquer l'addiction à l'adrénaline¹⁶, puisent une part de légitimité – en tant que tagueur – dans l'interdit social¹⁷, ce qui ne signifie pas, paradoxalement l'absence de codes de conduite, de mécanismes de régulation et de sanctions autonomes, dans le monde des tagueurs¹⁸. La situation serait différente

ces phénomènes artistiques. Cette méconnaissance pourra être source de confusions ou de raccourcis, méthodologiquement contestables.

- 11 La possibilité d'associer le tag et l'utilisation de drone pourrait repousser encore davantage les limites de l'activité, v. not. <http://bigbrowser.blog.lemonde.fr/2014/04/14/vol-de-peinture-taguer-en-toute-liberte-grace-au-graffiti-drone/>.
- 12 En référence à une expérience de musée à ciel ouvert, menée par la mairie du 13^e arrondissement de Paris, v. C. GRE, *op. cit.*, p. 15. V. égal. P. CLEMONTEL, F. LAVILLE, « Street art, Entre transgression et consécration », préc. spéc. p. 39. S'agissant de la place du graff dans une ville éducatrice, Abdel BENESSAVY, Séverine BOUILLEAU, Kadéjat DAHOU-FREDI *et al.*, « Le graffiti, un outil au service de la ville éducatrice », *Spécificités*, n° 3, 2010/1, p. 213-228, DOI: 10.3917/spec.003.0213. URL: <https://www.cairn.info/revue-specificites-2010-1-page-213.htm>.
- 13 Le principe de la liberté de la création artistique est consacré par l'article 1^{er} de la loi du 7 juillet 2016 relative à la liberté de la création, à l'architecture et au patrimoine, L. n° 2016-925 du 7 juill. 2016, JO 8 juill. 2016. V. not. A.-S. CHAVENT-LECLERE, « Les aspects de droit pénal de la loi LCAP », *Juris art etc.*, n° 43, 2017, p. 20.
- 14 A. MONTAS, « Le graffiti, figure de la délinquance artistique : le *Street Art* à l'épreuve du droit pénal », in *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, préc. p. 43, spéc. p. 44.
- 15 En ce sens, v. C. YANG, préc., p. 22.
- 16 Sur ce point, v. not. N. MENSCH, *L'art transgressif du graffiti : pratiques et contrôle social*, préc., spéc. p. 110.
- 17 En ce sens, v. G. BOUDINET, *Pratiques TAG, vers la proposition d'une « transe-culture »*, coll. Art, Transversalité, Éducation, L'Harmattan, 2002, spéc. p. 40.
- 18 Ainsi, le toyage (tag débutant barré ou recouvert par des tagueurs plus expérimentés et reconnus) ou encore la dédicace sont des étapes dans la reconnaissance et le respect, v. not. G. BOUDINET, préc., p. 39 à 41.

s'agissant des réalisations des graffeurs, impliquant un temps de conception plus conséquent et qui, partant, s'accommoderaient plus difficilement d'une pratique clandestine et répréhensible, d'où une incitation à l'institutionnalisation et parfois une marchandisation, ne participant pas, à l'évidence, du même esprit que le *tag* qui perdrait ainsi en authenticité¹⁹. Dès lors, la tentation est grande de distinguer « deux conceptions de l'art urbain : le *tag* d'un côté et le Street Art de l'autre²⁰ ». Seul le premier serait de nature, *a priori*, à être concerné par le droit pénal qui permettrait ainsi de distinguer les vandales des artistes. La réalité est éminemment plus complexe : non seulement il semble excessivement artificiel d'opposer *tag* et *graff* d'un point de vue sociologique et culturel²¹, mais encore et surtout, en ce qui nous concerne, le droit pénal ne se réfère pas aux catégories techniques de l'art urbain, il n'a pas davantage vocation à se prononcer sur le caractère artistique ou non du *tag*, du *graff* ou de la fresque. Peu importe donc que l'auteur soit un apprenti tagueur à la technique limitée et ayant très grossièrement apposé son *blaze* sur des supports ne lui appartenant pas ou à l'inverse un artiste reconnu, comme en attestent les condamnations récentes d'artistes urbains célèbres²². Et pourtant, l'approche pénale du *tag* soulève des questionnements intimement liés au particularisme des faits délictueux. Intuitivement, on peut postuler que la dimension artistique est susceptible d'atténuer l'intensité de la répression. Pour autant, ce postulat semble être totalement contredit par l'évolution législative de la répression du *tag* (I), à moins que l'appréhension judiciaire du *tag* ne permette de dégager une tendance répressive, très différente (II).

I. L'évolution législative de la répression du *tag*

Le développement du *tag* dans les années quatre-vingt et quatre-vingt-dix a suscité de nombreuses réactions, notamment de la part d'élus locaux ou encore de députés et sénateurs. Le *tag* est pleinement entré dans le discours politique et la question de sa répression pénale s'est posée à un moment où précisément le Code pénal faisait l'objet d'une réforme d'une très grande envergure. C'est donc dans un contexte particulier que s'inscrit la répression autonome du *tag* (A) qui ne se signale pas par sa très grande cohérence (B).

A. Une répression autonome du *tag*

La répression du *tag* a évolué depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994. Avant cette date, le *tag* pouvait être réprimé, selon les hypothèses, au

19 Ainsi, les murs « d'expression libre » parfois proposés par les communes ne font pas l'unanimité chez les graffeurs, dont certains remettent en cause l'authenticité de ce mode d'expression artistique, v. not. N. MENSCH, préc., p. 271 et s.

20 C. GRE, *op. cit.*, p. 14.

21 S'agissant d'un art transgressif, il est illusoire de trancher entre la pratique légale et illégale, v. N. MENSCH, préc., p. 274.

22 V. not. les décisions concernant *M. Chat* ou *Azile*. Ces décisions seront explicitées dans la 2^e partie de l'article.

moyen de trois dispositions du Code pénal auxquelles s'ajoutaient des dispositions particulières, notamment en matière de transports ferroviaires²³ ou encore sur le fondement d'atteintes à l'environnement²⁴. Pour s'en tenir aux incriminations du Code pénal, l'article R. 38 du Code pénal (ancien) punissait d'une peine contraventionnelle de la quatrième classe les auteurs ayant effectué, tracé, sans autorisation, des inscriptions, des signes ou dessins sur un bien public ou privé²⁵. À supposer les conditions réunies, le juge avait également la possibilité de retenir les qualifications délictuelles de destruction ou de dégradation des biens publics²⁶ ou privés²⁷. Il ressortait assez clairement de la jurisprudence que la nature de la qualification et, partant, l'intensité de la répression dépendaient du caractère indélébile ou non de l'inscription, du signe ou du dessin. Les sanctions délictuelles n'étaient envisageables que dans le cas de dommages importants, notamment si le support était altéré, par exemple par l'usage d'une encre indélébile²⁸. D'un point de

-
- 23 V. D. 22 mars 1942, portant règlement d'administration publique sur la police, la sûreté et l'exploitation des voies ferrées d'intérêt général et d'intérêt local, spéc. art. 73 et 74. Ces dispositions ont été abrogées par le Décret n°2016-541 du 3 mai 2016 relatif à la sûreté et aux règles de conduite dans les transports ferroviaires ou guidés, dont certaines dispositions sont susceptibles d'intéresser notre sujet; v. not. l'article 5 qui interdit à toute personne «... de détériorer ou de souiller de quelque manière que ce soit les espaces, les véhicules ou le matériel affectés au transport public de voyageurs ou de marchandises»; l'article 18, 2° du décret sanctionne la violation de cette prescription d'une amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe. V. égal. art. L. 2242-4 du Code des transports qui sanctionne de peines délictuelles (6 mois d'emprisonnement et 3 750 euros d'amende) le fait de «pénétrer, circuler ou stationner sans autorisation régulière dans les parties de la voie ferrée ou de ses dépendances qui ne sont pas affectées à la circulation publique...». Pour un exemple de poursuite sur une combinaison de fondements, v. CA Paris, Pôle 4, 11^e ch., 24 mai 2011, n°09/10386; JurisData: 2011-012723.
- 24 V. not., D. FONTANAUD, art. préc. Ainsi, au titre de la protection des parcs nationaux, l'article R 331-65 du Code de l'environnement, interdit «de faire des inscriptions, signes ou dessins sur des pierres, arbres ou tout autre bien meuble ou immeuble» (amende prévue pour les contraventions de la 4^e classe). V. égal., art. R. 332-71 du Code de l'environnement, pour les réserves naturelles (incrimination et peine identique).
- 25 L'article R. 25 du Code pénal (ancien) prévoyait les peines suivantes pour les contraventions de la quatrième classe: 1 300 à 3 000 F d'amende et un emprisonnement de 5 jours au plus ou l'une de ces deux peines seulement. Toutefois, aux termes de l'article R. 38 du Code pénal (ancien), la seule peine d'emprisonnement ne semblait pas pouvoir être prononcée.
- 26 C. pén. anc., art 257, réprimant d'un emprisonnement d'un mois à deux ans et d'une amende de 500 F à 30 000 F, notamment, la destruction, dégradation des monuments, statues et autres objets destinés à l'utilité ou la décoration publique, et élevés par l'autorité publique ou avec son autorisation. À noter que la contrainte par corps s'appliquait à l'auteur de ce délit, v. not, Crim., 23 févr. 1972, D. 1973. 333, note J. M. LITTMANN.
- 27 C. pén. anc., art 434, réprimant de trois mois à deux ans d'emprisonnement et/ ou d'une amende de 2 500 F à 50 000 F la destruction, dégradation d'un objet mobilier ou immobilier appartenant à autrui.
- 28 V. Crim. 28 sept. 1970, D. 1971. 36, note M. CHABAS. *A contrario*, v. crim. 23 juin 1953, D. 1953. 557: une inscription au blanc d'Espagne, facilement lavable, n'entrait pas dans le champ de l'incrimination délictuelle de l'article 257 du Code pénal (ancien). On peut toutefois supposer qu'elle pouvait entrer dans celui de la contravention réprimée par l'article R. 38 du Code pénal (ancien). V. sur ce point, v. not., D. VIRIOT-BARRIAL, «Destructions

vue procédural, l'apparence autorisait la procédure de flagrance, indépendamment de la qualification pénale retenue, en définitive²⁹.

Le développement du tag en France dans les années 1980 a suscité des réactions politiques fortes et divergentes, entre indignation et volonté de reconnaissance. À ce titre, les échanges parlementaires opposant le ministre de la Culture de l'époque, Jack Lang, favorable à la promotion de cet « art urbain », de la culture hip-hop, et de nombreux députés, soucieux des deniers publics et, pour certains, ne dissimulant pas leur hostilité à cette nouvelle culture³⁰, illustrent assez bien les ambiguïtés du sujet et la difficulté de trouver une solution médiane au traitement pénal du tag. Alors que la question du coût du nettoyage est au cœur du débat, l'idée de violences urbaines et le sentiment d'insécurité véhiculé par le tag favorisent une politique pénale plus répressive, inspirée par le modèle américain, et notamment new-yorkais. Le discours sécuritaire est bien rodé³¹. Dans les faits, la dégradation de la plus emblématique station de métro du Louvre-Rivoli le 1^{er} mai 1991 et l'incarcération, quelques semaines plus tard, de trois jeunes graffeurs créent un contexte particulièrement favorable à un durcissement de la législation pénale³².

Par conséquent, l'innovation du Code pénal de 1994 consistant dans la création d'un délit autonome, réprimant le tag, n'est pas une surprise. Ainsi, le délit de « graffiti », sanctionne, « le fait de tracer des inscriptions, des signes ou des dessins, sans autorisation préalable, sur les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain³³ ».

– Déggradations – Détériorations», *Rép. pén. Dalloz*, spéc. n° 110. Par ailleurs, l'utilisation d'une telle peinture peut justifier une sanction disciplinaire, v. CAA, Douai, 3^e ch., 22 sept. 2011, n° 09DA01793, inédit.

29 V. Crim., 11 mars 1992, n° 91-84175.

30 Pour un exemple caricatural, v. Rép. min. n° 46250 (culture-politique culturelle-subvention accordée aux groupes hip-hop) JOAN Q, 25 nov. 1991, p. 4801. Dans cette question de M. C. EHRMANN au ministre de la Culture et de la communication, la culture judéo-chrétienne et le hip-hop (comprendre selon les termes du député : bande pratiquant le tag, le rap, professant un discours anti-blanc et un antisémitisme virulent) sont placés en opposition.

31 Analysant le discours politique et médiatique, un auteur décèle la construction d'un ennemi intérieur, dans les représentations des graffiteurs, en s'appuyant sur les travaux de M. RIGOUSTE (*L'ennemi intérieur. La généalogie coloniale et militaire de l'ordre sécuritaire dans la France contemporaine*, Paris, La Découverte, 2013), v. N. MENSCH, préc., p. 180. Il n'est pas évident que, d'un point de vue strictement pénal, la création d'un délit autonome de graffiti constitue un indice suffisamment révélateur d'un véritable droit pénal de l'ennemi, qui s'illustre le plus souvent par une anticipation de la répression et pas uniquement par son intensité. Sur cette notion, v. not. *Droit pénal et politique de l'ennemi* (publication des actes des journées d'étude, 12 et 13 déc. 2013, Chambéry), dir. J.-F. DREUILLE, *Revue Jurisprudence Critique*, 2015, Chambéry.

32 V. en ce sens, N. MENSCH, préc., p. 148.

33 Modif. iss. L. n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité, art. 44, JO 10 mars 2004, p. 4567. V. not., v. X. PIN, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, 10^e éd., 2019, n° 448.

S'agissant de la sanction, l'article 322-1, alinéa 2, du Code pénal prévoit une amende de 3 750 euros ainsi, depuis la loi 9 septembre 2002, qu'un cumul insolite avec le travail d'intérêt général³⁴, provoquant, en 2004, une modification de l'article 131-9 du Code pénal, qui faisait, jusqu'alors, du travail d'intérêt général une peine de substitution à l'emprisonnement ou à l'amende. Un système répressif reposant exclusivement sur une peine d'amende élevée visant des auteurs le plus souvent mineurs et insolvables, dénote incontestablement une réaction législative invraisemblablement inadaptée³⁵. Ce constat ne se dément pas, bien au contraire, si l'on se penche sur les circonstances aggravantes du délit de graffiti : la peine d'amende est alors portée à 15 000 euros, dans les circonstances prévues par l'article 322-3 du Code pénal³⁶. À l'évidence, la répression n'a de sens que si le graffiti n'a pas fait l'objet d'une autorisation préalable. Par conséquent, un graffiti sur un mur d'expression libre ne peut être pénalement sanctionné. Dans cette hypothèse et sous réserve du respect du périmètre de l'autorisation, la répression n'a pas lieu d'être.

Au titre des éléments constitutifs, le délit de tag implique « l'intention de revêtir le bien d'autrui de graffitis en ayant conscience de lui occasionner un dommage léger³⁷ ». Des concours de qualifications sont envisageables³⁸ dès lors que l'inscription, le signe ou le dessin serait porteur d'un message pénalement répréhensible (injures, diffamation, message de caractère pornographique, violent ou de nature à porter atteinte à la dignité humaine, provocations aux crimes et délits incriminés par loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, atteinte au respect dû aux morts³⁹...). Dans cette hypothèse et dès lors que les intérêts protégés par les incriminations sont distincts, protection des biens d'un côté, protection des personnes de l'autre, il peut s'agir d'un cumul idéal d'infractions, conduisant à des déclarations de culpabilité multiples⁴⁰, sous réserve, naturellement, que l'élément intentionnel, pour chaque infraction, puisse être établi. Le graffiti est aussi bien

34 V. not., X. PIN, Le travail d'intérêt général, peine principale de référence : l'innovation en vaut-elle la peine?, *D.* 2003, Point de vue, 75. S'agissant de la discussion lors de la réforme du Code relative au « TIG » pour les « tags », v. D. FONTANAUD, préc. Il n'est pas évident que le TIG consistant à commander des œuvres légales au prévenu ait un réel effet sur la réitération ou récidive. En forçant le trait, cela lui permet, au contraire de bénéficier de moyens matériels supplémentaires facilitant la récidive. Pour un exemple concret, v. not. A. Paulin, « Répression contre les « tags » : qualification spécifique ou détérioration de droit commun? », *AJ pénal*, 2005, p. 369.

35 Il a d'ailleurs été écrit que le législateur, ne pouvant pas ignorer ce fait, faisait preuve d'hypocrisie, v. M.-L. RASSAT, *op. cit.*, n° 238.

36 Pour un exemple d'aggravation par la circonstance de réunion, v CA Rennes, 10^e ch., 28 nov. 2016, n° 15/01789 ; *JurisData* : 2016-025655.

37 J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, Cujas, 2001, n° 1058 ; v. égal. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. manuel, 5^e éd., 2016, n° 658.

38 V. not., D. FONTANAUD, La question du tag en droit pénal, *Dr. pén.*, 1992, chron. n° 36, p. 1 et s. Pour un exemple de graffitis portant outrage aux bonnes mœurs et les conséquences de leur publication dans la presse, v. Crim., 15 déc. 1980, n° 80-90129 ; *Gaz. Pal.*, n° 2, 1981, 486.

39 V. C. pén., art. 225-17, alinéa 2, pour la profanation de sépulture.

40 Contra, v. J. PRADEL, M. DANTI-JUAN, *op. cit.*, *loc. cit.*

souvent le moyen de parvenir à une infraction-fin plus sévèrement réprimée et qui sera seule retenue au titre de l'acte de poursuite. Le graffiti peut ainsi être utilisé pour véhiculer un message raciste ou menaçant et le juge retiendra, dans ces hypothèses, l'infraction finale⁴¹.

L'élément matériel est précis : l'article 322-1, alinéa 2, ne se contente pas, à l'instar de l'alinéa 1^{er}, de viser une destruction, dégradation, détérioration, mais implique que l'auteur des faits ait tracé, ou tenté de tracer⁴², des inscriptions, des signes ou des dessins. La loi pénale s'interprétant strictement, tout autre procédé ne peut être sanctionné sur ce fondement. Le juge n'est toutefois pas démuné : dans l'hypothèse d'une destruction, dégradation, détérioration occasionnant un dommage léger, le juge peut faire application de l'article R. 635-1 du Code pénal⁴³. Par ailleurs, l'identification du support est déterminante. En effet, il ne s'agit pas de n'importe quel bien appartenant à autrui : sont visés, selon une énumération qui ne peut être qu'exhaustive, les façades, les véhicules, les voies publiques ou le mobilier urbain. La distinction entre la nature privée ou publique des biens (autres que les voies) en cause n'apparaît pas, à ce stade. Ici encore, l'interprétation stricte commande d'écarter l'article 322-1, alinéa 2, dès lors que le bien atteint dans sa substance ne figure pas dans cette liste. Il demeure la possibilité pour le juge de fonder une décision de condamnation sur l'article R. 635-1 du Code pénal⁴⁴, ce qui implique la consommation de l'infraction, la répression de la tentative étant nécessairement écartée⁴⁵.

Enfin, il importe de préciser que le champ d'application du délit autonome de graffiti est cantonné aux dommages légers. Dans l'hypothèse d'un dommage conséquent, l'article 322-1, alinéa 1^{er}, réprime, plus sévèrement et de façon générale cette fois, la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant

41 V. par ex., Crim., 31 mars 2016, n°15-82417. À noter que le mobile politique du graffiti n'a pas d'incidence sur le régime de l'infraction qui relève du droit commun (en l'espèce protestation contre la présence au sein d'une faculté de gardiens mandatés par le rectorat et contre la politique du doyen), v. Crim., 23 févr. 1972, n°70-93105, *Bull. crim.*, n°74 ; *D.*, 1973. 133, note J.-M. LITTMAN.

42 La tentative est en effet punissable, en application de l'article 322-4 du Code pénal (peine identique à l'infraction consommée).

43 C. pén., art. R 635-1, sanctionnant la destruction, dégradation ou détérioration volontaire d'un bien appartenant à autrui prévoyant une amende de 1 500 euros (amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe).

44 Comme en atteste une décision de la Cour d'appel de Grenoble qui, en présence d'un graffiti sur un mur de soutènement d'une voie ferrée (donc support non visé par le texte particulier), a écarté le délit autonome de l'article 322-1, al. 2, et a retenu le texte général applicable, en présence d'un dommage léger, à savoir la contravention réprimée par l'article R. 635-1 du Code pénal, CA Grenoble, ch. corr., 22 janv. 1997, n°84-97 : *Jurisdata* n°1997-040125.

45 Aux termes de l'article 121-4 du Code pénal, la tentative n'est pas réprimée en matière contraventionnelle. Sur ce point et s'agissant du *tag*, v. E. BONIS et R. OLLARD, Fasc. 20 : Destructures, dégradations et détériorations ne présentant pas de danger pour les personnes - Art. 322-1 à 322-4-1, *J.-Cl. Pénal Code*, n°75.

à autrui⁴⁶. Ainsi, il a été jugé qu'une inscription à la peinture sur un wagon de la SNCF, détériorant à la fois le revêtement peint du wagon et son support métallique, occasionnant un dommage important, entrainé dans les prévisions de l'article 322-1⁴⁷. En d'autres termes, il n'est pas retenu dans cette hypothèse le délit particulier – autonome – de graffiti, mais une incrimination plus générale et surtout plus sévère : l'auteur de la destruction, dégradation ou détérioration, encourt dans cette hypothèse une peine de deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende. En outre, par le jeu des circonstances aggravantes, les peines encourues peuvent être très lourdes, pour des atteintes aux biens. Ainsi, un *tag* occasionnant une destruction, dégradation ou une détérioration, commise par plusieurs personnes, le visage dissimulé, fait encourir à ses auteurs une peine de sept ans d'emprisonnement et 100 000 euros d'amende⁴⁸. Or, de telles circonstances n'ont rien d'exceptionnel au cours de cette pratique illégale. En d'autres termes, il est très aisé pour le juge, en théorie, de puiser dans les innombrables causes d'aggravation⁴⁹.

Cette articulation des différents textes applicables, combinant plus ou moins subtilement les champs répressifs en fonction soit des procédés employés soit de l'intensité du dommage causé au bien, n'est pas exempte de toute critique et manque singulièrement de cohérence.

B. Une répression désordonnée du *tag*

D'un point de vue strictement juridique, la construction de l'article 322-1 du Code pénal est discutable⁵⁰. De deux choses l'une : ou bien le dommage est

46 La distinction entre destruction (bien endommagé dans sa globalité), détérioration (bien rendu inapte à sa fonction) dégradation (diminution de la valeur ou de l'utilité du bien) n'est pas décisive : dans les trois hypothèses l'infraction est constituée, en ce sens, v. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, Litec, coll. manuel, 5^e éd., 2016, n° 658.

47 Crim., 1^{er} juin 1994, n° 93-84966, *Dr. Pén.*, 1994, comm. 254.

48 V. la combinaison de circonstances aggravantes prévues par l'article 322-3, dernier alinéa, du Code pénal. À noter que l'article 322-3, 8^o prévoit une circonstance aggravante lorsque le bien détruit, dégradé ou détérioré est un bien public. V. égal. l'article 132-76 du Code pénal qui relève le maximum de la peine privative de liberté lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une prétendue race, une ethnie, une nation ou une religion déterminée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons. Un *tag* est de nature à entrer dans ce champ répressif, ainsi la peine d'emprisonnement prévue par l'article 322-1, aliéna 1^{er}, serait doublée tout comme dans l'hypothèse prévue par l'article 132-77 du Code pénal (lorsqu'un crime ou un délit est précédé, accompagné ou suivi de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature qui soit portent atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de son sexe, son orientation sexuelle ou identité de genre vraie ou supposée, soit établissent que les faits ont été commis contre la victime pour l'une de ces raisons).

49 En ce qui concerne les causes d'aggravation, conséquences d'une atteinte à un bien classé ou encore à un bien culturel, v. C. pén., art. 322-3-1.

50 Sans même qu'il soit besoin d'évoquer la rédaction maladroite de l'article 322-1, al. 2, qui semble indiquer que les inscriptions, signes et dessins ne peuvent être sanctionnés que s'ils

léger, il s'agit alors d'un graffiti ayant la nature d'un délit avec des peines mesurées ; ou bien le dommage est grave, et le même fait matériel ne relève plus du graffiti, mais d'une destruction, dégradation ou d'une détérioration, punie de sanctions plus lourdes. C'est dire l'importance du dommage dans la qualification des faits et la nécessité pour les juges du fond, sous le contrôle de la Cour de cassation, de préciser en quoi il est important ou léger⁵¹. Le législateur a érigé en délit autonome un fait sanctionné jusqu'alors par une contravention. Pour autant, dès lors qu'il existe toujours dans le Code pénal, comme cela a été mentionné, une contravention réprimant les destructions, dégradations, détériorations occasionnant un dommage léger⁵², cette pénalisation particulière du *tag* ne laisse aucun doute sur l'intention du législateur : le recours à une qualification délictuelle particulière traduit assurément une politique pénale plus répressive à l'encontre du *tag* pour ce qu'il est, pour ce qu'il représente, et non pas uniquement en considération du dommage qu'il cause⁵³.

Pour autant, dès lors que le juge est amené à délaisser l'incrimination spéciale pour le texte général selon la gravité du dommage et donc, en quelque sorte – pour caricaturer – selon la nature de l'encre utilisée, la cohérence des qualifications est discutable. Cet exemple atteste qu'il n'y a pas d'intérêt juridique à multiplier les incriminations spéciales lorsqu'un texte à portée plus générale est susceptible d'apporter une réponse pénale identique. On pourrait objecter que le législateur, par le jeu des qualifications, a augmenté de 150 % le montant de l'amende encourue, traduisant une sévérité accrue à l'encontre du tagueur en cas de dommage léger⁵⁴. Cela serait oublier que, contrairement aux peines d'amendes délictuelles, les peines d'amende pour contravention se cumulent entre elles et que le juge pouvait déjà, dans le système antérieur à 1994, faire preuve de sévérité à l'encontre de l'auteur de *tag*, qui se contente rarement d'une signature isolée. Par ailleurs, dès lors qu'il était toujours possible de sanctionner sévèrement le *tag* sur le fondement de l'alinéa 1^{er} de l'article 322-1, en cas de dommage important, l'intérêt

causent un dommage léger et qu'ils seraient donc non punissables en cas de dommage plus conséquent. Sur ce non-sens, v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^e éd., n° 237.

51 En ce sens, v. E. BONIS et R. OLLARD, préc., n° 78.

52 C. pén., art. R 635-1, sanctionnant la destruction, dégradation ou détérioration volontaire d'un bien appartenant à autrui prévoyant une amende de 1 500 euros (amende prévue pour les contraventions de la 5^e classe).

53 *Contra*, v. A. MONTAS, préc., p. 46 et 47.

54 À s'en tenir à une comparaison entre l'amende encourue pour la contravention de l'article R. 635-1 et celle prévue par l'article 322-1, al. 2, les deux textes étant issus du nouveau Code pénal. La comparaison serait d'un ordre de grandeur très différent en se référant aux articles R 38 du Code pénal (ancien) 322-1, al. 2 actuel, dès lors que le maximum de l'amende encourue était à l'époque de 3 000 francs (à rapporter à 3 750 euros à l'heure actuelle), soit une augmentation de près de 719 % de l'amende maximale encourue pour un fait similaire. Il faut toutefois relativiser cette augmentation en tenant compte de l'augmentation généralisée des montants des peines d'amende dans le nouveau Code pénal (disparition de la peine d'emprisonnement pour les contraventions de la 5^e classe).

de cette qualification particulière résidait, avant toute autre considération, dans un souci politique d’affichage de lutte clairement identifiée contre le *tag*⁵⁵.

La cohérence du droit antérieur permettant d’opter pour la voie délictuelle ou contraventionnelle, en fonction de l’intensité du dommage, était plus manifeste. En outre, la distinction entre le dommage léger et le dommage important aurait mérité d’être davantage explicitée par le législateur – ou à défaut, par le juge – tout comme il serait souhaitable de bien distinguer le dommage du préjudice⁵⁶, dans la détermination de la qualification. Autant d’incertitudes qui créent une insécurité juridique. La Cour de cassation n’a pourtant pas jugé nécessaire de renvoyer une question prioritaire de constitutionnalité en affirmant que « les termes de l’article 322-1, alinéa 1, du Code pénal sont suffisamment clairs et précis pour que son interprétation, qui entre dans l’office du juge pénal, se fasse sans risque d’arbitraire, de sorte qu’aucun des principes invoqués n’est méconnu⁵⁷ ». Par conséquent, la marge de manœuvre laissée aux juges du fond est assez considérable. Il reste à vérifier la manière dont ils se sont emparés de la question du *tag*.

II. L’appréhension judiciaire du *tag*

Nous avons postulé que le particularisme du *tag* devrait avoir des effets sur la répression tout en insistant sur le caractère clivant d’une telle pratique. Souillure intolérable pour les uns, pratique artistique pour les autres, le consensus social est loin d’être trouvé en la matière. Le juge disposant d’un large pouvoir d’appréciation des faits, notamment dans la détermination du dommage causé, on peut supposer que la matière donne lieu à une très grande casuistique, reflétant cette absence de consensus. Pour s’en assurer, il convient de prendre la mesure des poursuites et des sanctions (A) avant de s’interroger sur l’existence officielle ou officieuse d’une cause inédite de justification. En d’autres termes, il s’agit de savoir si les prétentions artistiques du *tag* peuvent produire un effet justificatif (B).

A. La mesure des poursuites et des sanctions

Une première précision s’impose : les données statistiques du ministère de la Justice ne sont pas suffisamment fines pour permettre de tirer des enseignements sur le nombre exact de poursuites et sur l’orientation des dossiers⁵⁸. Trois raisons l’expliquent. Tout d’abord, de façon générale, les destructions et dégradations sont mentionnées au sein de la catégorie, atteintes aux biens, et sont comptabilisées,

55 V. Circ. du 14 mai 1993, présentant les dispositions du nouveau Code pénal et de la loi n° 92-1336 du 16 décembre 1992 relative à son entrée en vigueur, p. 210.

56 La loi vise le dommage et non le préjudice. Par conséquent, la prise en compte, par exemple, du préjudice économique n’est pas respectueuse du texte, v. partie II.

57 Crim., 4 nov. 2014, n° 14-90.038, QPC ; v. V. MALABAT, « Où l’on apprend que l’absence de critères de qualification du dommage léger et non léger n’est pas contraire au principe de la légalité », *Rev. Pénit.*, 2015, p. 137 à 139.

58 En se référant aux chiffres clés de la justice : <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/chiffres-cles-de-la-justice-10303/>

sans distinction, avec les vols et les recels notamment. Ensuite, lorsqu'il est possible de consulter des chiffres plus fins en ayant connaissance, par exemple, du nombre de condamnations pour les destructions et dégradations⁵⁹, il demeure difficile d'en tirer des conclusions. En effet, les destructions et dégradations ne relèvent pas exclusivement, tant s'en faut, d'une activité délictueuse en lien direct avec le *tag*⁶⁰. Enfin, la multiplicité des fondements répressifs ne facilite pas l'analyse statistique, tout comme les possibilités offertes d'alternatives aux poursuites⁶¹ ou encore, en matière contraventionnelle, de transaction⁶². À ce sujet, un doute subsiste s'agissant de la transaction par OPJ, prévue, en matière délictuelle, par l'article 41-1-1, 2° du Code de procédure pénale, aux termes duquel cette transaction est possible pour les délits punis d'une peine d'amende (ce type de transaction demeure, pour le moment, très marginal). Toutefois, le délit autonome de graffiti étant sanctionné d'une amende et d'une peine de travail d'intérêt général, en toute rigueur et alors même que la solution n'est guère satisfaisante, la transaction devrait être exclue. On

59 V. par exemple, les chiffres du fichier statistique du casier judiciaire national.

60 Ainsi, pour l'année 2016, la consultation du fichier statistique du casier judiciaire national, et s'agissant des destructions et dégradations (délit), permet de relever 13383 condamnations (4390 pour destruction d'un bien d'autrui; 2827 pour destruction d'un bien d'autrui par explosion ou incendie; 2883 pour destruction d'un bien d'autrui avec effraction; 2980 pour dégradations d'un monument d'utilité publique). Si l'on peut écarter les destructions par explosion ou incendie pour restreindre le champ de l'analyse, toutes les autres condamnations sont susceptibles de concerner le tag, mais il est évident que la réalité est différente, source: Ministère de la justice/SG/SEM/SDSE – Fichier statistique du casier judiciaire national.

61 V. les multiples possibilités offertes au procureur de la République par les articles 41-1 (rappel à la loi, réparation du dommage...) et 41-2 (composition pénale) du Code de procédure pénale. S'agissant du traitement des auteurs poursuivables en 2016 selon les grandes catégories, il ressort pour les atteintes aux biens les chiffres suivants: 41 % de poursuite; 41 % de mesures alternatives réussies; 2 % de composition pénales réussies; 16 % d'inopportunité des poursuites, Références statistiques consultables en ligne: <http://www.justice.gouv.fr/statistiques-10054/references-statistiques-justice-12837/justice-penale-donnees-2016-31192.html>. Il est donc très probable que les auteurs de *tag* se voient proposer dans une large mesure des alternatives aux poursuites, d'autant plus, que l'incrimination autonome de graffiti est celle, parmi les atteintes délictuelles aux biens, faisant l'objet des sanctions les plus légères.

62 Les destructions légères incriminées par l'article R. 635-1 du Code pénal peuvent être constatée par procès-verbal par les agents de police municipale et les gardes champêtres, v. CPP, art. R. 15-33-29-3. Or, l'article 44-1 du code de procédure pénale prévoit, s'agissant des contraventions que les agents de la police municipale sont habilités à constater par procès-verbal et qui sont commises au préjudice de la commune au titre de l'un de ses biens, que le maire peut, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, proposer au contrevenant une transaction consistant en la réparation de ce préjudice. La transaction proposée par le maire et acceptée par le contrevenant doit être homologuée par le procureur de la République. La transaction peut également consister en l'exécution, au profit de la commune, d'un travail non rémunéré pendant une durée maximale de trente heures. Elle doit alors être homologuée, selon la nature de la contravention, par le juge compétent du tribunal de police. En outre, lorsque la contravention n'a pas été commise au préjudice de la commune, mais a été commise sur le territoire de celle-ci le maire peut proposer au procureur de la République une mesure alternative aux poursuites qui peut consister en une réparation par l'auteur de l'infraction des dommages résultants de celle-ci. Par conséquent, cette possibilité de transaction existe potentiellement s'agissant des tags apposés sur des immeubles privés.

peut ajouter que lorsque des faits sont susceptibles de porter atteinte au bon ordre, à la sûreté, à la sécurité ou à la salubrité publiques, le maire tire de l'article L. 132-7 du Code de la sécurité intérieure la faculté de procéder verbalement à l'endroit de leur auteur au rappel des dispositions qui s'imposent à celui-ci pour se conformer à l'ordre et à la tranquillité publics, le cas échéant en le convoquant en mairie. Les auteurs de *tag* sont susceptibles d'être concernés par une telle convocation et il est très difficile de mesurer l'effectivité de ce dispositif.

On l'aura compris, s'agissant de la mesure des poursuites, on doit donc se contenter d'une impression résultant d'une méthode, scientifiquement discutable. La recherche par mots-clés à l'aide d'outils classiques de recherche juridique, en faisant un bon usage des différents filtres possibles, atteste que le nombre de décisions pénales s'agissant du *tag* demeure limité. Le constat est encore plus net si l'on réduit la recherche au seul alinéa 2 de l'article 322-1 du Code pénal. En d'autres termes, les poursuites sur le fondement du délit autonome de graffiti semblent peu fréquentes⁶³, ce qui ne signifie pas, au vu des nombreuses alternatives envisagées, que la réponse pénale n'est pas, globalement, satisfaisante. Cela attesterait du décalage entre la sévérité affichée du Code pénal et la pratique judiciaire⁶⁴. Et pourtant, la confirmation de cette analyse est loin d'être évidente. Certes, au cours des grands procès médiatiques du début des années 2000, il a pu être constaté une certaine indulgence de la part des juges du fond, aussi bien à l'égard de la presse spécialisée du mouvement graff⁶⁵ qu'en faveur des *graffiteurs*, eux-mêmes. Le procès de Versailles en 2009 puis, en appel, en 2012 impliquant près de soixante prévenus illustre assez bien cette tendance : des moyens d'investigation hors norme, des parties civiles « institutionnelles » pionnières dans la lutte anti-tag et un procès qui débouche, sans même évoquer l'amnistie dont les auteurs ont bénéficié, sur des peines relativement indulgentes, conséquences de difficultés rencontrées, notamment, dans la qualification des faits et de la durée de la procédure. Les aspects civils du procès ont attesté, en outre, des difficultés inhérentes aux méthodes de calcul des dommages et intérêts, le coût du nettoyage avancé par les plaignants étant fortement contesté par les auteurs, et de fait, assez largement réduit par les juges⁶⁶. Ce procès très médiatisé ne doit pas occulter que des amendes conséquentes peuvent parfois être prononcées auxquelles viennent, fréquemment, s'ajouter

63 Constat fondé sur la recherche par mots-clés associés ou isolés (tag, graffitis, destruction, détérioration, dégradation) avec filtre (droit pénal/ Jurisprudence) et sans filtre (tout domaine/ toutes sources) en utilisant les moteurs de recherche des sites juridiques *Lexis 360*, *Dalloz* et *Legifrance*. Dès lors que toutes les décisions des juges du fond ne donnent pas lieu à publication, un biais dans cette recherche est manifeste.

64 Dans le sens de cette interprétation, v. A. MONTAS, préc., spéc. p. 51.

65 CA Paris, 11^e ch. A, 27 septembre 2006, *SNCF c/ SARL Graffiti! Production et autres*. V. not., N. MENSCH, *L'art transgressif du graffiti : pratiques et contrôle social*, préc., p. 139 à 140 ; M. COURET, *La production de l'œuvre publique d'art contemporain*, Droit, Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2014. Français, <NNT: 2014PA010256>. <tel-01545886>, p. 135 et s.

66 TGI de Versailles, ch. corr., 21 juin 2011, statuant sur les intérêts civils du « procès de Versailles ».

des dommages-intérêts, dont le montant grève lourdement et dans le temps le patrimoine des auteurs. Certes, les auteurs de graffitis échappent le plus souvent à des peines d'emprisonnement ferme, du moins en France, ce qui est cohérent au regard de la pratique judiciaire et du prononcé d'une peine de cette nature dans d'autres contentieux délictuels. Toutefois, la récidive, extrêmement fréquente en ce domaine, peut conduire à des réquisitions plus sévères : en atteste le récent procès du graffeur connu sous le pseudonyme, *M. Chat*, contre lequel étaient requis trois mois d'emprisonnement ferme⁶⁷. Le tribunal a préféré prononcer une peine d'amende de 500 euros pour le dessin d'un chat, d'un oiseau et de quatre roses sur une paroi blanche en attente d'être recouverte et située sur un quai de RER de la gare du Nord, ce qui, somme toute, paraît cohérent au regard de l'intérêt social protégé, sachant, *a fortiori*, que la SNCF ne s'est pas portée partie civile dans cette affaire⁶⁸. Les réquisitions contre *M. Chat*⁶⁹ ne sont pas sans rappeler une décision des juges du fond condamnant un tagueur sur le fondement de l'article 322-1, alinéa 1^{er}, du Code pénal alors même que, en l'espèce, le délit autonome – moins sévère – de graffiti, semblait pouvoir être retenu. Le juge semble s'être désintéressé de la question de l'intensité du dommage, pourtant décisive dans la qualification des faits⁷⁰. Plus surprenant encore la lecture d'une décision de la Cour de cassation qui n'a pas eu les faveurs du bulletin criminel et qui pourtant atteste d'une interprétation discutable de l'article 322-1 du Code pénal. Les juges du fond avaient considéré que « l'appréciation de la gravité ou de la légèreté du dommage visé par les articles 322-1 et suivants du Code pénal était une question de fait qui pouvait s'apprécier, s'agissant de dégradations, en fonction du coût de la restauration de celles-ci ; qu'en tout état de cause, considérer qu'une dégradation aurait été légère parce que non irréversible serait revenu à ajouter à la loi un élément dont elle ne disposait pas ; qu'en l'espèce, indépendamment de l'appréciation des réparations civiles sollicitées, il fallait considérer que la nature des dégâts causés n'était pas légère en termes de coût ». Cette interprétation participe d'une confusion entre l'intensité du dommage et les conséquences économiques de la dégradation. Or, l'article 322-1 du Code pénal ne vise que le seul dommage et non le préjudice⁷¹ :

67 Un enchaînement de dessins dans le métro sur des supports éphémères vaut au street artiste une réquisition pour « récidive », v. E. JARDONNET : https://www.lemonde.fr/arts/article/2016/09/22/trois-mois-de-prison-ferme-requis-contre-l-artiste-m-chat_5002028_1655012.html.

68 Pour consulter le graffiti en ligne : https://www.lemonde.fr/police-justice/article/2016/10/13/l-artiste-m-chat-condamne-a-une-amende-plutot-qu-a-la-prison_5013153_1653578.html, par E. JARDONNET.

69 Au visa, selon l'avocate de M. CHAT, de l'article 322-1, al. 1^{er} du Code pénal. Source : E. JARDONNET, article précité dans le journal *Le Monde*. Cette information n'a pas pu être vérifiée.

70 V. not., TGI de Besançon, 12 septembre 2005, cité in A. PAULIN, « Répression contre les « tags » : qualification spécifique ou détérioration de droit commun ? », *AJ pénal*, 2005, p. 369.

71 La question du préjudice et notamment le calcul souvent problématique du montant des dommages-intérêts ne relèvent pas de cette étude. Toutefois, v. note n° 66 et surtout le procès d'*Azile* sur les intérêts civils (l'aspect pénal est traité à la fin de cet article) : Crim., 11 juill. 2017, n° 08-84.989, 10-80.810 et 16-83.588, *Communication Commerce électronique*,

la Cour de cassation n'y voit pourtant aucun motif de cassation, abandonnant complètement la question de la qualification à l'appréciation souveraine des juges du fond⁷². Dès lors, comment tenter de comprendre ces choix dans la qualification ? Il est concevable que la réitération ou la récidive influence la décision du juge alors que classiquement ces circonstances n'ont pas d'effet s'agissant de la qualification et jouent uniquement sur le *quantum* de la peine encourue. L'imprécision des textes n'écarte pas cette probabilité, bien au contraire et conduit à des décisions judiciaires qui semblent manquer de cohérence, entre sévérité excessive et prise en considération de l'environnement très particulier du délit de graffiti. Pour autant, on semble assez éloigné de la consécration d'un mobile artistique qui permettrait de justifier l'infraction.

B. Le mobile artistique et la justification de l'infraction

Par principe, le droit pénal ne laisse guère de place à la nuance : dès lors que le comportement est incriminé par la loi, la question n'est pas de savoir si le *tag* est artistique ou pas, il importe exclusivement de déterminer si les éléments constitutifs de l'infraction sont réunis ou pas. Cela semble très cohérent à la fois s'agissant des règles classiques du droit pénal, mais également au regard de l'office du juge.

En premier lieu, le mobile est, en principe, indifférent dans la constitution de l'infraction. En effet, le juge ne peut théoriquement pas se substituer au législateur pour créer un fait justificatif même si les tribunaux prennent parfois certaines libertés⁷³. Le droit pénal repose sur un système au cœur duquel se situe l'infraction, impliquant une appréciation objective du dommage ou du danger occasionné à la société. Quel que soit le mobile, l'infraction est un acte antisocial : seules des circonstances, appréciées objectivement, peuvent justifier l'absence de répression. Par ailleurs, la consécration d'un mobile – artistique – justificatif aurait pour conséquence de remettre en question la traditionnelle distinction entre le mobile et l'intention. En effet, la doctrine, classique comme contemporaine, considère que le mobile, sous réserve de l'hypothèse discutable du *dol* spécial, est indifférent dans la constitution de l'infraction⁷⁴. La jurisprudence le confirme,

n°3, mars 2018, étude 5, par G. GOFFAUX CALLEBAUT ; cet auteur consacre la deuxième partie de son article à cette question, en insistant sur la subjectivité de la solution ; v. égal. E. JARDONNET, https://www.lemonde.fr/arts/article/2015/10/07/proces-azyle-face-a-la-ratp-le-tagueur-veut-retablir-le-juste-prix_4784114_1655012.html.

72 Crim., 12 oct. 2011, n° 10-86.691. V. not., V. MALABAT, préc., spéc. p. 139.

73 Ainsi, ont-ils recours à la notion de *bonne foi* pour atténuer la rigueur de l'article 35 de la loi du 29 juillet 1881, rendant difficile la mise en œuvre de l'*exceptio veritatis*, v. P. MIMIN, « L'intention et le mobile », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. PATIN, Cujas, 1965, p. 113, spéc. p. 119. Par Tailleurs, au moyen d'une interprétation analogique *in favorem*, les tribunaux avaient fait de l'état de nécessité un fait justificatif bien avant qu'il ne figure dans le Code pénal v. Crim., 25 juin 1958, *JCP*, 1959, II, 10941, note J. LARGUIER.

74 V. not., H. DONEDIEU de Vabres, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Librairie du Recueil Sirey, 2^e éd., 1943, n° 123 et s. ; E. GARÇON, *Code pénal annoté*,

le mobile n'a théoriquement aucun effet sur l'intention délictueuse⁷⁵. Dès lors, si les conditions sont réunies, l'infraction est constituée: le mobile n'a pas vocation à justifier l'infraction pénale, qu'il s'agisse d'un mobile artistique⁷⁶ ou encore désintéressé, honorable, louable⁷⁷.

En second lieu, le juge pénal ne peut, à l'instar du juge de la propriété intellectuelle apprécier le mérite du *tag* pour entrer en voie de condamnation ou écarter la répression au motif que le *tag* serait, en tant qu'œuvre, protégé au titre de la propriété intellectuelle. S'agissant de ce dernier point, le raisonnement doit d'ailleurs être inversé: il s'agit moins de savoir si l'auteur est à l'abri de sanctions pénales dès lors qu'il pourrait jouir sur son œuvre d'un droit de propriété incorporelle que de déterminer si un auteur, condamné pénalement pour avoir créé une œuvre illégalement, peut bénéficier, sur cette œuvre, de la protection de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle⁷⁸. Or, s'il paraît évident que le droit de la propriété intellectuelle ne peut pas faire obstacle à des dispositions pénales qui assurent la préservation de l'ordre public, il est moins manifeste que l'illicéité de l'œuvre soit un obstacle à la protection intellectuelle de son auteur⁷⁹.

nouvelle édition refondue et mise à jour par M. ROUSSELET et M. PATIN, T. I, Librairie du Recueil Sirey, 1952, art. 1, n° 70 et s.; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, T. I, Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général, Cujas, 7^e éd., 1997, n° 591; B. BOULOC, *Droit pénal général*, Précis Dalloz, 20^e éd., 2007, n° 259 et s.; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. U., 6^e éd., 2002, n° 383 et s.; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 2000, n° 503 et s.; X. PIN, *Droit pénal général*, Cours Dalloz, 10^e éd., 2019, n° 195.

75 Sur l'indifférence du mobile dans la constitution de l'infraction, v. not., Crim., 18 juillet 1973, Petit, *Gaz. Pal.*, 1973, 2, 709, note J. P. D.; Crim., 8 février 1977, *Bull. crim.*, n° 52; *Rev. sc. crim.*, 1977, obs. G. LEVASSEUR. V. égal. J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 3^e éd., 2001, n° 39.

76 Cette conclusion a déjà été tirée par un auteur, v. A. MONTAS, *ibid.*

77 Nous avons eu la même analyse concernant les effets de l'excès de zèle, v. J.-F. DREUILLE, *L'excès de zèle en matière pénale*, Thèse Grenoble, 2002, Diffusion ANRT, n° 291 et s. Toutefois, le mobile artistique a vocation à produire des effets au stade de l'opportunité des poursuites ou au moment du choix de la peine.

78 Par référence à l'article L. 111-1, al. 1^{er}, du Code de la propriété intellectuelle qui assure à l'auteur, sur son œuvre de l'esprit, un droit de propriété incorporelle du seul fait de la création, sans expressément faire de la licéité de l'œuvre une condition de la protection.

79 La véritable question est bien de savoir si la répression pénale de l'auteur est compatible avec la protection de la création et donc avec des droits conférés à l'auteur délinquant. Sur cette question v. not., N. BLANC, Art subversif et droit d'auteur: le *street art* peut-il être protégé par le droit d'auteur, in *Droit(s) et Street Art. De la transgression à l'artification*, préc., p. 59 à 71. Selon cet auteur, il convient de distinguer l'illicéité de l'œuvre et l'illicéité du contexte dans lequel l'œuvre est créée, ce qui reviendrait à opposer illicéité interne ou intrinsèque et illicéité externe ou extrinsèque. Or, le *street art* n'est pas intrinsèquement illégal, ce qui ouvre la possibilité de protéger l'auteur d'une œuvre, alors même que cette création constituerait l'élément matériel d'une infraction. Pour une analyse plus nuancée avec un doute sur l'effectivité du droit à cette protection, v. G. GOFFAUX-CALLEBAUT, « Street art. À la croisée des droits », *Juris art etc.* 2016, n° 33, p. 35 et dans le même sens, v. C. GRE, *op. cit.*, p. 30.

Sur l'affaire du Banksy découpé, v. not. <http://fredericjoignot.blog.lemonde.fr/2013/03/02/laffaire-du-banksy-decoupe-a-qui-appartient-le-street-art/>

La récente et lourde condamnation de l'artiste urbain connu sous le pseudonyme d'*Azile* confirme la première partie de cette affirmation. Écartant les arguments de l'artiste fondés sur la qualification d'œuvre de l'esprit et sur la liberté de création, les juges du fond ont considéré que « le caractère prétendument artistique allégué n'efface aucunement la réalité des dégradations de la propriété d'autrui ». C'est dire que le droit pénal écarte toute prétention tirée du droit de la propriété intellectuelle. Dans cette affaire, la Cour de cassation avait l'opportunité de clarifier juridiquement le paradoxe du *tag* ou du *street art*, entre reconnaissance artistique et interdit pénal⁸⁰. Or, la position de la chambre criminelle ne souffre d'aucune ambiguïté : elle n'entend pas remettre en cause la condamnation pour des faits de dégradations aggravées et infligeant à l'auteur une peine d'emprisonnement de huit mois assortie d'un sursis avec mise à l'épreuve pendant trois ans. Dans la droite ligne de sa jurisprudence⁸¹, elle n'y voit, de façon assez lapidaire, aucune contradiction ou insuffisance de motif et n'esquisse aucun début de contrôle de proportionnalité⁸². En outre, elle confirme qu'elle n'entend pas s'immiscer dans la détermination de la qualification applicable en fonction du dommage occasionné, alors même que, en l'espèce et, une fois encore, le choix de la qualification ne s'imposait pas avec la force de l'évidence⁸³.

Il n'existe donc pas de mobile artistique justificatif et l'indulgence supposée du juge en présence d'une réalisation illégale, mais qui potentiellement pourrait bénéficier d'une protection au titre d'une œuvre artistique est toute relative. Il ne peut en être différemment dans un système pénal bâti sur le principe de la légalité criminelle : le mobile trop mouvant ne peut s'imposer dans la constitution de l'infraction. L'intérêt louable, l'intérêt légitime, la dimension artistique, feraient l'objet d'une approche casuistique, laissant une large place à l'équité, source d'arbitraire et d'incohérence des décisions jurisprudentielles. Et pourtant à observer l'appréhension judiciaire du *tag*, c'est bien l'impression d'une grande casuistique et d'une insécurité juridique qui domine. Dans ce contexte, il paraît

80 Crim., 11 juill. 2017, n° 08-84.989, 10-80.810 et 16-83.588, JurisData n° 2017-014112; *Communication Commerce électronique*, n° 3, mars 2018, étude 5, par G. GOFFAUX CALLEBAUT.

81 V. not., crim. 12 oct. 2011, préc.

82 Sur cette question, v. not. E. DREYER, « Un contrôle de proportionnalité à la Cour de cassation », *Gaz. Pal.*, n° 34, 4 oct. 2016, p. 67 ; v. égal. CEDH, 24 mai 1988, *Müller c/ Suisse*, req. n° 10737/84, § 33 : « ... il échet de rappeler que la liberté d'expression, consacrée par le paragraphe 1 de l'article 10 (art. 10-1), constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2, elle vaut non seulement pour les « informations » ou « idées » accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de « société démocratique » (arrêt Handyside du 7 décembre 1976, série A n° 24, p. 23, § 49). Ceux qui créent, interprètent, diffusent ou exposent une œuvre d'art contribuent à l'échange d'idées et d'opinions indispensable à une société démocratique. D'où l'obligation, pour l'État, de ne pas empiéter indûment sur leur liberté d'expression ». V. not., M. COURET, *La production de l'œuvre publique d'art contemporain*, préc. p. 144.

83 En ce sens, v. G. GOFFAUX CALLEBAUT, note sous Crim. 11 juill. 2017, préc.

scientifiquement hasardeux d'infirmier ou de confirmer le postulat selon lequel la dimension artistique est susceptible d'atténuer l'intensité de la répression. Dès lors que le système répressif repose sur une articulation bancale des textes, le pouvoir souverain d'appréciation des juges conduit nécessairement à des solutions empreintes de subjectivisme. Une réécriture de l'article 322-1 du Code pénal paraît indispensable. Le *tag* est un phénomène social très clivant et crée une forte incompréhension réciproque. Or, l'incompréhension n'implique pas l'exclusion systématique. Une première étape dans l'articulation entre la reconnaissance artistique et l'interdit pénal pourrait consister à reconnaître que, parfois, le *tag* est, du point de vue du pénaliste, socialement neutre : c'est le cas notamment lorsque le propriétaire ne trouve pas matière à s'en plaindre et que la population locale – et les touristes – n'y voit pas qu'une souillure⁸⁴. Certes, nous n'avons pas la chance de découvrir des *Banksy* à chaque coin de rue et il est évident que *tag*, au sens strict, et *street art* sont des objets d'étude très différents, néanmoins, peut-être est-il temps de porter un regard renouvelé sur cette forme d'expression d'une population qui ne paraît pas présenter le degré de dangerosité que le discours sécuritaire s'évertue à lui attribuer et auquel le droit donne consistance par un agencement de qualifications pénales discutable et un fichage policier institutionnalisé⁸⁵.

84 S'agissant de l'indignation populaire suscitée par le vol des œuvres de *Banksy*, v. not. <http://fredericjoignot.blog.lemonde.fr/2013/03/02/laffaire-du-banksy-decoupe-a-qui-appartient-le-street-art>.

85 V. l'art. 706-55 CPP fixant le périmètre du fichier national automatisé des empreintes génétiques dans lequel figurent les articles 322-1 à 322-14 du Code pénal.