



HAL
open science

Compte rendu de thèse - "L'INFRACTION OBSTACLE"

Samy Douider

► **To cite this version:**

Samy Douider. Compte rendu de thèse - "L'INFRACTION OBSTACLE" : Thèse soutenue le 7 décembre 2023 à l'Université Côte d'Azur Direction CORALIE AMBROISE-CASTÉROT. Revue Lexsociété, 2024, 10.61953/lex.5394 . hal-04440978

HAL Id: hal-04440978

<https://hal.science/hal-04440978>

Submitted on 6 Feb 2024

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.



Distributed under a Creative Commons Attribution - NonCommercial - ShareAlike 4.0 International License



L'INFRACTION OBSTACLE

Compte rendu de thèse

Thèse soutenue le 7 décembre 2023 à l'Université Côte d'Azur
Direction CORALIE AMBROISE-CASTÉROT

SAMY DOUIDER

*Centre d'études et de recherches en droit des procédures (CERDP)
Université Côte d'Azur*

Résumé : Conceptuellement, l'infraction obstacle peut être individualisée comme une catégorie unique, mais sa structuration technique nécessite de la dédoubler. Il faut dissocier les infractions obstacles réprimant des actes préparatoires (l'infraction obstacle déterminée) de celles qui permettent de saisir des actes dangereux (l'infraction obstacle indéterminée). Cette classification dispose d'un contenu hétérogène. Elle est une méthode d'incrimination englobant un ensemble disparate de textes répressifs dont le seul point commun est la fonction préventive qu'ils poursuivent.

Mots-clés : *Infraction obstacle, Infraction formelle, Mise en danger, Méthode d'incrimination, Catégorie infractionnelle, Prévention, Actes préparatoires, Comportements dangereux, Risque*

1. Rattachement d'une catégorie infractionnelle à sa fonction.

L'infraction obstacle est une méthode d'incrimination préventive aux manifestations plurielles. Seul le rôle préventif des textes répressifs intégrant cette classification permet de les réunir dans un ensemble commun. En raison de cet office singulier, le législateur surexploite cet outil juridique. Le droit positif est marqué par la prolifération de ces normes répressives dans l'ensemble des pans de la vie en société. Cette recherche constante d'anticipation des dangers conduit peu à peu à troubler l'appréhension des contours de l'infraction obstacle. Si plusieurs études ont mis en avant la prédominance de la prophylaxie pénale dans la politique criminelle contemporaine, aucune ne s'est centrée sur l'infraction obstacle en tant que méthode d'incrimination globale permettant d'assurer à elle seule une fonction combinant prévention et répression¹. Jusqu'à maintenant, les pénalistes expliquent par la désapprobation la valorisation excessive de ces incriminations, mais ils n'ont pas construit de socle de réflexion à l'égard de l'objet qu'ils critiquent. L'absence de théorisation de l'infraction obstacle trouve sa source dans les excès de ratiocinations

¹ Pour les études les plus récentes, v. not. : P.-A. ALBRECHT, « La politique criminelle dans l'état de prévention », *Déviance et société*, vol. 21, n°2, 1997, p. 123 ; A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. dir. CH. LAZERGES, Montpellier I, 2001 ; B. PELLEGRINI, « Droit et prévention », *Vie sociale et traitements*, vol. 2, n°94, 2007, p. 81 ; O. AH-THION, *Contribution à l'étude du principe de précaution en droit pénal et en politique criminelle*, th. dir. CH. LAZERGES, Paris I, 2004 ; A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal*, th. dir. E. VERNY, Rennes I, LGDJ, coll. Bibliothèque des Sciences criminelles, t. 71, 2021 ; A. ROQUES, *La matérialité de l'incrimination*, th. dir. A. PONSEILLE, Montpellier I, 2022.

doctrinales à l'égard des différentes formes que peut revêtir une infraction. Les juristes sont arrivés à un stade de saturation intellectuel à l'égard des catégories infractionnelles. Quand l'on se penche sur les différentes propositions à ce sujet, les grandes familles d'infraction fondées sur le résultat sont aussi multiples que disparates. En plus d'arriver à une confusion entre les infractions matérielles, les infractions formelles et les infractions obstacles, les auteurs continuent d'ajouter des éléments supplémentaires obstruant toute tentative de rationalisation. Ils ne cessent de présenter des supposées catégories comme celles d'infraction de prévention, d'infraction de précaution, d'infraction de mise en danger, et d'infraction satellite². Certaines intègrent l'infraction obstacle dans leurs composantes, tandis que d'autres s'en détachent sans que l'on comprenne exactement les raisons qui justifient cette démarcation. Ces

² Pour une présentation de l'infraction de prévention comme une catégorie infractionnelle autonome : J.-P. DOUCET, « Les infractions de prévention », *Gaz. Pal.*, 1973, t. II, p. 764 ; P. PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, th. dir. A. VITU, Nancy II, 1977 ; A. PONSEILLE, *Les infractions de prévention*, th. dir. CH. LAZERGES, Montpellier I, 2001 ; Concernant l'infraction de précaution : D. ROEST, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *RSC* 2007, p. 261 ; J.-C. SAINT-PAU, « Les infractions de précaution », *Rev. pénit.*, n°2, avril-juin 2015, p. 265 ; F. ROUSSEAU, « Principe de précaution et devoir de punir », *Rev. pénit.*, n°2, avril-juin 2015, p. 281 ; Concernant la valorisation de l'infraction de mise en danger : J.-Y. MARECHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. dir. A. PROTHAIS, Lille II, L'Harmattan, 2003, p. 349, n°518, « En réalité, la notion de délit-obstacle n'a jamais été suffisamment étayée théoriquement, et c'est la raison pour laquelle elle encourt de sévères critiques. Aussi sommes-nous enclins à la rejeter, au profit d'un concept légal, mais qu'il faut préciser, celui d'infraction de mise en danger » ; Quant aux infractions dites satellites : A. ROQUES, *op. cit.*, p. 302, n°454.

dénominations originales permettent de classer des infractions qui sèment le doute dans l'esprit des théoriciens. Pourtant, le législateur ne fait jamais référence à ces différentes terminologies. Si la doctrine peut influencer la politique criminelle, l'inverse est tout aussi vrai. Les travaux parlementaires démontrent que lorsqu'une infraction de prévention est créée, elle est désignée comme une infraction obstacle³. De ce fait, ce vocable est largement suffisant pour englober tous les textes d'incrimination qui ne correspondent pas aux infractions qui intègrent le dommage redouté dans leurs éléments constitutifs (infractions matérielles), ni à celles dont la consommation est indifférente à sa survenance (infractions formelles).

2. Réflexions préalables à l'étude. Au sein de cette thèse, la théorisation de l'infraction obstacle en tant que méthode d'incrimination *sui generis* a débuté par trois phases de réflexions

³ V. not., S. PIETRASANTA, « Rapport fait au nom de la commission des lois constitutionnelles de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi (n°2110) renforçant les dispositions relatives à la lutte contre le terrorisme », *Rapport* n°2173, Ass. Nat., 22 juil. 2014, p. 100 ; F. PILLET, « Sur la proposition de loi tendant à renforcer l'efficacité de la justice pénale », *Rapport* n°331, Sénat, 25 janv. 2017, p. 85 ; E. CIOTTI, « Proposition de loi, modifiée par le Sénat, renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public », *Rapport*, n°2237, Ass. Nat., 20 janv. 2010, p. 8 ; S. GOY-CHAVENT, « Rapport fait au nom de la commission d'enquête sur l'organisation et les moyens des services de l'État pour faire face à l'évolution de la menace terroriste après la chute de l'État islamique », *Rapport* n°639, Sénat, 4 juil. 2018, p. 144.

préliminaires. D'abord, en conjuguant la recherche historique à la connaissance juridique, il a été nécessaire d'établir sa genèse. Contrairement à une idée reçue, l'infraction obstacle n'est pas l'expression d'une orientation moderne d'un droit pénal sécuritaire. Certes, elle en est l'un des marqueurs, mais son existence est séculaire (n°6 et s.). Ensuite, il a fallu mettre en avant le fait que l'inintelligibilité doctrinale qui recouvre actuellement l'infraction obstacle découle d'un seul et même concept : le résultat (n°12 et s.). Bien qu'il soit érigé au rang de clé de voûte des catégories infractionnelles, il affecte leur structuration. Dès que les pénalistes ont besoin de justifier leur propre vision du résultat, une distorsion se crée entre ce qu'ils présentent comme les grands traits caractéristiques d'une catégorie et les exemples pratiques qui l'illustrent. De cette désarticulation, l'infraction obstacle en sort perdante. Sans remettre en cause les apports doctrinaux à l'égard du résultat, il nous est paru opportun de s'en détacher. Les divergences émanant de ces propositions théoriques ont pour effet de rendre sibylline la notion d'infraction obstacle. Enfin, avant que la surexploitation de l'infraction obstacle par le législateur contemporain rende impossible toute approche constructive à son égard, il a été primordial de poser les bases d'une structuration théorique permettant de la rationaliser (n°25 et s.). Conceptualiser l'infraction obstacle suppose d'avoir recours à l'observation des

lois, des rapports parlementaires et de la jurisprudence, pour en étudier le rôle au sein du droit positif. Si les textes répressifs intégrant cette catégorie traduisent une « *crise de la matérialité* », il faut intégrer cette donnée dans sa théorisation plutôt que de s'en servir pour en faire une critique constante sans que rien ne soit construit. Cette approche ne traduirait qu'une vision négative de l'infraction obstacle ne permettant pas de révéler son essence. L'objectif n'a pas été pas d'aboutir à des propositions de nouvelles catégories dès lors qu'un ou plusieurs textes d'incrimination se distinguent nettement des autres infractions préventives d'un point de vue structurel. Il est vrai que les liens entre certaines infractions obstacles sont ténus, mais il faut accepter cette multiplicité. Il appartient au chercheur de se plier aux diversités que représente l'infraction obstacle afin de mieux l'appréhender dans sa globalité.

3. Questionnements. Bien qu'elle soit une notion coutumière de la doctrine, l'infraction obstacle est mieux perçue par le législateur que par les penseurs du droit. La mise en lumière de son instrumentalisation démontre son polymorphisme et son large champ d'application. De ce constat, il est évident que cette classification correspond à un objet d'étude dont les embranchements sont multiples. Pour mener à bien l'exercice de théorisation de la catégorie préventive, il est nécessaire d'admettre

l'idée selon laquelle l'infraction obstacle est une méthode d'incrimination pouvant être structurée en tant que notion unique, mais l'hétérogénéité des textes répressifs relevant de cette nature démontre que ses manifestations sont plurielles. S'il est possible de parler théoriquement de l'infraction obstacle, la réalité suppose de mettre en avant les infractions obstacles. De là, de nombreuses questions doivent être résolues. Quels sont les critères qui guident le législateur lorsqu'il choisit de réprimer une situation à risque ? Est-il possible d'établir des principes communs aux infractions obstacles tant dans leur phase d'élaboration que dans les étapes qui régissent leur consommation ? L'instrumentalisation de la norme pénale dans une optique de prévention conduit-elle à réprimer des comportements ne disposant pas de la capacité causale d'entraîner un dommage ? Si tel est le cas, d'autres réponses juridiques sont-elles possibles ?

4. Synthèse. En répondant à ces interrogations, l'étude a eu pour ambition d'intégrer l'infraction obstacle au sein d'un système tout en acceptant de mettre en avant ses failles. L'infraction obstacle semble ne pas pouvoir être rationalisable tant ses composantes sont différentes d'un texte répressif à un autre. Pourtant, toutes ces incriminations sont connectées entre elles par le rôle qu'elles supportent. La fonction préventive est le fil d'Ariane permettant de

regrouper les infractions obstacles au sein d'un contenant unique. En plaçant cet office au centre de la réflexion, il a été possible de structurer conceptuellement et techniquement cette méthode d'incrimination en tant que notion unitaire (I), tout en démontrant les implications fonctionnelles qu'engendre la pluralité des infractions obstacles (II).

I – La structuration de l'infraction obstacle

5. Détachement et individualisation. La répression préventive de comportements à risque est un phénomène qui prend de plus en plus d'ampleur au gré des réformes législatives. Cet expansionnisme conduit le juriste à tenter d'expliquer ce mouvement au moyen des classifications. Cet exercice est rassurant. Il permet de retransmettre des éléments complexes du réel au sein de notions théoriques connues des pénalistes. Là où le bât blesse, c'est lorsque cette recherche d'encadrement aboutit à des propositions plus sibyllines que la notion qu'elle tente d'expliquer. Par des biais cognitifs, l'infraction obstacle a pendant longtemps été associée à des catégories infractionnelles, existantes ou purement fictives, sans qu'elle ne soit étudiée en elle-

même. Pourtant, l'infraction obstacle est une méthode d'incrimination *sui generis* qui se distingue par sa fonction. Cette singularité permet de la structurer en tant qu'entité autonome. Par une approche globale, tous les textes répressifs dont la structure est hermétique au dommage peuvent être mis en relation au sein d'une définition systémique qui sert de point de départ à la théorisation de l'infraction obstacle.

De ce fait, nous nous sommes préalablement exercés à préalablement déterminer la place qu'occupe l'infraction obstacle au sein des autres catégories (A), avant d'établir une proposition doctrinale de définition de ce qu'est l'infraction obstacle (B).

A – Le positionnement de l'infraction obstacle

6. La place de l'infraction obstacle au sein de la classification tripartite. Cette étape préliminaire a permis de rejeter les dénominations d'« *infraction de prévention* » et d'« *infraction de mise en danger* » pour ne conserver que celles d'infraction formelle et d'infraction obstacle au côté de la catégorie matérielle (n°50 et s.). L'exclusion de ces terminologies au profit de la préservation d'une classification tripartite s'explique par l'imprécision de leur portée. Elles sont utilisées pour désigner des infractions qui appartiennent déjà à la catégorie obstacle ou à la catégorie formelle. Pour le comprendre, il a fallu détacher et singulariser l'infraction obstacle de l'infraction formelle (n°79 et s.). Toutes deux sont des classifications

pertinentes pour saisir l'ensemble des infractions non matérielles. Mais à la lecture de certains travaux doctrinaux, il n'est pas évident de savoir si elles sont des catégories gémellaires, si elles sont distinctes, ou si l'infraction obstacle n'est qu'une déclinaison de la méthode d'incrimination formelle⁴. Nous les avons dissociées en se basant sur la fonction que leur attribue le législateur. La catégorie formelle a pour caractéristique d'englober l'ensemble des infractions qui sont indifférentes à la survenance d'un dommage⁵. Que le résultat redouté se matérialise ou non à la suite des actes d'exécution d'une infraction formelle, la qualification applicable reste la même. L'infraction formelle est une catégorie disposant d'un rôle complémentaire à l'infraction matérielle. Elle n'est pas une méthode d'incrimination

⁴ V. not., S. KEYMAN, « Le résultat en droit pénal », *RSC* 1968, p. 795 ; M. FREIJ, *L'infraction formelle*, th. dir. J.-C. SOYER, Paris II, 1975, p. 101 ; A. PROTHAIS, *Tentative et Attentat*, th. dir. M. DELMAS-MARTY, Lille II, Bibliothèque des sciences criminelles, n°24, 1985, p. 330, n°470 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^e éd., 1991, p. 269, n°243 ; M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 217, n°604 ; A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. dir. CH. LAZERGES, Montpellier I, 2001, p. 20, n°9 et s. ; M. HOSSEINI NASSAB, *L'infraction-obstacle en droit international pénal – Innovation ou révélation ?*, th. dir. A. D'HAUTEVILLE, Montpellier, L'Harmattan, coll. Sciences criminelles, 2019, p. 53.

⁵ V. not., M. FREIJ, *op. cit.*, p. 228, « La survenance du résultat de l'infraction formelle n'en change ni le titre ni la qualification et s'inclut comme élément de la même infraction pénale » ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 22^e éd., 2019, p. 370, n°439, « la survenance du dommage ne change pas la qualification » ; PH. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBOM, *Droit pénal général*, Armand colin, 7^e éd., 2004 p. 137, n°235, « On ne saurait admettre un concours entre une infraction formelle et l'infraction matérielle correspondante [...] il serait absurde, par exemple, de condamner deux fois celui qui administre des substances toxiques à la victime, pour empoisonnement, mais aussi pour assassinat » ; PH. BONFILS, E. GALLARDO, « Concours d'infractions », *Rép. pén.*, janv. 2015, n°11 et s.

préventive. Dans le sens courant du vocable « *préventif* », cet adjectif désigne une action qui est destinée « à empêcher un évènement fâcheux ou un mal prévisible »⁶. L'infraction formelle ne fait aucunement obstacle à la concrétisation d'un dommage. Elle ajoute simplement une strate répressive intermédiaire entre l'anticipation du résultat redouté et la répression d'un dommage. Lorsque le législateur a recours à une infraction formelle, il incrimine des comportements similaires à ceux qui peuvent être saisis par une infraction matérielle. La seule différence est que la méthode d'incrimination matérielle intègre le dommage dans ses éléments constitutifs, tandis que l'exécution d'une infraction formelle n'est aucunement affectée par ce dernier. L'infraction formelle est une méthode d'incrimination ayant une fonction suppléante à celle de l'infraction matérielle (n°97). Elle se place juste avant le dommage redouté en réprimant pénalement les comportements disposant de la capacité causale d'y aboutir sans qu'aucune autre cause ne soit exigée (n°86). Seule l'infraction obstacle détient le monopole de la fonction préventive au sein des trois méthodes d'incrimination qui sont employées par le législateur. Il a donc été possible de la structurer de façon autonome sans user d'une approche comparative.

⁶ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, Fayard., 9^e éd., t. III, 2011, v° « *Préventif. Préventive* »

B – La dualité de l’infraction obstacle

7. Une définition conceptuelle unitaire. *L’infraction obstacle est une méthode d’incrimination préventive réprimant un comportement actif ou passif qui crée une situation à risque rendant probable la concrétisation d’un dommage, lorsque cet élément matériel est conjugué avec des éléments ultérieurs.* Cette définition autonome de l’infraction obstacle est le point de départ de sa compréhension. Elle permet de la relier au concept de résultat, entendu comme un dommage redouté, et à celui du lien de causalité. Qu’ils soient présents au sein du texte répressif, ou seulement lors de son processus d’élaboration en tant que référentiels, ces concepts sont les points d’ancrage de l’infraction obstacle. Le résultat redouté est la raison d’être de cette méthode d’incrimination (n°103 et s.). Il est expressément explicité dans les rapports législatifs, ainsi que dans les éléments constitutifs de certaines infractions obstacles. Le comportement réprimé dispose toujours de la capacité causale d’engendrer la concrétisation d’un dommage à la suite d’un enchaînement de faits. Mais l’effectivité de cette survenance est soumise au hasard. Cet aspect prédictif de l’infraction obstacle n’est pas parfait et cette variabilité joue sur la nature de son lien de causalité. Le concept de causalité est essentiel pour justifier l’existence des infractions obstacles. Il serait pour le moins arbitraire qu’un comportement soit incriminé sans qu’il ait été établi, en amont, un rapport de cause à effet entre cet acte et un résultat

redouté⁷. L'infraction obstacle dispose donc d'une causalité s'analysant de façon prospective (n°123 et s.). Elle est tournée vers l'avenir. En partant d'un résultat redouté, le législateur sélectionne un comportement qui, s'il est combiné avec d'autres éléments factuels, dispose d'un degré de probabilité certain de dégénérer en une atteinte lésionnaire. Cette représentation conceptuelle de la méthode d'incrimination préventive emporte un double niveau de compréhension⁸. La définition englobante de l'infraction obstacle lui donne une dimension générale permettant de comprendre ses origines et son fondement. De cette approche découle naturellement une analyse de ses composantes techniques. À ce titre, l'infraction obstacle est une catégorie singulière. Elle est unique dans sa fonction mais duale dans sa structuration (n°154).

8. Une définition structurelle duale. Toutes les infractions préventives ont pour but d'empêcher la survenance d'un dommage, mais elles ne portent pas sur les mêmes éléments matériels selon qu'elles saisissent des actes préparatoires ou des comportements à

⁷ A. ZOUHAL, *Le risque en droit pénal*, th. dir. E. VERNY, Rennes I, LGDJ, coll. Bibliothèque des Sciences criminelles, t. 71, 2021, p. 170, n°272, « *Autrement exprimé, la connaissance d'un risque implique l'existence d'une connexion logique entre deux éléments : la cause du risque et l'effet du risque* ».

⁸ En ce sens : J.-P. ASTOLFI, E. DAROT, Y. GINSBURGER-VOGEL, J. TOUSSAINT, *Mots-clés de la didactique des sciences – Repère, définitions, bibliographies*, De Boeck Supérieur, coll. Pratiques pédagogiques, 2008, p. 23.

risque. Lorsque le législateur souhaite réprimer des actes préparatoires, il élabore des infractions obstacles déterminées ayant pour but de stopper un processus dommageable qui est recherché par l'agent (n°158 et s.). Les actes préparatoires incriminés par l'infraction obstacle déterminée renvoient à des comportements qui matérialisent l'extériorisation d'une résolution criminelle. Ils peuvent être collectifs ou individuels, et s'inscrire soit dans une préparation directe à la commission d'une infraction future, soit à la périphérie de ce processus en permettant de faciliter la réalisation d'un projet infractionnel. À l'inverse, les pouvoirs publics peuvent simplement vouloir réguler des prises de risques au moyen de l'infraction obstacle indéterminée (n°199 et s.). Le législateur encadre des comportements du quotidien en imposant le respect de certaines prescriptions dans l'exercice d'activités à risque ou il peut tout simplement en interdire la pratique.

9. Une méthode d'incrimination flexible. Au moyen de l'infraction obstacle, la politique pénale contemporaine permet de réprimer des culpabilités projetées (actes préparatoires) ainsi que des culpabilités anticipées (comportements à risque). Ce large champ d'application explique pourquoi cette catégorie est en train de prendre le pas sur les autres méthodes d'incrimination. Contrairement aux catégories matérielles et formelles, la classification obstacle n'est pas enfermée dans des carcans limitatifs. Les concepts de résultat redouté

et de lien de causalité ne sont pas nécessairement intégrés dans les textes répressifs préventifs. Ils peuvent l'être, mais ils le sont rarement. Ils servent simplement d'éléments référentiels lors du processus d'élaboration de ces incriminations. De même, les notions d'actes préparatoires et de comportements dangereux ne font l'objet d'aucun encadrement législatif ou jurisprudentiel. Les pouvoirs publics sont libres de saisir n'importe quelle forme d'élément matériel dès qu'ils justifient le lien entre le comportement en question et le dommage qui est redouté. Toutes ces libertés qu'offre l'infraction obstacle expliquent son succès actuel. Elle est un outil multiforme aux mains du législateur qui ne cesse de l'employer au point d'ériger la prévention comme l'une des fonctions principales de l'infraction pénale.

II - Le caractère fonctionnel des infractions obstacles

10. Analyse d'une méthode d'incrimination au moyen de sa fonction. Dans le langage courant, parler de la fonction renvoie au rôle caractéristique qu'une notion, une personne ou chose joue au sein d'un ensemble plus vaste⁹. Cette description suppose nécessairement d'invoquer l'un ses dérivés : la fonctionnalité. Une notion est fonctionnelle quand il existe une parfaite concordance entre ses éléments structurels et le rôle qu'il lui est attribué. Le Doyen Vedel a développé une distinction entre une notion conceptuelle et une notion fonctionnelle. La première est dite conceptuelle quand sa définition est donnée « *indépendamment de ce à quoi elle sert* »¹⁰. La seconde intègre des notions qui sont en apparence distinctes. Elles sont dites fonctionnelles lorsqu'elles procèdent « *directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité* »¹¹. En principe, les notions fonctionnelles ne peuvent pas être définies *a priori*. Elles le sont après que le besoin, c'est-à-dire la fonction, auquel elles répondent a été démontré. Bien que cette proposition doctrinale soit éloignée de toute approche pénale, elle revêt un intérêt tout particulier en matière d'infraction obstacle. Les textes d'incrimination qui intègrent cette catégorie sont aussi multiples que disparates. Ils ne sont gouvernés par

⁹ ACADEMIE FRANÇAISE, *Dictionnaire de l'Académie française*, Fayard., 9^e éd., t. II, 2009, v^o « *Fonction* ».

¹⁰ G. VEDEL, « De l'arrêt Spetfonds à l'arrêt Barenstein (la légalité des actes administratifs devant le juge judiciaire », *JCP*, 1948, t. I, p. 682.

¹¹ *Ibid.*

aucun régime juridique commun, et ils ne répondent pas de la même manière face aux mécanismes classiques d'engagement de la responsabilité pénale. Malgré cette hétérogénéité, ces infractions se regroupent en raison de leur rôle. Leur fonction est leur raison d'être et elle est le centre névralgique de l'analyse de leur régime juridique. Quelle que soit leur forme structurelle, cette dernière est toujours parfaitement adaptée à leur objectif préventif. Elles sont donc fonctionnelles. La question est alors de savoir si cette fonctionnalité est effective. L'effectivité est « *la qualité d'une norme qui produit des effets* »¹². Elle vise « *tout à la fois les effets concrets et symboliques, les effets juridiques, [...], les effets désirés ou non voulus, prévus ou non intentionnels, immédiats ou différés, à la seule condition qu'ils n'entrent pas en contradiction avec les finalités des règles de droit évaluées* »¹³. En prenant pour acquise une telle définition, il a été possible de s'intéresser aux effets que le législateur recherche lorsqu'il crée une

¹² Y. LEROY, *L'effectivité du droit au travers d'un questionnement en droit du travail*, th. dir. C. MARRAUD, Nancy II, LGDJ, coll. Bibliothèque de droit social, 2011, p. 339.

¹³ *Ibid.* Pour d'autres définitions de l'effectivité : D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* Odile Jacob, 1997, p. 87, pour cet auteur l'effectivité correspond à « *la propriété de produire des effets dans la réalité empirique* » ; J. BETAILLE, *Les conditions juridiques de l'effectivité de la norme en droit public interne : illustrations en droit de l'urbanisme et en droit de l'environnement*, th. dir. M. PRIEUR, Limoges, 2012, p. 22, n°23, pour cet auteur, l'effectivité est « *le degré d'influence qu'exerce sur la norme juridique sur les faits au regard de sa propre finalité* » ; G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, P.U.F., coll. Quadrige, 14^e éd., 2022, v.° « *Effectivité* », l'auteur précise que l'effectivité s'apparente au « *caractère d'une règle de droit qui produit l'effet voulu, qui est appliqué réellement* ».

infraction obstacle, et à ceux qui, bien que non désirés, engendrent des conséquences positives ou négatives.

Ce rapport qu'entretient l'infraction obstacle avec son office permet de mettre en avant l'effectivité préventive des infractions obstacles (A) et les raisons qui entraînent l'altération de cette fonctionnalité (B).

A – Une effectivité préventive recherchée

11. L'effectivité de la fonction préventive des infractions obstacles. Classiquement, l'effectivité d'un texte répressif repose sur l'inapplication d'une infraction en l'absence de comportement à sanctionner (conformité des sujets de droit aux règles imposées), et sur la sanction prononcée contre ceux qui ne respectent pas cette disposition¹⁴. C'est ainsi que l'effectivité se définit comme le « *caractère d'une règle de droit qui est appliquée réellement* »¹⁵. Cette approche de l'effectivité doit être combinée avec le rôle qui est attribué à la classification étudiée. L'effectivité de l'infraction obstacle s'appuie

¹⁴ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Dalloz, 1962, p. 15, selon l'auteur, une norme est effective « *soit lorsqu'elle est appliquée dans les cas concrets par les organes de l'ordre juridique, par les tribunaux, c'est-à-dire lorsque la sanction est ordonnée et exécutée quand la norme le prévoit, soit également lorsqu'elle est suivie par les sujets, c'est-à-dire lorsqu'ils manifestent la conduite qui évite la sanction* ». Dans le même sens : Y. LEROY, « La notion d'effectivité du droit », *Droit et société* 2011, n°79, p. 715, n°9 : « *l'effectivité d'une norme juridique dépend donc de son applicabilité au sens large, c'est-à-dire de son respect par les individus à qui elle est destinée ou, en cas d'inobservation, du prononcé d'une sanction à l'encontre de celui qui l'a violée* ».

¹⁵ G. CORNU, *op. cit.*, v.° « Effectivité ».

sur un ajustement des principes généraux d'engagement de la responsabilité pénale lors des phases de pré-consommation et d'exécution des infractions préventives.

12. La tentative des infractions obstacles. Bien que l'infraction obstacle permette déjà une répression anticipée, certaines dispositions laissent la possibilité d'entraîner des effets juridiques avant que sa consommation ne soit achevée. Autrement dit, l'infraction obstacle est une catégorie éligible au régime de la tentative (n°261)¹⁶. En pratique, cette possibilité est rarement saisie par les tribunaux. Le commencement d'exécution d'un acte préparatoire s'apparente soit à une pensée non extériorisée, soit à l'élément constitutif d'une autre infraction obstacle qui est parfaitement consommée. L'accumulation irraisonnée du nombre d'incriminations préventives crée une toile d'araignée au travers de laquelle très peu de comportements échappent. Lorsqu'un acte préparatoire est tenté, l'enchevêtrement des infractions obstacles conduit à sa répression par une infraction qui

¹⁶ Au sein du Code pénal, il est actuellement possible d'énumérer onze délits obstacles et sept crimes obstacles concernés par ce régime. Ces infractions sont contenues dans les dispositions suivantes : C.P., art. 212-3 ; C.P., art. 214-4 ; C.P., art. 222-34 ; C.P., art. 222-35 ; C.P., art. 222-36 ; C.P., art. 222-37 ; C.P., art. 222-39 ; C.P.P., art. 224-8 ; C.P., art. 226-3 ; C.P., art. 323-3-1 ; C.P., art. 413-5 ; C.P., art. 413-7 ; C.P., art. 421-2-2 ; C.P., art. 421-2-4-1 ; C.P., art. 421-5, al. 2 ; C.P., art. 421-6 ; C.P., art. 442-5 ; C.P., art. 442-6.

intègre déjà cette donnée dans l'achèvement de son exécution (n°267 et s.).

13. La consommation des infractions obstacles. L'absence d'effectivité répressive quasi généralisée des infractions obstacles tentées se justifie donc par l'effectivité des modes de consommation de cette méthode d'incrimination (n°298). Dans une optique de prévention généralisée, le législateur privilégie des formes d'exécution prédéfinies qui varient selon le degré d'anticipation qui est souhaité. La politique pénale contemporaine favorise l'efficacité répressive des infractions obstacles en maniant implicitement une donnée fondamentale dans l'anticipation du risque : le temps. Contrecarrer un danger suppose de prendre en compte le moment où le droit pénal peut légitimement intervenir. Quand le danger est hypothétique, le législateur emploie le concept de mise en danger. Il crée des infractions dont la combinaison ou la répétition des éléments matériels certifie l'existence d'un risque. Pour les infractions obstacles complexes, la mise en danger dicte temporellement l'ordre et le rythme d'exécution de leurs éléments structurels (n°303 et s.)¹⁷. Pour les infractions obstacle de répétition, c'est la réitération du comportement dans le

¹⁷ L'infraction complexe est celle dont l'accomplissement matériel suppose la commission de plusieurs agissements de type différent. Pour exemple : le délit de risque causé à autrui (C.P., art. 223-1) et l'entreprise individuelle terroriste (C.P., art. 421-2-6).

temps qui crée le danger (n°317 et s.)¹⁸. En ayant recours à ces structures infractionnelles, les pouvoirs publics se permettent de déjouer les règles de la prescription, tout en laissant la possibilité d'enclencher des conséquences juridiques avant l'achèvement des actes d'exécution¹⁹. Ces formes d'infraction obstacle tendent à être de plus en plus utilisées. Elles permettent d'avoir un texte d'incrimination dont l'élément objectif est suffisamment détaillé pour éviter la censure, tout en réprimant un risque lointain. Cette effectivité de la fonction préventive et le maniement de la notion de temps se retrouvent également dans les infractions obstacles collectives (n°331

¹⁸ V. not., C.P., art. 225-10, 2° ; C.P., art. 227-23, 4° ; C.P., art. 433-21 ; C.S.P., art. L. 4161-1 ; C.S.P., art. L. 4161-3, 1° ; C. rur., art. L. 243-1, II, 1° ; C. mon. fin., art L. 511-5.

¹⁹ L'hypothèse selon laquelle l'action publique est prescrite en présence d'une violation d'une obligation pénalement sanctionnée apparaît principalement lorsque la norme pénale en question est de nature contraventionnelle. Dans une telle situation, un délai d'un an est laissé pour enclencher des poursuites. Or, la nature complexe de l'article 223-1 du Code pénal lui permet d'être parfaitement constitué bien que l'infraction qui la compose soit elle-même prescrite. Pour un exemple jurisprudentiel : Crim. 5 nov. 2019, n°18-86.281, inédit. De son côté, la répétition du comportement n'est pas un élément justifiant l'enclenchement de l'action publique, mais seulement une condition de consommation de l'infraction obstacle. L'existence d'un seul acte suspect permet, à elle seule, de débiter l'action publique sans attendre la découverte d'un autre fait. Pour exemple, l'exercice illégal de la médecine (C.S.P., art. L. 4161-1) n'est pas une activité répréhensible dès le premier acte, mais seulement lors de la survenance du second. C'est à ce moment que le comportement prend la forme d'une infraction pénale, puisqu'il n'est punissable que s'il est répété. Néanmoins, la qualification paraît acquise dès le premier acte. Ce dernier crée l'apparence de l'infraction dont il possède les traits. Il suffit à faire naître un doute sur la commission du délit. L'enquête aura alors pour but de vérifier si cet acte demeure isolé, ou s'il atteste d'une habitude.

et s.)²⁰. Volontairement, le législateur réprime des ententes entre délinquants sans les restreindre dans des conditions temporelles. Il importe peu que le groupement dispose d'une existence durable ou éphémère. Dès que l'entité est créée, la loi pénale fait fi du moment et du type d'intervention des participants. Cette méthode d'incrimination préventive permet d'étendre la notion d'acte préparatoire au-delà du raisonnable. Théoriquement, l'articulation de cet élargissement du champ pénal avec le régime de la complicité permet de réprimer le complice d'une personne apportant son soutien matériel à l'auteur d'un acte préparatoire²¹. Toutefois, cette possibilité n'est pas saisie en pratique. Le droit positif admet une répression de comportements qui sont déjà tellement déconnectés d'un dommage concret que certaines pratiques restent de l'ordre de l'éventuel. La prévention est l'élément-clé reliant l'ensemble des infractions obstacles dans un contenant

²⁰ V not. le complot (C.P., art. 412-2), la participation à une entreprise de démoralisation de l'armée (C.P., art. 413-4), l'association de malfaiteurs (C.P., art. 450-1), la participation délictueuse à un attroupement (C.P., art. 431-3), à un groupe de combat existant (C.P., art. 431-14), ou dissous (C.P., art. 431-15), à une bande ayant des visées violentes (C.P., art. 222-14-2), les ententes informatiques (C.P., art. 323-4), les associations en vue de réaliser des crimes de l'humanité (C.P., art. 212-3), des actes de terrorisme (C.P., art. 421-2-1), des crimes d'eugénisme ou des clonages reproductifs (C.P., art. 214-4).

²¹ Les incriminations autonomes d'actes de soutien permettent d'aller au-delà du fait participatif en réprimant des agissements ne prenant pas directement part à la réalisation des actes préparatoires. Ces comportements ont pour but d'encourager l'aboutissement d'une infraction collective, mais ils se situent en dehors du groupe. Leur répression n'a pas pour effet d'exclure le mécanisme de la complicité punissable.

unique, mais elle est également à l'origine de sa perte d'autonomie et de son dérèglement.

B – Une effectivité préventive altérée

14. Dysfonctionnalité positive et négative. L'exclusivité de la fonction préventive à l'égard de la méthode d'incrimination obstacle ne signifie pas que cette catégorie assure une prophylaxie pénale parfaite. Il est naturel que celle-ci échoue dans son office. L'infraction obstacle permet d'empêcher la continuité d'un processus dommageable. Comme son nom l'indique, elle s'apparente à un obstacle dans la concrétisation d'un résultat qui est redouté par le législateur. Elle est à la fois la gardienne de la prévention, et celle qui accentue la répression lorsqu'elle n'a pas permis d'empêcher la matérialisation d'un dommage. Cette dysfonctionnalité fait muter son fondement. Il se produit une métamorphose positive de la combinaison entre prévention et répression. L'échec de l'anticipation conduit à un accroissement de la répression. En réalité, c'est la recherche excessive de la prévention qui est le facteur d'une altération négative de la fonction de cette méthode d'incrimination. En raison de sa surexploitation, l'infraction obstacle est peu à peu détournée de son essence. Son fondement devient alors dérégulé.

15. La survenance du résultat redouté : l'échec des infractions obstacles. La survenance du résultat redouté fait muter l'infraction obstacle. Elle passe d'un outil de prévention à un élément d'aggravation de la situation pénale de l'agent. Cette perte de fonctionnalité s'analyse positivement dans le sens où l'auteur d'une infraction obstacle se retrouve à devoir supporter le poids des violations consécutives d'une norme préventive et de celle qui sanctionne l'atteinte dommageable. La concrétisation du résultat redouté fait entrer les infractions obstacles dans une phase d'interaction avec les autres catégories. Ces interférences exercent une influence plurielle sur les infractions obstacles. Elles peuvent être absorbées comme des circonstances aggravantes d'une autre qualification, ou bien elles peuvent être simplement cumulées avec l'infraction qui intègre le résultat redouté dans ses éléments constitutifs. Les clés de résolution de cette situation d'assimilation par rattachement ou de cumul dépendent des dispositions législatives et de la façon dont elles sont rédigées. Le processus de transposition des éléments structurels d'une infraction préventive au sein d'une autre infraction doit, pour permettre un rattachement effectif, être réalisé au moyen d'une retranscription textuelle parfaite. Sans une stricte identité définitionnelle, l'interprétation contemporaine du principe *non bis in idem* par la chambre criminelle de la Cour de cassation permet à l'infraction obstacle d'être cumulée avec une autre

qualification²². Pour rejeter ce cumul, la Haute juridiction impose une similarité tant au regard des faits matériels retenus, que du point de vue des définitions légales. Si ces deux critères ne sont pas réunis, une double déclaration de culpabilité est admise. De ce fait, les interactions des infractions obstacles changent selon qu'elles répriment des actes préparatoires (n°361 et s.) ou des comportements dangereux (n°381 et s.) .

16. L'anticipation du résultat redouté : le dérèglement des infractions obstacles. Affirmer que la recherche constante d'anticipation est un facteur de dérèglement de la prévention peut surprendre. Pourtant, comme dans tout domaine, l'excès peut conduire à un état où une notion ne fonctionne plus normalement. En matière d'infraction obstacle, ce constat ne peut être généralisé. Il se détecte de manière parcellaire au travers d'illustrations individuelles. Dans le domaine de la criminalité organisée, c'est l'accroissement du nombre de textes d'incrimination qui atteste d'une difficulté. Les actes préparatoires sont déjà tous saisis par des qualifications spécifiques, et pourtant le législateur continue d'avoir recours à de nouvelles infractions. Nous avons préconisé une modification rédactionnelle de l'article 450-1 du Code pénal (n°403 et s.) afin de proposer une

²² Crim. 15 déc. 2021, n°21-81.864, publié au bulletin ; Crim. 15 déc. 2021, n°20-85.924, publié au bulletin.

réduction modeste du nombre d'infractions existantes²³. En reformulant le texte contenant l'association de malfaiteurs, il est possible d'abroger cinq infractions obstacles²⁴. En matière de régulation des prises de risque, le constat est différent. Si la lutte contre les ententes délinquantielles est légitime, l'intervention de la loi pénale dans l'ensemble des pans de la société peut questionner. Certaines infractions obstacles, notamment dans le domaine contraventionnel, démontrent une diminution de l'intensité du risque redouté tant dans son existence que dans sa capacité à dégénérer en une atteinte dommageable (n°430 et s.). La conciliation entre la prévention d'un résultat lésionnaire et la mise en place d'une infraction visant à contrecarrer sa survenance commence peu à peu à s'étioler. D'autres moyens juridiques non pénaux sont possibles. L'autorité administrative est pleinement compétente pour réprimer des manquements à des règles de disciplines sociales²⁵. La catégorie obstacle est actuellement la norme au sein des méthodes

²³ « Constitue une association de malfaiteurs 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 trois ans d'emprisonnement. La participation à une association de malfaiteurs est punie des peines prévues pour l'infraction préparée. Si plusieurs infractions sont préparées, seule celle dont la peine est la plus élevée sert de référentiel ».

²⁴ C.P., art. 212-3 ; C.P., art. 214-4 ; C.P., art. 222-14-2 ; C.P., art. 323-4 ; C.P., art. 412-2.

²⁵ En ce sens : F. CHABAS, « La notion de contravention », *RSC* 1969, p. 1 ; S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in V. MALABAT, B. DE LAMY, M. GIACOPELLI (dir.), *Droit pénal : le temps des réformes*, LexisNexis, coll. Colloques & débats, 2011, p. 39 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, LexisNexis, 6^e éd., 2021, p. 74, n°93.

d'incrimination employées par le législateur, mais cela ne signifie pas qu'elle doit être instrumentalisée au point de se détacher de son essence.

17. Une méthode d'incrimination préventive rationalisée. Dans *Essai sur la philosophie des sciences*, ouvrage cité en épigraphe de la thèse, André-Marie Ampère témoigne de l'utilité des classifications :

« Aussitôt que l'homme a acquis un certain nombre de notions sur quelque objet que ce soit, il est porté naturellement à les disposer dans un ordre déterminé, pour les mieux posséder, les retrouver, les communiquer au besoin. Telle est l'origine des classifications, qui non seulement procurent à l'homme les avantages dont nous venons de parler, mais encore contribuent à augmenter la somme de ses connaissances relatives à chacun des objets dont il s'occupe, en l'obligeant à considérer cet objet sous différentes faces, et en lui faisant découvrir de nouveaux rapports, que, sans cela, il aurait pu ne pas apercevoir »²⁶.

Ces propos ont guidé la théorisation ici entreprise. Il a été nécessaire d'articuler des notions distinctes (les actes préparatoires et

²⁶ A.-M. AMPÈRE, *Essai sur la philosophie des sciences ou exposition analytique d'une classification naturelle de toutes les connaissances humaines*, Bachelier, Imprimeur-Libraire pour les sciences, 1834, p. 1-2.

les comportements dangereux), ainsi que des concepts *a priori* contradictoires (la prévention, le résultat pénal et le lien de causalité) au sein d'une entité juridique unique : l'infraction obstacle. Dire que cette dernière renvoie à une méthode d'incrimination suppose que l'ensemble des infractions dont la structure est hermétique à la concrétisation d'une atteinte dommageable intègrent cette catégorie. Cela conduit à l'analyse d'un panel d'infractions toutes aussi différentes les unes que les autres. L'hétérogénéité de ces textes d'incrimination affecte la lisibilité globale de leur essence. Les infractions obstacles n'ont pas nécessairement les mêmes éléments structurels, et il est impossible d'établir un régime juridique qui s'appliquerait à l'ensemble d'entre elles. Leur seul point commun est qu'elles perdent leur autonomie juridique en présence d'un dommage. En cas de matérialisation du résultat redouté, les infractions préventives entrent en interaction avec d'autres qualifications. Cette caractéristique commune a constitué le point de départ de la compréhension générale de cette catégorie singulière. Elle est à l'origine du regroupement d'une multitude de textes dissemblables au sein de la catégorie générique que représente l'infraction obstacle. Toutes ces incriminations, aussi disparates soient-elles, ont une fonction purement préventive. En regroupant les textes répressifs selon le rôle préventif que leur attribue le législateur, il a été possible de relever leurs traits caractéristiques tant conceptuels que

techniques. La fonction préventive est le fil d'Ariane qui a orienté la rationalisation de l'infraction obstacle en tant que classification *sui generis*. La théorisation de l'infraction obstacle fut donc guidée par deux idées directrices. L'office préventif permet de réunir les infractions obstacles via de *la structuration de l'infraction obstacle* en tant que méthode d'incrimination unique, et cette approche holistique légitime l'explication des conséquences pratiques qu'emporte *la fonction des infractions obstacles*. En somme, la rationalisation unitaire de cette notion favorise l'étude homogène de ses composantes plurielles.