



HAL
open science

Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal

Lacaze Marion

► **To cite this version:**

Lacaze Marion. Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal. Droit. Université Montpellier 1 - France, 2009. Français. NNT : . tel-01682099

HAL Id: tel-01682099

<https://hal.science/tel-01682099>

Submitted on 12 Jan 2018

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.

Avertissement :

La version ici présentée est une version corrigée de la thèse soutenue le 18 juin 2009 à l'Université Montpellier I (mise à jour en novembre 2009).

Les numéros de paragraphes, de notes de bas de page, et, plus encore, de pages, peuvent ne pas correspondre à la version publiée*.

*M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. *Fondation Varenne*, n°39, 2011, 553 p.

**RÉFLEXIONS SUR LE CONCEPT DE
BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ
PAR LE DROIT PENAL.**

**RÉFLEXIONS SUR LE CONCEPT DE
BIEN JURIDIQUE PROTÉGÉ
PAR LE DROIT PENAL.**

Prix de thèse de l'Université Montpellier I - Prix de l'Académie de législation de Toulouse

Marion LACAZE

PRÉFACE de
Anne d'HAUTEVILLE,
Professeur émérite de l'Université Montpellier I

UNIVERSITÉ MONTPELLIER I
FACULTÉ DE DROIT

Année 2008-2009

THÈSE

Pour obtenir le grade de
DOCTEUR DE L'UNIVERSITÉ MONTPELLIER I
Discipline : Droit privé et sciences criminelles

Présentée et soutenue publiquement
à Montpellier le 18 juin 2009 par :

Marion LACAZE

Directeur de thèse :

Madame **Anne d'HAUTEVILLE**,
Professeur à l'Université Montpellier I.

Membres du Jury :

Monsieur **Rémy CABRILLAC**,
Professeur à l'Université Montpellier I, Président du jury.

Madame **Valérie MALABAT**,
Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, rapporteur.

Monsieur **Xavier PIN**,
Professeur à l'Université Grenoble II, rapporteur.

Je tiens tout d'abord à adresser mes sincères remerciements à Madame le Professeur Anne d'Hauteville pour avoir accepté de diriger mes travaux de recherche et pour m'avoir apporté de précieux conseils et d'intéressantes perspectives tout en m'encourageant à développer une approche personnelle de mon sujet d'étude.

Je tiens également à exprimer mon immense gratitude aux membres du jury, qui m'ont fait l'honneur de soumettre mon travail à leur expertise. Je remercie Monsieur Rémy Cabrillac, Professeur à l'Université Montpellier I, Madame Valérie Malabat, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV et Monsieur Xavier Pin, Professeur à l'Université de Grenoble II, dont les travaux m'ont guidée et inspirée tout au long de mes recherches.

Je souhaite ensuite à vivement remercier les Professeurs et Maîtres de conférences que j'ai eu la chance de fréquenter pendant ces années d'enseignement et de recherche et qui m'ont offert de nombreux éclairages.

J'exprime en particulier ma plus grande reconnaissance :

A Monsieur Jean-Marc Trigeaud, Professeur à l'Université Montesquieu Bordeaux IV, pour son extrême gentillesse et les nombreuses réflexions qu'il a fait naître dans mon esprit,

A Madame Béatrice Chapleau, Maître de conférences à l'Université d'Avignon et des Pays de Vaucluse, qui m'a suggéré ce sujet de thèse et qui m'a beaucoup aidée à faire mes premiers pas dans le monde universitaire,

A Monsieur Didier Thomas, Professeur à l'Université Montpellier I, pour sa disponibilité et sa bienveillance,

A Mademoiselle Florence Reille, Maître de conférences à l'Université de Perpignan Via Domitia, pour sa compréhension, ses encouragements et son esprit d'analyse,

A Monsieur Marc Gomy, Maître de conférences à l'Université de Perpignan Via Domitia, pour son soutien,

A Messieurs Carlos Garcia Valdés et Enrique Sanz Delgado, Professeurs à l'Université d'Alcalá de Henares (Madrid), pour leurs précieux conseils bibliographiques.

Je tiens également à témoigner ma gratitude au personnel non enseignant de l'Université Montpellier I et de l'antenne de Narbonne de l'Université de Perpignan Via Domitia, qui a toujours veillé à m'assurer les meilleures conditions de travail. Je souhaite spécialement remercier :

Madame Maryse Edouard, pour sa générosité et son dévouement,

Mesdames Geneviève Kassubeck, Carole Bartholome, Bernadette Lelièvre et Monsieur Choukri Mounsif, pour leur prévenance.

Je voudrais aussi manifester le plaisir que j'ai eu à travailler avec mes collègues, et je remercie tout particulièrement François Desprez, Audrey Tralongo, Christophe Dalmet et Romain Bouniol pour leurs réflexions et leur amitié.

Je remercie en outre profondément mes parents et Mémi pour leur infaillible soutien, leur confiance et leur compréhension.

Je dois également ardemment remercier Philippe Kellerson, tant sur un plan intellectuel que personnel, pour ses passionnantes indications philosophiques, son concours permanent et son infinie patience.

Je tiens enfin à remercier Mélanie pour ses relectures minutieuses et critiques, mais aussi Marie-Pierre, Alexandra, Fatou, Olivier et Laurent pour leur aide, Fabrice, Aude, Sophie, Samia, Solveig, Pierre, Marc, Jean-Bapt., Aristide, et tous ceux que je ne nomme pas mais qui savent combien leur affection est importante pour moi.

SOMMAIRE.

INTRODUCTION.	3
PARTIE I DE LA RECONNAISSANCE DU CONCEPT.	25
TITRE 1 LE BIEN JURIDIQUE ET LA LOI.	29
Chapitre 1 Une nature juridique discutée.	33
Section 1 La controverse sur l'essence libérale du concept.	34
Section 2 Des acceptations contemporaines hétéroclites.	58
Chapitre 2 Une existence juridique incertaine.	83
Section 1 Les stigmates d'une conception formelle de l'infraction.	84
Section 2 L'ancrage du positivisme étatique.	100
TITRE 2 LE BIEN JURIDIQUE ET LE FAIT.	121
Chapitre 1 Le caractère protéiforme du bien juridique.	125
Section 1 Des manifestations nombreuses.	126
Section 2 L'impossible extraction du droit positif.	147
Chapitre 2 La crise prétendue du concept.	163
Section 1 La remise en cause de l'utilité du concept dans le modèle allemand.	164
Section 2 Le symptôme d'une crise du droit pénal commune.	176
PARTIE II DE L'INTEGRATION DU CONCEPT DANS LA THEORIE DE L'INFRACTION.	219
TITRE 1 L'ATTEINTE AU BIEN JURIDIQUE, CONDITION DE L'INJUSTE.	223
Chapitre 1 La reconstruction du concept.	227
Section 1 Le cadre d'une conception matérielle de l'infraction.	228
Section 2 La théorisation d'un concept matériel de bien juridique.	243
Chapitre 2 La qualification de l'injuste.	255
Section 1 Un comportement typique.	256
Section 2 L'antijuridicité.	277
TITRE 2 L'INJUSTE, ELEMENT QUALIFIANT DE L'INFRACTION.	311
Chapitre 1 L'imputation de l'injuste au sujet actif.	315
Section 1 Conditions de la responsabilité pénale.	316
Section 2 Régimes de l'imputation de l'injuste.	331
Chapitre 2 L'injuste, fondement de l'action du sujet passif.	349
Section 1 L'atteinte au bien juridique, critère de la titularité de l'action.	350
Section 2 L'atteinte au bien juridique, critère des modalités de l'action.	363
CONCLUSION GENERALE.	381

PRÉFACE.

En un temps où le législateur s'oriente vers un droit pénal d'ordre criminologique, répondant aux inquiétudes d'une société française multiculturelle et aux sollicitations constantes du pouvoir politique, il est bon que les juristes pénalistes inquiets face au phénomène grandissant « d'inflation pénale » s'interrogent à nouveau sur l'objet, les fondements et le champ du droit pénal.

Dans sa remarquable thèse sur « *le concept de bien juridique protégé par le droit pénal* », Marion Lacaze nous en donne l'occasion en « *revisitant* » tout le droit pénal en partant de ce concept, pilier de l'infraction en droit allemand et modèle pour les pays de langue espagnole (Espagne ou Amérique Latine).

Jusqu'à présent, la doctrine pénaliste française ne s'est pas ou peu intéressée aux travaux de la doctrine allemande diffusés largement en espagnol. Il est vrai que pour un juriste français, l'expression « *bien juridique protégé par le droit pénal* » peut apparaître comme ambiguë et pourrait même être qualifiée de pléonasme. Mais il ne s'agit pas ici d'un « *bien* » entendu comme chose, objet d'un droit réel ou d'un droit subjectif patrimonial. La réflexion porte sur l'objet de l'atteinte causée par le comportement prohibé et, dans une autre approche, sur l'objet de la protection de la loi pénale. Ainsi, ce « *bien* » peut être un intérêt pour des citoyens justiciables et, pour l'Etat ou une valeur que la société entend sauvegarder et affirmer comme essentielle pour son équilibre. Ce bien est « *juridique* » en raison de sa reconnaissance par le Droit. Sa particularité est d'être protégé par le droit pénal, droit qui devrait « *dire* » l'interdit pour exprimer les valeurs nécessaires au maintien de la paix sociale et de l'ordre public. Le principe de nécessité n'est-il pas lié au principe de légalité dans l'esprit des révolutionnaires de 1789 ?

Ainsi la question première qui sous-tend toute réflexion sur le champ du droit pénal et sur la justification de l'interdit pénal est : « *est-ce interdit parce que c'est mal, ou est-ce mal parce que c'est interdit ?* » Cette question dont les réponses sont forcément teintées d'idéologie politique, a divisé depuis toujours la doctrine. La loi pénale est-elle légitime du seul fait qu'elle émane d'un législateur régulièrement élu, représentant de la nation ou sa légitimité découle-t-elle de son objet qui devrait être l'expression des valeurs de la société antérieurement et indépendamment du pouvoir reconnu au législateur ? Selon la position adoptée, le droit pénal sera seulement normatif ou sera aussi déclaratif. Les questions des fondements et de la finalité de la peine en dépendent également.

Marion Lacaze précise les enjeux du choix du point de départ et de l'axe de sa réflexion sur les fondements du droit pénal dans les termes suivants : « *L'opposition fondamentale entre défenseurs de l'existence de références externes au droit et partisans du positivisme légaliste apparaît en effet en pleine lumière dès lors que l'on essaie de qualifier l'objet de protection du droit pénal et d'en préciser les fonctions. Si le bien juridique n'existe qu'en vertu de sa consécration par le législateur comme objet de l'atteinte prohibée, le bien juridique sera un concept uniquement formel et son contenu sera déterminé par le droit positif. Si, à l'inverse, on admet que le bien juridique existe antérieurement et indépendamment de sa reconnaissance par la loi, il sera doté d'un contenu substantiel et pourra alors, en tant que concept matériel, entrer en contradiction avec les biens juridiques formellement protégés* ».

Après s'être interrogée sur la pertinence de la reconnaissance du concept dans une première partie, l'auteur défend avec rigueur et intelligence la nécessité d'une définition matérielle du bien juridique pénalement protégé comme émanation de la valeur et l'opportunité de l'intégration du concept dans la théorie de l'infraction.

Dans un style simple, clair et élégant, la thèse de Melle Lacaze rend (pour la première fois en France) accessible aux lecteurs français à la fois la théorie pénale allemande du « *bien juridique* » et sa réception en Espagne. Sur cette très riche base doctrinale, philosophique et juridique, l'auteur construit une théorie personnelle de l'infraction consacrant la notion d'injuste comme élément qualifiant de l'infraction de l'auteur matériel et comme pivot des modalités particulières d'imputation que connaît notre droit pénal dans la complicité, la responsabilité pénale des personnes morales, ou encore la responsabilité de la personne physique auteur indirect d'une

infraction non intentionnelle. L'injuste apparaît également comme la condition première du prononcé de mesures de sûreté à l'encontre des personnes irresponsables et offre des critères permettant de concilier la nature publique du conflit pénal et les intérêts des victimes. Le concept du bien juridique lié à la notion « *d'antijuridicité* » permet à Melle Lacaze d'arriver « *à une conception matérielle de l'injuste et donc, plus largement du droit pénal* ». On peut espérer qu'une relecture de l'ensemble du droit pénal à travers ce présumé conduise à mieux encadrer celui-ci, voire même permettre de lutter contre l'inflation pénale des lois dites techniques et des lois voulant répondre, dans le temps de l'émotion, aux angoisses de notre société.

La thèse de Mlle Lacaze a été qualifiée par son jury de « *vraie* » thèse renouvelant avec intelligence et talent la réflexion sur l'infraction et, plus largement sur l'ensemble du droit pénal français. Le prix Varenne qui l'a récompensée, est la reconnaissance de son importance pour le renouveau de la doctrine pénale française et sa publication permet heureusement sa diffusion.

Après de brillantes études à l'université Bordeaux IV, Melle Lacaze a, lors de son année de master 2 Recherche en Droit pénal fondamental de la Faculté de Droit de Montpellier, révélé ses qualités de juriste dans un excellent mémoire sur « *la réforme des infractions non intentionnelles au regard de la causalité* » (par la loi du 10 juillet 2000). Cette deuxième œuvre révèle en plus ses qualités intellectuelles enrichies par une grande culture. On peut espérer que d'autres travaux de recherche juridique et philosophique suivront dans le cadre d'une brillante carrière universitaire que nous lui souhaitons et contribueront à alimenter la réflexion des juristes pénalistes.

ABRÉVIATIONS UTILISÉES.

<i>AJDA</i>	<i>Actualité juridique du droit administratif</i>
<i>AJ Pénal</i>	<i>Actualité Juridique Pénal</i>
al.	Alinéa
art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin civil
Bull. crim.	Bulletin criminel
CA	Cour d'appel
CAA	Cour administrative d'appel
Cass. Crim.	Cour de cassation, Chambre criminelle
CE	Conseil d'État
Cons. Const.	Conseil Constitutionnel
CEDH	Cour Européenne des Droits de l'Homme
CESDH	Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme
<i>cf.</i>	<i>Confer</i>
Chron.	Chronique
Civ.	Cour de cassation, Chambre civile
CIVI	Commission d'Indemnisation des Victimes d'infractions.
CJCE	Cour de justice des Communautés européennes
C.J.R.	Cour de justice de la République
Coll.	Collection
C. pén.	Code pénal
C. pr. pén.	Code de procédure pénale
<i>c/a</i>	<i>Contra</i>
DDHC	Déclaration des Droits de l'Homme et des Citoyens
éd.	Édition
et al.	<i>Et alii</i>
FGTI	Fonds de garantie des victimes d'actes de terrorisme
<i>Ibid.</i>	<i>Ibidem</i>
<i>in</i>	<i>Inum</i>
<i>J.C.P. éd. G.</i>	<i>Juris-Classeur Périodique édition générale</i>
JO	Journal officiel
Jurisp.	Jurisprudence
L.G.D.J.	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opus citatum</i>
p.	Page
préc.	Précité
PUF	Presses Universitaires de France
RIDP	<i>Revue internationale de droit pénal</i>
R.S.C.	<i>Revue de Sciences Criminelles</i>
RTD Civ.	<i>Revue Trimestrielle de Droit civil</i>
s.	suivant(es)
<i>S.</i>	<i>Recueil Sirey</i>
STC	Décision du Tribunal Constitutionnel espagnol
STS	Décision du Tribunal Suprême espagnol
t.	Tome
TA	Tribunal administratif
TC	Tribunal correctionnel
TGI	Tribunal de Grande instance
vol.	Volume

INTRODUCTION.

« La norme pénale protège des valeurs ou des intérêts essentiels pour la société ; autrement dit, elle protège des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun. Ces biens juridiques constituent l'objet juridique de l'infraction¹. »

1. Que l'on définisse le droit pénal dans son sens objectif comme l'« ensemble des règles juridiques établies par l'État dans le but de rattacher à l'acte qui constitue l'infraction, la peine qui en est la sanction² » ou dans son sens subjectif de *ius puniendi*, c'est-à-dire de droit de punir de l'État³, rechercher l'existence d'un concept de bien juridique permettant d'englober l'ensemble des objets qu'il protège peut sembler bien illusoire.

2. L'expression même de « bien juridique protégé par le droit pénal » peut déjà prêter à confusion. Celle-ci apparaît en effet à première vue comme pléonastique : comment des biens, choses matérielles susceptibles d'appropriation ou éléments qui composent le patrimoine d'une personne⁴, pourraient-ils être non-juridiques ? Entendu comme chose objet d'un droit réel ou comme droit subjectif patrimonial, le bien semble indissociable de sa reconnaissance par le droit et le premier réflexe du juriste français est de rejeter cette appellation⁵. Si l'on veut véritablement pouvoir étudier le concept de bien juridique sans l'entacher de parti pris ou de prise de position théorique, il nous faudra pourtant nous en accommoder et renoncer à entendre le bien dans le sens communément admis par le droit civil pour admettre une définition distincte que permet l'autonomie du droit pénal⁶.

¹ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1977, p. 413.

² F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17^e édition allemande (1908) par R. Lobstein, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, tome I, p. 1.

³ *Ibid.*

⁴ Voir : [Bien], G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007. Notons que le deuxième sens ici cité correspond aux « biens » au pluriel.

⁵ C'est ainsi le cas de J.-Y. MARÉCHAL qui, dans sa thèse de doctorat sur le résultat dans l'infraction pénale, s'intéresse brièvement au concept de bien juridique pour lui nier toute utilité. Il critique auparavant fortement l'expression même de « bien juridique », qu'il qualifie de pléonasme. Selon lui, le « bien » ne peut qu'avoir une acception exclusivement juridique et le terme même de « bien » est inadéquat puisqu'il ne désigne ici ni une chose ni un droit et apparaît, au contraire, comme insusceptible d'appropriation. Voir : J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003, p. 85 et s., en particulier, n°102.

⁶ Un auteur relève ainsi que le fait qu'une discipline utilise fréquemment un vocable ne suffit pas à faire que ce vocable lui « appartienne » et qu'elle ait seule vocation à en fixer le sens, même si cette utilisation provient d'une tradition séculaire. Même si la remarque vise essentiellement les objets protégés par certaines incriminations, le raisonnement nous semble pouvoir être étendu au concept de bien juridique protégé. Voir : J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *R.S.C.* 1980, *Chron.*, p. 933.

3. Né en Allemagne au début du XIX^e siècle, le « *Rechtsgut*⁷ », devenu « *bene giuridico* » en Italie⁸ et « *bien jurídico* » en Espagne⁹, constitue depuis dans ces pays, selon le point de vue adopté, à la fois l'objet atteint par l'acte infractionnel et l'objet protégé par le texte d'incrimination. Il y a connu une multitude de définitions et a fait l'objet d'innombrables études jusqu'à s'imposer, dans ces pays, comme un des piliers de la théorie de l'infraction.

Chaque courant de pensée a ainsi développé sa propre conception de l'objet de protection du droit pénal et le bien juridique s'est vu attribuer autant de natures juridiques qu'il était possible d'en concevoir : droit subjectif chez l'inventeur du concept FEUERBACH, puis objet juridique du délit, intérêt protégé, formule synthétique, valeur objective, bien juridique constitutionnel ou supralégal, condition fondamentale de la vie en société ou encore relation sociale valorisée... Pour la même infraction de vol, la doctrine a ainsi pu considérer que le bien juridique protégé était le droit subjectif du propriétaire sur sa chose, le rapport de fait qui les unit, l'intérêt à en avoir la possession, la valorisation de la propriété par le législateur, la valeur objective « *propriété* », le droit constitutionnel ou conventionnel à la propriété ou encore la relation socialement signifiante du titulaire du bien juridique avec la chose.

Selon la nature juridique qui lui est prêtée, le bien juridique remplira alors diverses fonctions dont celles, toujours reconnues de classification des infractions et de délimitation du seuil de la consommation et d'autres, plus discutées, de hiérarchisation des incriminations, de *ratio legis* permettant une interprétation téléologique de la loi ou de délimitation du domaine du droit pénal. Imbriquées dans une conception plus générale du délit et du Droit, ces approches fort différentes ainsi que l'intérêt qu'elles continuent de susciter à l'étranger démontrent l'importance du concept mais également un contenu idéologique particulièrement fort¹⁰.

Pourtant, bien qu'il soit apparu en France dès le début du XX^e siècle sous la plume du professeur GARRAUD¹¹ et qu'il soit aujourd'hui furtivement utilisé¹², le « *bien juridique* » n'a jusqu'ici

⁷ Voir par exemple : X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », p. 263.

⁸ Voir : E. DOLCINI, G. MARINUCCI, « La Constitution et le droit pénal en Italie ; Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », R.S.C 1996, p. 317 et s.

⁹ Voir par exemple : Ph. KELLERSON, « Ángel Sánchez De La Torre : *Justicia y sanciones penales* », [en ligne], <<http://www.philosophiedudroit.org/>>. Les liens entre la doctrine allemande et espagnole sont extrêmement forts depuis qu'à la fin des années 1960, une génération de pénalistes espagnols s'intéressait particulièrement aux travaux de l'école de FRANKFURT qui fut notamment guidée par le professeur HASSEMER. Ils souhaitaient, alors que la dictature franquiste était encore en place pour de longues années, préparer un projet de droit pénal fondé sur les idées de liberté et d'humanisme en accord avec les exigences pratiques et constitutionnelles. On retrouve parmi eux de grands noms actuels de la doctrine espagnole comme Francisco MUÑOZ CONDE, Santiago MIR PUIG ou Diego LUZÓN PEÑA. Voir : W. HASSEMER, « Los rostros del derecho penal », traduit de l'allemand par F. Muñoz Conde, Cahiers de défense sociale, 2004, p. 107.

¹⁰ L'idéologie existe en effet dans toutes les branches du droit et plus particulièrement en droit pénal et chaque concept apparaît alors comme le représentant de toute une culture juridique particulière. Voir par exemple : J. PRADEL, 3^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2008, n°37 ; J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand ; contribution à une théorie générale de l'illicéité*, thèse Nancy II, 2003, p. 6 et 19.

¹¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1913, tome I, p. 215, n°99 et 572, n°287.

¹² Ces apparitions ne s'accompagnent pas en général de définition ; voir par exemple : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, 3^e éd., Litec, coll. *Manuels*, 2007, p. 3, n° 6 ou p. 144, n°252 ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *Dalloz* 1997, p. 249 et s., n°5 ; R. OTTENHOF, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », R.S.C. 2002, p. 821 et s.

jamais vraiment intéressé la doctrine française¹³ et n'a pas fait l'objet d'études approfondies dans notre pays¹⁴. Le plus souvent employé comme synonyme d'« intérêt » ou de « valeur » protégé, le bien juridique n'apparaît pas comme une véritable composante de l'infraction française et sa nature juridique n'est pas davantage précisée que son contenu matériel ; ce dont témoigne parfaitement l'utilisation indistincte de l'un ou l'autre de ces trois termes. La seule assimilation des idées de bien juridique protégé, d'intérêt protégé et de valeur protégée révèle déjà en effet l'inexistence d'un concept véritable, qui, en tant que « représentation mentale générale et abstraite », permettrait de réunir l'ensemble des objets de protection du droit pénal par une opération de qualification, c'est-à-dire de leur attribuer une « qualité qui détermine [leur] régime et [leurs] conséquences juridiques¹⁵ ».

4. Mais le second terme de l'expression n'est pas, lui non plus, sans soulever quelques difficultés. On peut certes facilement admettre que « juridique » signifie « qui a trait au droit »¹⁶ et que le concept de bien juridique inclurait alors un « bien », c'est-à-dire une valorisation positive et une reconnaissance « juridique », c'est-à-dire une valorisation par le droit et plus précisément par le droit pénal¹⁷. Mais on se heurte alors aussitôt à l'éternelle question de la définition du Droit et, plus précisément, de l'épuisement de celui-ci dans le droit positif. Le bien juridique est-il alors celui qui est reconnu comme tel par le législateur, c'est-à-dire celui qui est l'objet de protection d'une incrimination déterminée ou existe-t-il indépendamment des lois en vigueur ici et maintenant ? Trouve-t-il sa source dans le droit positif seul ou existe-t-il *a priori* ? Doit-on distinguer l'objet protégé de sa valorisation par le législateur ? Or se demander si le bien juridique est protégé parce qu'il a de la valeur ou s'il a de la valeur parce qu'il est protégé nous conduit bien à retrouver la question fondamentale qui divise les juristes, et avant eux les moralistes et les théologiens¹⁸ : « Est-ce interdit parce que c'est mal ou est-ce mal parce que c'est interdit ?¹⁹ »

¹³ Il nous faut néanmoins relever quelques exceptions notables, les manuels des professeurs ROBERT et PIN consacrant des développements importants à la notion d'« intérêt protégé » : J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général*, 6^e éd., PUF, coll. *Thémis Droit privé*, 2005, p. 225-286, chapitre consacré à l'« existence d'un intérêt protégé par la loi pénale » ; X. PIN, *Droit pénal Général*, Dalloz, coll. *Cours*, 2005, p. 145-170 où une section sur « l'élément injuste » comprend deux paragraphes sur l'intérêt protégé, le premier traitant de sa « lésion », le second de sa « pesée ». Le concept avait également été utilisé par R. MERLE et A. VITU, dans leur traité de droit pénal spécial, comme critère de systématisation de celui-ci. Voir : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, T.I, p. 25 et s., n°19 et s. Cette fonction de systématisation apparaît également dans des études de politique criminelle, bien juridique, intérêt et valeur protégés étant employés alternativement sans être distingués ; voir par exemple : P. LASCOURMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal, Où est passé l'architecte ?*, PUF, coll. *Les voies du droit*, 1998, p. 72 et 73 et p. 74 et s.

¹⁴ Quelques travaux récents de droit comparé ouvrent néanmoins la voie et proposent une étude du concept de bien juridique lui-même. Voir en particulier : X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *R.S.C.* 2003, p. 264-268 ; J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 386-389.

¹⁵ Sur ces définitions, voir : R. CABRILLAC, *Introduction générale au droit*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2007, p. 27-28, n°30.

¹⁶ Voir : [Juridique], G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, *op. cit.*

¹⁷ Voir notamment : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, [en ligne], <<http://criminet.ugr.es/recpc>>, p. 5.

¹⁸ Le professeur GURDIEL SIERRA effectue ainsi une comparaison fort intéressante entre ce débat juridique et celui qui suscita le volontarisme nominaliste de Guillaume D'OCKHAM en théologie. Celui-ci fut en effet à l'origine d'une conception de Dieu comme pure volonté, omnipotence et arbitraire absolu. Opposée à la conception « intellectualiste » qui veut que les normes morales et juridiques soient obligatoires parce qu'elles sont bonnes et justes, la conception volontariste admet qu'elles sont bonnes et justes et qu'elles obligent en conséquence du fait de leur propre commandement. Transposée par HOBBS à la théorie de l'État, ce volontarisme nie toute appréciation axiologique : le juste n'existe pas *a priori*, c'est la volonté du législateur qui le détermine. Voir : M. GURDIEL SIERRA, préface à J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la normal penal : la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, Tirant lo blanch, coll. *Alternativa*, 2001, p. 13-17. Ce parallèle entre le nominalisme et la pensée de HOBBS est repris par le professeur ÁLVAREZ GARCÍA dans le corps de son ouvrage : *Ibid.*, p. 12.

¹⁹ Voir par exemple : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, [en ligne], <<http://criminet.ugr.es/recpc>>, p. 16.

5. L'opposition fondamentale entre défenseurs de l'existence de références externes au droit et partisans du positivisme légaliste ou, autrement dit, entre « *valorativisme* » et « *impérativisme* »²⁰, se retrouve alors nécessairement dans la question de l'objet de protection du droit pénal : le délit²¹ protège-t-il un bien juridique doté d'une existence autonome ou protège-t-il la loi elle-même²²? Si l'on admet la première alternative, le bien juridique aura un contenu matériel voire substantiel qui pourra être déterminé *a priori* et le concept sera transcendant au droit pénal alors que si l'on admet la deuxième option, le bien juridique sera uniquement formel, immanent au système juridique, et son contenu ne pourra être déterminé qu'à partir du droit positif²³. Cette opposition fondamentale emporte évidemment d'importantes conséquences sur la définition et sur l'existence même du concept de bien juridique lui-même mais elle va également, et bien plus largement, s'inscrire dans de nombreux débats épistémologiques, théoriques, philosophiques ou encore de politique criminelle.

6. **Objet de l'atteinte.** Si le bien juridique n'existe qu'en vertu de sa consécration par le législateur, on ne peut véritablement distinguer l'objet protégé de sa valorisation par le législateur ; il n'est un bien juridique que du fait de la volonté du législateur. Cela implique que ce qui est en premier lieu atteint par l'acte infractionnel est cette valorisation législative, c'est-à-dire que l'infraction apparaît essentiellement comme une atteinte à la loi et à la volonté générale dont elle est l'expression²⁴. On retrouve ici l'idée fondamentale des théories du contrat social qui ont marqué la Révolution française et la naissance de ce que l'on a coutume d'appeler le « *droit pénal moderne* ».

Repris par BECCARIA et par la plupart des auteurs du début du XIX^{ème} siècle, ROUSSEAU affirmait ainsi que : « *Chacun de nous met en commun sa personne et toute sa puissance sous la suprême direction de la volonté générale*²⁵. » On trouvait quasiment la même idée chez HOBBS pour qui la République naît de la convention mutuelle entre chaque homme de réduire « *toutes leurs volontés, par la règle de la majorité, en une seule volonté* », volonté qui a le pouvoir de « *modeler les volontés de tous en vue de la paix à l'intérieur et de l'aide mutuelle contre les ennemis à l'extérieur*²⁶ ». Cette volonté générale, issue du contrat social et exprimée par le législateur, est seule légitime à édicter des lois. Comme dans le

²⁰ Cette opposition guide l'ensemble de l'ouvrage du professeur. Voir : J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la normal penal : la polémica entre valorativismo e imperativismo*, *op. cit.*, 149 p., spécialement, pour la définition de ces termes : p. 20-25.

²¹ Nous entendons ici le terme délit au sens large, c'est-à-dire incluant, sans distinction crimes et délits. Pour les contraventions, nous verrons néanmoins qu'il est sans doute souhaitable de poser différemment la question de leur objet de protection, leur contenu axiologique étant indéniablement moins fort et parfois même inexistant. Dans certains droits comme les droits allemand ou espagnol, cette matière ne relève d'ailleurs pas du droit pénal mais du droit administratif.

²² Le professeur ALCACER GUIRAO oppose ainsi les théories dans lesquelles l'infraction est constituée par la lésion d'un bien juridique et celles dans lesquelles elle est constituée par la lésion d'un devoir d'obéissance envers l'État. Cette problématique, rattachée chez cet auteur à celle opposant individualisme et communautarisme, constitue le fil directeur de sa monographie et est longuement exposée dans l'introduction de l'ouvrage : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 21-26.

²³ Cette division, qui n'est pas sans rappeler à quelques nuances près celle évoquée plus haut du professeur ALCACER GUIRAO, est celle choisie par le professeur FERRAJOLI. Citée par : G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico : la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la immanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos », *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Tirant lo blanch, 2004, p. 896-899.

²⁴ Notons cependant que de nombreux auteurs partageant ce point de vue considèrent qu'il est incorrect de prétendre que l'infraction viole la loi pénale et affirmer au contraire qu'elle en réalise tous les éléments. Ce qui est véritablement violé n'est pas la loi mais la norme primaire de conduite dont le non respect est sanctionné par la loi pénale, norme secondaire. Souvent reprise, notamment par KELSEN, cette précision terminologique provient du célèbre traité de BINDING, « *Die Normen* », publié pour la première fois en 1872. Voir par exemple : R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français* *op. cit.*, p. 203, n°98. ; A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, traduit de l'italien par G. Seminara, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2001, p. 100-102, n°24.

²⁵ J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 10/18, 1989, p. 74.

²⁶ T. HOBBS, *Léviathan ; Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit l'anglais et annoté par F. Tricaud, Dalloz, 2000, p. 177 -178.

droit naturel des Lumières, le Droit Juste n'est pas accessible à la démonstration²⁷ et le droit positif ne peut constituer qu'un acte de volonté : il ne puise sa force obligatoire que dans l'autorité de l'État, dépositaire de la raison du peuple souverain²⁸. En tant que garant des conditions de la vie en commun et donc de la sécurité juridique²⁹, l'État est alors doté du droit de commander, d'exiger l'obéissance, et de punir celui dont la volonté individuelle irait à l'encontre de la volonté générale³⁰. Au sein de cette conception impérativiste, il existe néanmoins des nuances importantes.

Les théories directement issues de la Révolution s'inscrivent le plus souvent dans une conception objective du droit et accordent une grande importance aux idées d'intérêt général et de dommage social³¹ alors que par la suite, une certaine personnalisation de l'État est mise en avant. Une conception plus volontariste du droit va alors parfois se détacher du contrat social³² pour défendre une théorie dite de l'« *autolimitation* », élaborée par JELINEK en Allemagne et importée en France par CARRÉ DE MALBERG au début du XX^e siècle. La souveraineté étatique y est considérée comme antérieure au fait juridique et la subjectivisation de l'État poussée à l'extrême³³ puisque « *l'État ne peut se trouver obligé, lié ou limité qu'en vertu de sa propre volonté*³⁴ ». L'idée de violation du devoir d'obéissance du citoyen envers l'État se trouve au premier plan et le délit s'analyse alors

²⁷ Le « *droit naturel* » des Modernes, « *nouveau droit naturel* » ou « *droit de la Nature et des Gens* » ne doit pas être confondu avec le droit naturel « *des Anciens* » d'ARISTOTE ou PLATON, intégré par Saint Thomas d'AQUIN et VILLEY. Si le premier est fondé sur la vision d'un monde d'individus, libres, rationnels et égaux et dont les finalités et les lois ne sont définies que par l'Homme, le droit naturel des Anciens au contraire reconnaît l'existence d'un monde inégalitaire, un monde de valeurs que l'homme peut connaître mais non choisir. Pour les Anciens, le Juste n'est pas déterminé par la volonté humaine mais par l'Ordre des choses et le Droit ne se confond pas avec la loi humaine. Pour une présentation accessible de la question, voir N. CAMPAGNA, *Michel Villey: Le droit ou les droits ?*, Michalon, coll. *Le bien commun*, 2004, p. 15-42. Pour une virulente critique des Droits de l'Homme (surtout de HOBBS, LOCKE et WOLFF) : M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, 3^e éd., PUF, coll. Questions, 1998, 169 p., en particulier, p. 10-14 et p. 131-154.

²⁸ La démocratie, en tant qu'expression des valeurs déterminées par la Raison, est alors parfois considérée comme inexorablement liée au relativisme. Le législateur ne peut connaître le Juste mais seulement trancher des conflits d'opinions par un acte de volonté. C'est notamment l'opinion de RADBRUCH en 1945. Voir : G. RADBRUCH, « *El relativismo en la filosofía del derecho* », in *Relativismo y Derecho*, traduit de l'allemand par L. Villarborja, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 3-4, et introduction de L. VILLABORDA, *Ibid.*, p. X.

²⁹ La sécurité juridique apparaît alors comme la finalité première de l'ordre juridique, ce qui explique l'importance du principe de légalité, principe qui « *participe de la sécurité juridique* ». Sur la notion de sécurité juridique et son importance respective en droit public français, européen et communautaire, voir : B. PACTEAU, « *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?* », *AJDA* 1995, Chroniques, p. 151 et s.

³⁰ Voir notamment : C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, p. 61-65, II et 3.

³¹ Cette idée est très présente dans les théories contractualistes de la fin du XVIII^e siècle comme celles de BECCARIA, FEUERBACH ou LEPELETIER DE SAINT-FARJEAU.

³² L'idéalisme germanique issu de la pensée kantienne a ainsi prétendu « *créer l'État par la seule force de l'Idée* », s'opposant ainsi à l'individualisme français construit sur le contrat social. Voir : Ch. BOURTHOMIETJX, « *La critique allemande de la pensée politique française du XVIII^e siècle et le national-socialisme* », *Revue internationale de droit comparé*, 1949, vol. 1, n°3, p. 301-306.

³³ CARRÉ de MALBERG nie que l'État ou les autres personnes juridiques prennent la source de leur organisation dans un acte juridique comme le contrat social ; pour lui au contraire, l'organisation étatique de l'État est un pur fait qui ne se distingue pas de la nation elle-même. Voir : R. CARRÉ de MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, coll. *Bibliothèque Dalloz*, 2003, p. 11-68. Cette subjectivisation sera critiquée par Kelsen qui défend une conception objective du droit dans laquelle c'est la « *Grundnorm* », c'est-à-dire la norme fondamentale, qui impose d'obéir à la Constitution. Voir : A. VIALA, « *La notion d'État de droit : l'histoire d'un défi de la science juridique* », *Revue de la recherche juridique et de droit prospectif*, vol. 13 n°1, printemps 2001, p. 677-680. ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, traduit de l'allemand par Ch. Eisenmann, Bruylant L.G.D.J., coll. *La pensée juridique*, 1999, p. 341-345. Pour Kelsen, l'État ne peut pas, en effet, avoir de volonté au sens propre du mot : *Ibid.*, p. 401, note 38. Cette référence à une « *norme fondamentale supposée* » est néanmoins bien souvent dénoncée comme la principale faiblesse de la théorie de Kelsen pour impliquer une *regressio in infinitum*, cette « *Grundnorm* » ne pouvant puiser sa validité dans aucune norme supérieure. Voir : P. AMSELEK, « *Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen* », *Revue Juridique Thémis*, 1999, p. 201-203, [en ligne], <<http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjtvol33num2/amselek.pdf>>

³⁴ Citation de CARRÉ de MALBERG, *Ibid.*, p. 678. On peut voir dans cette conception, avec VILLEY, une « *théologie de laïcs* », la philosophie des modernes ayant conduit à substituer au Christ « *le Dieu que produit la Raison de l'Homme* ». Voir : M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 132.

essentiellement comme une opposition subjective à la volonté de l'État³⁵. A l'origine des controverses doctrinales classiques entre « *objectivisme* » et « *subjectivisme* », ces deux voies ont néanmoins en commun d'envisager l'infraction d'abord comme une atteinte à la loi. Que l'accent soit mis sur l'atteinte à la société dans son ensemble ou sur la violation du devoir d'obéissance envers l'État, l'atteinte à ce que nous pouvons appeler le « *bien juridique concret* » n'est que d'une importance secondaire³⁶.

On retrouve la même idée dans un courant de pensée mené par le professeur JAKOBS en Allemagne et largement suivi en Amérique latine qui, se fondant cette fois sur une approche sociologique, défend lui aussi une conception de l'infraction comme atteinte à la loi, ou, plus précisément, à l'effectivité de la loi. Pour ces théories, souvent appelées « *systémiques* », la société est conçue comme un système de communication et les règles juridiques ne sont pas le produit d'une volonté dotée d'une rationalité indiscutable mais, en ce qu'elles réaffirment les normes sociales, elles ont pour fonction de garantir les attentes qui fondent les conditions nécessaires au maintien de la configuration du système social³⁷. Le délinquant ne porte ainsi pas atteinte à un bien juridique ou à une victime déterminée mais à l'ensemble du système social dont il a contesté, par son acte délictuel signifiant, la validité normative³⁸.

7. Si, au contraire, on considère que le bien juridique existe *a priori*, indépendamment de sa consécration par le législateur, alors on doit admettre que c'est ce bien juridique qui est d'abord atteint par l'acte infractionnel. La loi qui le protège reste bien enfreinte mais sa violation n'est qu'un élément de l'infraction et non son résultat³⁹. Dans cette conception, le droit pénal apparaît comme essentiellement déclaratif⁴⁰; il n'est plus le fruit d'un acte de volonté créateur de biens juridiques mais au contraire celui d'un acte de connaissance de biens juridiques préexistants⁴¹, ceux-ci pouvant alors avoir vocation à limiter le domaine légitime du droit pénal à leur propre

³⁵ BINDING est souvent considéré comme ayant introduit cette conception en droit pénal. Voir : G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, traduit de l'allemand par A. van Weezel, Thomson, coll. *Civitas*, 2008, p. 49-50 et 56-60.

³⁶ Dans son *Discours préliminaire au Code civil* du 20 janvier 1801, PORTALIS exprime clairement cette idée en affirmant que les lois pénales « *ne règlent pas à proprement parler les rapports des hommes entre eux, mais ceux de chaque homme avec les lois qui veillent pour tous* ». Cette hiérarchie se retrouve d'ailleurs nettement dans les Codes pénaux français de 1791 et de 1810 dans lesquels les crimes les plus graves sont ceux qui portent atteinte au bien commun et aux institutions, la protection des personnes et des biens venant au second plan. Voir la citation rapportée par : P. LASCOUMES et al., *Au nom de l'ordre : Une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989, p. 178 ; et, sur cette hiérarchie dans les objets de protection, *Ibid.*, p. 198-199 et 205.

³⁷ Inspirées du fonctionnalisme systémique de LUHMANN, ces théories n'envisagent alors le droit que dans sa fonction de préservation du système juridique et sa légitimité ne s'apprécie qu'à l'aune de son efficacité, de sa « *fonctionnalité* ». Voir par exemple : S. MIR PUIG, « *Límites del normativismo en derecho penal* », art. préc., p. 2. ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, coll. *Estudios de derecho penal*, 2003, p. 8-22. Voir surtout le traité de Günter JAKOBS, chef de file de cette école de pensée : G. JAKOBS, *Derecho penal : Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, traduit de la 2^e éd. allemande par J. Cuello Contreras et J.-L. Serrano Gonzales de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 9-12.

³⁸ Ce n'est pas la dangerosité de l'individu qui fonde la répression mais la « *rupture du rôle* », son écart par rapport à l'attitude attendue d'un citoyen respectueux du droit. C'est en effet dans ces théories l'affrontement avec la norme (ou avec son autorité) qui constitue la raison matérielle de l'interdiction et l'utilité du concept de bien juridique est complètement niée, au point qu'elles en prônent la disparition. Voir : G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, traduit de l'allemand par A. van Weezel, Thomson, coll. *Civitas*, 2008, p. 87-89.

³⁹ En ce sens, et dénonçant la position de BINDING qui aboutit selon lui à faire de l'atteinte à la loi le résultat de l'infraction : F. VON LISZT, *Tratado de derecho penal*, traduit de la 20^e éd. allemande par L. Jimenez de Asua, 4^e éd., Madrid, Reus, coll. *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*, 1999, T. II, p. 335.

⁴⁰ La loi pénale n'est pour autant pas complètement dépourvue de normativité puisqu'elle vient bien sanctionner les comportements délinquants par la menace d'une peine. Sur ce débat sur la nature déclarative ou normative de la loi pénale, voir notamment : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand; contribution à une théorie générale de l'illicéité*, thèse Nancy II, 2003, p. 71 et p. 202-211.

⁴¹ L'idée de « *bien juridique préjuridique* » peut légitimement surprendre. Elle est néanmoins compréhensible si on la situe dans le cadre de l'opposition entre droit naturel et droit positif. Ce bien juridique préjuridique serait alors un bien doté d'une valeur transcendante, préexistante à la loi pénale et qui serait juridique dans un Droit idéal. Bien juridique du point de vue du devoir être du Droit, le bien juridique ainsi entendu ne correspond pas nécessairement au bien juridique effectivement consacré par le droit positif.

protection. Le législateur n'est plus guidé par sa seule Raison, il doit, par un acte de connaissance, trouver les intérêts ou les valeurs dignes de protection pénale et il peut par conséquent « se tromper » dans l'édition des règles pénales et dans la sélection des objets protégés.

La difficulté essentielle soulevée par cette conception est bien sûr de déterminer l'origine de ces biens juridiques *a priori* et deux grandes positions ont été défendues dans la doctrine pénale⁴². Ces biens juridiques peuvent d'abord être considérés comme des intérêts vitaux de la réalité sociale auquel le législateur ne fait que reconnaître la qualité de bien juridique, comme chez LISZT⁴³, ou bien être plus directement issus du monde des valeurs comme dans l'ontologisme finaliste⁴⁴. Dans la conception de LISZT, l'intérêt trouve donc son origine dans la vie elle-même, dans la réalité empirique et il existe avant sa consécration par le droit⁴⁵. On retrouve une idée similaire en Italie chez ROCCO, quoique avec une terminologie un peu différente, lorsqu'il expose que l'objet de la tutelle pénale est un « *quid* » (bien ou intérêt) qui n'a pas encore de nature juridique du point de vue du droit pénal, celle-ci n'étant acquise que du fait de l'attribution de cette tutelle⁴⁶. Ces théories pourraient être rapprochées du positivisme sociologique de DUGUIT en ce qu'elles se détachent du mythe de la Volonté pour ancrer dans le fait social la naissance de la règle de droit mais aussi dans leur refus de reconnaître l'existence d'un droit naturel transcendant⁴⁷.

La conception finaliste est beaucoup plus nettement axiologique car pour elle, le sens des faits procède de leur être⁴⁸, ce qui fait de la consécration législative des biens juridiques un véritable acte de connaissance des valeurs. Seule une valeur peut donner une force obligatoire à la norme⁴⁹ et les valeurs étant contenues dans les faits (culturels), c'est-à-dire *in re*, elles sont accessibles à la connaissance (et non décrétées rationnellement)⁵⁰. Le devoir ne peut aucunement se fonder dans le vouloir subjectif d'un homme ou d'un groupe d'hommes et encore moins dans la seule coercition.

Dans les deux cas néanmoins, le législateur n'est pas seul légitime à déterminer le domaine du droit pénal et même si ces auteurs s'accordent sur la nécessité de distinguer droit et morale et de

⁴² On retrouve ici l'opposition de base entre la conception d'une morale sociale désignant l'« ensemble des règles de conduites admises à une époque ou par un groupe d'hommes », et une conception plus absolutiste renvoyant à l'« ensemble des règles de conduite tenues pour inconditionnellement valables ». Aucun de ces sens ne se confond avec l'« éthique », « théorie raisonnée du bien et du mal », qui s'inscrit toujours dans une théorie visant des conséquences normatives. Voir : A. LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. *Quadrige*, 2002, 1323 p.

⁴³ Voir : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal*, *op. cit.*, T. II, p. 5.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 5-6.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 2.

⁴⁶ A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, *op. cit.*, p. 573-574.

⁴⁷ Voir : A. VIALA, « La notion d'État de droit : l'histoire d'un défi de la science juridique », art. préc., p. 681-687. Sur la pensée de Léon DUGUIT et son opposition à l'impérativisme de JELINEK : J.-M. TRIGEAUD, *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Éditions BIÈRE, coll. *Bibliothèque de philosophie comparée*, 1990, tome II, p. 70-72.

⁴⁸ S. MIR PUIG, « Limites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 5-6.

⁴⁹ Voir notamment la pensée d'un célèbre disciple de WELZEL : A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, traduit de l'allemand par E. Eiranova Encinas, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 67.

⁵⁰ *Ibid.*, p. 76-80. KAUFMANN choisit ainsi la voie de ce qu'il appelle le « réalisme modéré », c'est-à-dire une voie médiane entre le réalisme conceptuel selon lequel l'être est déjà présent de façon réelle, *ante rem* et la position nominaliste selon laquelle le général n'apparaît que comme une idée de la pensée, *post rem*. Le général, et donc la valeur, apparaît alors ici *in rem*.

respecter les prescriptions législatives mêmes imparfaites⁵¹, il est clair que ces théories ouvrent une voie permettant la critique du droit positif⁵².

8. — Interprétation et appréciation de la loi. — Cette différence fondamentale dans la conception de la loi va forcément emporter d'importantes conséquences épistémologiques et fortement influencer les pouvoirs reconnus au juge pénal.

9. Si la rationalité de la loi est indiscutable comme chez ROUSSEAU ou HEGEL⁵³, il n'est pas question pour la doctrine de prétendre formuler un jugement axiologique visant à apprécier la légitimité des normes d'un point de vue autre que formel. La loi étant un acte de volonté, elle ne peut être vraie ou fausse. De même, le juge se devra de respecter fidèlement la loi pénale, et bien se garder de substituer sa volonté particulière à la volonté générale, seule légitime. Cette conception est très nettement à l'origine de la formulation du principe de légalité des délits et des peines et de son corollaire, le principe d'interprétation stricte⁵⁴, principes garants d'une sécurité juridique jugée indispensable à la rupture avec l'Ancien Régime et sa conception arbitraire de la justice⁵⁵. Conformément à ces présupposés volontaristes, et parallèlement au développement des sciences naturelles et à l'apogée du rationalisme, le positivisme juridique usa d'une logique formelle, déductive⁵⁶, et s'attacha à se débarrasser de toute considération métaphysique, quitte à courir le risque de l'historicisme ou du relativisme⁵⁷.

Sous l'impulsion d'Auguste COMTE⁵⁸, ce courant qui domina largement une bonne partie du XIX^{ème} siècle dans toute l'Europe, envisagea le droit positif comme un matériel empirique

⁵¹ F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, T. II., p. 337. ; A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal, op. cit.*, p. 513 ; A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad, op. cit.*, p. 67-68. Ce dernier écarte néanmoins la validité normative des lois injustes, celles-ci n'appartenant ni au droit, ni à la morale. *Ibid.*, p. 70. On retrouve la même idée chez RADBRUCH dans ses écrits postérieurs à la deuxième guerre mondiale, lorsqu'il nie la validité des lois qui bafouent consciemment la volonté de justice et apparaissent alors comme du « faux droit », à l'image du droit national-socialiste, mais commande d'obéir aux lois imparfaites lorsque leur contradiction avec la justice reste supportable. Il reconnaît lui-même le flou de la frontière entre les deux cas de figure mais s'avoue impuissant à la préciser davantage. Voir : G. RADBRUCH, « Arbitrariedad legal y derecho suprallegal », in *Relativismo y Derecho*, traduit de l'allemand par L. Villarborda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 34-37.

⁵² Notons néanmoins que, poussé à l'extrême, le positivisme sociologique peut conduire au fonctionnalisme systémique et rompre ainsi avec toute possibilité d'appréciation critique du droit, simple sous-système du système social, ce qui revient à une conception de l'infraction comme atteinte à la société dans son ensemble.

⁵³ Pour ROUSSEAU, la volonté générale « est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique » et pour HEGEL, la loi, en tant que produit de l'État, est dotée d'une rationalité qui ne peut être mise en doute. Dans les deux cas, c'est sa qualité même de loi qui lui confère sa valeur. Voir, respectivement : J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 10/18, 1989, p. 87. ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, Barcelona, PPU, coll. *Derecho y Estado*, 1991, p. 38.

⁵⁴ Cela ressort très nettement de l'ouvrage de BECCARIA qui en fait une conséquence directe de sa théorie du droit de punir. Il nie ainsi tout pouvoir interprétatif au juge, tenu de se conformer à la lettre de la loi sans pouvoir recourir à son esprit. La décision de condamnation ou d'acquiescement ne doit alors qu'être la conclusion d'un syllogisme parfait dont la loi constitue la majeure et les faits la mineure. Voir : C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par M. Chevallier, GF-Flammarion, 1991, p. 65-70, §3 et 4.

⁵⁵ Face aux dérives connues de la conception arbitraire de la justice de l'ancien régime, les Lumières et les révolutionnaires firent de la sécurité juridique et de la paix qu'elle procure la mission première du droit. Voir par exemple : L. VILLABORDA, introduction à G. RADBRUCH, *Relativismo y Derecho, op. cit.*, p. XIII. Ce vœu d'égalité et de sécurité juridique dans la justice pénale figurait d'ailleurs dans les préoccupations premières des Cahiers des États généraux. Voir : P. LASCOURMES et al., *Au nom de l'ordre : Une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989, p. 46-51.

⁵⁶ On retrouve ici le parallèle avec la rupture théologique introduite par OCKHAM qui avait substitué à la méditation et à la méthode dialectique des philosophes grecs qui partait de l'observation des réalités sensibles pour en extraire des abstractions ne constituant pas un système clos une méthode déductive rigoureuse proche du « syllogisme scientifique ». Voir : M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme, op. cit.*, p. 132-133.

⁵⁷ Le lien entre les théories positivistes et les théories relativistes, définies comme la négation d'une connaissance juridique universelle et de toute possibilité d'existence d'un droit naturel, est souligné (et dénoncé) par Arthur KAUFMANN qui voit dans l'historicisme la traduction historique et philosophique du relativisme. Voir : A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad, op. cit.*, p. 27-28. Le lien entre relativisme et positivisme est en revanche pleinement assumé, en 1945, par RADBRUCH qui affirme que « Le relativisme débouche sur le positivisme » (« El relativismo desemboca en el positivismo. »). Voir : G. RADBRUCH, « El relativismo en la filosofía del derecho », art. préc., p. 4.

⁵⁸ Voir par exemple : H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, op. cit.*, p. 34-35.

susceptible d'observation scientifique et prôna son étude par le biais d'une méthodologie purement descriptive⁵⁹. Poussée à l'extrême par le fonctionnalisme systémique, cette idée le conduira à n'apprécier les phénomènes sociaux qu'en termes de fonctionnalité et à réduire la question de sa légitimité à celle de son efficacité à assurer la préservation du système social.

S'opposant à la confusion du droit et du fait opérée par les théories sociologiques émergentes, Hans Kelsen défendra un peu plus tard une « *Théorie pure du droit* » qui avait pour projet de fonder une véritable science du droit⁶⁰, science normative de la société qui connut et connaît encore un large succès. Cette « *théorie du droit positif se propose uniquement de connaître son objet, c'est-à-dire d'établir ce qu'est le droit et comment il est et n'essaie en aucune façon de dire comment le droit devrait être fait*⁶¹ ».

Mais que leurs fondements soient philosophiques, théoriques ou épistémologiques, ces théories ont en commun de refuser toute analyse critique de leur objet d'étude et de réduire un éventuel concept de bien juridique à l'objet juridique protégé par la loi positive. Le bien juridique ne peut alors avoir aucune existence préjuridique, c'est le seul choix du législateur de lui accorder une protection juridique qui lui confère sa qualité et fait de lui un objet valorisé. Les biens juridiques sont uniquement formels ; ils ne peuvent qu'être extraits des préceptes du droit positif et, leur plus ou moins grande extension étant librement fixée par le législateur⁶², il n'est pas question de leur attribuer une quelconque fonction de limite au *ius puniendi* : le droit est un système totalement autoréférent.

A l'origine perçu et voulu comme une garantie du citoyen face à l'État⁶³, le légalisme issu de la Révolution et de la philosophie des Lumières se trouva néanmoins fortement remis en question après la deuxième guerre mondiale. Car si nul ne doutait auparavant que le législateur poursuive toujours la réalisation du bien commun, l'arrivée au pouvoir, de façon légale, du national-socialisme⁶⁴ démontra les dangers des théories hobbesiennes radicales de Carl SCHMITT⁶⁵ et jeta le discrédit sur toutes les théories positivistes. Souvent accusées d'avoir légitimé les dictatures

⁵⁹ Voir : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, [en ligne], <<http://criminet.ugr.es/recpc>>, p. 3-4.

⁶⁰ Kelsen aurait ainsi élaboré sa théorie davantage dans le but de contrer le « *positivisme social* » des théories sociologiques naissantes qu'en opposition aux tendances *jusnaturalistes* de la théorie juridique traditionnelle. Il s'agissait pour lui de faire de la science juridique une « *science authentique* ». Voir : P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », art. préc., p. 193-194.

⁶¹ Kelsen, s'inscrit dans la lignée du positivisme juridique dès la préface de la première édition de son ouvrage et fonde lui aussi sa théorie sur la définition des normes comme signification d'un acte de volonté même s'il fonde le caractère obligatoire de celle-ci non dans la volonté du souverain mais dans la validité objective qu'une norme supérieure lui confère. Voir : *Ibid.*, p. 192-193 ; ; H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, 367 p., en particulier, p. 3-6, p. 9 et p. 13-18.

⁶² *Ibid.*, p. 36-37.

⁶³ Ce contexte politique particulier et son importance sont notamment soulignés par : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 3-4.

⁶⁴ Hitler est en effet arrivé au pouvoir par la voie du suffrage universel et si la légalité de certaines lois édictées par le pouvoir national-socialiste reste discutée, les crimes nazis ont été perpétrés, au moins à l'origine, au nom de la loi. Voir par exemple : L. VILLABORDA, introduction à G. RADBRUCH, *Relativismo y Derecho*, *op. cit.*, p. XII ; G. RADBRUCH, « Arbitrariedad legal y derecho suprallegal », p. 31 (sur les conditions d'adoption de la loi instituant la peine de mort pour qui se rendait coupable de haute trahison, notion alors largement entendue).

⁶⁵ Pour Carl Schmitt le Léviathan fonctionne de façon autonome, sa valeur, sa vérité et sa justice résident dans sa perfection technique et l'invocation du droit et de la vérité, loin de produire la paix, engendre la guerre la plus incendiaire. Voir : Voir M. GURDIEL SIERRA, préface à J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Sobre la estructura de la normal penal*, *op. cit.*, p. 15-17. Notons que les régimes totalitaires sont parfois considérés comme le fruit de la philosophie moderne des droits de l'homme elle-même et en particulier hobbesienne. En ce sens : M. VILLEY, *Le droit et les droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 142.

européennes du XX^{ème} siècle, celles-ci furent violemment rejetées dans ces pays après la chute des régimes totalitaires⁶⁶ et y sont aujourd'hui encore le plus souvent regardées avec méfiance⁶⁷.

Dénuées des présupposés politiques et philosophiques du légalisme originel, les théories systémiques sont encore plus vivement contestées que celui-ci, notamment du fait de leur volonté de supprimer le concept de bien juridique, souvent considéré dans ces pays comme une garantie essentielle du droit pénal démocratique. En légitimant le droit par sa seule fonction de protection des processus de communication juridiquement institutionnalisés, ces théories font de la propre subsistance du système sa seule finalité et ne permettent de l'apprécier qu'au travers de son efficacité. L'analyse dogmatique est alors réduite à l'analyse fonctionnelle du droit positif, toute considération axiologique étant proscrite, ce qui conduit leurs détracteurs à les taxer de normativisme radical et à les accuser de relever du pire positivisme⁶⁸.

10. Si l'on admet en revanche que le législateur ne fait que consacrer une réalité sociale préexistante et considérée comme souhaitable ou qu'énoncer des valeurs morales transcendantes, alors la norme pénale apparaît comme un acte de connaissance et sa seule validité formelle ne suffit plus à garantir sa légitimité. La doctrine peut alors se permettre de formuler des jugements critiques sur l'appréciation axiologique du législateur et le juge peut lui aussi mener cette quête de connaissance des valeurs sociales ou morales à l'heure d'interpréter les textes pénaux qui lui sont soumis. Il ne s'agit plus simplement de se demander si le législateur a bien respecté les conditions formelles de validité de la loi pénale et la hiérarchie des normes mais s'il a protégé pénalement les bons intérêts ou les valeurs véritables. La distinction opérée entre ce qui est valorisé et la norme elle-même fait que la question de la légitimité du droit pénal est posée et que chaque incrimination pourra faire l'objet d'une appréciation critique⁶⁹. Le bien juridique protégé par l'incrimination correspond-il véritablement à un intérêt vital ou à une valeur sociale? Les éléments de l'incrimination permettent-ils de lui apporter une protection efficace? Cette protection est-elle nécessaire et proportionnée au regard des atteintes à la liberté individuelle qu'engendre la sanction pénale?

Pour ce qui est du rôle du juge, l'approche va là aussi être très différente de celle défendue par les théories impérativistes. Alors que le positivisme étatique voit dans l'interprétation stricte une garantie essentielle du principe de légalité incompatible avec toute interprétation axiologique par le juge, les tenants d'un bien juridique transcendant considèrent au contraire que la référence à l'intérêt ou à la valeur protégés peuvent aider à une interprétation téléologique tout à fait compatible avec l'interprétation stricte. Mettant en opposition interprétation stricte et interprétation littérale, ils considèrent que les positivistes défendent la seconde sous couvert de la première et que la référence à l'objet que le législateur a souhaité protéger aide au contraire à une

⁶⁶ Aux motifs que « la loi est la loi » et que le citoyen avait le devoir de la respecter, les auteurs positivistes se trouvèrent en effet dans l'impossibilité théorique de critiquer les lois nationales-socialistes. Voir : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 6-7. ; G. RADBRUCH, « La renovación del derecho », in *Relativismo y Derecho*, op. cit., p. 13 ; G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, coll. *Brevarios*, 1997, p. 178-179. Le professeur VILLARBORDA nuance néanmoins les critiques faites à ces théories en soulignant que SCHMITT n'était pas à proprement parler positiviste mais décisionniste et en insistant sur le fait que de nombreux auteurs, y compris *iusnaturalistas*, avaient également soutenu le régime national-socialiste. Les positivistes Kelsen et RADBRUCH s'y sont en revanche opposés. Voir : L. VILLARBORDA, introduction à G. RADBRUCH, *Relativismo y Derecho*, op. cit., p. XII et p. XIV-XVII sur les conséquences de cette période historique sur la théorie de ces deux auteurs.

⁶⁷ Le positivisme kelsénien est néanmoins parfois présenté, notamment en France par l'important courant des théories réalistes de l'interprétation, comme historiquement lié au libéralisme et à la théorie démocratique pour s'être opposé aux théories allemandes d'autolimitation de l'État et avoir défendu un contrôle de constitutionnalité contraire à la position de ROUSSEAU selon laquelle seul le souverain pouvait être juge des « bornes » de son pouvoir. Voir par exemple : Ph. RAYNAUD, « Positivisme juridique et démocratie », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel TROPPEL*, Economica, 2006, p. 871-874.

⁶⁸ Pour une présentation critique, voir notamment : R. ALCÁZER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 61-63. ; S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 3. De nombreux auteurs n'hésitent pas à leur reprocher la signification autoritaire. Voir par exemple : *Ibid.*, p. 7.

⁶⁹ Voir notamment : R. ALCÁZER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 88. ; S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 11.

interprétation stricte, c'est-à-dire exacte, du texte⁷⁰. C'est ainsi qu'une incrimination relative au trafic de personnes immigrées en situation irrégulière va connaître un champ d'application très différent selon que l'on considère que l'on protège la liberté individuelle de ces personnes, un droit à la dignité considéré comme indisponible ou les règles administratives relatives au séjour dans le pays⁷¹. Selon les théories, il s'agira alors de déterminer soit le contenu axiologique de la volonté du législateur⁷² (la question étant alors de savoir si l'on se place au moment où la loi a été adoptée ou si l'on transpose cette volonté à l'heure actuelle⁷³), soit l'interprétation la plus conforme aux valeurs de la société ou aux valeurs morales. Favorable à la confrontation d'opinions divergentes, cette approche se retrouve dans la pratique judiciaire dite des « *opinions dissidentes* », dans laquelle les décisions comportent les opinions contraires à la solution adoptée et leur argumentation, indiquant par là que la loi est soumise à interprétation et que le juge ne prétend pas en donner la seule lecture possible. Elle va également tout à fait dans le sens de la grande importance reconnue en Allemagne à la doctrine dont les constructions dogmatiques, fréquemment citées par les juges et utilisées par le législateur, apparaissent comme de véritables sources du droit⁷⁴.

11. — Structure de l'infraction. — Mais la plus ou moins grande importance accordée à la violation de la loi ou à l'atteinte à l'objet particulier protégé par l'infraction n'emporte pas seulement des conséquences méthodologiques ; elle influe également fortement sur la théorie du délit lui-même et sur les notions essentielles du droit pénal comme la consommation de l'infraction, la tentative, la complicité ou la justification.

12. L'importance respective accordée à la violation de la norme ou à l'atteinte au bien juridique va particulièrement déterminer une plus ou moins grande gradation de la sévérité des peines en fonction des biens juridiques atteints par l'infraction et du degré d'affectation de ceux-ci par le comportement prohibé. Même si tous les systèmes juridiques attachent des peines distinctes aux différentes incriminations et qu'aucune ne punit aussi sévèrement une atteinte légère aux biens qu'une atteinte grave aux personnes, il est clair que les théories purement volontaristes ayant succédé aux théories légalistes objectives⁷⁵ ou les théories systémiques ont beaucoup plus de mal à

⁷⁰ L'interprétation littérale constitue alors seulement la limite que ne peut franchir l'interprétation téléologique. Voir : M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo blanch, coll. *Tirant monografías*, 1999, p. 202. Cette conception est aujourd'hui largement dominante en Allemagne et en Espagne : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 106.

⁷¹ G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 927-928. Voir également pour le trafic de stupéfiants et la distinction entre protection de la santé publique, de la santé personnelle du consommateur potentiel ou du droit à l'autodétermination de ce consommateur.

⁷² Cette fonction de *ratio legis* apparaît comme l'apport fondamental des théories néo-kantiennes, très influentes en Allemagne dans la première moitié du XX^{ème} siècle, à la théorie du bien juridique. Voir : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 4-5.

⁷³ La doctrine penche en général pour une conception abstraite du législateur, conformément à l'idée selon laquelle l'auteur véritable de la loi est l'État, ce qui justifie l'adaptation de la loi à l'histoire et aux évolutions sociales par le biais de l'interprétation. HOBBS considérait ainsi déjà que le législateur n'est pas celui qui fait la loi mais celui qui, par son autorité, fait qu'elle demeure loi. Voir, en ce sens : G. RADBRUCH, « Clases de Interpretación », in *Relativismo y Derecho*, *op. cit.*, p. 44 et p. 50.

⁷⁴ Cette place importante de la doctrine fait qu'une grande partie du droit allemand est un « *droit de professeurs* ». Voir : J. LEBLOIS-HAPPE et al., « Chronique de droit pénal allemand », *R.I.D.P.*, Vol. 73, p. 1233. Un excès de dogmatisme est néanmoins souvent reproché à la doctrine allemande. Le professeur HASSEMER qualifie ainsi la doctrine des années 1950-1960, d'un droit pénal conçu comme « *élucubration technicojuridique* » et évoque l'influence positive des juristes espagnols sur la prise de conscience des juristes allemands de la nécessité de prendre en compte les retombées concrètes de la théorie sur la *praxis*. Voir : W. HASSEMER, « Los rostros del derecho penal », art. préc., p. 109-110.

⁷⁵ Celles-ci, défendant une conception objective du droit pénal, justifient la hiérarchie des peines par l'inégale gravité du dommage social. Voir par exemple : C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, I, p. 75, §VI. Ces théories légalistes s'accordent en revanche parfaitement avec l'idée de peines fixes, traduction de l'égalité formelle devant la loi et présentes dans le Code pénal français de 1791 puisque le dommage social est pour elles identique quel que soit l'auteur ou la victime de l'infraction. *Ibid.*, p. 75-76, §VII. La double fixité des peines, dans leur détermination par la loi et dans leur prononcé par le juge, a notamment été défendue, en France, par LEPELETIER DE SAINT-FARJEAU, rédacteur du projet de Code pénal de 1791. Voir : P. LASCOURNES et al., *Au nom de l'ordre*, *op. cit.*, p. 105-106.

expliquer les différences dans le *quantum* des peines que les théories du bien juridique. S'il paraît en effet logique que la hiérarchie des peines corresponde à la hiérarchie des intérêts atteints dans les théories du bien juridique, les conceptions dans lesquelles l'atteinte à la norme apparaît comme le résultat véritable de l'infraction restent impuissantes à expliquer pourquoi cette atteinte serait plus sévèrement sanctionnée selon les incriminations⁷⁶.

La même problématique apparaît à l'heure d'envisager la punissabilité et la pénalité des infractions seulement tentées, formelles ou de prévention. Les théories positivistes objectives⁷⁷ et les théories d'un bien juridique concrètement entendu⁷⁸ défendent ainsi logiquement une répression exceptionnelle et une sévérité moindre puisque le dommage social et l'atteinte au bien juridique sont moins graves que dans les infractions matérielles consommées correspondantes. Dans les théories positivistes subjectives, les théories du bien juridique comme valeur idéale et les théories systémiques, au contraire, l'infraction tentée en ce qu'elle manifeste la même hostilité à la volonté générale ou à la valeur idéale ou la même négation de l'effectivité de la norme, doit être sanctionnée au même titre que l'infraction consommée⁷⁹. Les infractions formelles ou de prévention y sont également beaucoup plus largement admises puisque ce qui compte, c'est l'expression d'une volonté individuelle contraire à la volonté de l'État souverain ou, en termes systémiques, l'expression de la remise en cause de la validité de la Norme. Le délit a en effet exactement la même signification du point de vue de la Norme qu'il ait ou non causé un résultat matériel, un dommage social ou une atteinte au bien juridique. Cette position a pour nécessaire conséquence d'accorder une place plus importante à la réprobation de l'acte qu'à la réprobation du résultat⁸⁰ et d'offrir un terreau favorable aux théories subjectivistes⁸¹ même si les auteurs défendant cette conception s'opposent à la criminalisation des délits d'opinion⁸².

Les mêmes clivages produisent des effets similaires dans la question de la participation, le lien plus indirect entre le comportement de l'agent et l'atteinte au bien juridique justifiant une sévérité moindre dans les théories du bien juridique alors que l'opposition à la loi du complice est considérée comme aussi grave que celle de l'auteur principal dans les théories impérativistes. S'agissant de la question de la justification, enfin, les théories du bien juridique insisteront sur

⁷⁶ Cette carence est souvent montrée du doigt par les opposants aux théories systémiques et est reconnue par ses défenseurs mêmes. Les théories positivistes subjectives peinent elles aussi à expliquer ces différences. Voir notamment : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 118 et 121.

⁷⁷ Le Code pénal français de 1791, conformément à cette conception objective du droit pénal, ne réprimait ainsi qu'exceptionnellement la tentative, plus précisément, pour les seuls crimes d'assassinat et d'empoisonnement. C'est seulement le Code des délits et des peines de 1795 qui prévient l'incrimination de toute tentative de crime et le Code pénal de 1810 qui étendit le domaine de la tentative punissable à la matière délictuelle, un texte spécial d'incrimination étant néanmoins nécessaire. Voir : P. LASCOURMES et al., *Au nom de l'ordre*, *op. cit.*, p. 179-180. BECCARIA insistait pour sa part sur la nécessité de réprimer moins sévèrement les infractions simplement tentées afin de promouvoir le repentir et de limiter le dommage social. Voir : C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, *op. cit.*, I, p. 160, §XXXVII.

⁷⁸ Il y apparaîtrait en effet fondamental de savoir si le bien juridique a effectivement été lésé, s'il a simplement été menacé ou bien s'il n'a à aucun moment été en danger. L'injuste connaîtra une gradation en conséquence qui devra se traduire par une gradation des peines, l'infraction consommée devant être davantage sanctionnée que l'infraction tentée et l'absence de tout risque pour le bien juridique devant échapper au droit pénal même si la validité de la Norme a été contestée. Voir par exemple : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 117-118. Von LISZT insistait beaucoup sur ce point : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal*, *op. cit.*, T. III, p. 1 et 10.

⁷⁹ L'infraction à la norme impérative (c'est-à-dire la violation de la loi), existe ou n'existe pas ; elle ne peut exister de façon simplement partielle ou provisoire avant que d'exister définitivement ni de façon simplement abstraite avant que d'exister de façon concrète avec la consommation de l'infraction. Voir : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 8. Il en va de même si l'on entend le bien juridique comme une valeur purement idéale.

⁸⁰ Voir par exemple : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 107-112.

⁸¹ *Ibid.*, p. 112 et p. 118.

⁸² Tous exigent en effet qu'un comportement, décrit par les textes, réalise cette contrariété subjective à la norme. Pour les théories du positivisme étatique, il n'était pas question de revenir au jugement moral de l'Ancien Régime et un acte apparaissait indispensable pour manifester la pensée délictuelle et fonder la répression. Le professeur JAKOBS dégage quant à lui le critère de l'« organisation » selon lequel toute personne a le droit d'exprimer des opinions critiques tant qu'elle ne modifie pas le système de communication par un acte signifiant. Voir : G. JAKOBS, *Derecho penal : Parte general*, *op. cit.*, p. 59-60.

l'idée de balance d'intérêts alors que les théories impérativistes y verront davantage un conflit de normes.

13. Nous pouvons d'ores et déjà pressentir que selon que l'on considère le droit comme un système autoréférent qui se protège lui-même ou comme un instrument au service d'intérêts supérieurs, la structure même de l'infraction va se trouver affectée. Dans le premier cas, la contrariété à la loi sera le résultat⁸³ de l'infraction alors que dans le second, elle n'en sera qu'un élément, souvent inclus dans ce que la doctrine d'inspiration germanique appelle l'« *antijuridicità*⁸⁴ » et l'acte pourra réaliser tous les éléments du texte d'incrimination sans pour autant constituer une infraction. La conception de l'intention délictuelle s'en trouve influencée car si l'atteinte à la loi est le véritable résultat de l'infraction, la conscience, par l'agent, de la contrariété au droit de son comportement, apparaît comme fondamentale. Le dol va ainsi se définir comme conscience et volonté de violer la loi pénale alors que les théories du bien juridique insisteront davantage sur l'intention de léser le bien juridique protégé par le texte d'incrimination.

14. **___ Fondement et finalité de la peine. ___** On approche alors de la question de la culpabilité et de son importance dans la détermination de la peine. Nous avons vu que le droit pénal moderne avait souhaité rompre avec les jugements moraux sur la personnalité de l'agent que connaissait l'ancien droit pour leur substituer une appréciation plus objective fondée sur le dommage social. Si l'égalité formelle des peines ne résista pas longtemps aux idées d'individualisation de la peine⁸⁵, le fondement, la mesure comme la finalité de celle-ci vont néanmoins en demeurer fortement imprégnés et constituer aujourd'hui encore un terrain d'opposition entre les théories impérativistes et les théories du bien juridique. Sanctionne-t-on la volonté individuelle contraire à la volonté générale ou bien une erreur sur le contenu de ce qui est juste ? Les premières théories accordent une grande importance à l'idée de nécessité du droit pénal, conçu comme gendarme du droit alors que les secondes vont davantage s'attacher à la question du mérite de la peine par l'agent et faire de la protection des biens juridiques la véritable finalité des incriminations.

15. BECCARIA affirmait que « *tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas d'une nécessité absolue est tyrannique*⁸⁶ ». Traduit dans les droits positifs des pays européens et en particulier dans l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ce principe de nécessité de la peine est aujourd'hui encore un des principes fondamentaux du droit pénal. Mais comme le montre un auteur, l'accent mis sur l'idée de nécessité de la peine se fait au détriment de l'idée du mérite de la peine et renvoie à une conception première de la loi pénale comme norme de sanction, cette nécessité étant appréciée relativement à la mission du droit pénal de rétablir ou

⁸³ Pour reprendre les termes de BINDING, la contrariété à la norme primaire ; l'existence d'une norme secondaire sanctionnant cette violation apparaissant plutôt comme une condition de l'infraction en vertu du principe de légalité criminelle.

⁸⁴ Dans les droits d'inspiration germanique, l'antijuridicità désigne la contrariété au droit, formelle et matérielle, de l'acte infractionnel. Le plus souvent, elle s'entend négativement comme absence de fait justificatif mais aussi positivement, comme atteinte au bien juridique. Voir par exemple: D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal: Parte general I*, Madrid, Editorial Universitas, 2002, p. 323. Pour une présentation complète de l'évolution de la notion d'antijuridicità et une définition de ses deux facettes, en français, voir: J. WALTHER, *L'antijuridicità en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 42 et s. Notamment un tableau sur l'histoire p. 43. Pour une présentation claire et rapide de la structure de l'infraction allemande: J. LEBLOIS-HAPPE et al., « Chronique de droit pénal allemand », art. préc., p. 1235-1236.

⁸⁵ Cette fonction apparaît en effet comme fondamentale dès la parution de l'ouvrage majeur de SALLELLES, « *L'individualisation de la peine* », en 1898. Des mesures importantes avaient néanmoins précédé cet ouvrage comme l'instauration des circonstances atténuantes en 1824 (dans le seul but d'éviter les « *acquittements scandaleux* »), l'introduction de la liberté conditionnelle en 1885 et l'instauration du sursis en 1891. Voir par exemple: J.-F. CHASSAING, « Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », R.S.C. 1993, p. 445 et s.; J. WALTHER, « A justice équitable, peine juste ? », R.S.C. 2007, p. 29. Pour une présentation des influences de la pensée de TARDE sur SALLELLES, qui se reconnaît comme son disciple: F. PARAMELLE, *Histoire des idées en criminologie au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècle: Gabriel Tarde*, L'Harmattan, coll. *Logiques sociales*, 2005, p. 140-152.

⁸⁶ C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, op. cit., p. 63.

maintenir l'effectivité de la norme⁸⁷. S'appuyant sur ce principe de nécessité devenu de droit positif, le positivisme juridique met l'accent sur la finalité dissuasive de la peine au regard de tous et défend l'idée de prévention générale⁸⁸. Les théories systémiques, avec la prévention générale positive, se situent dans une perspective un peu différente puisqu'elles ne voient pas la peine comme un moyen de détourner le délinquant potentiel de l'acte délictuel mais comme la réaffirmation, aux yeux de tous, de la validité de la norme violée par le délinquant⁸⁹. L'idée de nécessité y demeure néanmoins bien présente puisque cette réaffirmation est indispensable selon eux au maintien des attentes normatives des personnes, attentes normatives sans lesquelles le système social ne pourrait subsister⁹⁰.

Que cela soit dans la théorie de la prévention générale négative ou dans celle de la prévention générale positive, c'est donc le besoin social qui justifie la peine et la conservation de la société qui en est la finalité. Pour le professeur HAUS, définir la peine comme un moyen efficace et nécessaire au maintien de l'ordre social renvoie aux théories utilitaristes de BENTHAM et « *sacrifie l'idée de juste à la notion de l'utile, les règles de droit aux exigences de l'intérêt public*⁹¹ ». La conséquence en est que les peines n'ont pas de base morale mais aussi, de façon plus embarrassante, que la question de la culpabilité est tout à fait mise de côté. En effet, si ces théories distinguent bien les infractions intentionnelles des infractions non intentionnelles et nient toute responsabilité pénale à la personne privée de discernement ou de volonté, elles se désintéressent par principe totalement des mobiles, même nobles, qui ont pu motiver la violation de la loi pénale, de même que de l'éventuel consentement de la victime de l'infraction, simple « *substrat matériel* » de celle-ci. L'accent mis sur l'idée de nécessité de la peine renvoie à une rationalité instrumentale⁹², ce qui explique l'affirmation par le positivisme juridique de la nature sanctionnatrice d'un droit pénal perçu comme le « *gendarme du droit*⁹³ ». Dépourvu de normativité autonome, sa seule spécificité réside dans la nature particulière des sanctions dont il dispose. Il n'en est pas autrement pour les théories systémiques où la peine est un simple moyen de « *coercition symbolique*⁹⁴ », la négation, par la peine, de la négation de la norme exprimée par le délinquant⁹⁵.

16. Dans les théories du bien juridique transcendant, en revanche, l'infraction ne va plus seulement apparaître comme une atteinte à l'État souverain ou à la société dans son ensemble mais d'abord comme une atteinte à un bien juridique concret, doté d'un titulaire. De ce fait, le titulaire du bien juridique va pouvoir apparaître comme la première victime de l'acte infractionnel et, en fonction de la nature du bien juridique en cause, il pourra déterminer la qualification ou la justification de l'infraction par son éventuel consentement et se voir attribuer certaines prérogatives dans la

⁸⁷ R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 125.

⁸⁸ Il s'agit ici de la première « *prévention générale* », parfois désignée comme « *négative* » par la doctrine allemande et qui a été formulée par FEUEURBACH. Voir par exemple : G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, op. cit., p. 48-49 ; J. WALTHER, « A justice équitable, peine juste ? », p. 25.

⁸⁹ La prévention générale « *positive* » peut être entendue largement, dans la lignée de DURKHEIM, comme le renforcement à l'attachement aux normes sociales que procure l'interdit pénal lui-même (fonction pédagogique du droit pénal) et l'application de la sanction au délinquant. Voir : P. PONCELA, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de Philosophie du Droit*, n°22, 1977, p. 137. ; J. WALTHER, « A justice équitable, peine juste ? », p. 26. Néanmoins, dans la doctrine d'inspiration germanique actuelle, l'appellation de « *prévention générale positive* » renvoie le plus souvent plus précisément à la conception de JAKOBS.

⁹⁰ Voir : G. JAKOBS, *Derecho penal : Parte general*, op. cit., p. 9-11 et 45 ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 25.

⁹¹ J. J. HAUS, « Les bases philosophiques du droit pénal », *Principes généraux du droit pénal*, 2^e éd., Gand, 1874, extraits [en ligne], <<http://ledroitcriminel.free.fr/>>, p. 3-4.

⁹² R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 125.

⁹³ L'expression se trouve notamment chez GARRAUD en France. Voir : R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1913, tome I, p. 73. La même idée est parfois exprimée au travers de l'idée de la nature secondaire, complémentaire ou « *sanctionnelle* » du droit pénal. Voir par exemple, attestant de l'absence de rupture totale de LISZT avec les théories positivistes : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 100.

⁹⁴ G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », in *Derecho penal del enemigo*, 2^e éd., traduit de l'allemand par M. Cancio Meliá, Thomson, coll. *Civitas*, 2006, p. 25.

⁹⁵ Voir : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 33-34.

poursuite de l'infraction⁹⁶. L'attention portée au dommage causé par l'infraction pourrait laisser craindre une trop grande focalisation sur le résultat et une dérive vers une responsabilité purement objective. Car si cette conception exige une proportionnalité entre le bien juridique affecté par l'infraction et l'atteinte aux libertés individuelles induite par la peine⁹⁷, elle pourrait être tentée de négliger les différences entre infractions intentionnelles et non intentionnelles ainsi que les conditions subjectives dans lesquelles l'atteinte ou la menace pour le bien juridique se sont réalisées. Il est en effet possible de voir dans certains mécanismes un signe d'une réprobation majoritairement tournée vers le résultat⁹⁸ ou d'un encouragement à la répression des infractions de prévention⁹⁹ que l'on pourrait être tenté de justifier par le biais de ces théories. Celles-ci prennent néanmoins fortement en compte l'opposition plus intense de l'auteur au bien juridique protégé dans les infractions intentionnelles que dans les infractions non intentionnelles et justifient ainsi la plus grande sévérité dans leur répression¹⁰⁰. Plus méfiantes envers le pouvoir coercitif de l'État, elles vont par ailleurs souligner que le bien juridique n'est pas apte, à lui seul, à déterminer le champ pénal et la sanction appropriée et insister sur la grande importance qu'il convient d'accorder aux questions d'imputation et de responsabilité¹⁰¹ et notamment au critère du « *pouvoir agir autrement* », dégagé par WELZEL¹⁰². Leur intérêt pour les questions axiologiques explique ainsi qu'elles s'attachent en réalité davantage à la question du mérite de la peine qu'à celle de sa nécessité et insistent sur le sens la norme de conduite incluse dans l'incrimination (ou norme primaire) plus que sur la norme de sanction elle-même¹⁰³.

17. L'importance respective de la norme de sanction et de la norme de conduite rejoint alors la question du caractère normatif ou déclaratif du droit pénal et il n'est pas surprenant que ces oppositions épousent également celle du bien juridique, immanent ou transcendant au système juridique.

18. Alors que le bien juridique apparaît comme un véritable « *dogme*¹⁰⁴ » dans les doctrines d'inspiration germanique et que même les auteurs souhaitant le supprimer lui consacrent de longs

⁹⁶ Le bien juridique est en effet toujours apprécié dans sa relation avec son titulaire, d'abord comme objet physique de la réalité empirique chez LISZT, puis, depuis WELZEL, comme objet doté d'une fonction sociale pour son titulaire. Voir : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 111-113.

⁹⁷ Sur l'exigence de proportionnalité entre l'importance des droits individuels affectés par la peine et celle du bien juridique affecté par l'infraction, voir : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 14.

⁹⁸ Ainsi par exemple de la punition discutée de l'imprudence inconsciente ou de l'apparition de nouvelles infractions d'omission qui pourraient être rattachées à cette volonté d'éviter des atteintes à des intérêts ou des valeurs particulièrement importantes. Sur ces questions, voir par exemple : A. d'HAUTEVILLE, « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudence », *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, *Dalloz*, 2006, p. 145-154.

⁹⁹ En ce sens, considérant que l'évolution de la société moderne a imposé de passer d'une répression de la « *lésion des biens juridiques* » à la répression préventive de la « *mise en danger des biens juridiques* » : P. PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, Thèse Nancy, 1977. Voir également : A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, thèse Montpellier, 2001.

¹⁰⁰ Voir par exemple : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 20.

¹⁰¹ Ainsi, les auteurs insistent sur le fait que la même lésion d'un bien juridique peut être accompagnée d'une absence de réprobation de l'imputation ou de degrés divers dans la réprobation de l'imputation, objective ou subjective. Voir : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 11. Ils signifient par là que le droit pénal doit nécessairement distinguer entre, par exemple, l'atteinte à la vie par une tempête (absence totale d'imputation), par un enchaînement improbable de circonstances suite à une imprudence (absence d'imputation objective du résultat), ou par une personne privée de discernement (absence d'imputation subjective de l'acte).

¹⁰² Un même résultat dommageable fera alors l'objet, selon les circonstances de fait et la personne qui l'aura causé, d'une plus ou moins grande réprobation dans l'imputation, objective ou subjective, de la conduite. Voir : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 115. ; S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 11.

¹⁰³ Voir : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 125-126. Ceci est néanmoins à nuancer s'agissant de von LISZT qui insiste sur le caractère sanctionnateur de droit pénal même s'il met le bien juridique au centre de sa théorie de la peine : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. 100.

¹⁰⁴ L'expression se retrouve notamment chez : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 22. Elle est également employée par les détracteurs du concept ; voir par exemple : KORIATH, cité par : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, *op. cit.*, p. 899.

développements¹⁰⁵, la doctrine française ne s'est pour sa part jamais véritablement intéressée à la question de l'objet de protection du droit pénal et celui-ci n'apparaît que furtivement au détour des notions de résultat, de consommation, de dol ou comme critère de qualification ou de détermination d'incriminations particulières.

Cette absence de théorisation d'un concept de bien juridique peut à première vue sembler relativement indifférente, le droit français ne semblant pas souffrir de lacunes particulières et paraissant fort bien expliquer ses solutions sans y recourir. Mais le contraste entre cette absence en droit français et la multitude d'études élaborées par les doctrines d'inspiration germanique ne peut néanmoins que nous interpeller, les droits français, allemand, espagnol et italien étant *a priori* forts proches pour tous appartenir à la grande famille des droits romano-germaniques de droit écrit¹⁰⁶. La virulence des débats suscités par l'idée défendue par la doctrine minoritaire de nos voisins européens de supprimer le concept semble de plus indiquer que le concept revêt une importance particulière, dépassant largement sa pure fonction technique. Face aux théories systémiques post-modernes, taxées de normativisme radical, la doctrine majoritaire manifeste en effet qu'il faut absolument préserver le concept de bien juridique, indispensable pour sauver le droit pénal démocratique de la menace de l'autoritarisme¹⁰⁷. Comment limiter le domaine du droit pénal sans une référence externe constituée par son objet de protection ? Comment affirmer la nécessité de la responsabilité du sujet si le droit se définit par sa seule fonction de préservation du système lui-même ? Mais ces questions que soulève la doctrine des pays d'inspiration germanique en appelle une autre : l'absence de théorisation du bien juridique en France signifie-t-elle une adhésion implicite au positivisme étatique ou au fonctionnalisme systémique ?

19. S'il est vrai que BECCARIA demeure l'auteur le plus souvent cité en référence par les pénalistes français, il faut voir que c'est FEUERBACH, auteur fort proche de sa position, qui est le plus souvent reconnu comme ayant introduit, en Allemagne, le concept de bien juridique protégé. Il serait de plus erroné de prétendre que le droit pénal français néglige complètement aujourd'hui la question du mérite de la peine au profit d'un seul jugement d'utilité. Si l'utilitarisme est bien présent¹⁰⁸, l'influence d'autres écoles de pensée a été forte dans notre conception de la sanction

¹⁰⁵ Ainsi dix neuf pages sont-elles exclusivement consacrées à la question du bien juridique dans le traité du professeur JAKOBS : G. JAKOBS, *Derecho penal : Parte general, op. cit.*, p. 43-61. Le concept apparaît ensuite fréquemment dans le reste de l'ouvrage, consacré à la théorie de l'infraction mais dans sa seule acception formelle.

¹⁰⁶ Voir : J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, n°38 et n°52-55.

¹⁰⁷ Le qualificatif d'autoritaire nous paraît adéquat si l'on se réfère à la définition proposée par le professeur DELMAS-MARTY dans sa célèbre présentation des systèmes de politique criminelle. En effet, si l'on admet que la première caractéristique d'un système autoritaire est d'apporter une réponse étatique à la déviance, on s'aperçoit aussitôt que les théories systémiques ne l'empêchent aucunement puisqu'elles n'admettent aucun critère matériel permettant d'opposer délinquance et déviance et qu'elles peuvent même permettre de l'encourager par le biais du critère de la fonctionnalité (pour peu que soit avérée l'efficacité des réponses étatiques à la déviance). Sur les systèmes de politique criminelle : M. DELMAS-MARTY, « L'analyse systémale et la politique criminelle », *Archives de Politique Criminelle*, n°8, 1985, p. 27-45.

¹⁰⁸ Le « principe d'utilité », défendu principalement par Jeremy BENTHAM à la fin du XVIII^{ème} siècle et par Stuart MILL au XIX^{ème} siècle, régit tant le comportement de l'individu que celui de la communauté. Partant de l'axiome selon lequel seuls le plaisir attendu et la douleur redoutée déterminent l'action des individus, ce principe fonde sa conception de la peine sur la comparaison entre les peines et le mal qu'elles procurent et le plaisir que peut espérer retirer le délinquant de son méfait. Pour se défendre, la peine devra donc être dissuasive aux yeux de tous (prévention générale) et intimidante pour détourner le délinquant d'une possible récidive (prévention spéciale). Elle ne sera juste qu'en ce qu'elle sera utile socialement, le bien et le mal étant déterminé par ce même principe d'utilité et n'ayant aucun lien avec la métaphysique. Voir : J. BENTHAM, « Le principe d'utilité », extraits de l' *Introduction aux principes de la morale et de la législation* et des *Traité de législation civile et pénale*, [en ligne], <<http://ledroitcriminel.free.fr/>>. Sur les origines nominalistes de l'utilitarisme juridique et son influence en droit pénal français, voir : P. PONCELA, « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », in *La peine : quel avenir ?*, éditions du Cerf, 1983, p. 51-65.

pénale et l'idée d'individualisation de la peine¹⁰⁹ a très nettement infléchi l'idéal révolutionnaire d'égalité formelle au point de conduire, dans le Code pénal de 1992, à la suppression des *minima* légaux. Même si un mouvement actuel de politique criminelle semble revenir à l'idée de peines rétributives associée à une forme d'automatisme de la sanction¹¹⁰, ou même parfois à l'idée de neutralisation de l'individu dangereux¹¹¹, il apparaît que la doctrine, qu'elle privilégie les idées de la défense sociale ou celles de la synthèse néoclassique commandant de punir « *pas plus qu'il n'est utile et pas plus qu'il n'est juste* », reste attachée aux différentes facettes de la peine et en particulier à l'idéal de réinsertion sociale¹¹².

20. Mais au-delà de la question de la finalité de la peine, l'affirmation de la négation absolue du bien juridique, ou en tout cas d'un concept matériel de bien juridique, renverrait à une conception tranchée de droit pénal. A la question de la prééminence du droit sur la morale, de la sécurité juridique sur le juste, l'absence du bien juridique trahirait l'adoption de la position indiquant que, dans tous les cas, le droit positif prime sur le droit objectif, même s'il est injuste. Or le droit positif lui-même ouvre explicitement une brèche qui interdit de tirer de nos premières observations cette conclusion radicale. L'art 213-4 du Code pénal prévoit en effet que l'ordre ou l'autorisation de la loi, pas plus que l'ordre de l'autorité légitime, ne sauraient justifier la

¹⁰⁹ A la primauté de la loi et de son égalité formelle, l'école positiviste italienne menée par LOMBROSO, FERRI et GAROFALO (et à ne pas confondre avec le positivisme juridique évoqué plus haut) opposa l'idée d'un traitement différencié entre les délinquants et en particulier entre délinquants primaires et délinquants d'habitude. L'homme criminel n'étant plus considéré comme libre mais au contraire déterminé par des causes endogènes et exogènes, la peine doit être individualisée afin de supprimer sa dangerosité et d'assurer la défense de la société. Voir par exemple : J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, 2^{ème} éd., PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1991, p. 72-86. Le mouvement de la défense sociale initié par GRAMATICA et LISZT et surtout celui de la défense sociale nouvelle, plus humaniste, mené par Marc ANCEL, conserveront cette idée d'individualisation de la peine. Autour de l'idée de responsabilité sociale, la peine acquiert un but de resocialisation qui se traduira par l'extension d'institutions essentielles du droit pénal comme le sursis à exécution, la libération conditionnelle ou la promotion des alternatives aux poursuites ou à l'emprisonnement. Voir notamment : F. GRAMATICA, « La notion de responsabilité dans le système de défense sociale », traduit de l'italien par A. de Carvalho, R.S.C. 1975, p. 109-122. ; M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd., Cujas, 1981, 381 p.

¹¹⁰ On pense bien sûr en particulier à la législation en matière de récidive et à la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs, qui instaure des « *peines planchers* ». Ce mouvement pourrait être rattaché aux théories anglosaxonnes du « *just-desert* », alliant rétribution et prévention spéciale. Elles se sont traduites en pratique dans les pays anglo-saxons par la mise en place de grilles de peines prévoyant, en fonction du délit commis et de certaines circonstances comme la récidive, une échelle de peine applicable. Il semble néanmoins que la mise en avant de la prévention spéciale négative (mise à l'écart du délinquant, neutralisation) ou de la rétribution soit davantage une dérive qu'une conséquence de cette conception dont le but est la recherche d'équité. Voir : J. WALTHER, « A justice équitable, peine juste ? », art. préc., p. 23 et s. Si l'influence de ces théories est encore relativement faible en doctrine dans notre pays, celle-ci observe néanmoins une profonde mutation de la pénalité ces dernières années, mouvement particulièrement marqué pour les délinquants récidivistes, avec l'importance accrue de l'appréciation du risque et de la dangerosité du délinquant (par des « *experts* ») et le recul de la prise en compte des faits eux-mêmes. Voir par exemple : J. DANET, « Cinq ans de frénésie pénale », in *La frénésie sécuritaire ; Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, coll. *Sur le vif*, 2008, p. 23-26. ; D. SALAS, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette, coll. *Littératures*, 2005, p. 187-201. Notons que le phénomène n'est pas propre à notre pays ; voir par exemple : F. MUÑOZ CONDE, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », in *La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, n°128, p. 14-28. ; R. SÁEZ VALCÁRCCEL, « Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización ? », in *La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, op. cit., p. 56-61.

¹¹¹ Cette volonté de « *neutralisation* » de l'individu considéré comme dangereux ressort très nettement de la loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, qui prévoit la possibilité d'une « *rétention de sûreté* », après la peine, pour les auteurs des crimes les plus graves. Voir par exemple : J.-H. ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Droit pénal*, février 2008, repère 2.

¹¹² Dans un article certes un peu ancien, le professeur MERLE montre ainsi très bien les oppositions entre les deux courants sur le fondement de la peine mais aussi les points de rapprochements sur la poursuite de réinsertion sociale du condamné dans l'exécution de la peine. Voir : R. MERLE, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale », R.S.C. 1964, p. 725-736. Cette fonction de (re)socialisation apparaît encore de nos jours comme dominante en doctrine pour le professeur CARIO : *Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel ; Introduction aux sciences criminelles*, 2^{ème} éd., L'Harmattan, coll. *Transdisciplines*, 1997, p. 135.

commission de crimes contre l'humanité¹¹³. Bien que juridiquement définis à l'heure actuelle tant par notre droit national¹¹⁴ que par le droit international pénal¹¹⁵, la mention de leur impossible justification semble bien indiquer qu'ils relèvent d'un au-delà du droit positif qui s'imposerait à lui. D'autres signes en attestent comme leur imprescriptibilité « *par nature*¹¹⁶ » et l'admission d'entorses au principe de non rétroactivité de la loi pénale en droit international pénal avec les procès de Nuremberg ou le Tribunal Pénal pour l'ex-Yougoslavie, pour le Rwanda ou la Sierra Leone¹¹⁷, mais aussi en droit français avec les condamnations de Klaus Barbie, Paul Touvier et Maurice Papon¹¹⁸ alors même que cette incrimination n'existait pas en droit positif à l'heure où ont été commis les faits¹¹⁹. Que la loi elle-même prévoit, fût-ce dans un cas très particulier, la possibilité d'être privée de validité en raison de son contenu matériel, semble bien attester de l'existence, sinon d'un droit naturel, du moins d'un droit supérieur au droit positif.

21. Il faudrait alors admettre que la mission de justice ne figurerait pas toujours au second plan, derrière la mission de paix et de sécurité juridique assumée par le droit pénal. Notre droit interne aurait finalement choisi la voie médiane, considérant que la loi prime sur le droit objectif sauf dans certains cas¹²⁰. A partir de là, il n'est plus possible de défendre la stricte séparation entre droit et morale sauf à s'obstiner à voir dans cette disposition du simple droit positif (et donc abrogeable comme n'importe quelle autre loi). Il nous paraîtrait également insatisfaisant de se borner à relever le traitement particulier du bien juridique « *humanité* » ou « *dignité humaine* », sans pouvoir à ce stade

¹¹³ « L'auteur ou le complice d'un crime visé par le présent sous-titre [Des crimes contre l'humanité] ne peut être exonéré de sa responsabilité du seul fait qu'il a accompli un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires ou un acte commandé par l'autorité légitime. Toutefois, la juridiction tient compte de cette circonstance lorsqu'elle détermine la peine et en fixe le montant. »

¹¹⁴ Ces crimes sont regroupés dans le sous-titre Ier du Titre Ier du Livre II du Code pénal, c'est-à-dire en tête des incriminations de la partie spéciale du Code.

¹¹⁵ Le texte le plus important étant sans doute le statut de Rome de la Cour Pénale Internationale, entré en vigueur au 1^{er} juillet 2002, et qui en donne une définition en son article 7.

¹¹⁶ L'expression se retrouve dans la loi n°64-1324 du 26 décembre 1964 qui inscrit les crimes contre l'humanité dans l'ordre juridique français en renvoyant au Statut du Tribunal de Nuremberg annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945.

¹¹⁷ L'article 7 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales prévoit expressément une exception au principe de légalité criminelle en la matière :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

Si le statut de Rome de la Cour Pénale Internationale ne prévoit pas une telle exception et réaffirme au contraire le principe *nullum crimen sine lege* en son article 22.1, celui-ci n'a pas été respecté pour les procès de Nuremberg et, plus récemment, pour la « *purification ethnique* » en ex-Yougoslavie, jugée par le Tribunal international *ad hoc* institué à la Haye en vertu d'une résolution du Conseil de sécurité de l'Organisation des Nations Unies applicable rétroactivement. Sur la définition des crimes contre l'humanité, ces jugements et les conventions qui les ont fondés, voir notamment : M. DELMAS-MARTY, « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *R.S.C.*, 1994, p. 447 et s.

¹¹⁸ Sur les difficultés soulevées par la qualification de complicité de crime contre l'humanité (alors que le Statut de Nuremberg ne distinguait pas auteurs et complices) et en particulier sur l'évolution de la conception de l'*animus* exigé par la Cour de cassation : J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », art. préc., p. 249 et s.

¹¹⁹ Il apparaît néanmoins que la Cour de cassation refuse d'étendre cette dérogation au principe de légalité à tous les crimes contre l'humanité mais la limite aux crimes visés par le Statut du Tribunal de Nuremberg ou par des lois spéciales. Voir : Cass. Crim., 17 juin 2003, *Bull. crim. n°122* ; J. LELIEUR-FISCHER, « L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal ? », *R.S.C.* 2004, p. 31.

¹²⁰ On peut en effet distinguer, avec le professeur DREIER, trois positions sur la question de l'appartenance du droit et de la morale à des systèmes normatifs distincts : la prédominance de la morale sur le droit, la prédominance du droit sur la morale et, enfin, une position médiane admettant la prédominance de principe du droit mais admettant exceptionnellement celle de la morale. Voir : L. VILLABORDA, introduction à G. RADBRUCH, *Relativismo y Derecho*, *op. cit.*, p. XIII-XIV.

là lui attribuer de nature juridique¹²¹. Cette découverte nous encourage au contraire à persister dans notre recherche d'un concept de bien juridique, englobant bien sûr le cas particulier des crimes contre l'humanité mais aussi tous les autres objets de protection du droit pénal. Car même si les pays qui connaissent le concept partagent notre problème d'inflation pénale et que le bien juridique semble bien ainsi avoir échoué dans sa fonction de limitation du *ius puniendi*, les efforts de la doctrine d'inspiration germanique, montrent bien à notre sens l'importance des enjeux qu'il soulève : le droit pénal est-il entièrement soumis à la politique criminelle ou peut-il au contraire prétendre la limiter, par sa nature même ou par un domaine légitime de protection que constitueraient les biens juridiques ?

22. Mais si la multiplicité des définitions proposées par les auteurs des pays ayant adopté le modèle allemand peut permettre de douter de l'existence même d'un concept véritable de bien juridique et décourager de chercher à en déterminer le contenu, ses liens inextricables avec la théorie du délit interdisent de renoncer devant la difficulté. Dans ses relations avec la théorie du délit, et même, plus largement, avec la théorie de l'État et la philosophie du droit, le bien juridique semble en effet poser toute entière la question du droit de punir. Quels sont les fondements de celui-ci ? Quelle finalité doit-il poursuivre ? A quelles conditions l'État peut-il imputer la sanction ultime que constitue la sanction pénale ?

Or même si le bien juridique n'est pas théorisé en France, il est indéniable que, défini comme l'objet de protection du droit pénal, il existe bien dans notre droit. L'étude de cet objet de protection pourra alors, à n'en pas douter, beaucoup nous enseigner sur les présupposés théoriques et philosophiques de notre droit répressif. S'il n'est pas certain que ses différentes manifestations soient cohérentes et qu'il paraît même peu probable que l'on parvienne à dégager un véritable concept, français, de bien juridique protégé par le droit pénal, elles pourront sans doute au moins nous éclairer sur les fondements et la finalité de celui-ci.

Dans un contexte de « *frénésie législative*¹²² » où se multiplient les normes pénales dans des domaines toujours plus variés et où se développent, aux côtés du droit pénal, des législations de défense sociale qui prétendent s'affranchir des garanties traditionnelles, c'est en effet la question de la définition même du droit pénal qui surgit. Le critère formel, et pensait-on irréductible, de la peine ne permet plus, en effet, de délimiter péremptoirement le droit pénal. Or s'il ne se définit plus que par la coercition, peut-on encore considérer que le droit pénal soit du Droit ? Dans un État libéral, l'idée n'est pas admissible et il faudra alors chercher un nouveau critère de détermination du droit pénal.

Le bien juridique, entendu comme un concept matériel, pourrait en être un en ce qu'il pourrait réaffirmer l'exigence d'une légitimité matérielle de la loi et la nécessité d'un encadrement du droit de punir. En exigeant que le droit pénal poursuive une finalité de protection des biens juridiques, définis comme une émanation de la valeur, nous sortirions sans doute du positionnement acritique généralement défendu par la doctrine pénale française. Mais plutôt que d'afficher une neutralité axiologique de façade qui peut conduire, par un aveuglement idéologique, à la légitimation de n'importe quel contenu normatif, y compris autoritaire ou totalitaire, nous préférons assumer la

¹²¹ Le terme de « *bien juridique* » apparaît en effet dans certaines analyses pour distinguer les crimes contre l'humanité des crimes de droit commun qui les constituent. Ils porteraient en effet atteinte, non seulement à la vie, l'intégrité physique ou la liberté des personnes qui en sont victimes mais « *au bien juridique (...) dignité humaine* ». Voir notamment : J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », art. préc., p. 249 et s., n°5.

¹²² Voir : J. DANET, « Cinq ans de frénésie pénale », in *La frénésie sécuritaire ; Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, coll. *Sur le vif*, 2008, p. 19-29.

défense d'une conception matérielle de l'État de droit et l'attachement à un droit pénal libéral qui doit en assurer le maintien¹²³.

Il ne s'agira aucunement de fonder le droit pénal sur la morale ou de prétendre avoir découvert son « *domaine naturel* » et les valeurs qui le constituent mais seulement de reconnaître le nécessaire contenu axiologique du droit répressif afin de replacer la question de sa finalité au cœur de la théorie du délit et de substituer à un raisonnement déductif bien souvent stérile une approche épistémologique dialectique. Repensée au travers du prisme de la protection des biens juridiques, la théorie de l'infraction offrira une grille de lecture renouvelée des grandes problématiques, classiques mais aussi émergentes, du droit pénal tout en réaffirmant les fondements premiers de tout droit pénal libéral : les principes de légalité criminelle et de responsabilité subjective.

Ainsi, après nous être interrogée sur la pertinence de la reconnaissance du concept (Partie 1), nous constaterons l'impérieuse nécessité d'une définition matérielle du bien juridique pénalement protégé et l'opportunité de l'intégration du concept dans la théorie de l'infraction (Partie 2).

¹²³ Le professeur ALCÁCER GUIRAO explique ainsi que les positions acritiques mènent à un aveuglement idéologique qui conduit au maintien des valeurs de fait dominantes et à se poser en sceptique face aux questions éthiques et politiques, ce qui revient, en réalité, à adopter une position éthico-politique. Voir : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 30-31. Cette position semble aujourd'hui majoritaire dans la doctrine des pays d'inspiration germanique, qui considère que la prise en compte du caractère axiologique du droit pénal est indispensable à la compréhension des différentes catégories de délits et de leurs relations. Voir par exemple: S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 5 et p. 11-12. Ce même auteur affirme ainsi que la doctrine juridique sera d'autant plus solide et cohérente qu'elle se fondera sur une orientation politico-juridique consciente de sa signification globale et qu'il est souhaitable que chaque auteur expose sa position afin que ses opinions puissent être correctement appréciées et qu'il puisse lui-même orienter consciemment et ouvertement sa construction dogmatique sur des valeurs et des principes dont il pense qu'ils peuvent mener à un consensus. Voir : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 57.

PARTIE I

DE LA RECONNAISSANCE

DU CONCEPT.

23. Si l'on peut provisoirement définir le bien juridique comme l'objet de protection du droit pénal dans l'« *infraction du législateur* » et comme l'objet de l'atteinte du comportement prohibé dans l'« *infraction du délinquant* », il ne sera possible de le reconnaître comme un concept véritable que si l'on parvient à déterminer sa nature et son régime juridique.

Peu étudié par la doctrine française, le bien juridique protégé est au contraire un véritable « *dogme* » en Allemagne et dans les pays qui ont adopté son modèle comme l'Italie, l'Espagne ou encore l'Argentine. A l'origine d'innombrables études et de multiples constructions doctrinales, le concept fait l'objet de discussions intenses depuis près de deux siècles. Il est, aujourd'hui encore, à la source d'un vif débat entre la doctrine majoritaire et un courant en pleine expansion qui nie son utilité et souhaite le supprimer de la théorie du délit. Mais son contenu idéologique est extrêmement fort et la virulence des échanges qui entourent la question de son existence révèle des enjeux qui dépassent très largement le contenu d'un concept technique, dont personne n'entend d'ailleurs se passer dans ces pays.

Il apparaît d'emblée en effet qu'en tant qu'objet de protection du droit pénal, sa définition comme ses fonctions sont inextricablement liées à la théorie de l'infraction et, en amont, à une conception première de la loi, du Droit, et de l'État. Le bien juridique existe-t-il antérieurement à la loi ou existe-t-il du seul fait de sa consécration par le législateur ? Autrement dit, le bien juridique se confond-il avec les objets formellement protégés par les diverses incriminations ou est-il un véritable concept matériel permettant de délimiter *a priori* le domaine légitime du droit pénal ? Si le droit pénal est régi par le principe de légalité criminelle et que l'interdit pénal ne peut être posé que par la loi, il n'en reste pas moins que sa source, entre droit naturel, volonté du législateur et système social reste fort discutée.

Or si l'on ne veut pas trancher *a priori* cette question fondamentale de l'origine des biens juridiques et de la finalité du système répressif, il nous faudra étudier les différentes théories du délit dans leurs relations avec le concept de bien juridique et les confronter avec les manifestations nombreuses d'un bien juridique innommé dans notre droit positif. L'étude des relations entre le bien juridique et la loi (Titre 1) et entre le bien juridique et le fait (Titre 2), ne nous mènera peut-être pas à la découverte d'un concept unique et cohérent mais pourra sans doute beaucoup nous apprendre sur les fondements de notre théorie de l'infraction et sur ses évolutions.

TITRE 1

LE BIEN JURIDIQUE ET LA LOI.

24. Avant d'envisager d'identifier ou d'intégrer le concept de bien juridique protégé à la théorie française de l'infraction, il paraît indispensable de déterminer avec suffisamment de précision ce qu'il recouvre et quelles sont ses fonctions dans les différentes théories qui l'ont consacré comme objet de protection du droit pénal. Mais, puisque les composantes du bien juridique protégé sont profondément liées à la conception de l'infraction, il ne faut pas s'étonner que les auteurs allemands, friands de constructions dogmatiques, aient le plus souvent déduit leur définition du bien juridique d'une théorie générale du délit et aient ainsi dégagé une multitude de définitions.

Sans être inexistante, la réception de ces théories est restée faible en France et si l'on peut sans doute expliquer l'absence du bien juridique formel par la possibilité de recourir à d'autres notions pour résoudre les problèmes qui se posent au juriste, l'absence de recherche d'un concept matériel du bien juridique paraît en revanche beaucoup plus significative. Si le droit français n'a pas souhaité se doter d'un concept censé délimiter *a priori* le domaine du droit pénal, c'est peut-être qu'il ne le souhaite pas et qu'il entend au contraire l'infraction avant tout comme une atteinte à la loi elle-même.

Mais si l'absence de théorisation du concept de bien juridique dans notre pays permet de douter de son existence juridique (Chapitre 2), une telle affirmation ne pourra être avancée qu'après avoir étudié précisément les termes de l'intense débat qui anime la doctrine des pays d'inspiration germanique quant à sa nature juridique (Chapitre 1).

Chapitre 1

Une nature juridique discutée.

25. Malgré deux siècles d'intenses recherches dogmatiques, la doctrine des pays d'inspiration germanique n'est pas parvenue à s'accorder sur une conception unique du bien juridique et lui a au contraire prêté toutes sortes de définitions et de fonctions. Il nous sera impossible de les présenter tous et nous devons faire le choix de nous arrêter sur les positions qui nous semblent les plus représentatives des grands courants doctrinaux de ces deux derniers siècles. Intimement lié aux principes supérieurs du droit pénal, le bien juridique apparaît souvent comme une notion commune au droit pénal et à la politique criminelle et son contenu comme son influence sur la théorie du délit sont profondément déterminés par les évolutions de la pensée juridique et philosophique qui ont accompagné l'histoire. Tout en portant une attention particulière aux quelques incursions de ces théories dans la doctrine française, nous ferons émerger la question, fort controversée, de l'essence libérale du concept (Section 1) avant de nous pencher sur les acceptions contemporaines hétéroclites du bien juridique (Section 2).

Section 1

La controverse sur l'essence libérale du concept.

26. Il n'est pas rare de trouver dans les présentations théoriques de la notion de bien juridique l'affirmation de son essence libérale¹²⁴: le concept de bien juridique serait inexorablement lié à celui d'État de Droit et emporterait avec lui d'indéniables fonctions de garanties pour le citoyen dans sa relation avec l'État¹²⁵. Pourtant, cette essence libérale du concept est aujourd'hui extrêmement débattue et si les auteurs s'accordent pour relever, dès les années 1920, une évolution vers une plus grande abstraction du concept (II), ils restent en revanche très partagés sur ses origines (I).

I Des origines débattues.

27. Bien que le bien juridique soit un concept très étudié, les auteurs ne parviennent pas à se mettre d'accord sur ses origines et donc sur le contexte théorique et philosophique qui l'a engendré. Sa paternité même est aujourd'hui encore discutée (A) et l'une des plus grandes controverses doctrinales de l'histoire de la dogmatique allemande sur la théorie du délit fut animée par l'affrontement des théories positivistes dans la consécration du concept (B).

A. Une paternité discutée.

28. Il n'est pas contesté que le terme « *bien juridique* » soit apparu pour la première fois en 1834 sous la plume de BIRNBAUM mais c'est en FEUERBACH qu'une partie de la doctrine voit le véritable père de la notion. Le débat¹²⁶ n'est pas sans importance car il s'inscrit parfaitement dans la controverse sur l'essence libérale du concept. En effet, si la théorie des droits subjectifs de FEUERBACH (1) est très nettement marquée par les idéaux révolutionnaires, l'invention du terme « *bien juridique* » par BIRNBAUM (2) est entourée de beaucoup plus d'incertitudes quand à sa connotation philosophique.

¹²⁴ L'adjectif « *libéral* » s'entend ici dans un sens politique, par opposition à « *autoritaire* ». Voir : J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 125-127. Ce n'est que plus tard que le qualificatif de libéral sera opposé à une conception plus interventionniste de l'État. Historiquement, un lien peut toutefois être établi entre l'expansion des idées de la philosophie des Lumières et les bouleversements économiques de la révolution industrielle. Voir: H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, op. cit.*, spécialement, p. 16-19 et 29-33.

¹²⁵ Sur la question, voir par exemple : J. URQUIZO OLAECHEA, « El bien jurídico », art. préc., p. 8. ; R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber ? op. cit.*, p. 67 et s. et p. 100. Le débat est abordé plusieurs fois dans cet ouvrage : est ainsi présentée la pensée du professeur SINA, défendant l'essence libérale du concept, position non partagée par l'auteur. Voir : *Ibid.*, p. 35-36.

¹²⁶ La plupart des spécialistes de la question considèrent que c'est FEUERBACH le véritable instigateur du concept, notamment parce que BIRNBAUM serait parti d'une critique de sa théorie des droits subjectifs pour construire sa notion du bien juridique. En ce sens, voir notamment : H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, op. cit.*, p. 27 ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004, p. 15. Néanmoins, d'éminents auteurs ne citent pas FEUERBACH et attribuent à BIRNBAUM l'entière paternité du concept : S. MIR PUIG, *Derecho penal : parte general*, 7^e éd., Barcelona, Reppertor, 2004, p. 129, n°50 ; C. ROXIN, *Derecho penal : parte general. Tomo I*, traduit de la 2^e éd. allemande par D-M. Luzón Peña, Madrid, Thomson, coll. *Civitas*, 1997, p. 55, II n°8. Ce dernier avertit néanmoins des incertitudes et des controverses sur l'essence du concept et ses liens avec la philosophie des Lumières.

1°/ La théorie des droits subjectifs de FEUERBACH.

29. Dans son traité de 1801, Paul Johann Anselm Von FEUERBACH¹²⁷, père du célèbre philosophe, avait pour ambition d'élaborer une nouvelle théorie du délit, à même de protéger le citoyen contre l'arbitraire par la limitation du *ius puniendi* de l'État. S'inscrivant en cela dans l'héritage de la pensée des Lumières (a), sa théorie des droits subjectifs, abondamment reprise et commentée, connut un fort retentissement en Allemagne et en Europe (b).

a. L'héritage de la pensée des Lumières.

30. ____ **De nouveaux fondements au droit de punir.** ____ Celui que certains considèrent comme le « *fondateur de la science criminelle allemande*¹²⁸ » propose dans son traité une théorie du délit construite sur les fondements du droit pénal moderne. Inspiré par la pensée des Lumières, il reprend à son compte la théorie du contrat social de ROUSSEAU¹²⁹ et les grands principes dégagés par Cesare BECCARIA¹³⁰ et inscrits dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹³¹. L'objectif de cette nouvelle théorie, qu'il mettra en pratique dans le Code pénal de Bavière de 1813 dont il fut le rédacteur, est d'assurer une rupture avec l'ordre antérieur. Désormais, l'origine du Droit n'est plus divine mais rationnelle. L'Homme, au centre du nouveau système, est libre par essence et sa liberté d'être rationnel ne peut être limitée que par la liberté d'un autre être rationnel. Reprenant parallèlement la théorie kantienne de la finalité de l'État, celui-ci est conçu comme étant chargé de réaliser la liberté juridique¹³². Mais comme dans les théories du contrat social, l'État est aussi garant des conditions de la vie en commun qu'il assure par l'octroi de droits

¹²⁷ Paul Johan von FEUERBACH, né en 1775 et mort en 1843, s'intéressa beaucoup au droit comparé et s'opposa à l'école historique allemande qui voulait fonder le droit sur la « *conscience du peuple allemand* ». Voir : J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 17.

¹²⁸ L'expression se trouve notamment chez Arturo ROCCO qui ne partageait pourtant pas la même conception de la science criminelle, celui-ci étant sans nul doute un pur représentant du positivisme juridique. Voir A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, traduit de l'italien par G. Seminara, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2001, p. 29 n°6. Auteur d'une impressionnante monographie sur l'objet juridique du délit, paru pour la première fois en 1913, ROCCO reste un juriste internationalement reconnu en dépit de ses liens avec le régime fasciste de MUSSOLINI. Frère du ministre de la justice Alfredo ROCCO, il est souvent considéré comme le « *père intellectuel* » du Code pénal italien de 1931, Code qui a maintenu, mais dans sa seule partie générale, l'esprit des Codes démocratiques, notamment en consacrant clairement le principe de légalité. Il est d'ailleurs significatif que l'Italie ait conservé ce Code jusqu'à nos jours. Voir : G. FERNANDEZ, préface de A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, *op. cit.*, p. XXX. ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 73, n°53.

¹²⁹ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004, p. 12. Pour la théorie du contrat social de ROUSSEAU, voir J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social*, 10/18, 1989, 438 p., particulièrement p. 72-74, chap. VI.

¹³⁰ BECCARIA souscrit également aux théories contractualistes puisque pour lui, « *Fatigués de vivre dans un état de guerre permanent continu et dans une liberté rendue inutile par l'incertitude de la conserver, ils [les hommes] sacrifièrent une partie de cette liberté pour jouir du reste avec plus de sûreté et de tranquillité.* » Cela fonde le droit pénal moderne qui, pour ne pas être tyrannique, se doit de respecter les principes de légalité, de nécessité et de proportionnalité. Voir C. BECCARIA, *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par M. Chevallier, GF-Flammarion, 1991, p. 62 et s.

¹³¹ La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen marqua très profondément FEUERBACH qui croyait en la nécessité de consigner les Droits reconnus à l'Homme dans des formules légales précises telles que les déclarations de droits ou les constitutions et de leur assurer une effectivité par des principes fondamentaux et des procédures telles que les recours constitutionnels. Voir H. HOMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 16. Pour une étude très intéressante du processus d'élaboration de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen : P. LASCOURMES et al., *Au nom de l'ordre: Une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989, p. 88-97.

¹³² Notons que si FEUERBACH emprunte à KANT une partie de sa théorie de l'État, il ne partage pas sa conception de la peine. A la différence de KANT et de son école de la justice absolue, la peine n'est pas une fin en soi pour Feuerbach, au contraire, elle exerce une fonction de « *prévention générale* », c'est dire une fonction dissuasive à l'égard de tous. Voir notamment : G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, traduit de l'allemand par A. van Weezel, Thomson, coll. *Civitas*, 2008, p. 46-49. Plus largement, sur l'influence de la pensée kantienne sur FEUERBACH, voir : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *R.S.C.* 2009, p. 7.

subjectifs¹³³. L'exigence de protection contre l'arbitraire impose de concevoir le délit comme une offense au pacte social, concrétisée dans la violation d'un droit subjectif¹³⁴. Cette idée se trouve exprimée dans deux principes fondateurs de ce nouveau système : le principe « *d'exclusive protection des droits subjectifs* » et le principe « *nullum crimen sine iniuria* ». Le délit se trouve ainsi complètement sécularisé : le droit pénal ne peut plus interdire des actes simplement contraires à la morale ou à la religion¹³⁵.

31. ___ Le délit comme atteinte aux droits subjectifs. ___ Certains auteurs considèrent que dans cette théorie, les atteintes aux droits subjectifs de l'individu constituent toujours, en premier lieu, une atteinte à l'État en ce qu'il est garant des conditions de la vie en commun¹³⁶. Mais cette interprétation nous semble discutable car, même si FEUERBACH admet que l'État puisse être, au même titre que l'individu, un sujet de droits subjectifs, les atteintes à l'État ne peuvent constituer des infractions pénales que si elles portent atteinte à un droit déterminé de celui-ci. A la différence de BERNER, on ne trouve pas chez FEUERBACH l'idée d'une double dimension de l'objet du délit comme atteinte au droit général (ou objectif) et atteinte au droit spécial (ou subjectif)¹³⁷. Les simples violations au devoir d'obéissance envers l'État ne peuvent pas, en tant que telles, relever du droit pénal mais simplement des lois de police¹³⁸. L'objet juridique du délit est par conséquent toujours, et seulement, un droit subjectif (public ou privé) qui varie en fonction de l'incrimination concernée¹³⁹. La principale fonction de cet objet juridique conçu comme un droit subjectif est alors de limiter le domaine du droit pénal. Destiné à garantir la liberté du citoyen face à l'État, cet « *embryon de bien juridique* » a imprégné le concept et permis à de nombreux auteurs d'y voir un concept par essence libéral.

32. Cette théorie, souvent jugée remarquable sur le plan dogmatique a été fort bien accueillie à l'aube du XIX^e siècle comme permettant de mettre en œuvre le droit pénal moderne. Mais son influence a largement dépassé les frontières de la Bavière et même de l'Allemagne et elle fut largement commentée dans une grande partie de l'Europe.

¹³³ R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber ?* Barcelona, Atelier, coll. Serie mayor, 2003, p. 100. D'après ENGLISH, le droit subjectif est pour FEUERBACH « *el reconocimiento por el orden legal de una esfera de poder a un individuo, autorizándolo para que dentro de ella pueda defender sus intereses personales.* » Ce que nous proposons de traduire par : « *la reconnaissance par l'ordre légal d'une sphère de pouvoir à un individu, l'autorisant à agir en défense de ses intérêts personnels à l'intérieur de celle-ci.* » Cité par H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 16.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 14-15 ; L. FERRAJOLI, « *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales* », traduit de l'italien par M. Walter Antillón, [en ligne], <<http://www.cienciaspenales.org>>, p. 2.

¹³⁵ On peut noter le même mouvement de décriminalisation des atteintes à la religion en France avec le Code pénal de 1791. Voir P. LASCOUMES et al., *Au nom de l'ordre*, op. cit., p. 39 pour les incriminations de l'ancien régime en la matière et p. 85 pour leur suppression.

¹³⁶ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 15.

¹³⁷ ROCCO situe ici la distinction entre la théorie de FEUERBACH et celle de BERNER qui la prend pour point de départ et en est très proche par ailleurs. Ce dernier envisage également l'objet du délit comme étant un véritable droit subjectif mais voit, à côté de celui-ci, le « *véritable objet du délit* » en l'atteinte au Droit en tant que tel. Voir : A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 31.

¹³⁸ Pour FEUERBACH, les atteintes à la morale, à la religion, ou à l'administration pouvaient seulement relever du « *Droit de police* », ou droit administratif dont les sanctions étaient beaucoup moins rigoureuses. Voir H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 16-17. On peut noter que cette scission entre droit pénal et droit administratif existe toujours en Allemagne. On pourrait être tenté de la rapprocher de notre distinction entre les délits (et crimes) et les contraventions mais la séparation est beaucoup plus radicale en Allemagne puisqu'en France, les contraventions appartiennent au droit pénal et sont régies par la procédure pénale malgré leur régime particulier.

¹³⁹ On peut ainsi distinguer chez FEUERBACH les délits publics (délits contre l'État en tant que tel ou contre les pouvoirs de l'État) et les délits privés (délits contre les droits naturels de l'Homme et du Citoyen ou délits contre les droits acquis). Voir : A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 31.

b. Un fort retentissement en Allemagne et en Europe.

33. Aujourd'hui encore, FEUERBACH est souvent présenté comme l'un des plus grands juristes que l'Allemagne ait connu¹⁴⁰. Mais si sa théorie du bien juridique n'est sans doute pas étrangère à son succès et a connu une large diffusion (b-1), son aura internationale ne l'a pas pour autant protégée des critiques (b-2).

b-1 L'aura de la théorie.

34. D'après ROCCO, la théorie des droits subjectifs de FEUERBACH a régné sans partage sur la dogmatique allemande avant de devenir dominante en Italie et en France au début du XIX^e siècle. Il cite, pour ce qui est de la France, ORTOLAN¹⁴¹ et ROSSI¹⁴² comme des héritiers de la pensée de FEUERBACH. Bien que l'on puisse en effet trouver des similitudes dans leurs théories, cette affirmation nous semble devoir être nuancée.

Sur leur prise de position quant au fondement du droit de punir d'abord : à la différence de FEUERBACH, ni l'un ni l'autre ne sont contractualistes et ils ont même des mots très durs envers ces théories de l'État¹⁴³. Sur leur définition du délit, ensuite : bien qu'admettant que « *s'il y a un devoir exigible dans l'offenseur, ce devoir doit correspondre à un droit positif existant quelque part ici-bas* », ROSSI affirme que « *le délit est la violation d'un devoir au préjudice de la société ou des individus* ». L'on perçoit bien alors que le point de vue est différent, l'accent étant mis sur la violation du devoir¹⁴⁴. Ceci emporte d'importantes conséquences, notamment sur le domaine du droit pénal dont doit absolument pouvoir faire partie la morale publique¹⁴⁵.

S'agissant d'ORTOLAN, la proximité théorique est plus douteuse encore car s'il reconnaît, comme le relève ROCCO, que le délit est à la fois la violation d'un devoir du point de vue du sujet actif du délit et la violation d'un droit du point de vue du sujet passif, il refuse de s'arrêter à cette définition et souhaite rechercher les « *caractères distincts qui le constituent*¹⁴⁶ ». Il en arrive ainsi à définir le délit comme « *toute action ou inaction extérieure blessant la justice absolue; dont la répression importe à la conservation ou au bien être social, et qui a été définie et frappée de peine à l'avance par la loi*¹⁴⁷ ». On est bien loin des droits subjectifs de FEUERBACH...

35. Mais malgré le bémol à apporter à l'analyse de ROCCO, le rayonnement de la théorie est indéniable : de nombreux auteurs s'en sont inspirés et ses détracteurs mêmes la prennent bien souvent comme point de départ d'une théorie destinée à la dépasser. Il n'est pas question de

¹⁴⁰ Voir par exemple : J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 17.

¹⁴¹ Joseph Louis ORTOLAN est un grand pénaliste français, né en 1802 et mort en 1873. Il portait une grande attention aux questions historiques et philosophiques et aux sciences criminelles en général. Voir le dictionnaire des noms propres du professeur DOUCET [en ligne] : <<http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm>> ; Voir : J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 19.

¹⁴² Pellegrino ROSSI est un homme politique et pénaliste italien, né en 1787 et mort en 1848. Il est cité par ROCCO parmi les auteurs français car il mena l'essentiel de sa carrière en France. Son œuvre est remarquable en ce qu'il attache une grande importance, à côté de la théorie de l'infraction et de la théorie de la peine, à la théorie de la loi elle-même, entendant rappeler au législateur que son pouvoir n'est pas discrétionnaire. <<http://ledroitcriminel.free.fr/dictionnaire.htm>> ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 18-19.

¹⁴³ ORTOLAN juge les théories du contrat social « *fausses car elles reposent sur une chimère* ». Pour ROSSI, ce n'est qu'un « *rêve* ». Ils défendent tous deux un droit de punir fondé sur l'idée de Justice et limité par l'utilité. Voir : J.-L. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, 3^e éd., Paris, Henri Plon, 1863, T. 1, p. 80-86. ; P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, 2^e éd., Paris, Guillaumin et C^e, 1855, T. I, p. 101 et 190-192.

¹⁴⁴ Pour ROSSI : « *On a longuement discuté pour savoir si le délit ne devait pas être défini comme la lésion d'un droit. La question, en apparence du moins, est une question de mots. (...) Toutefois, l'expression violation du devoir est, ce nous semble, plus directement vraie, plus propre à donner une idée exacte du délit et à prévenir les erreurs. Le résultat du délit, l'action objective est la lésion d'un droit; mais l'acte considéré en soi et dans la personne du délinquant, l'acte pris à sa naissance, avant même qu'il ne sorte de la pensée de son auteur, l'élément subjectif du délit, est la violation d'un devoir* ». *Ibid.*, p. 243-249. Il est d'ores et déjà très intéressant de noter le lien entre la théorie subjective de l'infraction (privilegiée par ROSSI) et la conception du délit comme violation du devoir.

¹⁴⁵ *Ibid.*, p. 248.

¹⁴⁶ J.-L. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal, op. cit.*, p. 237.

¹⁴⁷ *Ibid.*, p. 243.

reprenant l'ensemble de ses variantes, les nombreuses nuances qui ont y été apportées ne modifiant pas le sens général de la théorie qui nous intéresse ici¹⁴⁸. Il nous semble plus judicieux de nous arrêter un instant sur les critiques qui lui ont été faites et qui sont révélatrices des différentes conceptions du Droit et de ses fondements.

b-2 Les critiques de la théorie.

36. — Une théorie trop restrictive. — Le premier reproche qui a souvent été adressé à la théorie était d'être beaucoup trop restrictive. Certains auteurs positivistes comme ROCCO, firent simplement observer qu'elle était erronée, tous les délits ne protégeant pas un droit subjectif. À l'appui de cette critique, furent évoqués les incriminations relatives à l'ordre public, la foi publique, la morale ou encore les bonnes mœurs. Pour ROCCO, l'objet juridique du délit peut parfois être un droit subjectif mais il ne s'agit que d'une pure coïncidence et celui-ci n'est pas protégé en tant que tel puisque les infractions peuvent être sanctionnées même contre la volonté de la victime. Cette critique positiviste peut sans doute être écartée pour ce qui est du Code pénal de Bavière¹⁴⁹ et n'offre pas un grand intérêt si elle est confrontée à un autre droit positif que celui élaboré par FEUERBACH. Elle révèle néanmoins son intérêt du point de vue de la politique criminelle et de nombreux auteurs firent remarquer que limiter le droit pénal à la protection des droits subjectifs pouvait faire obstacle à une répression sans doute nécessaire dans certains domaines comme les manquements graves à la morale, la santé ou la sécurité publiques.

37. — L'absence de limitation du *ius puniendi* — Une autre critique souvent adressée à la théorie, et qui peut paraître paradoxale au regard de ce que nous venons d'exposer, est qu'elle n'atteindrait pas son objectif en ne permettant aucunement de limiter le *ius puniendi*. Celle-ci n'offrirait en effet aucune autre garantie que formelle: une fois le droit subjectif reconnu comme tel par l'État, celui-ci peut le protéger pénalement; or il n'existe aucun filtre à cette reconnaissance¹⁵⁰. Le professeur HORMAZABAL dénonce à ce propos une contradiction interne à la théorie dans laquelle l'État se trouve être le garant de la sécurité et de la liberté et, à la fois, la menace et la limite à cette même liberté¹⁵¹. Cette critique nous paraît tout à fait pertinente, le législateur étant effectivement libre de proclamer autant de droits subjectifs qu'il le désire¹⁵². Il faut néanmoins reconnaître que cette contradiction, commune à toutes les théories de l'autolimitation de l'État de Droit, est fort difficile à dépasser et il nous faudra sans doute revenir plus longuement sur ce point.

38. — L'impossible « lésion » d'un droit subjectif. — La théorie de FEUERBACH a enfin essuyé des critiques d'un autre ordre, beaucoup plus théoriques, et qui marquent le point de départ d'une polémique qui ne semble toujours pas close à ce jour. BINDING et BIRNBAUM en particulier, contestent la validité de cette conception en ce qu'elle considère que le délit est une lésion du droit subjectif. Selon eux, un droit ne peut jamais être atteint en tant que tel : si le

¹⁴⁸ Outre BERNER, déjà évoqué, de nombreux juristes ont pris la théorie de FEUERBACH comme base à leur théorie du délit. Parmi eux on peut citer CARMIGNANI, le « *Feuerbach italien* », IMPALLOMINI et CARRARA. Pour une présentation détaillée de ces théories et d'autres encore, voir: A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 30-39. Sur le règne de la théorie en Allemagne, les propos de ROCCO semblent également devoir être nuancés : Voir *infra* n°43 et s. sur BIRNBAUM et la pensée de la Restauration allemande.

¹⁴⁹ Il semble que FEUERBACH ait effectivement banni de son Code pénal les délits contre la religion et la morale, notamment le blasphème et le suicide. Les seules apparentes exceptions au principe se trouvaient lorsqu'ils apparaissaient comme un moyen d'atteindre un droit subjectif (par exemple le parjure pour parvenir à une escroquerie). Voir H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 37.

¹⁵⁰ J. URQUIZO OLAECHEA, « El bien jurídico », art. préc., <<http://sisbib.unmsm.edu.pe>>, p. 5.

¹⁵¹ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 18-19.

¹⁵² VILLEY dénonce ainsi l'impuissance des individus face au souverain dans les théories du contrat social: en abandonnant leur liberté, ils se trouvent soumis à l'arbitraire de la volonté du souverain. Cette « *volonté générale* » se trouve alors être la seule instance habilitée à définir les droits et les devoirs de chacun, sans pouvoir être limitée: « *le Droit tient donc dans les lois.* » Cité par : N. CAMPAGNA, *Michel Villey: Le droit ou les droits ?*, Michalon, coll. *Le bien commun*, 2004, p. 61.

substrat matériel de ce droit peut être détruit, le droit, lui, demeure absolument intact¹⁵³ (par exemple, le délinquant peut anéantir le véhicule de sa victime mais le droit de propriété de celle-ci sur le véhicule demeure). Nous reviendrons plus en détail sur cette question lorsque nous étudierons la pensée de ces auteurs mais nous pouvons d'ores et déjà approuver le reproche d'une trop grande abstraction de la théorie des droits subjectifs, qui ignore totalement la question de l'objet matériel du délit.

C'est à cette lacune là que BIRNBAUM va tenter de remédier une trentaine d'années plus tard en fondant sa théorie du « *bien juridique* ».

2°/ L'invention du terme « *bien juridique* » par BIRNBAUM.

39. Pour BIRNBAUM, l'impossibilité théorique d'admettre qu'un droit puisse faire l'objet d'une lésion appelle la nécessité de dépasser la notion de droit subjectif comme objet juridique du délit. Pour ce faire, il va devoir recourir à une nouvelle notion, ce qui va se traduire par l'invention du « *bien juridique* » et de sa fonction dogmatique (a). Mais cette nouvelle théorie ne dévoile pas aussi clairement les partis pris idéologiques de son auteur que la précédente, et les débats sont nombreux à l'heure d'interpréter les troubles influences de la pensée de la Restauration allemande sur sa théorie (b).

a. L'apparition de la fonction dogmatique du « *bien juridique* ».

40. ___ **Le délit comme atteinte aux biens juridiques.** ___ Pour BIRNBAUM, ce qui est lésé par l'infraction n'est pas le droit subjectif du sujet passif, c'est un « *bien* ». Ce bien, que le droit reconnaît comme étant rattaché à son titulaire, est l'objet juridique du délit : le terme « *bien juridique* » était né¹⁵⁴. BIRNBAUM distingue deux catégories de biens juridiques qui correspondent à deux types de délits : les délits naturels et les délits sociaux¹⁵⁵. Dans les premiers, le bien appartient à la « *sphère préjuridique de la Raison* », à la nature des choses. Dans les seconds, en revanche, le bien juridique est déterminé par une décision de nature politique¹⁵⁶. L'important est ici que chaque infraction est considérée comme une atteinte à un « *bien* », privé ou public¹⁵⁷. A la différence des théories d'inspiration hégélienne alors dominantes¹⁵⁸, l'infraction pénale ne peut ici être conçue comme une atteinte aux conditions de la vie en commun dans leur ensemble; celles-ci se trouvent « *objectivées* » par la détermination des biens juridiques. Cette idée de concrétisation de l'objet juridique du délit est saluée par la doctrine qui y voit un important progrès par rapport à la théorie

¹⁵³ Pour un exposé précis de ces critiques, voir A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 41- 43 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., p. 26-27.

¹⁵⁴ « *Rechtsgut* » en allemand. Voir : R. ALCÁ CER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 101 ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p.15 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 27 ; J. URQUIZO OLAECHEA, « El bien jurídico », art. préc., p. 4.

¹⁵⁵ Cette distinction, que l'on retrouve encore souvent dans la doctrine contemporaine, était déjà défendue à l'époque, notamment en Italie. Voir en ce sens et citant de nombreux auteurs avec des variations terminologiques : E. FERRI, *Elementos y circunstancias del delito*, traduit de l'édition italienne de 1923 par J.-A. Rodríguez Muñoz, Bogotá, Leyer, 1993, p. 8.

¹⁵⁶ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 27.

¹⁵⁷ BIRNBAUM propose ainsi une autre distinction entre délits contre l'individu et délits contre la collectivité. *Ibid.*

¹⁵⁸ Ces théories voient dans toutes les infractions un objet juridique unique : la loi elle-même ou encore la volonté générale exprimée dans celle-ci. Le délit est donc conçu comme une insurrection consciente contre la volonté générale, une violation du devoir d'obéissance envers l'Etat. Comme chez les Lumières, c'est la Raison qui gouverne le monde mais cette Raison n'est plus absolue et immuable, elle est désormais conçue comme un produit de l'Histoire, variant selon les époques. Voir R. ALCÁ CER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 33-37 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 25-26.

de FEUERBACH. Si le droit subjectif était, par nature, purement spirituel, le bien juridique, lui, offre l'avantage d'être tangible et de permettre de distinguer entre l'objet protégé et sa valorisation¹⁵⁹.

41. — La fonction dogmatique du bien juridique. — En plus de cette concrétisation de l'objet juridique du délit, la doctrine reconnaît presque unanimement à BIRNBAUM une autre avancée dogmatique. Par cette notion d'atteinte au bien juridique, l'auteur permet de distinguer clairement ce qui relève de la lésion du bien juridique de ce qui relève de sa mise en danger. Cette distinction permet par conséquent de tracer une frontière nette entre consommation de l'infraction et tentative et donc de parvenir à une « *gradation de l'injuste*¹⁶⁰ », fondée sur un critère objectif. Le critère de la nocivité de la conduite devient alors perceptible dans les faits et permet de limiter le délit aux atteintes et aux mises en danger des biens juridiques¹⁶¹.

42. Mais si la fonction dogmatique du bien juridique chez BIRNBAUM n'est pas discutée, il en va tout autrement de sa fonction limitatrice du *ius puniendi*. La question fait l'objet de prises de position extrêmes et a notamment vu s'opposer les plus grands spécialistes du concept. Pour bien comprendre l'enjeu du débat, il est nécessaire de se replacer dans le contexte particulier dans lequel la théorie de BIRNBAUM voit le jour pour essayer d'en analyser les influences.

b. Les troubles influences de la pensée de la Restauration allemande.

43. — Le contexte de la Restauration allemande. — Lorsque paraît la première édition du traité de BIRNBAUM en 1834, le contexte historique et politique de l'Allemagne a profondément changé. Après la déroute napoléonienne, la Constitution de Bavière de 1818 et l'acte additionnel du texte constitutionnel, adopté à Vienne en 1820, proclament le « *Principe monarchique*¹⁶² ». Comme l'explique fort bien le professeur HORMAZABAL, la première préoccupation de la majorité des penseurs est d'assurer la reconstruction nationale des pays d'Europe. L'influence de l'École historique du droit, menée par SAVIGNY et PUCHTA, est grande : le droit est alors majoritairement conçu comme un produit de l'Histoire, ce qui a pour effet de lui conférer une justification immanente et absolue. Pour autant, cette nouvelle pensée s'inscrit dans une certaine continuité avec la période des Lumières. Son but n'est pas de retourner aux fondements de l'Ancien Régime ou de mettre en place un nouvel ordre révolutionnaire; au contraire, elle souhaite assurer la conservation et la consolidation de l'ordre bourgeois nouvellement mis en place¹⁶³.

44. — Le débat doctrinal sur la fonction limitatrice du bien juridique. — En l'absence de prise de position par BIRNBAUM sur une théorie de l'État, s'interroger sur la fonction limitatrice de sa théorie revient à se demander si l'on peut y déceler la même conception historique du droit

¹⁵⁹ Cette question de la distinction entre objet valorisé et valorisation de l'objet est essentielle et nous la retrouverons souvent au cours de notre présentation historique du concept. Sur ce point particulier chez BIRNBAUM, voir : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 102 _G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 16 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 32.

¹⁶⁰ L'« *injuste* » est, dans les pays de tradition germanique, le nom donné à au comportement incriminé et antijuridique, c'est-à-dire contraire au Droit. Voir J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 12-13, 42 et 43. Admettre une possible gradation de l'Injuste permet ici par exemple de considérer que les infractions simplement tentées atteignent moins gravement le droit que les infractions consommées et doivent donc être moins sévèrement réprimées. Nous verrons l'intérêt que peut constituer une articulation de l'infraction autour de cette notion dans notre pays ; voir *infra*, p. 255 et s.

¹⁶¹ R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 102 _G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 16.

¹⁶² L'article 18 de la Constitution de Bavière disposait ainsi que le Roi, dont la personne était sacrée et inviolable, était le chef suprême de l'État; qu' il réunissait en lui-même tous les droits du pouvoir étatique et les exerçait conformément aux distinctions par lui établies et fixées par le texte constitutionnel. Voir : H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 22.

¹⁶³ *Ibid.*, p. 24-26.

que chez ses contemporains ou si, au contraire, il considère que le droit découle, en partie au moins, du droit naturel¹⁶⁴.

Un courant de pensée mené par SINA considère que BIRNBAUM s'inscrit dans la lignée des principes philosophiques des Lumières et n'apporte qu'un simple correctif à la théorie de la lésion d'un droit subjectif. Les « biens » sont vus comme existants antérieurement et indépendamment de leur reconnaissance par le législateur et celle-ci leur confère seulement le statut de « biens juridiques ». De cette façon, le concept de bien juridique aurait un véritable contenu libéral et permettrait de limiter efficacement le domaine du droit pénal, celui-ci ne pouvant associer de sanction pénale qu'à la violation de ces seuls « biens¹⁶⁵ ».

Pour les partisans d'AMELUNG, au contraire, BIRNBAUM serait en rupture avec les principes des Lumières. Alors que pour ceux-ci la nocivité sociale est appréciée objectivement par la Raison, la catégorie des « délits sociaux » de BIRNBAUM démontrerait que la qualification de « bien » n'est pour lui qu'un problème de valorisation, cette valorisation étant opérée tout à fait librement par le législateur¹⁶⁶.

45. — Une touche *jus naturaliste*. — L'absence de véritable définition du concept de « bien » par BIRNBAUM rend extrêmement délicate toute prise de position sur la fonction limitatrice de sa théorie. Il paraît clair que la notion de « bien » est moins restrictive que celle de droit subjectif dans le sens où elle peut recouvrir des atteintes à la morale ou à l'ordre public. La catégorie des « délits naturels » rappelle les théories du droit naturel alors que la catégorie des « délits sociaux » renvoie à la conception du droit comme produit de l'Histoire... Il semble néanmoins que BIRNBAUM ait exprimé ses réticences contre l'idée de « *dangerosité commune* » qui pourrait aboutir à considérer le meurtre, par exemple, comme une atteinte à l'État dans son ensemble et non comme une atteinte aux personnes¹⁶⁷. Ce dernier point semble bien indiquer son attachement à une conception libérale du droit pénal et le professeur HORMAZABAL avance même que c'est cette empreinte *jus naturaliste* qui pourrait expliquer que la théorie de BIRNBAUM ait été quasiment ignorée par la doctrine de l'époque¹⁶⁸ et n'ait eu aucune influence sur le droit positif d'alors dans le sens d'une limitation du domaine de droit pénal¹⁶⁹.

46. Plusieurs décennies après sa formulation, la théorie de BIRNBAUM va pourtant renaître de ses cendres et, réinventée par BINDING, elle va servir de base à l'élaboration de ce qui deviendra un concept majeur du droit pénal allemand et des pays qui ont suivi son modèle. Mais les controverses autour de la définition et des fonctions du « bien juridique » reviendront sur le devant de la scène pénale en même temps que le concept et constitueront un point crucial d'affrontement entre les deux plus grands juristes allemands du début du XX^e siècle : BINDING et von LISZT.

¹⁶⁴ Le « droit naturel » s'entend ici du « nouveau droit naturel » ou « droit de la nature et des gens », celui des penseurs des Lumières et des Modernes. Voir *supra*, note 27.

¹⁶⁵ La théorie de SINA est spécialement bien présentée par H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 29. En accord avec cette vision de la théorie: R. ALCÁ CER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 102 ; J. URQUIZO OLAECHEA, « El bien jurídico », art. préc., p. 5 ; M. REYNA ALFARO, « Reflexiones sobre el contenido material del bien jurídico-penal y la protección de los bienes jurídicos colectivos (Perú) », [en ligne], <<http://derechogeneral.blogspot.com/2007/12/reflexiones-sobre-el-contenido-material.html>>

¹⁶⁶ L'argumentation d'AMELUNG est bien expliquée, une fois encore, par H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 29-30. Elle est approuvée par : G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 16 ; S. MIR PUIG, *Derecho penal : parte general*, 7^e éd., Barcelona, Reppertor, 2004, p. 129, n°53.

¹⁶⁷ R. ALCÁ CER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 102.

¹⁶⁸ Les auteurs sont unanimes sur ce point et, fait significatif, la théorie de BIRNBAUM n'est pas citée dans l'ouvrage de ROCCO, pourtant extrêmement riche et qui tend à l'exhaustivité dans sa présentation des théories sur l'objet juridique du délit. Voir: G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 17 ; A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, *op. cit.*

¹⁶⁹ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 33.

B. L'affrontement des théories positivistes dans la consécration du concept.

47. Au tournant du XIX^e et du XX^e siècle, la doctrine européenne est dominée par les théories positivistes. En Allemagne, toutes reconnaissent le droit de l'État à commander et à exiger l'obéissance et font du bien juridique une notion centrale de leur théorie du délit. Mais en droit pénal, ce positivisme va suivre deux directions méthodologiques distinctes qui vont s'affronter dans un riche débat doctrinal et donner lieu à deux conceptions du bien juridique, aujourd'hui encore présentées comme antagonisme fondamental : un concept formel dans le positivisme juridique de BINDING (1) et un concept matériel dans le positivisme naturaliste de von LISZT (2).

1°/ Le concept formel du positivisme juridique de BINDING.

48. Tout à fait en accord avec les théories dominantes à l'époque¹⁷⁰, BINDING élabore une théorie qui va être la parfaite expression du positivisme juridique en droit pénal (a) et faire du bien juridique l'objet de l'infraction (b).

a. L'expression du positivisme juridique.

49. Le positivisme juridique ne peut sans doute pas être compris sans s'arrêter un instant sur le contexte dans lequel il est apparu. Il est en effet le fruit d'une époque où le culte de la Raison est à son apogée (a-1) et dont la théorie des Normes est la traduction juridique (a-2).

a-1 L'apogée du rationalisme.

50. Karl BINDING écrit son célèbre ouvrage « *Die Normen* » en 1872. Le contexte philosophique est alors fortement marqué par la volonté d'unifier l'Allemagne et de mener à bien sa révolution économique. Pour réaliser ces objectifs, il paraît nécessaire de recourir à la théorie d'un État fort¹⁷¹. On dit de ces théories qu'elles poussent le rationalisme à son paroxysme car la volonté du législateur n'est limitée que par les normes qu'il s'est lui-même fixées. Tant qu'il respecte les conditions formelles prévues par les textes, l'État est absolument libre dans la détermination du contenu des lois. L'État ne poursuit plus véritablement de fins, il est une fin en soi¹⁷².

Tout en reprenant le dogme hégélien de la rationalité indubitable de la loi, ces théories positivistes vont plus loin et souhaitent appliquer à la science juridique la même méthode qu'aux sciences naturelles. Inspirées par les travaux d'Auguste COMTE puis d'Émile DURKHEIM, elles conçoivent le droit positif comme un phénomène, un objet d'étude neutre qui doit être appréhendé en dehors de toute considération axiologique. La méthode du juriste doit alors être totalement acritique: celui-ci doit se contenter d'expliquer les lois sans chercher à les évaluer¹⁷³.

BINDING va complètement souscrire à cette conception et offrir au positivisme juridique un modèle unanimement salué pour son harmonie et sa cohérence.

¹⁷⁰ Le professeur JAKOBS estime néanmoins que ce sont LOENING puis BINDING qui introduisent véritablement en droit pénal, avec un siècle de retard, les idées de l'École historique du droit de SAVIGNY. Celles-ci avaient en effet dominé tout le XIX^e siècle en droit civil mais étaient selon lui restées au second plan en droit pénal, derrière les théories hégéliennes qui considéraient le délit comme lésion du Droit. Voir : G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, *op. cit.*, p. 49-50 et 56-60.

¹⁷¹ Le démembrement de la nation allemande jusqu'au dernier tiers du XIX^e s. et son retard économique dans la révolution industrielle est mis en avant par plusieurs auteurs pour expliquer la volonté théorique de justifier un État fort. Voir G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 17 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 33-36. On peut néanmoins remarquer que la France, qui n'était pas confrontée aux mêmes difficultés, était à l'époque dominée par des théories similaires. Voir par exemple le positivisme étatique de CARRE de MALBERG: A. VIALA, « La notion d'État de droit: l'histoire d'un défi de la science juridique », art. préc., p. 676-680.

¹⁷² G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 18. ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 36.

¹⁷³ *Ibid.* p. 37.

a-2 La théorie des Normes.

51. Dans les théories du positivisme juridique, l'État, personne morale de droit public, possède un droit subjectif public de commander et d'exiger l'obéissance de ses ressortissants¹⁷⁴. Celui-ci va concrètement se traduire par la possibilité d'édicter des normes et d'en sanctionner les manquements. En ce qui concerne les lois pénales, BINDING souligne qu'en rigueur, il est faux de dire qu'elles sont violées par les délinquants; au contraire, ceux-ci les accomplissent en en réalisant tous les éléments¹⁷⁵ (par exemple, le voleur soustrait frauduleusement la chose d'autrui). Pour lui, la loi pénale est en réalité composée de deux éléments dont seul le second est exprimé: le précepte (« *il ne faut pas voler* ») et la sanction (« *le vol est puni de X années d'emprisonnement* »). En ne respectant pas le premier élément, appelé « *Norme* », le délinquant ne respecte pas son devoir d'obéissance envers l'État et porte atteinte au droit subjectif de celui-ci à commander¹⁷⁶.

Néanmoins, nous avons vu que pour BINDING, un droit ne peut jamais être atteint en tant que tel. Pour que le délit puisse être conçu en terme de lésion, il va devoir recourir à la notion de bien juridique.

b. Le bien juridique, objet de l'infraction.

52. Si le bien juridique avait déjà chez BIRNBAUM une certaine fonction dogmatique, c'est avec BINDING que celle-ci va acquérir toute son importance et que le concept va devenir un véritable pilier de la théorie de l'infraction allemande. Caractérisée comme lésion d'un bien juridique (b-1), l'infraction se trouve redéfinie et cette présentation nouvelle fit immédiatement l'objet d'interminables débats (b-2).

b-1 L'infraction comme lésion du bien juridique.

53. Bien que se refusant à l'évaluer, BINDING ne nie pas que les Normes aient une finalité. Pour lui, « *le législateur recherche les conditions concrètes pour une saine vie en commun*¹⁷⁷ ». Pour ce faire, il doit déterminer l'objet de la Norme dont la préservation est nécessaire et dont la lésion (ou la mise en danger) constituera le fait délictueux. Pour BINDING, le bien juridique est tout ce qui, du point de vue du législateur, est important pour l'ordre juridique et dont le pacifique maintien est assuré par les normes¹⁷⁸. Ce bien juridique est le fruit du seul jugement de valeur du législateur : il est immanent au système juridique et n'existe que parce que le législateur en a décidé ainsi. Le bien juridique devient alors l'objet du délit : si le droit lui-même ne peut faire l'objet d'une lésion¹⁷⁹, le bien juridique, en tant que support du droit subjectif, peut être détérioré ou atteint par l'acte délictueux¹⁸⁰. C'est la lésion du bien juridique qui marque l'atteinte au droit subjectif de l'État à l'obéissance.

¹⁷⁴ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p.19.

¹⁷⁵ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 39 ; R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber ?*, op. cit., p. 20.

¹⁷⁶ A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 100-102, n°24. Cet auteur critique néanmoins fortement la théorie présentée, considérant qu'il est absurde de distinguer la norme précepte et la norme sanction, l'impératif juridique de la loi pénale elle-même. *Ibid.*, p. 76-77, n°18.

¹⁷⁷ « *El legislator busca las condiciones concretas para una sana vida en común.* », Cité par H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 40-41.

¹⁷⁸ J. URQUIZO OLAECHEA, « *El bien jurídico* », art. préc., p. 5 ; A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 101, n°24.

¹⁷⁹ Cette position centrale de la théorie de BINDING a parfois fait l'objet de sarcasmes chez ses contemporains, et notamment de la part de FERRI, qui lui reproche une trop grande abstraction de sa « *logique juridique* » et l'invite à demander au moribond s'il considère que son droit à la vie demeure intact. Voir : E. FERRI, *Elementos y circunstancias del delito*, op. cit., p. 33.

¹⁸⁰ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 41-43.

Cette distinction entre bien juridique et droit subjectif a été considérée comme une importante avancée dogmatique et a été abondamment reprise et commentée dans plusieurs pays d'Europe.

b-2 La réception de la théorie.

54. La théorie des Normes de BINDING a servi de base à la réflexion de la plupart des juristes de l'époque et demeure aujourd'hui encore, une référence. Mais si son influence fut grande en Allemagne et en Europe, jusqu'à être partiellement reprise par GARRAUD en France, elle n'en a pas moins essuyé de virulentes critiques.

55. **L'influence de la théorie chez GARRAUD.** — Au début du XX^e siècle, en France, René GARRAUD s'en est fortement inspiré, définissant l'infraction comme un « *phénomène juridique* » qui « *n'est pas la violation de la loi pénale mais la violation des principes des "normes", protégés par la loi pénale* ». Cela explique que pour lui aussi, « *tout délit, quel qu'il soit, implique une offense à la volonté commune, offense à l'État* ». On retrouve également clairement le bien juridique lorsqu'il énonce que « *le droit pénal est l'arme utilisée pour défendre les intérêts juridiques protégés* », que « *l'infraction implique donc une agression contre les biens protégés*¹⁸¹ » et qu'il définit le dol comme « *l'état d'âme de celui qui applique sa volonté à violer la loi, ou plutôt à léser les biens juridiques pour la protection desquels intervient la sanction pénale*¹⁸² ».

56. Saluée pour sa cohérence interne, la théorie n'en a pas moins été souvent critiquée, surtout une fois le contexte historique de son apparition dépassé, pour son impérialisme excessif.

57. **L'absence de limite au *ius puniendi*.** — Pour le professeur HORMAZABAL, « *la Norme et le bien juridique, dans le système de BINDING, en arrivent à accomplir une fonction de légitimation du pouvoir coercitif de l'État* »¹⁸³. En renonçant par principe à toute analyse critique de la législation, le positivisme juridique fait du bien juridique une notion purement dogmatique, complètement coupée de sa dimension de politique criminelle. Elle n'apporte aucune garantie à l'individu qui se trouve entièrement soumis à la volonté d'un État, libre d'étendre le domaine du droit pénal à sa guise par la consécration de nouveaux biens juridiques sans contenu matériel prédéterminé.

58. **Une définition tautologique.** — ROCCO, pourtant positiviste lui aussi, reprochera à BINDING le peu de considération de sa théorie pour l'impact matériel et social du délit sur les intérêts de l'individu ou de l'État : en définissant d'abord l'infraction comme l'atteinte au droit subjectif de l'État, il s'inscrit dans une conception subjectiviste qui ne permet pas à la notion de bien juridique de hiérarchiser correctement les infractions et les peines en fonction de la gravité du dommage concrètement subi¹⁸⁴. Il remet également en cause sa définition même du bien juridique qu'il juge tautologique. Selon lui, il s'agit d'une « *définition en cercle* » : « *Qu'est-ce qui constitue l'objet de l'action délictueuse ? Le bien juridique. Qu'est-ce que le bien juridique ? L'objet de l'action délictueuse*¹⁸⁵ ». Il est vrai qu'en l'absence de définition substantielle du bien juridique, le cercle paraît inévitable.

¹⁸¹ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, op. cit., tome I, p. 203 n°98 et p. 215, n°99. L'auteur expose clairement les théories qui l'ont inspiré, renvoyant à BINDING et DURKHEIM en note de bas de page. On doit néanmoins signaler une nuance importante entre les deux auteurs : si BINDING voit dans l'infraction une atteinte au droit subjectif de l'État à commander, GARRAUD lui, y voit une atteinte au Droit objectif. La différence n'emporte pas de grande conséquence pour ce qui nous intéresse ici mais elle est révélatrice d'une approche différente de l'État, plus ou moins personnifié. Sur ce point, voir : A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 129, n°29.

¹⁸² R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, op. cit., tome I, p. 572, n°287.

¹⁸³ « *La norma y el bien jurídico en el sistema de BINDING, entran a cumplir una función de legitimación del poder coactivo del Estado.* » H. HORMAZÁBAL MALARÉ, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 45-46.

¹⁸⁴ A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 105, n°25.

¹⁸⁵ « *¿Qué es lo que forma objeto de una acción delictuosa? El bien jurídico. ¿Qué es el bien jurídico ? Lo que forma objeto de una acción delictuosa. El círculo es evidente.* » Ibid., p. 116. n°27.

59. Von LISZT, contemporain mais surtout grand contradicteur de BINDING, formule des reproches similaires et dénonce la confusion opérée entre l'objet juridique et l'objet matériel du délit¹⁸⁶. Il va alors proposer une autre définition du bien juridique, pourvue d'un contenu matériel cette fois, et destinée à parer à ces difficultés théoriques.

2°/ Le concept matériel du positivisme naturaliste de von LISZT.

60. Franz von LISZT, né à Vienne en 1851, est connu comme le « *maître de Berlin* » où il fit la plus grande partie de sa carrière universitaire¹⁸⁷. Ses oppositions avec BINDING et les critiques réciproques qu'ils se sont adressées ont animé et beaucoup enrichi la doctrine pénale allemande qui continue aujourd'hui encore de s'y référer. LISZT reprochait à BINDING son normativisme excessif et a particulièrement dénoncé sa conception du bien juridique comme une pure création du législateur. Pour lui, le bien juridique est issu de la réalité de la vie, c'est un intérêt auquel le droit va accorder sa protection (a). Il a une origine préjuridique qui lui confère une dimension particulière: le bien juridique intéresse bien sûr le droit en tant que tel mais également des disciplines comme la criminologie, la pénologie ou la politique criminelle, ce qui en fait une notion clé des sciences criminelles (b).

a. Le bien juridique, intérêt juridiquement protégé.

61. Von LISZT a évolué quasiment dans le même contexte historique que BINDING mais il ne partage pas les conceptions du positivisme juridique alors dominant. Sa pensée va au contraire s'appuyer sur la philosophie que JHERING a développée dans la deuxième partie de sa vie (a-1). Cette influence se retrouve directement dans la définition du bien juridique: un intérêt, entendu comme une réalité de la vie, et protégé par le droit (a-2).

a-1 L'influence de von JHERING.

62. **___ La théorie des Intérêts.** Rudolf von JHERING, né en 1818 à Hanovre, a ceci de particulier qu'il modifia complètement sa pensée au cours de sa longue carrière universitaire. D'abord pandecte, il écrivit le très célèbre ouvrage « *L'Esprit du droit romain* » dans la lignée de la pensée dogmatique allemande. Mais dans les années 1860, il opère un tournant radical et s'éloigne des théories de SAVIGNY et de l'école historique du droit pour inventer une conception plus sociologique du droit¹⁸⁸. L'idée maîtresse de la théorie alors élaborée par JHERING est celle d'intérêts; pour lui « *les intérêts sont le moteur qui meuvent le monde*¹⁸⁹ ». Ceci implique une tendance à la poursuite de finalité, tendance générale qui touche aussi bien les individus que le législateur et donc les normes. Dans cette théorie finaliste des intérêts, l'idée de lutte est fondamentale: le monde social est peuplé d'individus qui agissent pour satisfaire leurs intérêts, ce qui conduit à des heurts inévitables. Les normes, qui tendent à assurer les conditions de la vie sociale, vont alors

¹⁸⁶ *Ibid.*, p. 118, note 25 ; F. von LISZT, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, 14, p. 6 et 8.

¹⁸⁷ Pour une biographie contextualisée de von LISZT, voir la préface par J. M. ZUGALDIA ESPINAR de l'ouvrage qui transcrite un cours donné par LISZT en 1882 à l'université de Marburg: F. von LISZT, *La idea del fin en el Derecho penal*, traduit de l'allemand par C. Pérez del Valle, Granada, Comares, coll. *Los argonautas*, 1995, p. 9-10.

¹⁸⁸ Sur la pensée de von JHERING, et ses oppositions à SAVIGNY et à l'École historique mais nuanciant l'idée d'une rupture dans sa pensée, voir : [JHERING Rudolph von], J.-M. TRIGEAUD, *Encyclopédie philosophique universelle*, JACOB (André) et al., volume III, Les œuvres philosophiques, PUF, tome 1, p. 1869-1871. Pour une explication de la seule théorie des intérêts, voir: H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, op. cit.*, p. 49-50.

¹⁸⁹ « *Según von JHERING, los intereses constituyen el motor que mueven al mundo.* » *Ibid.* ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito, op. cit.*, p. 21.

devoir arbitrer entre ces intérêts en conflit en attribuant des droits subjectifs¹⁹⁰ aux individus et en instaurant une protection pénale des intérêts les plus importants. Le droit, phénomène social, est ainsi un produit de la lutte des intérêts, et il est variable comme le sont les intérêts eux-mêmes. L'idée de finalité des normes doit permettre de les comprendre et de les interpréter ce qui conduit à une définition prépositive du délit, dépassant la définition positiviste de « *conduite sanctionnée par la loi pénale*¹⁹¹ ».

63. Von LISZT va reprendre la théorie de von JHERING à son compte. Pour lui, « *le droit est l'ordonnement de la société organisée en État*¹⁹² » : il a pour objet la défense des intérêts de la vie humaine et c'est même sa nature que de les protéger. La protection juridique que le droit confère aux intérêts est assurée par les Normes et a pour effet de les transformer en biens juridiques¹⁹³.

a-2 Un bien juridique issu de la réalité sociale.

64. Le plus grand reproche de LISZT à BINDING concerne sa conception du bien juridique comme « *bien créé par le droit ou l'ordre juridique* », un bien qui n'aurait pas de réalité en dehors de son existence normative. Pour LISZT, le bien juridique est avant tout « *un bien humain reconnu et protégé par le droit*¹⁹⁴ ». Il s'agit d'un intérêt qui existe dans la réalité sociale et qui résulte des relations de la vie entre les individus eux-mêmes ou entre les individus et la société organisée en État. L'ordre juridique va délimiter les rayons d'action de chacun et résoudre les conflits d'intérêts en élevant certains d'entre eux au rang de « *bien juridique* ». Le bien juridique est par conséquent l'intérêt auquel l'État a choisi d'octroyer une protection juridique¹⁹⁵.

L'intérêt est conçu de façon concrète, c'est-à-dire qu'il est, comme le bien juridique, toujours rattaché à un titulaire¹⁹⁶ (individu ou État). La protection dont il bénéficie peut être de plusieurs natures, ce qui signifie que le bien juridique n'est pas un concept relevant exclusivement du droit pénal: le bien juridico-pénal ne se distingue des autres biens juridiques que par la nature particulière de sanction qui est attachée aux conduites qui y portent atteinte¹⁹⁷. Même si le droit pénal doit être réservé aux intérêts « *spécialement dignes et nécessitant d'une protection* », il n'est pas pourvu d'une normativité autonome, c'est un droit sanctionnateur¹⁹⁸.

Ainsi défini, le bien juridique va occuper chez LISZT une place extrêmement importante dans les sciences criminelles.

¹⁹⁰ Pour JHERING, le droit subjectif est un « *intérêt juridiquement protégé*. » Voir la présentation critique qu'en fait ROCCO: A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 254-255, n°70. Nous verrons bientôt que cette définition du droit subjectif est très proche de la définition du bien juridique chez LISZT ce qui nous permet de relever une fois encore la proximité des deux notions (cela ne signifie pas que les deux notions soient ici équivalentes, simplement qu'elles peuvent concourir sur le même objet).

¹⁹¹ Voir H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 50 ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 21.

¹⁹² « *El Derecho es la ordenación de la Sociedad organizada en Estado*. », F. von LISZT, *Tratado de derecho penal*, op. cit., T. II, p. 5.

¹⁹³ *Ibid.* p. 6. Notons que dans la traduction française du traité de LISZT par LOBSTEIN, le terme allemand « *rechtsgüter* » est traduit par « *intérêt protégé* », une note de l'auteur précisant que, pour lui, les termes d'« *intérêts protégés* » et de « *bien juridique* » sont équivalents mais se distinguent du droit subjectif. Voir : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 94-95.

¹⁹⁴ *Ibid.*, L'origine sociale du bien juridique est ainsi clairement affirmée : « *les intérêts vitaux résultent des rapports créés par la vie entre les individus, ou entre les individus et l'État et la société et réciproquement* ».

¹⁹⁵ LISZT affirme ainsi que « *la norme et le bien juridique sont les deux pôles sur lesquels s'appuie l'axe déterminant de notre science* », citation traduite par L. JIMENEZ de ASUA, « L'antijuridicité », R.I.D.P, 1951, p. 298. Elle diffère quelque peu de la traduction de LOBSTEIN : « *La protection que l'ordre juridique garantit aux intérêts de la vie est la protection par les normes. La propriété juridique et la norme sont les deux notions du droit.* » La notion de « *propriétés juridiques* » correspond alors à l'intérêt garanti par l'ordre juridique. Voir : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 96.

¹⁹⁶ Voir H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 51.

¹⁹⁷ F. von LISZT, *Tratado de derecho penal*, op. cit., T. II, p. 10 ; F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 100. Dans cette optique, on pourrait dire par exemple que l'intérêt à la propriété est le même en droit civil et en droit pénal mais que si le premier le protège, en matière mobilière, notamment par l'action possessoire, le droit pénal, lui, le protège par l'incrimination, entre autres, du vol.

¹⁹⁸ « *El derecho penal tiene como misión la defensa más enérgica de los intereses especialmente dignos y necesitados de protección.* » Voir : F. von LISZT, *Tratado de derecho penal*, op. cit., T. II, p. 9-11 ; F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 100.

b. Le bien juridique, notion clé des sciences criminelles.

65. LISZT ne partage pas la position des tenants du positivisme juridique qui souhaitent une frontière hermétique entre le droit pénal *stricto sensu* et les autres sciences criminelles. Pour lui, la notion de bien juridique doit permettre un rapprochement entre ces disciplines, sa condition d'intérêt protégé par la loi le situant au croisement entre le droit pénal et la politique criminelle¹⁹⁹. Il va alors attribuer au bien juridique à la fois une fonction de « *communication* » entre politique criminelle et droit pénal (b-1) et une fonction proprement dogmatique (b-2), mettant ainsi en lumière pour la première fois la double facette aujourd'hui unanimement reconnue du concept²⁰⁰.

b-1 Fonctions de politique criminelle.

66. Le bien juridique va jouer deux rôles particulièrement importants chez LISZT en matière de politique criminelle en plus d'être un critère de classification et de hiérarchisation des incriminations²⁰¹: d'un côté il va intéresser la question du fondement et de la finalité de la répression, de l'autre, il va permettre s'interroger sur les limites du *ius puniendi*.

67. — **La protection du bien juridique comme finalité de la peine.** — Nous avons déjà exposé que pour LISZT, le but du législateur, par la protection juridique de certains intérêts, était la défense des conditions de la vie en commun, des intérêts vitaux des individus, et de la société. La peine est conçue comme une protection des biens juridiques et un moyen de prévenir les infractions, c'est sa finalité propre²⁰². De même que le délinquant, d'un point de vue criminologique, poursuit des intérêts (illégitimes), la peine est appréhendée dans une perspective finaliste voire utilitariste et consiste en la « *lésion d'un intérêt juridique possédé par le délinquant*²⁰³ ». Pour LISZT, « *l'unique formulation solide et féconde de la peine comme rétribution est celle de la peine de protection*²⁰⁴ ». S'il conserve le terme de rétribution, il s'inscrit tout de même en rupture par rapport aux conceptions traditionnelles d'une peine expiatoire²⁰⁵ et privilégie la fonction de prévention spéciale, c'est-à-dire que la peine trouve sa justification dans sa capacité à prévenir la réitération du

¹⁹⁹ J. URQUIZO OLAECHEA, « El bien jurídico », art. préc., p. 6.

²⁰⁰ Dans son manuel, le professeur MIR PUIG par exemple, voit dans le concept de bien juridique deux concepts distincts: un concept politico-criminel et un concept dogmatique. Voir S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general*, op. cit., p. 166., n°36. Ces deux facettes se retrouvent dans tous les ouvrages même si la distinction n'est pas toujours aussi nette.

²⁰¹ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 50. La gravité de la peine va dépendre de l'importance du bien juridique, ce qui en fait un élément d'appréciation fondamental du principe de proportionnalité. Pour ce qui est de la classification en fonction du titulaire, LISZT distingue entre les délits contre l'individu, contre l'État et contre la société au sens strict, c'est-à-dire contre un nombre indéterminé de personnes.

²⁰² G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 22. ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 51. ; F. von LISTZ, *La idea del fin en el Derecho penal*, op. cit., p. 10 et 43 et s.

²⁰³ F. von LISTZ, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 365.

²⁰⁴ « *La única formulación sólida y fecunda de la pena como restricción es la de la pena de protección.* » F. von LISTZ, *Ibid.*, p. 91-92. La peine n'est alors plus véritablement rétributive comme dans la théorie classique mais elle remplit un rôle de prévention spéciale, d'amendement civique et non plus moral du délinquant dont il s'agit de « *provoquer l'extermination de la disposition criminelle* ». Voir, cité et présenté par : J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, 2^{ème} éd., PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1991, p. 92.

²⁰⁵ On se souvient que Feuerbach défendait la fonction de prévention générale de la peine mais il semble que sa position soit restée minoritaire et qu'une grande partie du XIX^{ème} siècle ait été dominée en Allemagne par la conception hégélienne de la peine comme « *reconstitution du Droit* », sa gravité étant appréciée au regard du danger que représente le comportement du délinquant, être rationnel, pour la société. Voir : G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, op. cit., p. 50-51.

délinquant²⁰⁶. Proche de la conception de la défense sociale, mouvement qu'il contribuera à créer, cette position a parfois été analysée comme une influence de l'école positiviste italienne²⁰⁷.

68. Nous n'irons pas plus loin ici dans l'analyse de la peine chez LISZT car, bien qu'intéressante, elle nous conduirait trop loin de l'analyse du bien juridique à proprement parler. Nous préférons nous arrêter plus longuement sur la question de la fonction limitative du bien juridique.

69. **___ La limitation discutée du *ius puniendi* par le bien juridique. ___** Il n'est pas rare, dans les manuels ou les études succinctes sur le bien juridique, de voir opposée la position « *conservatrice et positiviste de BINDING* » à la position « *critique et réformiste de von LISZT*²⁰⁸ ». Pourtant, à y regarder de plus près, il semble que le clivage entre les deux conceptions ne soit pas si marqué que cela.

70. En faveur d'une reconnaissance d'une fonction limitative du pouvoir de punir chez von LISZT, il faut bien sûr souligner que l'intérêt est transcendant au système juridique: il existe avant et indépendamment de sa consécration par le législateur. Le domaine du droit pénal doit alors être strictement limité par un « *principe d'exclusive protection des biens juridiques* ». LISZT souligne que le législateur peut se tromper en incriminant des comportements qui ne portent pas atteinte à un bien juridique mais simplement à la morale²⁰⁹. Le droit peut alors être ou ne pas être en accord avec la société, selon que les « *canaux de communications* » entre le législateur et le corps social sont plus ou moins efficaces²¹⁰. Reconnaître ainsi la possibilité d'un hiatus entre les intérêts des individus et de la société et les choix de l'ordre juridique, que LISZT qualifie d'« *arbitraires*²¹¹ », c'est admettre que le législateur procède à un jugement de valeur, susceptible d'évaluation, et non à un simple acte de volonté. LISZT lui-même ne s'est pas privé de critiquer certaines infractions et a clairement signifié son rejet de l'incrimination de certains actes qui ne mettaient pas en péril la sécurité de la société comme les sortilèges ou les comportements contraires à la morale sexuelle²¹².

²⁰⁶ F. von LISZT, *Tratado de derecho penal*, op. cit., T. II, p. 9 ; C. ROXIN, « Sentido y límites de la pena estatal », in *Problemas básicos de derecho penal*, traduit de l'allemand par D.-M. Luzón Peña, Madrid, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, 1976, p. 15. Pour une présentation précise du primat de la prévention générale sur la prévention générale chez LISZT, voir : C. ROXIN, « Franz Von Liszt y la concepción política criminal del Proyecto Alternativo », *Ibid.*, p. 40-45.

²⁰⁷ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 51. Il nous semble néanmoins que LISZT ne s'inscrit pas véritablement dans la lignée des théories du positivisme en criminologie. Il a en effet été un des premiers auteurs à rejoindre le courant de la défense sociale en fondant, avec le belge PRINS et le néerlandais van HAMEL, l'Union internationale de droit pénal en 1889 qui considère que le droit pénal a pour mission de lutter contre la criminalité envisagée comme « *phénomène social* ». S'il est vrai que l'Union emprunte à l'école positiviste la notion d'état dangereux et la distinction entre criminel d'habitude et d'occasion, il nous semble qu'elle insiste davantage sur l'idée de resocialisation que sur celle d'élimination. Voir par exemple : J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit., p. 89-92. Sur la défense sociale nouvelle, plus humaniste, voir l'ouvrage de référence de son chef de file : M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., 381 p.

²⁰⁸ « *Desde sus orígenes, ha habido dos posiciones enfrentadas sobre el modo de concebir el bien jurídico: una posición conservadora y positivista, que arranca de BINDING, (...), una posición crítica y reformista que arranca de von LISZT.* » Ce sont les mots du professeur LUZÓN PEÑA dont le manuel est pourtant loin d'être simpliste: D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal: Parte general I*, Madrid, Editorial Universitas, 2002, p. 326.

²⁰⁹ F. von LISZT, *Tratado de derecho penal*, op. cit., T. II, p. 6, note (1) : « *los errores del legislador no son, naturalmente, imposibles (ejemplo: los sortilegios)* ». Ce que nous pouvons traduire: « *Les erreurs du législateur ne sont, naturellement, pas impossibles (par exemple: les sortilèges)* ». Peut-être parce qu'elle se fonde sur une édition antérieure, la traduction française ne comporte pas cette note de l'auteur et n'est pas aussi explicite sur les éventuelles « *erreurs* » du législateur. Seule la critique de la théorie des normes de BINDING apparaît, notamment en ce que le délit y apparaît comme une atteinte à l'obligation d'obéissance envers l'État et relègue au second plan les conditions de vie de la société humaine juridiquement organisée. Voir : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 96-97.

²¹⁰ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 51 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, op. cit., p. 72, n°53.

²¹¹ F. von LISZT, *Tratado de derecho penal*, op. cit., T. II, p. 6.

²¹² C. ROXIN, « Franz Von Liszt y la concepción política criminal del Proyecto Alternativo », art. préc., p. 47-48.

A la différence de la conception de BINDING, celle-ci laisse donc une ouverture à des positions critiques sur la sélection des biens juridiques et certains auteurs ont pu y voir une véritable conception matérielle du bien juridique²¹³.

71. Malgré cette possibilité théorique de poser un regard critique sur le choix des biens juridiques, une partie de la doctrine nie toute fonction limitative à la théorie de Von LISZT. Pour le professeur HORMAZÁBAL, celle-ci revient, comme celle de BINDING, à un instrument de légitimation du *ius puniendi*²¹⁴. Pour le professeur FERNANDEZ, le raisonnement est circulaire puisque si le droit de punir est légitimé par la protection des intérêts vitaux de la communauté, ces intérêts sont déterminés par l'État lui-même. Les intérêts vitaux de la société seraient donc assimilés à ceux de la communauté étatique et la consécration des biens juridiques reviendrait uniquement à un jugement de valeur de l'État sur ce que sont ses propres intérêts, dans le but d'assurer sa propre protection²¹⁵. Dans le sens de ces auteurs, il faut souligner que LISZT n'attribue aucune conséquence à l'erreur possible du législateur: le juge doit tout de même respecter la loi²¹⁶.

72. Quoi qu'il en soit de l'efficacité de sa théorie pour limiter le domaine du droit pénal, il est certain que LISZT considérait que la première fonction du droit pénal était une fonction de garantie²¹⁷ et que sa construction continue à servir de base à la doctrine pour l'élaboration de théories véritablement critiques grâce à la rupture avec le dogme de la rationalité indubitable de la loi. La doctrine tentera ainsi de formuler une définition matérielle, substantielle, du délit qui s'appuie sur son principe d'exclusive protection des biens juridiques²¹⁸.

Mais LISZT a également bouleversé la dogmatique allemande par l'introduction de nouveaux concepts, liés au bien juridique et qui allaient bientôt s'imposer comme des éléments de l'infraction allemande.

b-2 Fonctions dogmatiques.

73. Il n'est pas question de présenter ici la totalité des implications du bien juridique sur l'ensemble de la théorie de l'infraction de von LISZT. Nous ne nous arrêtons que sur les deux points les plus importants, à savoir l'objet de l'action et l'antijuridicité matérielle.

74. ___ La distinction entre objet juridique du délit et objet de l'action délictueuse. ___

Comme la plupart des auteurs de cette époque, von LISZT a une conception naturaliste et causaliste des éléments de l'infraction, c'est-à-dire que le fait punissable est défini comme une action qui produit un changement, tangible, dans le monde extérieur par une relation de cause à effet. Nous avons vu que pour lui, le bien juridique est « concret » en ce qu'il se rattache à un titulaire et que l'intérêt est pour lui une réalité sociale. Mais une fois valorisé par l'ordre juridique, l'intérêt devenu bien juridique n'en reste pas moins un concept, insusceptible de subir une lésion au sens matériel, physique, du terme²¹⁹.

²¹³ Ceci est admis, notamment, par D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 326. ; C. ROXIN, « Franz Von Liszt y la concepción política criminal del Proyecto Alternativo », art. préc., p. 47. ; J. URQUIZO OLAECHEA, « El bien jurídico », art. préc., p. 6.

²¹⁴ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 55.

²¹⁵ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 23.

²¹⁶ F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 206. Cette position n'est pas surprenante pour un auteur positiviste. ROCCO, qui lui aussi admet l'existence préjuridique des intérêts protégés par le législateur (mais entendu de façon abstraite), défend exactement la même position. Voir A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 513, n°153.

²¹⁷ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 48.

²¹⁸ R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 21.

²¹⁹ Voir H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 53. ; A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, op. cit., p. 586, n° 185.

Outre les critiques qui ont pu lui être adressées sur la difficulté de distinguer véritablement l'intérêt du bien juridique protégé, les deux étant dépourvus d'existence matérielle²²⁰, LISZT se trouve ici confronté à une difficulté théorique de taille : le bien juridique qu'il a désigné comme objet du délit appartient au « monde spirituel » et ne peut pas subir la modification du monde réel décrite par le résultat de l'infraction. Pour dépasser ce problème, il va recourir à une nouvelle notion, celle d'objet de l'action. Le bien juridique va se « concrétiser » dans cet objet, y prendre corps de sorte que l'action délictueuse pourra détruire celui-ci tout en laissant l'intérêt, et le bien juridique, intacts²²¹. Pour prendre un exemple grossier, on peut dire que si un criminel coupe un membre à une personne, celle-ci aura subi une lésion sur son corps, objet de l'action, alors que son intérêt à l'intégrité physique demeurera intact, tout comme le bien juridique puisque la norme continuera à exercer sa protection contre les atteintes futures. AMELUNG établit ici un parallèle avec la métaphore platonicienne de la caverne, le bien juridique relevant du monde des idées, l'objet de l'action du monde réel²²².

75. Cette distinction a parfois été analysée comme une contradiction interne à la théorie de LISZT²²³ mais elle s'est tout de même imposée sous la terminologie « d'objet matériel de l'infraction » et la différence entre l'objet juridique et l'objet matériel du délit est maintenant établie comme une distinction de base du droit pénal en Allemagne et dans les pays suiveurs²²⁴. Il en est de même pour l'antijuridicité matérielle, deuxième élément d'importance introduit par von LISZT.

76. **___ La distinction entre antijuridicité formelle et antijuridicité matérielle. ___** Nous aurons l'occasion de revenir longuement sur la notion d'antijuridicité (*Unrecht*) et sur les deux versants qui la composent. Pour l'heure, nous nous bornerons à signaler que c'est un élément fondamental de l'infraction allemande qui se définit comme la « *contrariété au droit*²²⁵ ». Celle-ci était jusque là entendue de façon purement formelle : l'acte délictueux violait la norme pénale et était par conséquent contraire au droit (à moins que la loi ne l'autorise exceptionnellement, ce qui faisait disparaître l'antijuridicité). A côté de cette antijuridicité formelle, appréhendée uniquement de façon négative comme absence de faits justificatifs²²⁶, LISZT voit dans le délit une antijuridicité dite matérielle, entendue comme « *nocivité sociale*²²⁷ » et dotée d'un contenu positif. La contrariété au droit est à la fois formelle en ce qu'elle viole la norme, et matérielle en ce qu'elle porte atteinte à

²²⁰ Voir H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 52.

²²¹ *Ibid.*, p. 53.

²²² Cité par J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 387-388. Cette comparaison est parlante mais peut prêter à confusion car si chez Platon, les idées sont immuables, nous avons vu que chez LISZT, les intérêts (et donc les biens juridiques) peuvent varier en fonction des époques et des évolutions sociales.

²²³ Voir : *Ibid.*, p. 387.

²²⁴ L'objet matériel du délit, ou objet de l'action, est ainsi unanimement défini comme le substrat matériel du bien juridique. Voir par exemple: D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 328. ; S. MIR PUIG, *Derecho penal : parte general*, op. cit., p. 167, n°38.

²²⁵ Pour les auteurs français qui connaissent la notion, elle apparaît souvent sous la dénomination d' « *élément injuste*. » En Allemagne, l' « *injuste* » est un substantif qui désigne le comportement antijuridique, il n'est pas correct de parler d' « *acte injuste*. » Voir *supra*, note 160.

²²⁶ C'est ainsi qu'était défini l' « *élément injuste* » chez GARRAUD, ce qui explique le peu d'intérêt de la notion, assimilée à l'absence de faits justificatifs. Voir : R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 3^e éd., Paris, Larose et Forcel, 1888, p. 176 et s.

²²⁷ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito* op. cit., p. 24. ; L. JIMENEZ de ASUA, « L'antijuridicité », art. préc., p. 301 et s.

un bien juridique²²⁸ mais elle est considérée d'un point de vue strictement objectif, toute considération relative à la responsabilité en étant exclue²²⁹.

On retrouve ici le principe d'exclusive protection des biens juridiques et les germes d'une théorie générale de la justification fondée sur la pondération des biens juridiques. Limité dans la conception de LISZT du fait de l'absence de reconnaissance du pouvoir du juge de « *corriger le droit* » en cas de contradiction entre l'antijuridicité formelle et l'antijuridicité matérielle²³⁰, l'apport de la notion d'antijuridicité matérielle à la théorie de l'infraction est néanmoins fondamental car c'est sur son fondement que sera dégagé le principe d'« *offensivité*²³¹ » et l'exigence d'une atteinte véritable à un bien juridique pour qualifier l'infraction.

77. Moins d'un siècle après son invention, le bien juridique avait donc déjà connu plusieurs acceptions forts distinctes et mis en exergue l'opposition entre des positions subjectivistes insistant sur la violation du devoir d'obéissance à l'État et des positions plus objectives s'attachant davantage à l'importance du dommage social. Mais après l'effort de concrétisation du concept par von LISZT, il va de nouveau être profondément repensé, dans le sens d'une plus grande abstraction cette fois.

Car la fin de la première guerre mondiale signe en Allemagne la chute du second Empire et par là même la fin d'un certain modèle étatique. Avec la République de Weimar qui lui succède en 1919, c'est une nouvelle conception de l'État qui apparaît, fortement marquée par l'idée de liberté et la volonté de reconnaissance de droits économiques et sociaux aux citoyens. Au niveau philosophique, on assiste alors à un retour des idées des Lumières et des théories inspirées par la philosophie kantienne²³², ce qui permet de nouveau une prise en compte des valeurs et se traduit par la dématérialisation du concept de bien juridique.

II L'évolution vers un bien juridique complètement spiritualisé.

78. Si certains auteurs nient le lien que d'autres établissent entre la Constitution de Weimar et les théories néokantienne²³³, toujours est-il qu'elles apparaissent dans ce contexte et qu'elles s'affirment comme clairement en rupture avec les théories positivistes d'avant-guerre. Le point de départ de celles-ci est la négation de l'assimilation des sciences de l'esprit aux sciences

²²⁸ Il affirme ainsi que : « *L'acte est formellement illicite, en tant que transgression d'une norme posée par l'État, d'un commandement ou d'une interdiction de l'ordre juridique. L'acte est matériellement illicite, en tant qu'atteinte aux intérêts vitaux de l'individu ou de la collectivité protégés par les normes juridiques, donc en tant que lésion ou mise en péril d'un intérêt juridique.* » Voir : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 204-205.

²²⁹ LISZT rompt ainsi avec la conception jusqu'alors dominante, issue des théories hégéliennes et pour laquelle seul un acte accompli par quelqu'un doté de discernement pouvait être considéré comme antijuridique. Il continua là encore la pensée de JHERING qui avait relevé que le droit civil connaissait des cas d'antijuridicité sans faute (nous parlons, sans doute abusivement, de « *responsabilité sans faute* ») et que l'antijuridicité du comportement était par conséquent indépendante de la culpabilité, la question de l'imputabilité devant alors être analysée après celle de l'injuste. Parfois encore discutée par la doctrine, cette position est néanmoins devenue largement dominante depuis lors en Allemagne et dans les pays qui ont suivi son modèle. Voir : S. MIR PUIG, « *Entrevista al Profesor Doctor Santiago MIR PUIG por Eduardo ALCOCER POVIS* », *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, [en ligne], p. 4.

http://www.incepp.org.pe/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=70&Itemid=15

²³⁰ Voir : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 205-206.

²³¹ R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?* op. cit., p. 21. Il est très difficile de traduire ce principe sans recourir au néologisme. Ce que les espagnols appellent le « *principio de ofensividad* » ou « *principio de lesividad* » signifie que le délit doit comporter une véritable lésion ou une véritable offense à un bien juridique et non une simple mauvaise pensée ou un péché. Voir : J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 35 et s.

²³² H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 58-62.

²³³ Notamment AMELUNG qui nie toute influence de la nouvelle constitution sur la pensée néokantienne. Il est cité par le professeur HORMAZÁBAL, qui lui, établit un lien. *Ibid.*, p. 62.

naturelles²³⁴. Nous avons vu que les partisans du positivisme juridique analysaient les phénomènes juridiques comme des faits neutres du point de vue des valeurs et souhaitaient que l'étude de ceux-ci obéisse à une méthode rigoureusement scientifique et dénuée de toute considération axiologique.

L'École de BADEN, ou école suboccidentale allemande, s'inscrit en faux contre ces positions et renoue avec la philosophie, spécialement avec la philosophie kantienne. Pour eux, il faut absolument établir une distinction entre les sciences de la nature, régies par les lois de la causalité, et les sciences de la culture (auxquelles appartient le droit), régies par un principe de normativité²³⁵. Pour RICKERT, le droit est ainsi nécessairement une « science des valeurs » : il ne peut être neutre car les normes qu'il impose ont une « intention axiologique²³⁶ ». La science du droit est alors pour les néokantiens nécessairement fondée sur une philosophie des valeurs.

Cette idée va entraîner une restructuration de la théorie du délit dont les nouveaux fondements vont fortement influencer la théorie du bien juridique. Celui-ci va se spiritualiser avec les néo-kantiens (A) et encore davantage avec MEZGER et la dérive national-socialiste (B).

A. L'abstraction du concept de bien juridique chez les néo-kantiens.

79. L'abstraction du concept va entraîner des conséquences majeures sur sa fonction et sa définition. Un premier courant, mené par Richard HONIG, va faire du bien juridique un « principe téléologique », une « formule synthétique » (1) pendant qu'un second courant, mené par Erik WOLF, va insister sur la définition du bien juridique comme bien de la culture (2).

1°/ Le bien juridique comme « formule synthétique ».

80. — **Le principe téléologique de HONIG.** — EN 1919, Richard HONIG publie un ouvrage dans lequel il soutient que les principes du droit pénal ont pour finalité la protection des valeurs sociales. Pour lui, ce sont ces valeurs sociales qui constituent l'objet de protection du délit²³⁷. La doctrine explique qu'en suivant cette direction, HONIG et plus largement les néokantiens, renoncent à la recherche d'une fonction de garantie, « libérale », de la notion de bien juridique pour lui conférer une fonction uniquement téléologique en tant que « valeur protégée²³⁸ ». Ceci ressort très nettement de la définition que donne HONIG du bien juridique : « [c'est] une formule synthétique [dans laquelle] le législateur a reconnu la finalité que poursuit chacune des prescriptions pénales²³⁹ ». En affirmant que « les objets de protection n'existent pas en tant que tels²⁴⁰ », HONIG fait du bien juridique une « catégorie logique », un « principe téléologique », un concept totalement dématérialisé et apte à contenir tout ce que l'État voudra protéger par une sanction pénale. Cette théorie sera suivie par un grand nombre d'auteurs jusqu'à parvenir à une abstraction complète en 1930 avec SCHWINGE: le bien juridique est entièrement assimilé à la *ratio legis*, il n'est guère plus qu'un critère méthodologique d'interprétation²⁴¹.

²³⁴ Ce point est certain mais il faut noter que les classifications des auteurs rattachés à la pensée néokantienne varient beaucoup. Nous n'inclurons donc dans cette catégorie que ceux qui nous paraissent le plus communément admis.

²³⁵ *Ibid.*, p. 61. Cette distinction conduit les néokantiens à séparer le droit pénal, science normative, de la criminologie, science naturelle. Ils rompent alors avec l'idée défendue par LISZT de « science totale du droit pénal », qui englobait droit pénal de fond, criminologie, criminalistique et politique criminelle. Voir : M. BAILONE, « Historia del derecho penal », p. 7-9, [en ligne], <<http://www.matiabailone.com.ar/publicaciones/historiadelderepenal05.pdf>>

²³⁶ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 25.

²³⁷ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 63.

²³⁸ *Ibid.* ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 26.

²³⁹ « [WOLF] define el bien jurídico como una "fórmula sintética" en la que "el legislador ha reconocido el fin que persigue cada una de las prescripciones penales." » H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 63.

²⁴⁰ « Los objetos de protección no existen como tales. » *Ibid.*, p. 64.

²⁴¹ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 26.

81. Mais la philosophie des valeurs néokantienne allait donner naissance à un autre courant de pensée, distinct de celui-ci, et qui définit cette fois le bien juridique comme un bien de la culture.

2°/ Le bien juridique comme bien de la culture.

82. **Le bien de la culture de WOLF.** Cette seconde tendance néokantienne prend elle aussi pour point de départ la distinction de RICKERT et MAYER entre sciences de la nature et sciences de la culture. Le droit pénal, en tant que science de la culture, a pour mission de protéger ce que WOLF appelle les « biens de la culture²⁴² ». Ces biens sont issus de la culture sociale et sont donc de nature préjuridique. Le droit va devoir les sélectionner et les hiérarchiser en suivant un principe directeur qui relève de la morale, ce qu'il appelle « une idée étatique supérieure²⁴³ ». Lorsque l'État accorde à un bien de la culture une protection pénale, il devient un bien juridique.

On ne peut qu'être interpellé par les similitudes entre cette théorie et celle de von LISZT, le terme d'« intérêt » de LISZT semblant être simplement remplacé par celui de « bien de la culture ». Une différence de taille sépare néanmoins les deux théories car chez LISZT, les intérêts ne sont rien d'autre qu'une réalité sociale alors qu'ils ont chez WOLF une dimension éthique. Pour ce dernier, les biens juridiques sont un « maillon entre le monde des valeurs idéales et la réalité sociale²⁴⁴ ». Étant complètement dématérialisé, le bien juridique ne peut bien sûr pas subir de lésion au sens d'une modification du monde empirique et le changement provoqué par l'infraction ne peut être relatif qu'à la situation juridique. Le résultat de l'infraction est donc avant toute chose un « résultat juridique ». Ce résultat juridique, qui affecte le bien juridique, se distingue des effets matériels sur l'objet de l'action, simple substrat empirique²⁴⁵.

83. Une telle abstraction du concept a parfois été dénoncée comme passant d'un bien juridique « objet valorisé » à un bien juridique réduit à la valorisation de l'objet en tant que telle, ceci permettant d'y inclure n'importe quel contenu²⁴⁶. En ne permettant pas de donner un contenu substantiel à l'injuste, ces théories néokantienne auraient ouvert la voie aux théories qui légitimèrent le pouvoir national-socialiste²⁴⁷. Ces critiques se feront encore davantage entendre à propos de la théorie du bien juridique comme valeur objective de MEZGER.

B. Le bien juridique comme valeur objective et la dérive vers un injuste total.

84. Edmund MEZGER, parfois classé chez les néokantien, dispute à LISZT le titre de « père de la théorie néoclassique du délit » pour sa construction jugée remarquablement aboutie par ses détracteurs mêmes²⁴⁸. Si l'on ne peut pas véritablement l'assimiler aux pénalistes nazis de l'école de Kiel pour avoir défendu une théorie personnelle avant et après le régime, il a tout de même adhéré à celui-

²⁴² *Ibid.*, p. 27.

²⁴³ « De ahí que el bien jurídico sea todo bien de la cultura que, provisto de protección jurídica, está reconocido en este sentido por la idea estatal superior. » H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 65.

²⁴⁴ « WOLF señala que los bienes jurídicos se situarían como "eslabones" entre el mundo de los valores ideales y la realidad. » *Ibid.*, p. 66.

²⁴⁵ *Ibid.* ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 27. On retrouve ici la distinction formulée par LISZT entre bien juridique et objet de l'action. Voir *supra*, n°49.

²⁴⁶ C'est une critique d'AMELUNG, citée par R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 50. Elle est fort proche de celle déjà formulée par WELZEL qui reprochait aux valeurs néokantienne d'être des valeurs subjectives, la valorisation des faits n'étant pas reconnue comme propre aux faits mais étant apportée par les hommes en fonction de la signification qu'ils lui attribuent. Voir : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc. p. 6.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 49. ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 62 et 68.

²⁴⁸ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 28.

ci²⁴⁹ et sa définition du bien juridique comme valeur objective (1) est souvent dénoncée pour avoir facilité la dérive vers le droit pénal national-socialiste (2).

1°/ Le bien juridique comme valeur objective de MEZGER.

85. ___ Le bien juridique comme « figure idéologique » chez MEZGER ___ Comme HONIG, MEZGER définit le bien juridique comme une finalité reconnue par le législateur. Il est l'objet de protection de la norme et remplit à ce titre une fonction téléologique comme « *ligne déterminante dans l'interprétation des incriminations pénales*²⁵⁰ ». Comme pour les néokantiens, le bien juridique n'est pas pour MEZGER, un objet concret du monde extérieur; il est une « *figure idéologique* », une « *valeur objective* ». L'objet de l'infraction est ici une valeur morale en tant que telle; droit et morale se trouvent alors tout à fait confondus²⁵¹. Cette identification du droit et de la morale n'est aucunement liée au droit naturel mais elle provient au contraire de la culture.

Se mettant au service du national-socialisme, MEZGER explique comme suit son idée: « *En tant qu'image culturelle (...) enracinée dans un peuple, il appartient au droit punitif de promouvoir la structure culturelle et de signaler les objectifs culturels de l'évolution. Pour ce faire, il détermine de façon souveraine, sans appel, ce qu'est le délit et ce qu'il faut combattre en lui*²⁵² ». Il est alors très clair que le législateur peut déterminer et protéger les biens juridiques comme bon lui semble, sans aucune limite et au nom d'une morale issue de son seul jugement²⁵³. Le bien juridique a, là encore, perdu toute fonction limitatrice.

86. Même si aucune influence directe ne peut être établie entre les deux auteurs, on peut trouver trace, en France, d'une conception du bien juridique qui nous semble pouvoir être rattachée à celle de MEZGER chez le professeur PHILIPPOT. Mais si les rares études françaises consacrées au concept de bien juridique citent souvent son travail en référence, nous allons voir que la définition qu'il attribue au concept est très proche de celle défendue par MEZGER, et donc extrêmement peu représentative des théories du bien juridique.

87. ___ Le bien juridique, valeur pénalement protégée chez P. PHILIPPOT ___ En 1977, P. PHILIPPOT utilise le concept de bien juridique pour exposer le glissement de la répression du droit pénal classique, fondé sur la lésion du bien juridique, vers le droit pénal des sociétés modernes, qui incrimine de manière préventive les mises en danger des biens juridiques²⁵⁴. L'auteur n'oppose pas, comme les finalistes, réprobation de l'acte et réprobation du résultat mais répression de l'intention et répression du résultat matériel, la lésion du bien juridique étant dans les deux cas réalisée. Pour lui, les infractions formelles et les infractions tentées ont bien un

²⁴⁹ MEZGER a même participé en 1943, avec le criminologue EXNER, à l'élaboration du projet d'un texte particulièrement controversé sur le « *traitement des étrangers à la communauté* ». Il y préconisait notamment l'arrestation, la réclusion indéterminée en camps de concentration et la stérilisation des « *asociaux* » ainsi que la castration des homosexuels. Voir : F. MUÑOZ CONDE, « *Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo* », *La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, n°128, p. 17 et 38 ; F. MUÑOZ CONDE, « *Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ?* », art. préc.

²⁵⁰ « *MEZGER sostiene que el Reschtag, entendido como "valor objetivo" que la ley considera necesitado de protección, es la línea directriz determinante en la interpretación del tipo penal* ». *Ibid.*, p. 28.

²⁵¹ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 29.

²⁵² « *Al derecho punitivo como imagen cultural creadora del espíritu humano enraizado en un pueblo, le corresponde promover la estructura cultural y señalar los objetivos culturales de la evolución. Por ello, determina de modo soberano, sin apelación, lo que es delito y lo que en éste ha de combatirse.* » *Ibid.*

²⁵³ JIMENEZ de ASUA explique ainsi la relation circulaire qui unit le bien juridique et l'interprétation chez MEZGER: « *L'interprétation de la loi nous fait connaître le bien juridique auquel se réfère chaque type légal, mais, à son tour, le bien juridique ainsi éclairé et révélé nous sert comme un des moyens les plus décisifs d'interprétation pour approfondir le type et ses caractéristiques.* » Voir: L. JIMENEZ de ASUA, « *L'antijuridicité* », art. préc., p. 306.

²⁵⁴ P. PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, Thèse Nancy, 1977 ; voir également : J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 90.

résultat juridique et « *la volonté de lésion d'un bien juridique constitue déjà une atteinte à la valeur qu'entend protéger la loi pénale, et, de ce fait, une atteinte à l'ordonnement juridique*²⁵⁵ ».

Le bien juridique apparaît alors ici comme entièrement dématérialisé et sa « lésion » relève également du monde de l'abstraction, ce qui exclut toute possibilité de gradation de l'injuste sur le fondement d'une gradation de l'atteinte subie par le bien juridique. Cette conception du bien juridique amène en effet l'auteur à considérer que le simple danger pour le bien juridique, le dommage potentiel, peut se substituer à la lésion effective dans le résultat de l'infraction²⁵⁶. Comme chez MEZGER, le bien juridique ainsi conçu n'a plus aucune fonction limitatrice de la loi pénale. Il peut au contraire permettre de justifier la répression des délits de mise en danger abstraits et même, si l'on en croit ces seules considérations, amener à la répression de purs délits d'opinion. La prétendue essence libérale du concept est alors bien loin...

88. Celle-ci est d'ailleurs particulièrement discutée au regard de la période national-socialiste. Malgré la complaisance reconnue de MEZGER envers le nazisme, la dictature ne se contenta pas, en effet, d'utiliser ce support théorique. Suite à une « *épuration académique*²⁵⁷ », elle s'appuya sur des thèses plus extrêmes encore et notamment sur la promotion d'une école de pensée destinée à théoriser et légitimer le droit pénal totalitaire: l'École de KIEL.

2°/ La remise en cause du bien juridique par l'école de KIEL.

89. Si nous avons vu plus haut qu'il existait un débat sur la question de l'essence libérale du bien juridique, la réponse ne faisait aucun doute pour certains pénalistes nazis. C'est ainsi que certains représentants de l'école de KIEL rejetèrent complètement le concept (a), alors que d'autres se contentèrent de le vider de sa substance (b).

a. Le rejet d'un concept jugé libéral.

90. Pour le jeune GALLAS, « *la théorie du bien juridique et de sa lésion apparaît comme le résultat d'une pensée libérale et individualiste*²⁵⁸ ». Réunis du 11 au 14 septembre 1932 au congrès de l'Union Internationale du Droit pénal, les pénalistes acquis au régime développèrent la thèse du nécessaire abandon des principes libéraux, obstacles à une nouvelle conception du droit pénal comme défenseur du peuple allemand²⁵⁹. Rejetant la « *charge libérale* » du concept, l'École de KIEL, menée par Georg DAHM et Friedrich SCHAFFSTEIN, s'opposa radicalement au « *dogme du bien juridique* », jugé insoutenable au regard d'une essence du délit entendue comme « *contrariété subjective au devoir juridique*²⁶⁰ ». La simple recherche d'un objet du délit *in concreto* emporterait avec elle le risque d'une conception matérielle ou individualiste de l'infraction qui limiterait le contenu possible de l'injuste²⁶¹. Or pour ces auteurs, précisément, le pouvoir de punir ne doit être limité d'aucune façon.

Ils défendent l'idée d'un « *injuste total* », tout manquement au « *devoir de fidélité envers le peuple allemand* » devant être sévèrement sanctionné²⁶². On voit dans ces définitions que le « *peuple*

²⁵⁵ *Ibid.*, p. 91.

²⁵⁶ *Ibid.*, p. 93.

²⁵⁷ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 31.

²⁵⁸ « *La teoría del bien jurídico y su lesión aparece como el resultado de un forma de pensar liberal e individualista.* » ; traduisant GALLAS : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 40.

²⁵⁹ J. URQUIZO OLAECHEA, « *El bien jurídico* », art. préc., p. 6.

²⁶⁰ « *SCHAFFSTEIN afirma que el dogma del bien jurídico es insostenible en derecho penal, porque la esencia del delito proviene de la 'contrariedad subjetiva al deber jurídico'.* » G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 32.

²⁶¹ R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 39.

²⁶² G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 33. Une loi de l'Allemagne nationale-socialiste du 28 juin 1935 avait ainsi réécrit le II du Code pénal de 1871 : « *Sera puni quiconque commettra un délit que la loi déclare punissable ou qui méritera une peine en vertu des principes fondamentaux de la loi pénale et d'après le sain sentiment du peuple. Si aucun texte pénal ne s'applique au cas en question, l'acte sera puni conformément au texte dont l'idée fondamentale s'en rapproche le plus.* » Citation et traduction : J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, op. cit., p. 104, n°74.

allemand » devient une entité autonome, englobant le sang, le sol et les générations (passées, présentes et futures). Porteur d'une essence morale et historique, le peuple allemand est distinct de la somme des individus qui le composent²⁶³. Le délit n'exige alors aucun autre résultat que la contradiction subjective au devoir de fidélité envers le peuple; c'est avant tout une trahison ou une rébellion interne²⁶⁴. Cette conception, subjectiviste à l'extrême, de l'infraction sera connue sous le nom de « *droit pénal d'auteur*²⁶⁵ ».

91. Certains auteurs national-socialistes néanmoins, plutôt que de supprimer le concept, proposeront alors une définition du bien juridique compatible avec ce « *nouveau droit pénal* ».

b. Le bien juridique, sain sentiment du peuple allemand.

92. Certains auteurs nazis n'exclurent pas totalement le bien juridique de leur théorie²⁶⁶ et l'École de KIEL elle-même assouplit par la suite sa position²⁶⁷. Des auteurs affirment de ce fait que le bien juridique n'a pas été nié par le régime national socialiste et en tirent argument pour rejeter l'idée d'une essence libérale du concept²⁶⁸. Mais il faut voir que lorsqu'il est maintenu, le bien juridique n'apparaît que sous une forme résiduelle, purement formelle, comme principe d'interprétation au regard du « *sain sentiment du peuple allemand*²⁶⁹ ». Si le terme demeure, le concept s'en trouve complètement dénaturé et ce n'est qu'après la seconde guerre mondiale que le bien juridique, sous différents visages, retrouvera toute sa place dans la théorie de l'infraction.

93. Entre la fin du XVIII^{ème} siècle et la deuxième guerre mondiale, le bien juridique s'est imposé comme un concept fondamental de la théorie de l'infraction allemande. Nécessairement lié à celle-ci, l'objet de protection du droit pénal est apparu sous la forme d'un droit subjectif dans la conception idéaliste et révolutionnaire de FEUERBACH, d'un substrat matériel dans les théories rationalistes du début du XX^{ème} siècle menées par BINDING, d'un intérêt social protégé chez LISZT, puis d'une valeur subjective ou *ratio legis* chez les néokantien et enfin d'une valeur objective chez MEZGER. Ces différentes définitions montrent bien l'importance de la conception première du droit défendue sur la définition de son objet de protection. Sa nature juridique et ses fonctions varient en effet fortement depuis la théorie dite classique du délit jusqu'à la « *révolution néokantienne*²⁷⁰ ». Avec l'arrivée au pouvoir, par la voie légale, du régime national-socialiste, le bien juridique, vidé de toute substance et assimilé au « *sain sentiment du peuple allemand* » parut bien avoir perdu tout ce qui pouvait conduire à lui reconnaître une essence libérale. Mais la principale faiblesse du concept, à savoir son indétermination, allait peut-être aussi constituer sa force pour lui permettre, une fois de plus, d'évoluer avec l'histoire et de retrouver une place fondamentale dans l'infraction allemande.

²⁶³ J. URQUIZO OLAECHEA, « El bien jurídico », art. préc., p. 6. ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *op. cit.*, p. 69.

²⁶⁴ R. ALCÁ CER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 40-41 et p. 75, citant le professeur AMELUNG qui y voit une éthique de l'attitude (opposée à une éthique du résultat). On retrouve la même idée chez le pénaliste fasciste Giuseppe MAGGIORE pour qui tout délit est un délit de félonie, un crime de lèse majesté. Voir: L. FERRAJOLI, « Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales », art. préc., p. 3.

²⁶⁵ « *Derecho penal de autor* » ou « *derecho penal de ánimo* ». Voir par exemple, G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 33. On retrouvera les mêmes caractéristiques dans le droit pénal franquiste et sa répression de l' « *état dangereux* » par une première loi du 4 août 1933. Voir : J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n°94.

²⁶⁶ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 70. ; J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 384.

²⁶⁷ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 33.

²⁶⁸ En ce sens, par exemple : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 384.

²⁶⁹ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 70.

²⁷⁰ Le terme est du professeur MIR PUIG qui expose que la doctrine néokantienne s'est construite sur le renversement du naturalisme de LISZT avant d'être elle-même renversée par l'ontologie de WELZEL que nous étudierons plus bas. Voir : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 4.

94. Au sortir de la seconde guerre mondiale, lors du discours de réinauguration de la faculté de droit de Heidelberg, RADBRUCH, célèbre philosophe et juriste allemand de retour d'exil, déclare solennellement qu'il existe des principes juridiques plus forts que toute disposition juridique, de telle sorte qu'une loi qui les contredit manque totalement de validité²⁷¹. La formule marque clairement la rupture avec la conception national-socialiste et est tout à fait représentative des réactions qui s'exprimèrent à la fin des années 1940. Accusé d'avoir donné un fondement théorique aux atrocités nazies, le positivisme juridique est violemment rejeté par la doctrine. Afin de se prémunir contre un retour du totalitarisme, les auteurs vont opposer au concept d'État de Droit formel, ce qu'était le III^e Reich, l'idée d'une État de Droit matériel, garant des valeurs fondamentales que sont la dignité et la liberté de la personne²⁷². On observe alors un net retour des théories du droit naturel²⁷³, souvent appuyées sur des théories sociologiques, qui vont profondément imprégner le concept contemporain de bien juridique, sans parvenir toutefois à l'unifier.

²⁷¹ Professeur de philosophie du droit et spécialiste de droit pénal et de criminologie, Gustav RADBRUCH, qui exerça les fonctions de ministre de la Justice du Reich après la Première Guerre mondiale, s'inscrivait dans la lignée de l'idéalisme kantien et du positivisme juridique jusqu'à l'avènement du régime nazi. Celui-ci provoqua chez lui une profonde crise de conscience et un total revirement intellectuel qui le conduisit à se détourner de cette pensée pour se rapprocher du réalisme aristotélicien et introduire dans sa pensée la notion de « nature des choses ». Voir : G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 36. ; A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, traduit de l'allemand par E. Eiranova Encinas, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 22-23 et 80. ; [RADBRUCH Gustav], J.-M. TRIGEAUD, *Encyclopédie philosophique universelle*, JACOB (André) et al., volume III, Les œuvres philosophiques, PUF, tome 2, p. 2780-2781 ; G. RADBRUCH, *Relativismo y Derecho*, op. cit., introduction de L. VILLABORDA, p. XIV-XVII.

²⁷² Pour une présentation détaillée du contexte et des théories de l'après deuxième guerre mondiale en Allemagne, voir: H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 70-75. Précisons que les théories allemandes présentées dans cette section sont celles qui ont été élaborées en Allemagne de l'ouest.

²⁷³ Voir : A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, op. cit., p. 17-18 et p. 75 pour la jurisprudence. ; S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc. p. 6.

Section 2

Des acceptions contemporaines hétéroclites.

95. La volonté des auteurs de se prémunir contre un retour de la dictature va donner naissance à une multitude de théories qui ont en commun d'admettre l'existence de références externes et supérieures aux lois pénales. On peut regrouper ces théories en deux grandes familles selon qu'elles trouvent ces références externes dans les valeurs sociales elles mêmes (I) ou qu'elles conservent la nécessité d'une reconnaissance juridique antérieure de ces valeurs par des textes supra-légaux (II).

I Le retour à des références externes.

96. La volonté de donner un contenu matériel au droit pénal va tout d'abord s'exprimer dans les théories dites « *de l'action finale* », ou théories finalistes, fondées sur une philosophie des valeurs teintées de considérations sociologiques (A) puis dans des théories plus strictement sociologiques inspirées du fonctionnalisme (B).

A. Finalisme et post finalisme.

97. Le finalisme de l'École de Bonn, menée par WELZEL, propose, en rupture totale avec les anciens modèles causalistes, un système du délit complet basé sur la théorie de l'action finale (1). A l'origine d'un intense débat doctrinal qui dura plus de trente ans en Allemagne, Espagne et Italie avant de s'étendre à l'Amérique latine dans les années 1960, les théories finalistes, puis post-finalistes, vont irriguer la doctrine majoritaire de leurs distinctions dogmatiques (2).

1°/ La théorie de l'action finale de WELZEL.

98. Avant toute autre considération, il est intéressant de signaler que WELZEL avait commencé à élaborer son système dogmatique révolutionnaire dès 1931²⁷⁴. Ce n'est pourtant qu'une fois la guerre terminée qu'il trouvera un contexte favorable à la réception de ses idées et qu'elles seront abondamment reprises et commentées. Radicalement opposé aux théories causalistes et naturalistes qui définissent l'action comme un mouvement du corps qui entraîne une modification perceptible dans le monde extérieur²⁷⁵, il va réinventer le concept et en faire la pierre angulaire de son nouveau système. Au sein de cette théorie influencée par le droit naturel et la phénoménologie de HARTMANN²⁷⁶, l'action est définie comme un processus conscient, doté du

²⁷⁴ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 36.

²⁷⁵ C'est la définition la plus souvent donnée pour représenter les courants causalistes ou naturalistes de la théorie classique du délit. Voir par exemple: D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 228.

²⁷⁶ Nicolai HARTMANN est, avec SCHELER, le fondateur de la « *philosophie des valeurs*. » Il considère que l'aspect essentiel de la liberté humaine consiste dans le choix entre le bien et le mal. Les valeurs, qui ont une existence réelle et objective, ont pour finalité la réalisation du bien dans le monde réel. Voir: E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1977, p. 418. ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 42 ; A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, op. cit., p. 77.

sens que veut lui attribuer le sujet actif²⁷⁷. L'agent connaît, par son expérience du cours normal des choses, les facteurs causaux mis en mouvement par son acte et ses conséquences : l'action inclut donc non seulement le comportement mais aussi la volonté et devient un phénomène finaliste²⁷⁸. Ce nouveau concept d'action se situe au niveau ontologique et prétend ainsi lier le législateur, dans la détermination des incriminations, à ce qu'il appelle des « *structures logico-réelles*²⁷⁹ ». L'action va ainsi servir de fondement à une conception « *éthico-sociale* » du Droit (a), qui ne protégera le bien juridique que de façon médiate (b).

a. Une conception éthico sociale du Droit.

99. De même que l'action est pour WELZEL nécessairement dotée de sens, le Droit doit être envisagé au regard de sa finalité. Pour lui, le droit a pour fonction de « *mettre sous tutelle* » le « *minimum éthique* » et les fondements de l'institution sociale²⁸⁰. Le droit pénal, en particulier, a ainsi pour mission de protéger les valeurs élémentaires de la conscience, de nature éthico-sociale. En assurant l'observation effective de ces valeurs de la conscience, il donne forme au jugement éthico-social des citoyens et renforce leur foi en la sécurité juridique²⁸¹. L'action délictuelle va alors être d'abord considérée comme la violation du devoir de conscience éthico-sociale qui appartient au sujet, ce qui fait de la théorie finaliste une théorie subjective. Mais si la caractéristique essentielle du délit est pour WELZEL l'atteinte subjective à l'effectivité de la norme, le bien juridique ne disparaît pas pour autant de sa théorie.

b. Un bien juridique abstrait, objet médiate du délit.

100. — **Une protection médiate.** — Le bien juridique n'est pas le point de départ de la théorie de WELZEL mais il admet qu'en portant atteinte à la norme, le délinquant produit le plus souvent un résultat dommageable qui est l'atteinte au bien juridique²⁸². Il dégage ainsi une double réprobation dans le délit²⁸³: une « *réprobation de l'acte* », première et fondamentale, constituée par l'atteinte à l'effectivité de la norme, et une « *réprobation du résultat* », constituée par l'atteinte au bien juridique. En portant atteinte à la norme, l'action délictuelle va le plus souvent porter atteinte à un bien juridique mais pour WELZEL, cette atteinte au bien juridique n'est pas un caractère indispensable de l'incrimination. On peut ainsi dire que le bien juridique n'est ici protégé que de façon médiate, secondaire, à travers la protection de la norme²⁸⁴.

²⁷⁷ Pour une présentation claire et synthétique de la théorie de l'action finale, voir par exemple, D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 236-238. Pour une lecture critique extrêmement détaillée, voir l'article de référence du professeur ROXIN: C. ROXIN, « Contribución a la crítica de la teoría final de la acción », in *Problemas básicos de derecho penal*, traduit de l'allemand par D.-M. Luzón Peña, Madrid, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, 1976, p. 84-127.

²⁷⁸ Pour une présentation claire, et en français, de la théorie de WELZEL, voir : E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, thèse Paris, 1969, p. 31-34.

²⁷⁹ *Ibid.*, p. 86.

²⁸⁰ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 83 ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 39.

²⁸¹ On peut relever ici une grande proximité théorique avec MAYER, célèbre pénaliste contemporain de WELZEL, pour qui le droit pénal est au service du maintien d'un ordre de conduite qui exprime un certain ordre moral. Voir: H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 83 et 76-81. Certains auteurs vont jusqu'à traiter ensemble la pensée de ces deux auteurs. Voir par exemple: R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 41-48.

²⁸² H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 83-84.

²⁸³ Nous traduisons ici ce que les espagnols ont traduit par le néologisme « *desvalor* » (littéralement « *dévalueur* ») par « *réprobation* ». Cela fut le choix d'E. DASKALAKIS qui étudia WELZEL à partir de ses ouvrages originaux, en langue allemande. Voir E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions*, op. cit., p. 70. Cette réprobation est le résultat du processus de dévalorisation de la conduite par le législateur. Sur cette double dévalorisation, voir notamment R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 43-44 ; G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 41.

²⁸⁴ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 83-85.

101. — Un bien juridique abstrait. — Contrairement à ce que l'on pourrait penser, le bien juridique ne se confond pas avec l'objet matériel du délit. WELZEL explique la nécessité de se livrer à un processus d'abstraction pour « remonter » des objets matériels lésés par l'infraction, multiples et protéiformes, au concept de bien juridique, unitaire. Adoptant un point de vue idéaliste, il définit le bien juridique comme une « situation » ou un « état social » désirables que le droit veut sauvegarder en raison de la valeur que la société leur attache²⁸⁵.

Mais ce « bien vital de la communauté ou de l'individu » est considéré d'un point de vue dynamique, « en fonction », dans ses rapports mutuels avec la société, et le droit pénal n'interviendra que contre certaines agressions, déterminées en fonction leur signification sociale²⁸⁶.

102. Les auteurs s'opposent sur l'existence d'un véritable contenu matériel du bien juridique chez WELZEL²⁸⁷ mais il est certain que la théorie de l'action finale a largement contribué à donner au bien juridique la place qui est la sienne aujourd'hui dans la théorie de l'infraction.

2°/ La « révolution finaliste ».

103. De nombreuses critiques furent adressées à WELZEL quant au contenu éthique de sa théorie, beaucoup considérant la séparation entre droit et morale comme une exigence de l'État de Droit²⁸⁸. S'il est vrai que certains points de sa théorie peuvent sembler fort proches des théories moralisantes ayant précédé le nazisme²⁸⁹, il n'en reste pas moins qu'il a posé les bases de l'un des plus importants courants doctrinaux de la dogmatique pénale (a), et, qu'aujourd'hui encore, ses constructions théoriques demeurent bien souvent dominantes (b).

a. L'extraordinaire diffusion des théories finalistes.

104. Au cours des décennies de débat qui ont suivi l'exposé de la théorie de WELZEL, nombre d'auteurs ont entrepris d'intégrer la définition nouvelle de l'action finale dans leur système du délit. Ces constructions ont surtout été élaborées en Allemagne et dans les pays d'inspiration

²⁸⁵ Notons néanmoins qu'il existe un débat doctrinal sur le contenu précis du bien juridique dans la théorie de WELZEL. Certains auteurs voient chez lui une référence aux valeurs objectives proche de la position de MEZGER mais d'autres insistent sur l'origine sociale de la valorisation du bien juridique. Il nous semble que cette deuxième interprétation est la plus juste car même si WELZEL attache une grande importance au contenu éthique du droit, il insiste sur l'idée que les biens juridiques ne sont pas « des pièces de musées exposées dans des vitrines » mais doivent être envisagés comme des biens « en fonction », qui ont une incidence sur la vie sociale et sont influencés par elle. Voir : H. WELZEL, *Estudios de derecho penal*, traduit de l'allemand par E. Aboso et Tea Löw, Buenos Aires, B de F, 2003, p. 47-48.

²⁸⁶ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 39-41 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 85-86.

²⁸⁷ Pour le professeur ALCÁCER GUIRAO, WELZEL défend un véritable contenu matériel du bien juridique et s'oppose aux théories des années 1930 d'un bien juridique comme valeur idéale. Voir R. ALCÁCER GUIRAO, op. cit., p. 46-47. Pour le professeur HORMAZÁBAL, au contraire, WELZEL n'a qu'une conception formelle du bien juridique, celui-ci étant dérivé de la norme comme chez MAYER et non préexistant à celle-ci. Voir H. HORMAZÁBAL MALARÉE, op. cit., p. 88-89. Nous ne pouvons prétendre trancher le débat mais il nous semble que l'admission par WELZEL de la possibilité d'incriminations sans bien juridique démontre que le bien juridique n'est pas pour lui un critère permettant de définir matériellement le délit. Dès lors, même si l'on admet un concept matériel ou substantiel du bien juridique chez WELZEL, il ne permet pas de limiter efficacement le *ius puniendi*.

²⁸⁸ Sur ces critiques, voir G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 42. Néanmoins, KAUFMANN, disciple de WELZEL, réfute ces critiques, insistant sur le fait que si les préceptes juridiques peuvent se fonder sur une valeur morale objective préétablie, Droit et morale ne se confondent pas pour autant en l'absence d'harmonie préétablie. L'ordre moral ne doit pas en effet être intégralement formulé juridiquement et le Droit peut même parfois contredire la morale, la réalisation parfaite de la Justice étant inaccessible. Voir : A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, op. cit., p. 67-70.

²⁸⁹ La pensée de cet auteur fait en effet l'objet de polémique puisque s'il est en général présenté comme accompagnant le retour au droit naturel qui suivi la fin de la Deuxième Guerre Mondiale, certains auteurs rapprochent sa pensée de celle de Carl SCHMITT dont la philosophie est souvent considérée comme ayant servi de fondement aux théories nationale-socialistes. Voir en ce sens : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 85. Sur Carl SCHMITT, « compagnon de route insolite du national-socialisme » car rejeté par celui-ci, voir : [SCHMITT Carl], A. DOREMUS *Encyclopédie philosophique universelle*, JACOB (André) et al., volume III, Les œuvres philosophiques, PUF, tome 2, p. 2822-2824.

germanique (a-1) mais il est remarquable qu'elles aient réussi à se diffuser, bien que timidement, jusqu'en France (a-2).

a-1 Les multiples visages du bien juridique chez les post-finalistes.

105. Ce courant de pensée, appelé « *post-finalisme* », prend pour point de départ la théorie de l'action finale de WELZEL mais en laissant le plus souvent de côté l'idée d'une fonction éthico-sociale du droit²⁹⁰. Puisqu'ils considèrent que l'État n'a pas à poursuivre une finalité d'amélioration interne du citoyen, les post-finalistes replacent la protection du bien juridique comme objectif principal du droit pénal. Il ne s'agit pas néanmoins d'un courant uniforme et les définitions proposées du concept de bien juridique varient beaucoup d'un auteur à l'autre.

106. ____ **Le bien juridique relation sociale** ____ STRATERNWERTH, d'abord, défend une conception transcendante et extra-systémique du bien juridique. Pour lui, les biens juridiques proviennent de la réalité sociale, ils ne surgissent pas exclusivement de la loi. Le bien juridique n'est pas seulement son substrat corporel ; il inclut, comme chez WELZEL, sa relation avec l'individu ou la collectivité et c'est cette relation sociale qui est protégée par la loi²⁹¹.

107. ____ **Le bien juridique valeur sociale** ____ Pour un autre courant mené par KAUFMANN, le système juridique se fonde sur un système de valeurs issu de l'ordre social²⁹². ZIELINSKI définit ainsi le bien juridique comme les valeurs juridiques reconnues et à protéger par l'ordre juridique et HIRSH comme des valeurs individuelles. Dans une perspective plus concrète, MAURACH assimile le bien juridique à des intérêts qui, conformément à la conviction générale de la société, ou au moins aux critères des classes dirigeantes, sont spécialement dotés de valeur et ont particulièrement besoin de protection. Pour lui, le bien juridique peut-être plus ou moins proche des droits naturels des individus et plus il s'éloigne du droit naturel, plus il est variable au gré des changements historiques de la structure sociale et des mœurs²⁹³.

108. ____ **Le bien juridique objet d'autres branches du droit.** ____ Une dernière conception, enfin, considère que le bien juridique doit son existence à une valorisation préalable par d'autres branches du droit, notamment par le droit constitutionnel²⁹⁴. On s'approche alors beaucoup des théories constitutionnelles du bien juridique que nous étudierons plus bas²⁹⁵.

109. Si la théorie de WELZEL a bouleversé la dogmatique pénale germanique, il est remarquable que sa diffusion ait doublement dépassé celle-ci, en débordant la matière pénale pour être reprise par de nombreux auteurs civilistes²⁹⁶ mais aussi, ce qui nous intéresse davantage, en faisant une percée dans la doctrine française.

²⁹⁰ R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 85.

²⁹¹ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 43.

²⁹² C'est pour lui la valeur qui parle dans la conscience (ou le devrait tout au moins), qui donne force obligatoire à la norme. La validité de la norme ne peut pas résider dans la seule volonté du législateur. Voir : A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, *op. cit.*, en particulier, p. 67 et 60.

²⁹³ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 43-44.

²⁹⁴ Cette position est notamment défendue par SCHÖNE. *Ibid.*

²⁹⁵ Sur ces théories, voir *infra* n°138 et s.

²⁹⁶ Sur la diffusion de la théorie hors du champ pénal, voir C. ROXIN, « Contribución a la crítica de la teoría final de la acción », art. préc., p. 84 et s.

a-2 La percée des théories finalistes en France.

110. Les théories finalistes sont loin d'avoir connu le même succès en France que dans les pays d'inspiration allemande mais l'on peut relever aux moins deux tentatives doctrinales fort intéressantes visant à introduire leurs distinctions.

111. ____ **Le bien juridique bien social d'E. DASKALAKIS.** ____ Dans sa thèse de 1969 sur la notion d'unité et de pluralité d'infractions²⁹⁷, Elie DASKALAKIS se situe dans une posture fort proche des théories finalistes. Ceci apparaît très clairement dès les premières pages lorsqu'il rejette la conception de l'acte comme simple comportement extérieur pour y intégrer la volonté en tant que force directrice dudit comportement. Pour lui, « l'activité infractionnelle est la volonté matérialisée dans sa tendance vers un but ²⁹⁸ ». La proximité avec la théorie de WELZEL est tout aussi saisissante s'agissant du bien juridique, distinct de l'objet matériel de l'infraction, mais surtout inextricablement lié à la notion de valeur. Pour E. DASKALAKIS, « il est évident que l'érection par l'ordre social de certains objets en biens protégés est effectuée à la suite d'un jugement de valeur²⁹⁹ ». Le bien juridique n'est pas une création du législateur : la loi pénale est simplement déclarative et ne fait que reconnaître la réalité sociale en érigeant en bien juridique les « biens sociaux dont la perturbation, par les sentiments d'inquiétude et d'inconfiance qu'elle déclenche, éveille la valeur sociale³⁰⁰ ». A partir d'une définition finaliste de l'action, on s'approche ici fortement des théories fonctionnalistes que nous étudierons en suivant.

112. ____ **Le bien juridique valeurs essentielles d'E. DARGENTAS.** ____ Quelques années plus tard, en 1977, paraît dans la *Revue pénitentiaire et de droit pénal* un article d'Emmanuel DARGENTAS, avocat grec, qui démontre brillamment la nécessité de la reconnaissance – et de l'étude- du bien juridique protégé pour atteindre une véritable autonomie du droit pénal³⁰¹. Citant WELZEL et s'inspirant ouvertement des théories finalistes, E. DARGENTAS expose que le législateur se doit de respecter le « *minimum moral* ³⁰² » et que, pour ce faire, « la norme pénale protège des valeurs ou des intérêts essentiels pour la société; autrement dit, elle protège des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun³⁰³ ». Les biens juridiques constituent l'objet de l'infraction et, s'ils sont bien déterminés par le législateur qui opère un choix axiologique, ce choix n'est pas totalement libre: il est dicté par les « *valeurs essentielles* », qui sont préexistantes et extra-juridiques³⁰⁴.

113. Malgré la qualité de leur exposé et la clarté de leur démonstration, ces travaux, souvent cités et devenus des références sur les questions du bien juridique et de l'antijuridicité, ne permettront pas aux conceptions finalistes de s'imposer en France. Il n'en est pas de même en Allemagne, Italie, Espagne et Amérique latine, où, malgré leurs divergences, les théories finalistes et post-finalistes ont bien souvent imposé leurs distinctions dogmatiques.

²⁹⁷ E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, thèse Paris, 1969, 440 p.

²⁹⁸ *Ibid.*, p. 35. Cette prise de position vient après l'exposé les différentes théories de l'action : *Ibid.*, p. 23-35.

²⁹⁹ *Ibid.*, p. 76 et p. 73 sur la distinction avec l'objet matériel de l'infraction.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 82-83. Il nous faut noter que E. DASKALAKIS reprend la conception de la valeur dégagée par le professeur GLANSDORFF, sociologue belge, qui la définit non comme une qualité objective des choses rattachée à la morale, mais comme « le produit de réactions psychiques ». Sans rentrer dans les détails de cette théorie assez complexe, il nous faut noter que l'adoption de cette conception sociale et non morale de la valeur a une grande incidence sur la conception de l'infraction qui n'apparaît plus comme un « injuste » mais comme une marque d'« antisocialité ». Voir : *Ibid.*, p. 76-84.

³⁰¹ E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1977, p. 411-424.

³⁰² *Ibid.*, p. 415.

³⁰³ *Ibid.*, p. 413.

³⁰⁴ *Ibid.*, p. 418-419.

b. L’empreinte finaliste dans la théorie de l’infraction.

114. Si les théories finalistes sont aujourd’hui minoritaires, spécialement dans leur aspect moralisant, il est unanimement reconnu qu’elles sont à l’origine de distinctions fondamentales quasiment incontestées dans les droits d’inspiration germanique³⁰⁵. Il nous semble que deux points méritent d’être soulignés: la conception « *personnelle* » de l’injuste d’une part (b-1), la distinction entre réprobation de l’acte et du résultat, déjà brièvement évoquée, d’autre part (b-2).

b-1 La conception personnelle de l’injuste.

115. Jusque là, les quatre éléments de l’infraction allemande (action, type, antijuridicité et responsabilité³⁰⁶) pouvaient être séparés en deux blocs: l’un objectif comprenant les trois premiers éléments et l’autre, subjectif, comprenant seulement la responsabilité. Ce dernier concentrait donc tous les éléments relatifs à la subjectivité de l’auteur, c’est-à-dire le dol ou la faute d’imprudence et l’imputabilité³⁰⁷. En introduisant dans le concept d’action la question de la finalité poursuivie par l’agent, la volonté de réaliser les éléments objectifs prévus par le texte d’incrimination se trouve alors intégrée à l’injuste³⁰⁸. Le raisonnement est moins évident s’agissant des infractions d’imprudence mais mène à une conclusion identique: l’acte réalisé dans la poursuite d’une certaine finalité mais qui produit des conséquences non désirées appartient lui aussi à l’injuste en raison du caractère imprudent de son exécution³⁰⁹.

Dans la construction finaliste, dol et imprudence quittent alors l’élément « *responsabilité* » pour s’intégrer à l’injuste, ce qui permet de dire que l’injuste perd son caractère strictement objectif pour devenir personnel. Ceci emporte d’importantes conséquences, notamment sur le concept de dol. Jusque là, la « *conscience de l’antijuridicité* » (ce que nous appellerions « *conscience de violer la loi pénale* ») était considérée comme un des éléments du dol. Comme il est impossible, au niveau conceptuel, de faire de la conscience de l’antijuridicité un élément de cette même antijuridicité, la conscience de l’antijuridicité se trouve séparée du concept de dol et demeure seule dans l’élément responsabilité au côté de l’imputabilité³¹⁰. Cette distinction s’imposera en doctrine pour sa

³⁰⁵ C’est particulièrement vrai dans la doctrine hispanophone ; voir : J. CEREZO MIR, « La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos », *ZIS*, 5/2009, p. 200-211, [en ligne], <www.zis-online.com>.

³⁰⁶ Ces quatre éléments sont les éléments classiques de l’infraction allemande. Si la doctrine entend parfois en ajouter d’autres et discute encore de leur contenu, ils sont admis comme éléments de base depuis le début du XIX^e siècle. Pour une présentation claire et détaillée de l’histoire des éléments de l’infraction en Allemagne et en Espagne, voir le chapitre 9 du manuel du professeur LUZON PEÑA: D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 221- 240. Nous devons signaler que nous traduisons par « *responsabilité* », la « *schuld* » allemande, que les espagnols appellent « *culpabilidad* ». Ce choix de traduction nous permet d’éviter de parler de culpabilité à propos d’un élément dont la faute se trouve exclue pour adopter le terme que J. WALTHER justifie dans sa thèse. Voir J. WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 10.

³⁰⁷ D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 229 pour les classiques (BELING) et p. 233 pour les néoclassiques (néokantien, MEZGER). Von LISZT se situe quant à lui au tournant de la pensée classique et néoclassique. Pour la critique de ces théories par WELZEL, voir : H. WELZEL, *Estudios de derecho penal*, op. cit., p. 25-28.

³⁰⁸ *Ibid.*, p. 236-238. Voir également: J. WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 82.

³⁰⁹ E. DASKALAKIS débat longuement de la validité de la position finaliste pour ce qui est des infractions d’imprudence et spécialement du hiatus qui semble exister entre l’imprudence inconsciente et l’appartenance de la finalité au concept d’action. Pour lui, seul le résultat est involontaire, même dans l’imprudence inconsciente, et il n’admet pas l’objection de M.M. MERLE et VITU pour qui tout acte n’est pas toujours volontaire. Nous avouons ne pas être parfaitement convaincue par la démonstration d’E. DASKALAKIS sur ce dernier point. Voir: E. DASKALAKIS, *La notion d’unité et de pluralité d’infractions*, op. cit., p. 39-40 et 130-132.

³¹⁰ Voir : H. WELZEL, *Estudios de derecho penal*, op. cit., p. 33-35. Voir également : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 103 ; D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 237-238. Le professeur signale que, séparé de la conscience de l’antijuridicité, le dol change alors de nature : il n’est plus un *dolus malus*, il devient un *dolo natural* ou *dolo neutro*.

capacité à résoudre de façon claire et cohérente des questions aussi délicates que l'erreur sur le droit ou sur les causes de justification³¹¹.

116. Mais ce n'est pas là le seul apport de la conception finaliste à la théorie du délit, qui va également établir une distinction majeure entre réprobation de l'acte et réprobation du résultat.

b-2 Réprobation de l'acte et réprobation du résultat.

117. Un autre apport fondamental de la théorie finaliste est la distinction entre réprobation de l'acte, élément essentiel du délit pour WELZEL, et réprobation du résultat, élément secondaire constitué de l'atteinte au bien juridique. Bien que n'approuvant pas toujours l'importance respective attribuée par WELZEL aux deux concepts³¹², la doctrine va s'emparer de cette distinction pour justifier des prises de positions théoriques sur des questions comme la tentative ou le dol éventuel mais aussi pour élaborer de nouveaux concepts, aujourd'hui unanimement admis par la dogmatique des pays de tradition germanique.

118. **La classification des infractions.** Le premier intérêt de la distinction apparaît d'emblée à l'heure de classer les différents types d'infractions. Elle permet en effet de résoudre les questions que nous étudions en France à l'aide des catégories d'infractions matérielles et formelles (et de prévention). On peut dire que dans les infractions formelles et de prévention, l'action seule est dévalorisée alors que dans les infractions matérielles, la réprobation est double : action et résultats sont dévalorisés³¹³. Les solutions sont fort proches et la différence entre les deux cultures juridiques semble pour une fois essentiellement terminologique.

Tout juste pouvons-nous signaler que la terminologie allemande a l'avantage de permettre une précision d'importance : **la réprobation de l'action est appréciée *ex ante*, celle du résultat *ex post***³¹⁴. Cela sera extrêmement utile à l'heure d'étudier les infractions de mise en danger et d'imprudence (nécessité d'apprécier le risque *ex ante*) et aidera la doctrine dans l'élaboration d'une notion fondamentale du droit pénal de tradition germanique : l'imputation objective.

119. **L'imputation objective.** Sans rentrer dans les détails d'une notion complexe et fort débattue depuis sa création par LARENZ et HONIG en 1927 et sa consécration par MEZGER³¹⁵, nous pouvons relever qu'elle s'appuie désormais sur cette distinction entre réprobation de l'action et du résultat. L'imputation objective, aujourd'hui unanimement admise dans les pays d'inspiration germanique comme un élément implicite de l'injuste dans les infractions matérielles, a été élaborée pour résoudre les difficultés que posaient les théories causales et spécialement la théorie de l'équivalence des conditions³¹⁶. Il s'agissait d'exclure du domaine d'application de la loi pénale les

³¹¹ Sans rentrer dans des questions complexes que nous retrouverons dans la suite de notre exposé, il apparaît déjà en effet que si la conscience de violer la loi pénale n'est plus exigée dans le dol, ce n'est pas lui qui fera défaut dans les cas d'erreur sur le droit ou d'erreur sur l'existence d'un fait justificatif. *Ibid.*, p. 239. Nous verrons que cette distinction pourrait être utilement introduite dans notre théorie de l'infraction : *infra* n°639 et s.

³¹² Les théories qui souhaitent limiter le domaine du droit pénal accordent une plus grande importance à la réprobation du résultat, les théories subjectivistes insistent elles sur la réprobation de la conduite. *Ibid.*, p. 336-337.

³¹³ Sur cette distinction, *Ibid.*, p. 332-336.

³¹⁴ *Ibid.* Pour une présentation claire et détaillée de cette distinction introduite par les théories finalistes et qu'interdisait le « causalisme » antérieur, marqué par une appréciation *ex post* du fait de ses liens avec l'idée de rétribution, voir : S. MIR PUIG, « La perspectiva 'ex ante' en derecho penal », *ADPCP*, 1983, p. 5-22, [en ligne], <<http://www.cienciaspenales.net>>, p. 9-14.

³¹⁵ Pour une rapide présentation de l'histoire de la notion d'imputation objective, voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 376- 378. Selon le professeur ROXIN, les origines de la notion seraient bien antérieures et devraient être attribuées à HEGEL. Celle-ci aurait néanmoins disparu au milieu du XIX^{ème} siècle du fait de la fascination pour les sciences naturelles et leur méthodologie causaliste avant que de connaître une « résurrection », véritablement achevée dans les années 1960. Voir : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general, op. cit.*, p. 363 ; C. ROXIN, « Reflexiones sobre la imputación en el Derecho Penal », in *Problemas básicos de derecho penal, op. cit.*, p. 129.

³¹⁶ Sur les difficultés soulevées par les différentes théories de la causalité et la résolution par chacune d'elles des cas d'école problématiques : *Ibid.*, p. 345-372.

conduites qui, bien que se trouvant dans une relation de cause à effet avec le résultat prohibé, ne semblaient pas pouvoir lui être justement imputées en raison d'un cours causal anormal ou imprévisible. On retrouve ici des éléments proches de notre force majeure ; mais on ne peut assimiler les deux notions.

D'abord, si la force majeure est traditionnellement présentée en France comme faisant disparaître l'élément moral de l'infraction³¹⁷, l'imputation objective appartient, elle, à la partie objective de l'infraction allemande. Ainsi, alors que la force majeure fait obstacle à l'imputabilité (subjective) de l'infraction française, le défaut d'imputation objective empêche seulement de reconnaître l'imputation du résultat à l'action, ce qui a pour effet de transformer l'infraction par ailleurs consommée en tentative³¹⁸. Mais si l'effet du défaut d'imputation objective est moindre que celui de la force majeure, ses conditions sont beaucoup moins restrictives.

Il n'est pas besoin que le résultat prohibé soit absolument imprévisible et irrésistible pour nier l'imputation objective, il suffit que l'appréciation de la conduite *ex ante* ne permette pas de considérer comme prévisible le résultat qui s'est effectivement produit. Parallèlement, le résultat, apprécié *ex post*, ne s'inscrit pas dans une relation de causalité normale avec la règle de conduite qui a été enfreinte³¹⁹.

120. Malgré l'apport dogmatique des théories finalistes et post finalistes dans les droits d'inspiration germanique ce sont les théories sociologiques qui ont tenu le haut du pavé dans la quête de légitimation rationnelle du droit pénal de la deuxième moitié du XIX^e siècle.

B. Les théories sociologiques.

121. Alors que la philosophie et la théorie du droit avaient jusque là largement influencé la doctrine pénaliste dans ses constructions théoriques, celles-ci vont accuser un net recul pendant la deuxième moitié du XX^{ème} siècle au profit d'une approche plus sociologique. La grande diversité des théories sociologiques ne permet pas de les présenter toutes, aussi nous bornerons nous à l'étude des deux tendances qui ont le plus fortement marqué le droit pénal contemporain : les théories fonctionnalistes (1) et les théories interactionnistes (2).

1°/ Les théories fonctionnalistes du droit pénal.

122. Né dans les années 1930 aux États-unis, le fonctionnalisme va s'étendre à l'Europe et s'imposer dès après la deuxième guerre mondiale comme théorie de la société et de la légitimation du pouvoir étatique. Avant d'étudier la théorie fonctionnaliste du droit pénal et la conception du bien juridique qui en découle (b), il nous faut rapidement présenter cette école de pensée et spécialement sa variante structurelle, menée par Talcott PARSONS (a).

³¹⁷ La cause subjective d'irresponsabilité en cas de contrainte définie à l'article 122-2 du Code pénal est en effet assimilée en droit français à la force majeure. Voir notamment le célèbre attendu de principe de la Cour de Cassation: Cass. Crim., 29 janvier 1921, S. 1922. 1. 185, note Roux ; Cass. Crim., 11 octobre 1993, *Bull. crim. n°282*: « Attendu que la force majeure ne peut résulter que d'un évènement indépendant de la volonté humaine et que cette volonté n'a pu prévoir ni conjurer ». La force majeure apparaît alors comme faisant obstacle à la responsabilité faute de liberté dans le comportement de l'agent. Voir par exemple, rattachant la force majeure au fondement moral du droit pénal: Y. MAYAUD, «Le malaise brutal et imprévisible, cas de force majeure pour l'auteur d'un accident de la circulation routière », note sous Cass. Crim., 15 novembre 2005, *Bull. crim. n° 295*. Nous verrons néanmoins *infra*, n°504 et s. que nous ne partageons pas cette position.

³¹⁸ D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal: Parte general I, op. cit.*, p. 381 et, pour les infractions d'imprudence, dont la tentative n'est pas réprimée, voir p. 386-388. Notons que dans les droits de tradition germanique, les règles de concours sont différentes et que lors de cours causals anormaux, les faits vont pouvoir constituer à la fois une tentative d'infraction dolosive et une infraction par imprudence consommée (le professeur LUZÓN PEÑA prend ici l'exemple d'un agent qui, croyant avoir tué sa victime, l'enterre vivante: il y a là un concours entre une tentative de meurtre et un homicide non intentionnel). Sur ces règles de concours en Espagne, voir plus précisément la note n°433.

³¹⁹ *Ibid.*, p. 337-338 et 378-381 ; S. MIR PUIG, *Derecho penal: parte general, op. cit.*, p. 171-172, n°48-52. Nous reviendrons plus longuement *infra*, n°606 et s. sur ces conditions et ces effets.

a. Le structuro fonctionnalisme de PARSONS.

123. — Présentation. — Le fonctionnalisme trouve ses racines dans le positivisme et l'anthropologie européens et s'inspire des théories sociologiques de DURKHEIM. Il connaît plusieurs courants mais c'est le structuro fonctionnalisme de PARSONS qui va le plus influencer la doctrine pénale³²⁰. Pour PARSONS, la société doit être comprise comme un système total constitué de conduites en interrelation. L'ordre social émane de l'adhésion de la société à un « Code moral » constitué de valeurs sociales consensuelles. Si son origine apparaît alors comme spontanée et naturaliste, le système va néanmoins devoir assurer sa conservation et pour ce faire, mettre en place des mécanismes de socialisation qui vont inculquer à l'homme, être complètement social, les normes sociales qu'il doit respecter et les rôles sociaux qu'il doit assumer.

Ces rôles sont des mécanismes d'intégration au système qui ont pour but d'éviter le conflit de l'individu avec le groupe : ils renforcent l'interdépendance des acteurs sociaux et assurent la prévisibilité de la conduite des individus dans un système où la complexité des relations sociales a rendu impossible la confiance individuelle. La société est toujours envisagée de façon dynamique et chacun de ses aspects est analysée au regard de sa fonctionnalité ou de sa « *dysfonctionnalité* » par rapport au système global. Sont « *dysfonctionnels* » tous les phénomènes qui nuisent à l'intégration du système, à son efficacité ou à sa stabilité. Pour PARSONS, les processus de socialisation et l'attribution des rôles sociaux devraient permettre d'éviter la déviance par rapport au Code moral mais il reconnaît que certains phénomènes dysfonctionnels peuvent néanmoins exister. Les comportements délinquants appartiennent à ces phénomènes dysfonctionnels et le droit, en tant qu'instrument de contrôle social formel, est chargé de les réprimer.

124. — Critique — Il a souvent été reproché aux théories fonctionnalistes de ne pas prendre en compte le pluralisme des groupes sociaux et l'existence corrélatrice de plusieurs systèmes de valeurs qui peuvent parfois se révéler antagonistes au sein d'une même société³²¹. Le système présenté par PARSONS est également souvent dénoncé pour mal expliquer les causes des déviations à un ordre moral prétendu consensuel et intériorisé, la simple référence à un échec dans le processus de socialisation étant bien évasive. En analysant tout comportement qui s'écarte du Code moral de la société comme dysfonctionnel, il rejette *a priori* le changement social et dévoile alors sa principale lacune en étant incapable d'expliquer l'origine de l'évolution de la société, phénomène pourtant indéniable³²².

Pour ce qui nous intéresse, la principale critique que nous pourrions formuler à cette théorie est de pousser le positivisme à l'extrême. En prenant l'ordre social concret, c'est-à-dire tel qu'il existe, comme finalité du système, le fonctionnalisme renonce à toute analyse critique des valeurs qui le fondent et dont il prétend dans tous les cas assurer la conservation. Converti en une véritable idéologie conservatrice, le fonctionnalisme peut devenir un instrument de légitimation de

³²⁰ Sur le fonctionnalisme et ses différents courants, voir par exemple: M. De COSTER, *Introduction à la sociologie*, 4^{ème} éd., De Boeck Université, coll. *Ouvertures sociologiques*, 1996, p. 65-67 ; N. DELRUELLE-VOSSWINKEL, *Introduction à la sociologie générale*, 3^{ème} éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 1992, p. 36-49 ; M. LALLEMENT, *Histoire des idées sociologiques de Parsons aux contemporains*, 2^{ème} éd., Armand Collin, coll. *Circa*, 2005, p. 84-95. Pour une présentation particulièrement intéressante du courant fonctionnaliste et de ses liens avec les théories de l'État: H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 93-106.

³²¹ C'est la critique la plus souvent adressée au fonctionnalisme de PARSONS. Voir par exemple: N. DELRUELLE-VOSSWINKEL, *Introduction à la sociologie générale*, *op. cit.*, p. 49. La prise en compte de la pluralité de sous cultures au sein d'un même système et des conflits qui peuvent exister entre elles fera l'objet d'importantes études sociologiques, notamment menées notamment par Thorsten SELLIN. Voir J. FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville Saint-Agne, Érès, coll. « Trajets », 2002, p. 45-50.

³²² Cette carence sera reconnue par les fonctionnalistes eux-mêmes parmi lesquels Robert MERTON et ses disciples qui tenteront de la dépasser grâce à l'idée de « *conflit intégrateur* » et à l'étude des fonctions du conflit social. Voir M. De COSTER, *Introduction à la sociologie*, *op. cit.*, p. 66-67.

n'importe quel système social et ne protège aucunement contre d'éventuelles dérives ou atteintes aux droits et libertés fondamentaux³²³.

Malgré ces faiblesses, les théories fonctionnalistes vont connaître un large succès et influencer assez largement la doctrine pénaliste. Si on laisse de côté pour l'instant la théorie de Günther JAKOBS sur laquelle nous reviendrons longuement pour sa négation du bien juridique³²⁴, Knut AMELUNG est sans doute l'auteur qui a le mieux intégré les positions fonctionnalistes au droit pénal.

b. Le délit comme nocivité sociale chez AMELUNG.

125. Avant de proposer sa propre conception du bien juridique, Knut AMELUNG en a longuement étudié l'histoire. Il reproche aux théories antérieures d'avoir envisagé la question d'un point de vue idéaliste ou naturaliste sans avoir dégagé aucune représentation précise de la société³²⁵. S'il ne rejette pas les théories du contrat social et qu'il est influencé par la théorie des Lumières, il considère néanmoins qu'il est indispensable d'envisager le délit comme un phénomène social. Il va alors reformuler l'idée traditionnelle de l'atteinte aux conditions de la vie en commun tout en reprenant les postulats fonctionnalistes, exigeant la nocivité sociale de l'acte incriminé (b-1) mais ne s'en contentant pas (b-2).

b-1 L'indispensable nocivité sociale.

126. ____ **L'indispensable nocivité sociale.** ____ Pour lui, l'important est la survie du système social, et les phénomènes qui empêchent ou entravent la résolution des problèmes qu'il rencontre sont qualifiés de dysfonctionnels. Le délit est un cas particulier de phénomène dysfonctionnel qui contredit une norme institutionnalisée pour assurer la survie de la société³²⁶. Le délit est alors défini par rapport à sa nocivité sociale, nocivité sociale qui est appréciée, non du point de vue de la victime mais du point de vue du système lui-même³²⁷. C'est toujours le système social qui est d'abord protégé par le droit pénal, la protection de l'Homme n'étant que médiata. AMELUNG a ainsi pu affirmer que « *la lésion d'une personne est nocive socialement puisqu'aucun système d'interaction ne peut exister sans personnes* »³²⁸.

127. Mais si le système dans son ensemble est l'objet premier de protection du droit pénal, cette protection n'est pas sans limite, et c'est le bien juridique qui va permettre de l'encadrer.

b-2 L'insuffisante nocivité sociale.

128. Malgré cette position clairement fonctionnaliste dans laquelle la personne est très nettement soumise au système, AMELUNG ressent le besoin d'apporter des limites « *libérales* » à sa théorie de la nocivité sociale. Il reconnaît en effet que le seul fait que la loi accomplisse une fonction sociale de maintien du système ne présume en rien de sa légitimité : répondent aussi bien au critère de la fonctionnalité les normes qui maintiennent une dictature ou qui régissent une organisation

³²³ En ce sens: H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 103. L'auteur souligne que le fonctionnalisme n'est pas attaché à un système économique particulier et que les modifications de celui-ci ne l'ont pas affecté.

³²⁴ Le professeur JAKOBS est un représentant du fonctionnalisme systémique, important courant que nous étudierons en détail *infra* p. 170 et s.

³²⁵ S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, coll. *Estudios de derecho penal*, 2003, p. 68.

³²⁶ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 58-59 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 110.

³²⁷ S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 69.

³²⁸ « *La lesión de una persona es dañina socialmente, pues ningún sistema de interacciones puede existir sin personas.* », K. AMELUNG, cité par H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 111.

mafieuse³²⁹. Il réintroduit alors la notion de bien juridique au sein d'une **distinction entre fonction de la norme (maintien du système) et finalité de la norme (protection du bien juridique)**³³⁰. La finalité de la norme renvoie à un jugement de valeur sur l'objet de la protection pénale, jugement de valeur qui appartient au législateur. Pour être légitime, la valorisation du législateur doit respecter deux prémisses extérieures au fonctionnalisme : la norme pénale doit protéger le système social concret (en l'occurrence, celui de la République fédérale allemande) et la structure de ce système doit avoir été légitimée par la Constitution³³¹.

129. Bien que dégagées par AMELUNG dans le but d'assurer le respect de la dignité de la personne humaine et de concilier les principes libéraux et la protection du système, ces limites ne permettent pas cependant de limiter efficacement le domaine du droit pénal. La seule condition véritable à l'incrimination de conduites réside en effet dans le concept flou de nocivité sociale et non dans celui de bien juridique puisqu'il dégage, au côté des normes qui protègent des biens juridiques préexistants et de celles qui en consacrent des biens juridiques, une troisième catégorie de normes : celles qui assurent la protection de la paix sociale. Réduit de ce fait à un concept téléologique indicatif de la volonté du législateur, le bien juridique est dépourvu de tout contenu matériel et n'a plus d'intérêt que dogmatique³³².

130. Le professeur HASSEMER va particulièrement critiquer la théorie de Knut AMELUNG³³³ et, partant de la nécessité de replacer la personne au centre de la protection pénale, il va élaborer une autre théorie sociologique, inspirée d'un autre courant, l'interactionnisme symbolique.

2°/ Les théories interactionnistes.

131. Le conservatisme et les postulats mêmes du fonctionnalisme vont être remis en cause non seulement par les théories dites radicales, inspirées du marxisme³³⁴, mais également par un important courant, né lui aussi aux États-unis, l'interactionnisme symbolique (a). Ce courant sociologique aura un fort impact sur la doctrine pénaliste en Allemagne et en Espagne et sera notamment à la base d'une célèbre théorie du bien juridique défendue par le professeur HASSEMER (b).

a. L'interactionnisme symbolique.

132. Surtout connu en criminologie pour sa célèbre théorie du « *labelling approach* » ou théorie de l'étiquetage³³⁵, l'interactionnisme symbolique propose une alternative sociologique qui replace l'individu et la société sur le même plan, la personne ne devant plus être considérée comme déterminée par le système. Pour ce courant, individu et société sont deux unités inséparables en interrelation mutuelle qui communiquent par l'échange de signifiants à travers le langage et les

³²⁹ S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 70.

³³⁰ *Ibid.*, p. 71.

³³¹ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 110 ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 70.

³³² *Ibid.*, p. 71-73.

³³³ HASSEMER relève notamment une contradiction interne dans la prétention d'AMELUNG de subordonner la validité des normes au respect de la Constitution car cela ferait dépendre la validité du système global d'un sous-système. Cette critique est rapportée par le professeur HORMAZÁBAL qui la reprend à son compte : H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 112.

³³⁴ Sur ces théories, voir N. DELRUELLE-VOSSWINKEL, *Introduction à la sociologie générale*, op. cit., p. 52-63 et J. FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, op. cit., p. 98-101.

³³⁵ Ces théories s'intéressent surtout à la déviance secondaire et exposent comment le déviant, une fois désigné comme tel, va intégrer cette identité et ajuster son comportement à celle-ci jusqu'à mener une carrière déviante ou criminelle. Voir : J. FAGET, *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, op. cit., p. 76-93. Voir également l'ouvrage de référence du célèbre sociologue américain H. BECKER qui a mené une observation participante dans le milieu des joueurs de jazz et des fumeurs de marijuana : H. BECKER, *Outsiders*, traduit de l'américain par J.-P. Briand et J.-M. Chapoulie, Métailié, 1985, 247 p., spécialement, p. 48-62 et 201-233.

autres moyens de communication symbolique. C'est alors la conception que les acteurs se font du monde social qui doit constituer l'objet principal des études sociologiques. A la différence du fonctionnalisme, l'interactionnisme symbolique n'envisage pas les normes sociales et juridiques comme des données *a priori*, il considère que ces normes sont le résultat d'un processus et se propose de l'étudier. Il va ainsi notamment s'attacher à analyser le processus de détermination de la conduite déviante et s'interroger sur le pouvoir qui est en charge de la définir. Howard BECKER, un des plus célèbres représentants de ce courant, va ainsi montrer que la création de la norme résulte d'un contexte historique concret en expliquant le processus de création de la norme depuis l'initiative individuelle des « *entrepreneurs de morale* » jusqu'à l'aboutissement de leur « *croisade* » par l'application effective de la norme³³⁶.

133. A l'origine d'un véritable changement de paradigme en criminologie, ces théories auront un impact moindre en droit pénal mais influenceront tout de même un certain nombre de définitions du bien juridique, la plus célèbre étant celle de Winfried HASSEMER.

b. La théorie personnaliste de HASSEMER.

134. — **Présentation.** — Le professeur HASSEMER³³⁷ commence lui aussi son étude par une analyse historique du concept de bien juridique. Il sépare les théories du bien juridique en deux catégories : celles pour lesquelles le bien juridique est immanent à l'ordre juridique et n'a qu'une fonction systémique, et celles pour lesquelles le bien juridique est transcendant et remplit une fonction critique. A ses yeux, seules les secondes présentent un intérêt pour construire une théorie du délit mais il déplore qu'elles aient toutes échoué à donner au bien juridique un véritable contenu matériel³³⁸.

Pour lui, le bien juridique devrait permettre de dégager ce qui est atteint par l'action délictuelle mais aussi et surtout d'expliquer pourquoi une société déterminée a criminalisé des actions nocives en particulier et pas les autres. Partageant en cela l'intérêt des interactionnistes pour l'explication du processus de création des normes, il considère que le développement d'une théorie de la criminalisation est le préalable nécessaire à toute théorie du délit. Il reproche aux fonctionnalistes d'avoir renoncé aux garanties traditionnelles du droit pénal au motif de la complexité de la société et il réaffirme la nécessité de continuer à protéger les intérêts de la personne face à ceux du système ou de l'État. Celui-ci ne doit pas être considéré comme une fin en soi mais au contraire comme un instrument au service de l'individu qui doit lui permettre de s'épanouir personnellement³³⁹.

Critiquant la tromperie que constitue la protection, non plus des nécessités ou des exigences sociales préjuridiques mais de biens juridiques produits par l'État lui-même, instrumentalisés politiquement et complètement dépourvus de la fonction de garantie que devrait apporter un État libéral, il développe une théorie du bien juridique personnel comme seul objet de protection possible du droit pénal. Partant du principe que les biens juridiques « *universaux*³⁴⁰ », comme par

³³⁶ Le processus d'imposition de la norme tel que décrit par BECKER, s'étend du choix de la norme aux effets de son imputation. Il remet en cause le postulat fonctionnaliste selon lequel les normes seraient dérivées des valeurs générales : *Ibid.*, p. 145-158. Il met ainsi en exergue le rôle de ceux qu'il appelle les « *entrepreneurs de morale* » et l'importance du chiffre noir de la délinquance pour conclure à l'absence d'homogénéité dans l'imposition de la norme. Voir *Ibid.*, p. 171-186 Ce processus est fort bien expliqué à travers l'exemple de la législation sur la marijuana (dans les États-Unis des années 1960) : *Ibid.*, p. 158-170.

³³⁷ Chef de file de l'actuelle « *École de FRANKFURT* », le professeur HASSEMER est également vice-président du Tribunal constitutionnel allemand.

³³⁸ H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 114-115.

³³⁹ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, *op. cit.*, p. 62-63 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 77 ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 74.

³⁴⁰ C'est ainsi que cette école appelle les biens juridiques que la doctrine qualifie souvent de « *diffus* ». Voir : M. CORCOY BIDASOLO, « *Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal* », in *La Política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, coll. *Penal*, 2004, p. 28-29. Nous retrouverons cette notion *infra*, p. 165 et s.

exemple l'environnement, sont davantage marqués idéologiquement que les biens juridiques individuels, cette école propose de restaurer un concept de bien juridique clairement déterminé et limité à la protection des intérêts individuels³⁴¹. Il ne rejette pas totalement les biens juridiques collectifs mais il exige qu'ils correspondent aux intérêts conciliés de l'individu : ils doivent être fonctionnalisés à partir de la personne pour avoir un véritable fondement³⁴². Seuls les biens juridiques collectifs dotés d'un « *réfèrent individuel* » (comme par exemple la sécurité routière, qui protège l'intégrité physique des usagers de la route) pour peu qu'ils soient reconnus comme des valeurs dignes de protection par le corps social, peuvent alors faire l'objet d'une protection pénale³⁴³.

Ainsi redéfini, le bien juridico pénal permet de recentrer le droit pénal autour de la personne, comme c'était le cas au début du XIX^e siècle, et de le limiter à un droit pénal « *nucléaire* », les faux biens juridiques que sont les biens juridiques diffus devant être protégés par un « *droit d'intervention* » aux garanties et aux sanctions allégées.

135. ___ Critique. ___ Cette théorie est souvent vivement critiquée pour offrir un critère trop vague et pour être trop marquée par la philosophie individualiste.

Définis comme des « *intérêts humains nécessitant de protection juridico-pénale* », les biens juridiques doivent être déterminés, dans ce cadre là, par un législateur lié aux « *valorisations sociales historiquement conditionnées* »³⁴⁴. Cette valorisation sociale des intérêts à protéger face aux lésions et aux mises en danger dépend de la perception que la société va avoir de trois facteurs : la fréquence de la conduite nocive, le degré de nécessité du bien affecté et la gravité de la menace pesant sur ce bien. Reflet de la conscience culturelle de la société exprimée normativement, la détermination des biens juridiques n'est pas régie par des critères objectifs et le professeur HASSEMER est conscient du risque de voir surgir des demandes de criminalisations non fondées rationnellement ou, à l'inverse, de laisser persister des lacunes à cause d'une indifférence sociale à un certain type de problèmes³⁴⁵.

Mais au-delà de cette critique indissociable de la légitimation du bien juridique par la valorisation sociale, c'est le critère même de la délimitation du droit pénal qui nous semble discutable pour se fonder uniquement sur la nature individuelle ou non du bien juridique protégé sans prendre en compte la gravité des comportements en cause. Il ne nous semble pas souhaitable, en effet, d'exclure *a priori* du champ pénal tous les comportements qui porteraient atteinte à des biens juridiques collectifs diffus, de même qu'il n'est pas nécessairement souhaitable d'y maintenir toutes les atteintes, mêmes légères, à des biens juridiques personnels. Nous ne prétendons pas ici indiquer ce qu'il convient ou non de protéger pénalement mais il nous semble pouvoir nier qu'une atteinte minime à un bien juridique individuel mérite nécessairement une sanction plus lourde qu'une atteinte grave à un bien juridique diffus. Le vol simple d'une somme modique devrait-il nécessairement être davantage sanctionné qu'un déversement intentionnel d'une grande quantité de produits toxiques dans une rivière ? Il lui est ainsi souvent reproché de protéger certaines catégories d'auteurs (industriels, fonctionnaires...) ou certains secteurs

³⁴¹ Voir : W. HASSEMER, « Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos », traduit de l'allemand par E. Larrauri, [en ligne], <<http://neopanopticum.wordpress.com>>

³⁴² H. HORMAZABAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 118.

³⁴³ G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 898. Sur les variantes de la théorie, voir : C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, « Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales », in *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, coll. *Penal*, 2004, p. 93-96.

³⁴⁴ D'un point de vue conceptuel, HASSEMER définit le bien juridique de façon générique comme « *interés humano necesitado de protección jurídico-penal* » dont la consécration législative est subordonnée aux « *valoraciones sociales, históricamente condicionadas*. » Cité par S. SOTTO NAVARRO, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 75-76.

³⁴⁵ *Ibid.*, p. 76.

d'activité et d'aboutir à une dépénalisation de ce qu'il est coutume d'appeler la « *criminalité en col blanc*³⁴⁶ » qui entre en contradiction avec le critère de la nocivité sociale qu'il défend par ailleurs³⁴⁷.

136. On se heurte là encore au délicat problème de l'efficacité du bien juridique dans la délimitation du domaine du droit pénal. De nombreux auteurs vont alors défendre l'idée que la seule véritable limite au pouvoir d'incriminer du législateur réside dans les normes d'une valeur supérieure à la loi. Essentiellement intéressés par le versant de politique criminelle du concept, ils vont élaborer une nouvelle définition du bien juridique.

II Les théories du bien juridique supra-légal.

137. Pour se protéger de nouvelles dérives législatives sans pour autant avoir recours directement au droit naturel ou à la morale, un important courant doctrinal a défendu l'idée de la limitation du contenu matériel du bien juridique aux droits et libertés reconnus par la Constitution. Ces théories connurent un certain succès en Allemagne après la deuxième guerre mondiale et en Espagne après la chute du régime franquiste mais c'est en Italie qu'elles furent le plus suivies, jusqu'à devenir majoritaires. A côté de ce bien juridique constitutionnel (A), un autre bien juridique de fondement supra légal va apparaître, essentiellement dans les pays d'Amérique latine, le bien juridique issu des déclarations de droits et des conventions internationales (B).

A. Le bien juridique issu de la Constitution.

138. Le mouvement de « *constitutionnalisation* » du bien juridique n'a été possible que par l'adoption, après-guerre, de constitutions consacrant en leur sein même les droits et libertés fondamentaux des individus (1). L'exigence de leur respect par le législateur va alors constituer une double garantie, à la fois formelle et matérielle, que les auteurs vont traduire par l'idée d'un bien juridique constitutionnel, limite au *ius puniendi* (2).

1°/ Le fondement des constitutions d'après guerre.

139. Après la chute du régime nazi en Allemagne et du régime fasciste en Italie, ces pays considérèrent qu'il était nécessaire de proclamer les droits et libertés fondamentaux de l'individu dans la norme suprême de l'État. A la différence de la Constitution française de 1946 qui ne les recense que dans son préambule, la Constitution italienne du 27 décembre 1947 (a) et la Loi Fondamentale de la République Fédérale allemande du 23 mai 1949 (b)³⁴⁸, toujours en vigueur,

³⁴⁶ L'expression est issue des travaux de SUTHERLAND, premier sociologue à avoir étudié en profondeur le phénomène de la délinquance économique. Voir par exemple: G. LOPEZ, S. TZITSZIS et al., *Dictionnaire de sciences criminelles*, Dalloz, 2004, p. 201-204.

³⁴⁷ Voir notamment : M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, *op. cit.*, p. 185-190 et « Límites objetivos y subjetivos a la intervención penal », art. préc., p. 30-31. ; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, « Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa ... », art. préc., p. 98-105.

³⁴⁸ La « *Constitution de Bonn* » ne s'appliquait bien sûr que dans la République Fédérale d'Allemagne, la République Démocratique d'Allemagne étant régie par une toute autre Constitution, d'inspiration soviétique, jusqu'à la réunification du pays. Par commodité, nous continuerons à évoquer le droit et la doctrine allemands sans plus de précision mais pour nous référer à la seule R.F.A.

les intègrent dans le corps même du texte³⁴⁹. L'Espagne fera de même le 27 décembre 1978 après la chute du régime franquiste (c).

a. La Constitution italienne.

140. Après l'article 1^{er} qui fonde la République italienne sur le travail et établit la souveraineté du peuple, la Constitution italienne « reconnaît et garantit », dans son article 2, « les droits inviolables de l'Homme, aussi bien en tant qu'individu que dans les formations sociales où se développe sa personnalité ». Ceux-ci sont énumérés dès l'article 3 qui pose le droit à la dignité et à l'égalité réelle entre citoyens : « Tous les citoyens ont une même dignité sociale et sont égaux devant la loi, sans distinction de sexe, de race, de langue, de religion, d'opinions politiques, de conditions personnelles et sociales ». La première partie de la Constitution, consacrée aux droits et devoirs des citoyens, commence par l'article 13 qui affirme que « La liberté personnelle est inviolable ». La plupart des auteurs y voient la consécration de la liberté comme valeur première³⁵⁰ (et non de la dignité comme en Allemagne), ce qui emportera de nombreuses conséquences en politique criminelle et spécialement sur la question de la légitimité des peines. Viennent ensuite, toujours au titre des « rapports civils », l'inviolabilité du domicile (art. 14), la liberté et le secret de la correspondance (art. 15), la liberté d'aller et venir (art. 16), la liberté de réunion (art. 17), la liberté d'association (art. 18), de profession de foi (art. 19) et la liberté d'expression (art. 21). Le titre II relatif aux « rapports éthico-sociaux » consacre les droits de la famille, parmi lesquels l'égalité morale et juridique entre les époux (art. 29-31), le droit à la santé (art. 32), le libre exercice de la science et des arts (art. 33) et le droit à l'enseignement (art. 34). Les droits relatifs au travail (droit de grève, de syndication...), sont exposés dans le titre III aux articles 35 à 47 et les droits politiques (droit de vote, d'association, de pétition...) dans le titre IV aux articles 48 à 54.

b. La Loi Fondamentale allemande.

141. La Loi Fondamentale allemande consacre sa première partie aux droits fondamentaux et dispose dans son article premier relatif à la dignité de l'être humain et au caractère obligatoire des droits fondamentaux pour la puissance publique : « (1) La dignité de l'être humain est intangible. Tous les pouvoirs publics ont l'obligation de la respecter et de la protéger. (2) En conséquence, le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde. (3) Les droits fondamentaux énoncés ci-après lient les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire à titre de droit directement applicable ». Sont ensuite énoncés le droit au libre épanouissement, à la vie et à l'intégrité physique (art. 2), le droit à l'égalité (art. 3), le droit à la liberté de croyance, de conscience et de profession de foi (art. 4), le droit à la liberté d'opinion (art. 5) puis la protection de la famille (art. 6), le droit à l'enseignement (art. 7), la liberté de réunion et d'association (art. 8 et 9), le droit au secret de la correspondance (art. 10), la liberté de circulation

³⁴⁹ Depuis que le Conseil Constitutionnel a intégré le préambule de la Constitution de 1946 et la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen au « bloc de constitutionnalité », la différence peut sembler secondaire. Elle n'en reste pas moins symbolique et peut s'avérer importante dans l'hypothèse d'une modification de ces textes. Voir, Cons. Const., 16 juillet 1971, décision n°71-44 DC. Notons également que les modes de saisine des cours constitutionnelles dans ces pays sont plus ouverts que dans le notre (sur celui-ci, voir *infra*, n°492), ce qui est sans doute le gage d'un meilleur respect des principes constitutionnels. Ainsi, la Cour constitutionnelle allemande peut-elle être saisie par « quiconque estime avoir été lésé par la puissance publique dans l'un de ses droits fondamentaux » (art. 93, 4.a de la Loi Fondamentale), ou par tout tribunal qui « estime qu'une loi dont la validité conditionne sa décision est inconstitutionnelle » (art. 100 de la Loi Fondamentale). La Constitution espagnole prévoit elle aussi un recours spécifique, le « *recurso de amparo* » ouvert aux citoyens pour la protection de leurs droits fondamentaux (art. 53-2 de la Constitution espagnole). La Constitution italienne renvoie pour sa part à la loi constitutionnelle du 9 février 1948 (art. 137) qui permet de neutraliser une loi déjà en vigueur mais inconstitutionnelle. Voir: J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op.cit.*, p. 57, note 3 sur la composition des cours constitutionnelles et p. 61-63 n°44 sur le type de contrôle de constitutionnalité des lois. Pour des exemples récents de saisine par des particuliers de la Cour constitutionnelle fédérale allemande : T. WEIGEND et al., « Droit constitutionnel allemand », R.S.C. 2004, p. 688. Pour la traduction des ces constitutions en français : *Les grandes démocraties: Constitutions des États-unis, de l'Allemagne, de l'Espagne et de l'Italie*, Armand Colin, 2005, 233 p.

³⁵⁰ Voir: J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 12.

et d'établissement (art. 11), la liberté de profession (art. 12), l'inviolabilité du domicile (art. 13), le droit de propriété et de succession (art. 14), le droit à la nationalité (art. 16), le droit d'asile (art. 16 a) et le droit de pétition (art. 17). La même Loi Fondamentale prévoit en son article 19 que si « *un droit fondamental peut être restreint par la loi* », « *il ne doit en aucun cas être porté atteinte à la substance d'un droit fondamental* ». A côté de ces droits et libertés fondamentaux, il est remarquable que la Constitution impose dans son article 20 la protection des « *fondements naturels de la vie et les animaux* ».

c. La Constitution espagnole.

142. La Constitution espagnole de 1978 est construite sur un modèle similaire. Son article 1.1 dispose ainsi : « *L'Espagne se constitue en un État de droit social et démocratique qui proclame comme valeurs suprêmes de son ordre juridique la liberté, la justice, l'égalité et la pluralité politique* ». Les droits et devoirs fondamentaux sont détaillés dans le titre I de la Constitution qui met au premier plan la « *dignité de la personne* » et renvoie explicitement à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme pour ce qui est de leur interprétation³⁵¹. Sont alors consacrés l'égalité devant la loi (art. 14), le droit à la vie et à l'intégrité physique (art. 15), la liberté idéologique, religieuse et des cultes (art. 16), le droit à la liberté et à la sécurité (art. 17), le droit à l'honneur, à l'intégrité personnelle et familiale (art. 18), la liberté de circulation et de choisir un domicile (art. 19), la liberté d'expression, de pensée, de création et d'enseignement (art. 20), le droit de réunion (art. 21), le droit d'association (art. 22), les droits politiques (art. 23), le droit à la justice (art. 24), le principe de légalité (art. 25), le droit à l'éducation (art. 27), le droit de syndication (art. 28), le droit de pétition (art. 29), le droit au mariage et l'égalité juridique entre époux (art. 32), le droit de propriété et d'héritage (art. 33), le droit au travail (art. 35) et la liberté d'entreprise (art. 38).

143. La précision de la description de ces droits fondamentaux dans les textes constitutionnels a permis à une partie de la doctrine d'y voir l'expression d'un véritable programme de politique criminelle³⁵². La notion de bien juridique, traditionnellement considérée depuis VON LISZT comme le point de jonction entre droit pénal et politique criminelle va alors être redéfinie afin de limiter le *ius puniendi* à la protection de ces valeurs constitutionnelles.

2°/ Le bien juridique constitutionnel, limite au *ius puniendi*.

144. En limitant le domaine du droit pénal à la protection des droits reconnus par la Constitution, les théories constitutionnelles prétendent encadrer le pouvoir du législateur dans la détermination des infractions. Cette restriction du *ius puniendi* apparaît néanmoins beaucoup plus forte dans la théorie stricte de BRICOLA (a) que dans les théories éclectiques qui lui ont succédé (b).

a. La théorie constitutionnelle stricte de BRICOLA.

145. Peut-être en raison de la survivance du « *Code Rocco* » au régime fasciste, c'est en Italie que la doctrine va le plus s'attacher à dégager une conception constitutionnelle du bien juridique dont le

³⁵¹ Art. 10.2 de la Constitution espagnole : « *Les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières et ratifiés par l'Espagne.* » Cette incursion du droit international dans la Constitution espagnole est tout à fait remarquable et semble accréditer la thèse des partisans d'un droit pénal *jushumanista* à visée universelle, théorie que nous étudierons en-suitant.

³⁵² G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 112.

contenu serait, d'un point de vue matériel, strictement limité aux droits et libertés énoncés dans la Constitution³⁵³.

Franco BRICOLA, un des plus célèbres partisans de la théorie constitutionnelle dite « stricte » du bien juridique défend ainsi que la liberté étant la valeur prééminente dans la Constitution italienne, le droit pénal, qui y porte atteinte, ne peut intervenir que comme « *ultima ratio* », c'est-à-dire en tout dernier recours. Si l'on ne peut limiter le droit pénal aux valeurs du même rang que la liberté, il est néanmoins nécessaire de le cantonner aux violations de biens directement consacrés par la Constitution³⁵⁴, et de réserver la peine privative de liberté aux biens juridiques « primaires³⁵⁵ ». Pour lui : « *l'illicite pénal peut se matérialiser uniquement dans une lésion significative d'une valeur constitutionnelle éminente³⁵⁶* ».

Cette définition d'un bien juridique constitutionnel offre l'avantage de limiter efficacement le *ius puniendi* en donnant corps aux principes d'offensivité et de proportionnalité sans devoir recourir au droit naturel. Elle apparaît néanmoins fort restrictive puisque ne peuvent constituer des incriminations que les comportements qui portent directement atteinte à un bien juridique consacré par la Constitution, les atteintes aux autres valeurs ou intérêts sociaux étant exclus du domaine pénal et ne pouvant être protégés que par d'autres branches du droit, moins attentatoires aux libertés³⁵⁷.

146. Aux côtés de ces théories strictes vont se développer des théories dites éclectiques qui, tout en conservant la Constitution comme fondement des biens juridiques, empruntent beaucoup aux théories sociologiques.

b. Les théories éclectiques.

147. Les auteurs qui ont défendu ces théories éclectiques ont beaucoup insisté sur la nécessité d'une approche dynamique de ce bien juridique constitutionnel : fixé par la Constitution, celui-ci doit néanmoins être interprété au regard de la société qu'organise ladite Constitution, société nécessairement « vivante », en mouvement perpétuel³⁵⁸. Cette prise en compte de l'évolution sociale a si fortement imprégné les théories constitutionnelles du bien juridique que certaines ont parfois été qualifiées de « théories sociologiques³⁵⁹ ».

C'est notamment le cas de la théorie de RUDOLPHI pour qui la Constitution indique les valeurs fondamentales et impose au législateur de protéger des biens juridiques antérieurs à l'ordre

³⁵³ Certains expliquent en effet le succès des théories constitutionnelles en Italie par le fait que le *Codice Rocco*, bien que modifié, n'ait toujours pas été abrogé. La doctrine italienne aurait de ce fait ressenti le besoin d'assigner à la Constitution une fonction correctrice et limitative de cette législation teintée d'autoritarisme. Voir : *Ibid.*, p. 51 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 126.

³⁵⁴ Défendue par BRICOLA dès 1973, cette thèse a été précisée par MUSCO (1974) et ANGIONI (1983). Voir : J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 12 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 126-129. Elle est aujourd'hui encore défendue par certains auteurs, spécialement en Italie. Voir par exemple : L. FERRAJOLI, « Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales », traduit de l'italien par W. Antillón, [en ligne], <<http://www.cienciaspenales.org>>.

³⁵⁵ Le critère de distinction proposé entre biens juridiques constitutionnels primaires et secondaires est celui de la liberté personnelle comme bien hiérarchiquement supérieur : sont des biens juridiques primaires ceux sans lesquels l'individu ne peut pas se réaliser dans les « *formas d'existencia minimales* » ou dont l'absence serait attentatoire à la dignité de l'homme. *Ibid.*, p. 128.

³⁵⁶ « *La sanción penal puede ser adoptada solamente en presencia de la violación de un bien al cual si no puede ser de igual grado del valor sacrificado (libertad personal), esté al menos dotado de relevancia constitucional. O sea, el ilícito penal puede concretarse exclusivamente en una significativa lesión de un valor constitucional relevante.* » BRICOLA, 1973, cité par HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, *op. cit.*, p. 127.

³⁵⁷ Elle a d'ailleurs été rejetée par le Conseil Constitutionnel italien ; voir : E. DOLCINI, G. MARINUCCI, « La Constitution et le droit pénal en Italie ; Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques ».

³⁵⁸ G. FERNÁNDEZ, *op. cit.*, p. 52-53 ; P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Tesis doctoral Granada, 2002, p. 14-23.

³⁵⁹ *Ibid.*, p. 57.

juridique. Elle fournit alors le fondement à l'élaboration d'un concept matériel de bien juridique entendu comme « *présupposé d'une vie sociale prospère assise sur la liberté et la responsabilité de l'individu* »³⁶⁰.

On retrouve la même idée chez le professeur ROXIN pour qui la Constitution d'un État de droit a pour finalité d'assurer les conditions de la vie en commun de tous les citoyens. Elle consacre pour ce faire des biens juridiques « *pré-positifs* » (comme la vie, la dignité, l'égalité formelle devant la loi...) mais aussi d'autres biens juridiques dans un objectif de promotion et d'aide sociale³⁶¹ (droit d'appartenir à un syndicat, à une association...). Ces biens juridiques, dits de « *deuxième génération* »³⁶², sont le plus souvent des droits collectifs qui s'intéressent au citoyen dans sa fonction sociale, notamment dans son travail. Très liés à la théorie de l'État providence, ils tendent à assurer une égalité effective entre les citoyens, objectif particulièrement explicite dans la Constitution italienne qui dispose en son article 3 al. 2 : « *Il appartient à la République d'écartier les obstacles d'ordre économique et social qui, en limitant dans les faits la liberté et l'égalité des citoyens, s'opposent au plein épanouissement de la personne humaine et à la participation effective de tous les travailleurs à l'organisation politique, économique et sociale du pays* ».

148. Plus ou moins marquées par les théories sociologiques, ces théories constitutionnelles ont connu une importante diffusion et de nombreuses déclinaisons.

B. Diffusion et déclinaisons du bien juridique supra légal.

149. La propagation des théories constitutionnelles ne se fit pas sans débat et même, parfois, sans trahir l'objectif initial de limitation du domaine du droit pénal (1). Certains auteurs d'Amérique latine, souhaitant éviter de se heurter aux difficultés inhérentes à toute théorie d'autolimitation de l'État, s'inspirèrent de ces théories pour dégager un nouveau concept de bien juridique supra légal issu du droit international (2).

1°/ Propagation et dérives du bien juridique constitutionnel.

150. Les théories constitutionnelles du bien juridique rallièrent quelques grands auteurs en Allemagne et en Espagne et devinrent majoritaires en Italie³⁶³. Mais leur développement s'accompagna d'une compréhension extensive de celles-ci (1) et suscitèrent un important débat sur l'épineuse question d'une obligation constitutionnelle de punir (2).

³⁶⁰ « *Debe relevarse el concepto de bien jurídico como un presupuesto de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo* ». Cité par H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *op. cit.*, p. 123.

³⁶¹ Après avoir posé que la seule restriction au pouvoir du législateur réside dans la Constitution, le professeur de MUNICH donne une définition très fonctionnaliste du bien juridique : « *Los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema.* » Ce que nous pourrions traduire : « *Les biens juridiques sont des circonstances données ou des finalités qui sont utiles pour l'individu et son libre épanouissement dans le cadre d'un système social global, structuré sur la base d'une telle conception des finalités ou pour le fonctionnement du système lui-même.* » Voir : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general, op. cit.*, p. 55-56.

³⁶² La doctrine a coutume de classer les droits fondamentaux en « générations » selon leur ordre d'apparition et de reconnaissance en tant que droits fondamentaux. Sont ainsi dits de première génération les droits « libéraux » et individualistes, issus de la philosophie des Lumières. La deuxième génération apparaît au milieu du XX^e siècle et est composée de des droits individuels d'exercice collectif (parfois appelés « *droits collectifs* » ou « *de groupe* »). Souvent liés au monde du travail, ils incluent le droit d'association et d'expression. La troisième génération est constituée de droits sociaux en général dont la collectivité dans son ensemble est titulaire. Voir : G. PORTILLA CONTRERAS, « *La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico : la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la immanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos* », *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón, Tirant lo blanch*, 2004, p. 906, note 36. Nous aurons l'occasion de revenir sur les épineux problèmes juridiques soulevés par cette « *titularité collective* » de droits, voir *infra*, p. 357 et s.

³⁶³ Sur l'ampleur de la diffusion de ces théories respectivement en Allemagne, Italie et Espagne, voir : G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito, op. cit.*, p. 49, 50 et 53.

a. L'affaïssement des théories constitutionnelles.

151. A l'origine limité à la protection des biens juridiques consacrés par la Constitution, le pouvoir d'incriminer a peu à peu été étendu par certains tenants de la théorie constitutionnelle.

Jugeant la théorie de BRICOLA trop restrictive, une partie de la doctrine a admis, au côté des biens juridiques « *intégrés* » à la Constitution, c'est-à-dire ceux qui y sont expressément consacrés, des biens juridiques dits « *intégrables* ».

152. — **Biens juridiques intégrés et biens juridiques intégrables à la Constitution** — Le professeur CUESTA PASTOR, dans sa thèse sur les délits obstacles et la théorie du bien juridique, convient de la nécessité d'étendre le domaine du droit pénal au-delà de la protection des lésions aux biens juridiques constitutionnels mais pose tout de même des critères restrictifs au *ius puniendi*. Après avoir clairement affiché son appartenance à la doctrine du bien juridique constitutionnel, il dégage trois types de biens juridiques : les biens juridiques intégrés à la Constitution, les biens juridiques intégrables à la Constitution et les biens juridiques formels³⁶⁴. Seuls ceux qui sont compris dans les deux premières catégories, c'est-à-dire ceux qui sont explicitement consacrés par le texte constitutionnel et ceux qui peuvent se rattacher de façon harmonieuse et cohérente à son esprit, sont de véritables biens juridiques. Les biens juridiques formels désignent en réalité tous les objets juridiques protégés par l'ensemble des incriminations du droit positif.

L'auteur n'admet comme légitimes au regard des principes d'exclusive protection des biens juridiques, d'offensivité et de nécessité que les catégories d'infractions suivantes³⁶⁵: pour les biens juridiques intégrés à la Constitution, des délits de lésion ou de mise en danger et pour les biens juridiques intégrables à la Constitution les délits de lésion seuls. Les délits obstacles, qui sont des infractions matérielles contenant la lésion d'un bien juridique formel ne sont donc admis que si ce bien juridique formel est au minimum intégrable à la Constitution. Les infractions de prévention ne sont quant à elles tolérées que si elles tendent à sauvegarder un bien juridique intégré à la Constitution; la mise en danger d'un bien juridique simplement intégrable ou, pire, d'un bien juridique purement formel, ne pouvant faire l'objet d'une sanction pénale³⁶⁶.

153. Déjà beaucoup plus extensives que la théorie initiale de BRICOLA, les théories constitutionnelles furent encore étendues par une partie de la doctrine qui finit par admettre comme protégeant un bien juridique toutes les incriminations qui n'étaient pas contraires à la Constitution³⁶⁷. Dans cette dernière acception, souvent taxée de « *positivisme constitutionnel*³⁶⁸ », le *ius puniendi* n'est plus limité que par le respect de la hiérarchie des normes et le bien juridique, devenu purement formel, perd toute sa consistance.

Mais certains auteurs, renversant la logique initiale des théories constitutionnelles, sont allés jusqu'à défendre que la Constitution constitue non pas seulement une limite négative au pouvoir du législateur mais également une limite positive : la norme suprême établirait ainsi une obligation constitutionnelle de punir les atteintes à certains biens juridiques.

³⁶⁴ En réalité, l'auteur dégage plus de trois catégories de biens juridiques mais il nous semble que nous pouvons les regrouper de cette façon pour plus de clarté. Pour plus de nuances, voir: P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 50 où sont assimilés aux biens juridiques constitutionnels les biens juridiques consacrés au niveau international et p. 114-116.

³⁶⁵ *Ibid.*, p. 117.

³⁶⁶ *Ibid.*, p. 118.

³⁶⁷ Voir les théories présentées par : H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 124-126.

³⁶⁸ L. FERRAJOLI, *Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales*, traduit de l'italien par M. Walter Antillón, [en ligne], <<http://www.cienciaspenales.org>> ; K. TIEDEMANN, *Constitución y derecho penal*, traduit de l'allemand par M. Abanto Vásquez, Lima, Palestra, coll. *Derechos y garantías*, 2003, p. 58.

b. La controverse sur l'obligation constitutionnelle de punir.

154. — Un important débat doctrinal. — Avant toute chose, il nous faut exclure du champ de la discussion les obligations explicites de punir que prévoient certains articles des Constitutions étudiées³⁶⁹. Expliquées par des traumatismes historiques, elles ne posent pas de véritable problème juridique puisque les textes constitutionnels sont très clairs sur ce point et que les législations semblent fort bien les respecter. Les difficultés surgissent à l'heure de déterminer si l'érection de certaines valeurs en valeurs constitutionnelles impose au législateur de leur assurer une protection pénale et, subsidiairement, face à quelles atteintes. Si un large consensus se dégage sur la nécessité d'une pénalité différenciée selon la place du bien juridique dans la hiérarchie des valeurs et selon le type d'atteinte qui lui est porté³⁷⁰ (lésion ou mise en danger, dol ou imprudence), le débat est vif sur le point de savoir si l'intervention du droit pénal est exigée pour l'ensemble des biens juridiques constitutionnels. La question est importante puisqu'elle renverserait en quelque sorte la logique originelle des théories constitutionnelles en faisant de la Constitution non seulement une source de garanties pour le citoyen mais aussi une source d'interdits pénaux. Certains auteurs défendent ainsi que l'État a un devoir de protection pénale qui dérive des droits fondamentaux et de l'ordre des valeurs³⁷¹ alors que d'autres nient que la Constitution puisse receler la moindre obligation implicite d'incrimination³⁷².

155. — Des solutions jurisprudentielles partagées. — Les juridictions constitutionnelles allemande et espagnole ont dû se prononcer, à l'occasion de modifications législatives relatives à l'avortement, sur l'existence d'une obligation constitutionnelle de protéger pénalement le *nasciturus*³⁷³. Le 25 février 1975, la Cour Constitutionnelle Fédérale allemande a reconnu la vie intra-utérine comme une valeur juridique propre protégée par la Constitution et en a déduit l'obligation pour le législateur de promouvoir la vie et de réprover l'avortement. Après avoir affirmé que cette réprobation légale ne devait pas nécessairement revêtir la forme d'une incrimination pénale et que le législateur était libre d'apprécier les moyens à sa disposition, elle a néanmoins déclaré la loi qui lui était soumise inconstitutionnelle. Pour la Cour en effet, la protection de la vie intra-utérine a pour conséquence un véritable devoir de gestation pour la

³⁶⁹ La Loi Fondamentale allemande prévoit ainsi en son article 26 (1) l'interdiction de préparer une guerre d'agression, la Constitution italienne en son article 13 al.4 la punition des violences physiques ou morales restrictives de liberté et la Constitution espagnole en son article 46 la garantie de la conservation et de la promotion de son patrimoine historique, culturel et artistique. Il est intéressant de noter que cette dernière pose également le principe de la responsabilité pénale de ceux qui abuseraient des facultés que leur confère la loi dans la restriction des droits des individus soupçonnés de terrorisme (art. 55, dernier alinéa). Voir : S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 57-58.

³⁷⁰ La critique de E. DASKALAKIS selon laquelle « si le but de l'ordre social était la protection des biens juridiques de toute lésion, il faudrait logiquement que ceux-ci soient protégés de toute attaque, quel que soit le mode de sa manifestation » n'apparaît pas très convaincante, les auteurs qui défendent cette position s'accordant sur la nécessité de prendre en compte la gravité et la diversité des atteintes possibles. Voir : J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 13 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho*, op. cit., p. 127-128 ; *contra* : E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions*, op. cit., p. 75. Cet argument est néanmoins aujourd'hui encore avancé par les détracteurs du bien juridique, voir *infra*, p. 172 et s.

³⁷¹ Voir par exemple l'argumentation de K. TIEDEMANN, *Constitución y derecho penal*, op. cit., p. 53-59.

³⁷² C'est le cas par exemple de J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 17-20. ; S. MIR PUIG, « Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al *ius puniendi* », *NeoPanopticum*, [en ligne], <<http://neopanopticum.wordpress.com/2007/08/24/bien-juridico-y-bien-juridico-penal-como-limites-al-ius-puniendi-s-mir-puig/>> ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 54.

³⁷³ Le Conseil Constitutionnel français fut lui aussi saisi de la question d'une obligation de protéger la vie intra-utérine à l'occasion de l'adoption de la loi Veil mais il l'esquiva en se déclarant incompétent, le texte invoqué n'étant pas la Constitution mais la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme. Voir : Cons. Const., 15 janvier 1975, n° 75-54 DC.

mère, devoir auquel elle ne peut se soustraire qu'en cas d'inexigibilité³⁷⁴. Or la loi dont elle était saisie tolérait plus largement l'avortement dans un certain délai légal et le législateur n'avait rien prévu qui pût remplacer efficacement la sanction pénale.

Une partie de la doctrine vit dans cette censure un arrêt de principe consacrant un véritable commandement de punir³⁷⁵. A nouveau saisie de la question à la suite de la réunification allemande, la Cour retint le même principe le 28 mai 1993 quoiqu'avec un raisonnement un peu différent : tout en affirmant l'antijuridicité de l'avortement, elle accepta que celui-ci ne soit pas sanctionné pénalement³⁷⁶. Le Tribunal Constitutionnel espagnol se prononça dans un sens contraire le 11 avril 1985 en déduisant de l'obligation de garantir la vie la nécessité d'assurer une protection effective par le recours au droit pénal³⁷⁷. La solution semble néanmoins justifiée par la particulière importance du droit à la vie et ne paraît pas devoir être étendue à l'ensemble des droits et libertés consacrés par la Constitution.

156. Si le débat n'est pas clos et que les théories constitutionnelles continuent parfois à être défendues, elles n'ont pas eu beaucoup d'impact en Amérique latine où les auteurs souhaitant limiter le *ius puniendi* ont délaissé la référence à la Constitution au profit des Conventions et Déclarations de Droits internationales.

2°/ L'émergence des théories du bien juridique-droits de l'homme.

157. Principalement défendues en Amérique latine depuis la chute des régimes dictatoriaux et notamment par le professeur Gonzalo FERNANDEZ³⁷⁸, ces théories dites « humanistes » ou « des droits de l'homme » prétendent limiter le *ius puniendi* jusqu'à le ramener à un « *droit pénal minimal* », limité à la protection des droits fondamentaux reconnus par le droit international. Elles peuvent être rapprochées des théories constitutionnelles puisqu'elles cherchent elles aussi à limiter le pouvoir d'incriminer du législateur par la référence à des normes supra-législatives et qu'elles se nourrissent également de considérations sociologiques. Elles s'en distinguent pourtant, contestant la pertinence des « *catalogues constitutionnels* » de biens juridiques et doutant de leur efficacité à protéger contre l'autoritarisme³⁷⁹. Elles ne nient pas l'importance des fonctions dogmatiques et

³⁷⁴ Pour une analyse très poussée de cette question en droit allemand, voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 313-343. Voir également : J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 17-18 ; K. TIEDEMANN, *Constitución y derecho penal*, op. cit., p. 53-54.

³⁷⁵ J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 322.

³⁷⁶ En acceptant l'absence d'incrimination de l'avortement, la Cour fait obstacle à ce que soit reconnue son antijuridicité au plan pénal. Or en affirmant dans le même temps son antijuridicité, elle rompt l'unicité du concept et semble consacrer une différenciation entre antijuridicité civile et pénale, admettant dans ce cas la seule antijuridicité civile de l'avortement. Cette décision a été violemment critiquée par une doctrine allemande grandement majoritaire qui y a vu une atteinte insupportable au grand principe de l'unité de l'ordre juridique. Sur ces critiques, partagées par l'auteur : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 335-343. Nous aurons l'occasion de revenir plus sur ce débat, la reconnaissance d'une antijuridicité civile en l'absence d'incrimination nous semblant tout à fait légitime, de même qu'une distinction de principe entre antijuridicité civile et pénale. Voir *infra*, p. 346 et s.

³⁷⁷ STC 212/1996, de 19 de diciembre: « *El Estado tiene la obligación de garantizar la vida, incluida la del nasciturus, mediante un sistema legal que suponga una protección efectiva de la misma y que, dado el carácter fundamental de la vida, incluya también, como última garantía, las normas penales.* » (« *L'État a l'obligation de garantir la vie, y compris celle du nasciturus, au moyen d'un système légal qui suppose une protection effective de celle-ci et qui, étant donné le caractère fondamental de la vie, inclut aussi, comme ultime garantie, les normes pénales.* ») Décision citée et critiquée par : J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 17. Cette décision ne fait pas obstacle à ce que les sanctions pénales soient écartées par la loi dans certains cas.

³⁷⁸ Professeur de droit pénal à l'université de la République en Argentine, Gonzalo FERNANDEZ est internationalement reconnu comme un juriste brillant à l'important bagage théorique et philosophique. Également avocat, il milite pour la reconnaissance, par le pouvoir politique, de ses prises de positions idéologiques imprégnées par la philosophie des droits de l'homme et des garanties de l'État de Droit. Il est notamment l'auteur d'un ouvrage de référence sur le bien juridique que nous avons fréquemment cité : G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004, p. 15. Voir la préface de son ouvrage, rédigée par le professeur espagnol F. MUÑOZ CONDE, p. VII.

³⁷⁹ Cette impuissance de la Constitution à avoir protégé de l'avènement de régimes autoritaires en Amérique latine est notamment déplorée par le professeur péruvien M. ABANTO VASQUEZ dans la préface de l'édition hispanophone de l'ouvrage de K. TIEDEMANN, *Constitución y derecho penal*, op. cit., p. 11-14.

systemiques du bien juridique, mais c'est sur le versant de politique criminelle de la notion qu'elles sont originales. Elles considèrent que le droit pénal doit constituer une garantie pour le citoyen (b) et qu'il doit pour se faire obéir au **principe de l'*extrema ratio***, limitant son domaine d'intervention à la protection des droits fondamentaux reconnus par le droit international (a).

a. **Le bien juridique, droit fondamental reconnu par le droit international.**

158. Les théories du bien juridique issu du droit international prétendent opérer une synthèse intéressante en se fondant sur un philosophie des valeurs (a-1), non en tant que telle mais dans sa transcription par le droit international, pour proposer un concept dynamique de bien juridique fortement teinté de sociologie (a-2).

a-1 **Une philosophie universelle des droits de l'Homme.**

159. Les théories dites « *iushumanistas*³⁸⁰ » reprochent aux Constitutions des États d'être souvent imparfaites dans la consécration des droits fondamentaux : certains droits reconnus ne mériteraient pas de protection pénale alors que d'autres auraient été oubliés³⁸¹. Ces déficiences expliqueraient leur échec à endiguer l'inflation pénale et leur dérive comme instrument d'autolégitimation d'un État providence national en crise³⁸². Pour les théories humanistes, le droit pénal doit être strictement limité à la protection des droits de l'homme et des droits fondamentaux. Ceux-ci sont directement inspirés de la philosophie des Lumières mais prétendent la dépasser par un néo-rationalisme enrichi par les droits déjà évoqués de deuxième (voire de troisième) génération³⁸³.

Mus par ce qu'ils appellent la « *philosophie universelle des droits de l'Homme* », née avec la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, les partisans de cette théorie insistent sur la nécessité pour ces droits fondamentaux d'avoir été reconnus par le droit positif, et, plus précisément, par le droit international. Sont ainsi citées comme sources de biens juridiques la Déclaration Américaine des Droits et des Devoirs de l'Homme de 1948, la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948, la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales de 1950, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, la Convention Américaine des Droits de l'Homme de 1969, la Charte africaine sur les Droits de l'Homme et des Peuples de 1981 et toutes les conventions multilatérales relatives à un droit en particulier³⁸⁴ (contre la discrimination, l'esclavage...).

160. Mais ces biens juridiques n'apparaissent pas comme figés par ces textes internationaux, au contraire, ils sont appréhendés comme des éléments vivants de la réalité sociale.

a-2 **Un bien juridique immanent et dynamique.**

161. Ces biens juridiques-droits fondamentaux ne se fondent en effet pas directement sur la philosophie ou la morale, ils n'existent qu'en ce qu'ils ont été reconnus comme tels par des déclarations de droits ou des conventions internationales³⁸⁵. Les sources internationales du bien

³⁸⁰ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito, op. cit.*, p. 118.

³⁸¹ *Ibid.*, p. 114.

³⁸² *Ibid.*, p. 133. Le thème de la crise du modèle de l'État providence et de l'État national est devenu une sorte de lieu commun chez les sociologues comme chez les théoriciens de l'État et si les solutions diffèrent, le constat fait l'objet d'un large consensus.

³⁸³ *Ibid.*, p. 129-132.

³⁸⁴ *Ibid.*, p. 126.

³⁸⁵ *Ibid.*, p. 147.

juridique ont pour conséquence d'en faire une notion universelle, qui dépasse les clivages culturels et s'impose à eux : reconnus par tous et partout, ces droits fondamentaux constituent un système universel d'application directe et acquièrent un fondement anthropologique³⁸⁶. Ainsi défini, le bien juridique apparaît comme immanent au système juridique et doté d'un contenu matériel universel.

Le professeur FERNANDEZ insiste néanmoins sur une différence essentielle entre ce « *néo-rationalisme* » et la philosophie individualiste qui l'a inspiré. Alors que pour cette dernière les droits de l'Homme étaient des droits naturels et transcendants, les théories du bien juridique-droits fondamentaux les appréhendent de manière dynamique, comme des relations sociales³⁸⁷. Le bien juridique est alors clairement distingué de son substrat matériel (par exemple, on ne protège pas la chose elle-même mais la relation du propriétaire avec sa chose). Ce mélange de considérations juridiques, philosophiques, sociologiques et anthropologiques amène le professeur à définir comme suit les biens juridiques : « *des valeurs de relation sociale, indispensables pour le développement de la société et pour l'épanouissement du sujet à l'intérieur de celle-ci, qui naissent et coïncident avec les droits de l'homme reconnus par la communauté internationale*³⁸⁸ ».

162. Ainsi défini, le bien juridique va apparaître comme une notion clé d'un nouveau système de droit pénal, un droit pénal minimal, destiné à garantir les droits fondamentaux.

b. Le bien juridique, fondement d'un droit pénal minimal.

163. Réduire le domaine du droit pénal à la protection de biens juridiques issus des déclarations de droits et des conventions internationales aboutit nécessairement à une conception minimaliste du droit pénal, dite d'« *extrema ratio* ». Ceci n'est pas une simple conséquence de la théorie du bien juridique adoptée mais plutôt l'objectif clairement affiché par les auteurs qui la défendent. Dénonçant les dangers de l'« *avalanche législative* » destinée à réguler la « *société du risque* » et aggravée par la production permanente de droit symbolique, ces auteurs partagent une conception conflictuelle de la société. A la différence des fonctionnalistes pour qui le droit est un instrument du consensus social, les théories du conflit y voient l'image d'un appareil de violence qui interagit avec la peur et l'insécurité³⁸⁹. Pour RESTA, une théorie critique de la société mène nécessairement à une critique du phénomène normatif : celui-ci est accusé d'avoir réduit la Justice au droit et d'être devenu le seul instrument possible de communication contre la violence³⁹⁰. Luigi FERRAJOLI, chef de file de ce courant de pensée, invoque alors une préoccupation humaniste pour faire du droit la loi du plus faible. Il présente l'histoire du droit pénal comme l'histoire d'une difficile minimisation du pouvoir. La proposition d'un droit pénal minimal, protecteur des seuls droits fondamentaux, serait en quelque sorte l'aboutissement de l'histoire et apporterait une légitimité nouvelle à un droit largement affaibli par la crise de l'État national. Comme chez les Lumières, le droit pénal serait alors un droit pénal protecteur des droits fondamentaux des citoyens face à l'État³⁹¹.

164. Ces théories ont bien sûr été très critiquées pour être très restrictives et il est clair que les législations ne s'en inspirent pas : partout, l'inflation législative fait rage malgré les protestations de la doctrine et l'ère des décriminalisations semble révolue. Il est néanmoins curieux de constater que, bien que souvent taxées d'idéalisme pour leur penchant humaniste, ces théories ont vu les

³⁸⁶ *Ibid.*, p. 127-130.

³⁸⁷ *Ibid.*, p. 142-144.

³⁸⁸ « *Los bienes jurídicos son valores de relación social, indispensables para el desarrollo de la sociedad y para la autorrealización del sujeto en ella, que nacen y coinciden con los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional.* » *Ibid.*, p. 144.

³⁸⁹ *Ibid.*, p. 119-122 et 132-141.

³⁹⁰ *Ibid.*, p. 135.

³⁹¹ *Ibid.*, p. 137-138.

critiques les plus dures provenir des abolitionnistes³⁹². Partant du même constat sur l'inflation législative, d'autres théories sociologiques, inspirées des théories des systèmes de LUHMAN cette fois et sur lesquelles nous reviendrons, vont arriver à de toutes autres conclusions et prôner l'abandon du concept de bien juridique.

165. La volonté des auteurs de se prémunir contre un possible retour des régimes dictatoriaux niant les droits et libertés de l'Homme a marqué toute la deuxième moitié du XX^{ème} siècle et a conduit au rejet, parfois violent, du positivisme juridique en Allemagne, Italie puis en Espagne et en Amérique latine. Le bien juridique, réhabilité, a alors retrouvé sa place fondamentale dans l'infraction et la doctrine s'est particulièrement attachée à lui attribuer un contenu matériel qui permettrait de délimiter le domaine du droit pénal.

Délaissant quelque peu les réflexions philosophiques sur le fondement du droit de punir, les auteurs se sont massivement tournés vers la sociologie et sa conception du droit comme phénomène avant tout social. Ceci les a conduit à intégrer à leurs définitions du bien juridique le rapport dynamique qui unit le bien juridique à son titulaire et à la société dans laquelle il évolue. Une telle prise en compte du caractère social du droit doit sans doute être saluée mais il n'en reste pas moins qu'elle entraîne des conséquences extrêmement déconcertantes pour le juriste français, peu habitué aux définitions complexes, pour ne pas dire alambiquées, qu'engendre cette prise en compte du caractère dynamique et réciproque du fait social et du bien juridique. Les théories contemporaines ne semblent pas, par ailleurs, résoudre le problème de la définition du concept qui nous intéresse.

Les auteurs ne sont en effet pas mieux parvenus que leurs aînés à unifier le concept et aucune définition ne semble s'être véritablement imposée. Le rattachement simultané du bien juridique au monde des valeurs et à une source de normativité (loi, Constitution ou conventions internationales) complexifie encore la détermination de leur nature juridique en même temps qu'il permet de douter d'une rupture véritable avec le positivisme juridique.

166. **Conclusion de Chapitre.** ____ À l'issue de cette présentation historique du concept, il semble bien difficile de dégager une véritable définition du bien juridique. Droit subjectif, « bien », intérêt, principe téléologique, valeur objective, sentiment du peuple, valeur sociale, relation sociale dynamique valorisée, droit constitutionnel ou droit de l'homme... Le bien juridique s'est vu attribuer à peu près autant de nature juridique qu'il était possible d'en concevoir.

Quelque peu déroutant pour qui veut étudier le concept, le constat n'a pourtant rien de surprenant : considéré depuis la fin du XIX^{ème} siècle comme un élément essentiel de l'infraction allemande, il a évolué en même temps qu'elle, que ce soit sur ses terres d'origine ou dans les pays qui l'ont pris comme modèle avant de l'adapter à leur propre culture juridique. Il paraît donc logique que le concept se fasse concret et descriptif dans les théories rationalistes du début du XIX^{ème} siècle, se dote d'un contenu axiologique fort avec l'introduction d'éléments normatifs dans la caractérisation de l'injuste ou soit entendu dynamiquement depuis l'introduction de considérations sociologiques dans les théories juridiques.

Profondément dépendant de l'arrière plan philosophique adopté, le bien juridique va alors alternativement apparaître comme individuel ou collectif, subjectif ou objectif, formel ou substantiel, abstrait ou concret, selon les époques et les conceptions dominantes du pouvoir étatique de punir.

³⁹² Les théories abolitionnistes du droit pénal les accusent de trahir l'analyse conflictuelle de la société en adoptant une vision du droit qui ne serait plus vu comme un instrument d'oppression. Le professeur FERNANDEZ leur oppose la nécessité d'un certain pragmatisme. *Ibid.*, p. 139. Sur le courant abolitionniste du droit pénal, voir l'ouvrage de référence d'un de ses plus célèbres représentants : L. HULSMAN, *Peines perdues : le système pénal en question*, traduit par J. Bernat de Celis, Le centurion, 1982, 182 p.

167. — Transition. — Il peut paraître surprenant qu'un concept qui a fait couler autant d'encre dans des systèmes juridiques somme toute fort proches du nôtre (démocraties libérales de droit écrit) soit resté quasiment inconnu en France, où il ne fait que quelques apparitions furtives, rarement replacées dans le cadre plus global de la théorie de l'infraction. Depuis GARRAUD en son temps, rares sont les auteurs qui s'y sont réellement intéressés et il nous semble hasardeux de nous réfugier derrière son seul caractère insaisissable pour expliquer cet état de fait.

Il ressort en effet que les théories définissant l'infraction comme une violation du devoir d'obéissance envers l'état ou comme une atteinte à la norme n'admettent le plus souvent qu'une conception formelle du bien juridique alors que les théories qui voient dans l'infraction une atteinte à la personne avant d'y voir une atteinte à la société (que ce soit par la médiation d'un droit subjectif, d'un intérêt ou d'une « *relation socialement valorisée* ») cherchent à le doter d'un contenu matériel qui pourrait constituer une limite au droit pénal, c'est-à-dire une garantie pour le citoyen contre le risque d'arbitraire d'un État qui ne serait plus tout puissant à imposer sa volonté.

Ce constat est peut-être un élément d'explication à l'absence de consécration du concept en France. Car si les théories positivistes refusent de reconnaître un contenu matériel transcendant au bien juridique et nient son caractère préjuridique pour ne lui attribuer qu'une définition formelle et un caractère immanent au système juridique, peut-être peut-on inverser le raisonnement et formuler l'hypothèse de l'adhésion (implicite ?) du droit français au modèle « *impérialiste* ». Le traumatisme historique ayant conduit au violent rejet du positivisme juridique est nettement moins marqué en France qu'en Allemagne, en Italie ou en Espagne et cela pourrait expliquer que la doctrine française n'ait pas ressenti avec la même acuité la nécessité d'une délimitation *a priori* du champ du droit pénal et continue à accorder sa confiance aux garanties formelles offertes par notre système normatif démocratique.

Chapitre 2

Une existence juridique incertaine.

168. Si l'absence de reconnaissance véritable d'un concept formel de bien juridique en France semble pouvoir s'expliquer par la possibilité technique de recourir à d'autres notions pour résoudre les problèmes qui se posent au juriste, l'absence d'une conception matérielle du bien juridique semble en revanche beaucoup plus significative. Si le droit français n'a pas cru bon de se doter d'un concept promettant de délimiter *a priori* le domaine du droit pénal, c'est sans doute qu'il ne le souhaite pas et qu'il entend au contraire l'infraction avant tout comme une atteinte à la loi.

Pour nous en assurer, il nous faut entreprendre une rapide relecture du droit pénal positif en essayant de nous dégager de l'opposition généralement mise en avant entre théories objectives et théories subjectives, qui ne représente pas le clivage entre conception de l'infraction comme atteinte à la loi ou comme atteinte à un bien juridique antérieur à elle³⁹³. Or, vu sous ce dernier angle, notre droit pénal révèle d'importants stigmates d'une conception formelle de l'infraction comme atteinte à la loi (Section 1), observation corroborée par l'étude des fondements théoriques généralement admis qui montre l'attachement au positivisme étatique (Section 2).

³⁹³ Cette opposition est en effet souvent liée, en France, à celle existant entre les théories révolutionnaires issues du contrat social et les théories de l'autolimitation de l'État. Pour important que soit le clivage, il n'en reste pas moins limité à un débat au sein du positivisme étatique, la loi étant dans les deux cas la seule source légitime de normativité. Voir *supra*, n°5 et s. Il faut néanmoins souligner que la distinction entre positions subjectives et objectives peut correspondre à d'autres classifications en fonction du critère adopté. Les théories objectives peuvent ainsi renvoyer, selon les auteurs, aux conceptions utilitaristes, au positivisme juridique ou aux théories naturalistes alors que les théories subjectives peuvent désigner la conception canonique, celle de l'ancien régime, certaines théories normativistes ou encore les théories finalistes (selon que l'on s'attache, par exemple, à la seule « *intention mauvaise* » de l'agent ou à son état d'esprit face à une action déterminée envisagée comme action finale). Comparer par exemple : W. JEANDIDIER, *Droit pénal Général*, Montchrestien, coll. *Domat Droit privé*, 1988, p. 210-212 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général*, *op. cit.* p. 216-218. ; J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, thèse Lyon, Paquet, 1942, p. 18-19..

Section 1

Les stigmates d'une conception formelle de l'infraction.

169. Bien qu'il nous soit impossible d'analyser l'ensemble des règles de notre droit pénal positif et qu'il faille déjà avertir que certains mécanismes sur lesquels nous reviendrons peuvent paraître contradictoires avec les observations que nous allons faire ici, il nous semble possible de dégager des signes forts d'une conception française du délit comme violation de la loi, que l'on étudie les conditions de la répression (I) ou la question de la justification (II).

I Dans les conditions de la répression.

170. Lors de la présentation historique du concept, nous avons eu l'occasion d'observer que les théories défendant une conception du délit comme atteinte à la loi ou comme violation d'un devoir d'obéissance envers l'État relèguent au second plan le résultat matériel ou concret³⁹⁴ de l'acte infractionnel et accordent la plus grande importance à la réprobation de l'action ou omission prohibée. Si l'existence même d'infractions formelles ou de prévention peut déjà être interprétée comme un signe du recul du résultat au profit de l'activité matérielle et donc de la substitution du risque du résultat au résultat comme fondement de la responsabilité pénale³⁹⁵, nous allons pour l'instant nous attacher à l'étude des règles générales de la pénalité, moins équivoques en ce qui concerne notre sujet³⁹⁶. Il nous semble en effet que celles-ci, en particulier en matière de tentative et de complicité, rejettent l'idée d'une gradation de l'injuste (A) et révèlent, avec celles applicables aux concours d'infractions qui ne prennent que faiblement en compte de la multiplicité des biens juridiques affectés (B), une conception du délit comme violation de la loi.

A. L'absence de « gradation de l'injuste » par le critère de l'atteinte au bien juridique.

171. Le Code pénal dispose, en son article 121-4, qu'« est auteur de l'infraction la personne qui 1° Commet les faits incriminés, 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit » et en son article 121-6 que « sera puni comme auteur le complice de l'infraction ». Il résulte de ces articles qu'en droit français, l'auteur d'une tentative punissable encourt la même peine que l'auteur de l'infraction consommée correspondante, ce qui démontre une certaine indifférence à la gravité de l'atteinte subie par le bien juridique (1) et que le complice encourt la même peine que s'il s'était rendu lui-même coupable de l'infraction, le caractère indirect de l'atteinte au bien juridique étant sans conséquence (2).

³⁹⁴ Nous reviendrons *infra*, p. 158 et s., sur les différentes définitions du résultat de l'infraction et sur les difficultés qu'elles peuvent soulever. Pour l'heure, nous entendons par résultat matériel la « modification du monde extérieur qui résulte de l'acte matériel prohibé » comme l'entendait GARRAUD ; voir : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, *op. cit.*, p. 181, n°317. Le résultat que nous appelons « concret » s'apparente au résultat matériel : c'est l'atteinte au bien juridique concret, c'est-à-dire au bien juridique rattaché à un titulaire déterminé.

³⁹⁵ J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, *op. cit.*, p. 39. Notons que la date de publication de cette thèse (1942) rend particulièrement intéressante l'analyse de l'auteur sur la subjectivisation de l'infraction française, à l'image du « nouveau droit pénal allemand », désigné comme « volontaire » ; *Ibid.*, p. 38 et 76.

³⁹⁶ Nous avons vu en effet que certaines théories du bien juridique pouvaient conduire à légitimer les infractions de prévention : voir *supra*, p. 54 et s.

1°/ L'indifférence à la gravité de l'atteinte.

172. Alors que le droit pénal directement issu de la Révolution française ne punissait quasiment jamais la simple tentative d'infraction³⁹⁷, on vit se multiplier les cas de tentative punissable dès le début du XIX^{ème} siècle, jusqu'à l'admission, par le Code pénal de 1992, de la punition systématique de la tentative de crimes et de la possibilité de punir la tentative de tous les délits déterminés par le législateur. Généralement analysé comme un retour du subjectivisme à finalité répressive suite à un objectivisme révolutionnaire démesuré en ce qu'il exigeait la constatation d'un trouble effectif à l'ordre social avant que de pouvoir intervenir³⁹⁸, ce renversement nous semble, comme toutes les règles applicables en la matière, pouvoir être opportunément analysé sous un autre angle, que l'on se penche sur le domaine de la tentative punissable (a) ou sur sa pénalité (b).

a. Le domaine étendu de la tentative punissable.

173. ___ **La répression du risque pour le bien juridique.** ___ Que l'on soit face à une infraction suspendue ou à une infraction manquée, l'analyse est identique si l'on se place du point de vue de l'objet de protection de l'infraction. Si l'on considère que l'objet de protection de l'infraction est le bien juridique concret, l'infraction simplement tentée ne lui porte pas atteinte et est donc dépourvue de résultat (concret). Si l'on considère en revanche que l'objet de protection de l'infraction est la loi, l'infraction tentée comporte en elle-même ce résultat (abstrait), le commencement d'exécution étant déjà une violation de la loi. La possible répression de la tentative signifie alors que le droit pénal prend en compte autre chose que le seul résultat concret³⁹⁹, que l'atteinte au bien juridique concret protégé par l'infraction.

On ne peut pas pour autant en déduire l'adoption, par le droit français d'une conception du délit comme violation de la loi, la répression pouvant être justifiée par d'autres considérations et notamment, pour ce qui nous intéresse, par le risque encouru par le bien juridique. L'impunité de principe des actes préparatoires comme l'exigence prétorienne d'actes qui doivent avoir pour « *conséquence directe et immédiate la consommation* » de l'infraction pour qualifier le commencement d'exécution⁴⁰⁰ peuvent en effet s'analyser comme la nécessité d'un risque concret pour un bien juridique déterminé, ce que permettent de réprimer les théories du bien juridique les plus restrictives. Cette « *mise au second plan du résultat*⁴⁰¹ [concret] » au profit de la réprobation du comportement semble devoir être d'autant plus nuancée que le Code pénal ne prévoit pas la répression de la tentative de contravention et impose au législateur de prévoir expressément la punition de la tentative des délits.

³⁹⁷ Seules les tentatives d'assassinat et d'empoisonnement étaient alors réprimées. Voir : J.-F. CHASSAING, « Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », art. préc. , p. 445 et s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 214. Souvent expliquée comme le fruit d'une conception objective, cette situation peut également être expliquée par « l'idée kantienne et feuerbachienne, que la soumission à une Constitution civile donnait assez de garanties pour une sécurité suffisante contre des atteintes au droit ». En ce sens, à propos du droit allemand du XIX^{ème} siècle : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc.

³⁹⁸ L'admission même de la tentative punissable, l'identité des peines encourues pour l'infraction tentée et consommée et, plus encore, la répression de l'infraction impossible, sont ainsi souvent analysées comme le triomphe des conceptions subjectives. Voir par exemple, respectivement : J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, op. cit., p. 45. ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 186 et 195. ; *Ibid.*, p. 193.

³⁹⁹ J. BELLAMY, *Le préjudice dans l'infraction pénale*, thèse Nancy 1937, Imprimerie Georges Thomas, p. 107.

⁴⁰⁰ Cass. Crim., 29 décembre 1970, *Gazette du Palais*, 1971, I, 134 ; Cass. Crim., 8 novembre 1972, *Gazette du Palais*, 1973, I, 205, note DOUCET.

⁴⁰¹ Sur l'idée de substitution globale du risque au résultat en droit pénal, voir notamment : J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, op. cit., p. 38-40 et 45. Dans le même sens : A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1982, p. 43- 44, pour qui « l'indifférence que le droit pénal témoigne au résultat matériel est illustrée par la tentative punissable ».

174. Mais si la seule existence de tentatives punissables ne paraît pas véritablement significative, la possibilité de poursuivre, par ce biais, les infractions dites « impossibles », l'est davantage pour ne pouvoir s'appuyer sur un risque concret.

175. — **La répression de la tentative d'infraction impossible.** — Dans le silence du Code⁴⁰², c'est la jurisprudence qui a dû décider de la possibilité de réprimer l'infraction impossible. Elle s'est prononcée très clairement dans un sens positif, dans tous les cas de figure⁴⁰³, ignorant les subtiles distinctions proposées par la doctrine⁴⁰⁴. Elle a ainsi rejeté la distinction proposée par le professeur GARRAUD entre impossibilité de droit et de fait⁴⁰⁵, distinction que l'on peut aisément rattacher au bien juridique. On peut en effet considérer que l'impunité du « meurtre » de la victime déjà morte, impossibilité de droit selon cet auteur, serait justifiée par l'absence de bien juridique (concret) et donc par l'impossibilité de lui porter atteinte (la vie déjà éteinte ne peut plus faire l'objet d'une lésion ou même d'une mise en danger). La répression du vol dans une poche vide, qualifiée d'impossibilité de fait, serait en revanche justifiée car si la « chose » fait défaut, le bien juridique (même concret), c'est-à-dire le patrimoine de la victime ou son droit à la propriété, existe lui bel et bien et peut donc faire l'objet d'un attentat⁴⁰⁶.

Mais si nous verrons que l'admission de la répression de l'infraction impossible en tant que tentative, même en cas d'absence du bien juridique concret, n'est pas forcément le signe du rejet du bien juridique comme objet de protection de l'infraction⁴⁰⁷, la position de la jurisprudence française semble en tout cas parfaitement compatible avec une conception de l'infraction comme violation de la loi : le commencement d'exécution de l'infraction, que sa consommation soit ou non possible, est déjà une atteinte à la loi et l'inexistence du bien juridique visé, ou l'absence de risque réel pour celui-ci, sont sans importance. La répression de l'infraction, même absolument impossible du fait des moyens choisis, montre en effet qu'un risque concret n'est pas exigé, celle de l'impossibilité tenant à l'objet permettant de conclure que l'existence même d'un bien juridique concret effectivement menacé n'est pas nécessaire.

176. Mais cette indifférence du droit français à la gradation de l'atteinte *lato sensu* subie par le bien juridique est surtout patente dans la pénalité attachée à la tentative punissable, identique à celle de l'infraction consommée correspondante.

⁴⁰² Ce n'est pas le cas de tous les pays, certaines législations se prononçant expressément sur la question, dans des sens divers : J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, n°194.

⁴⁰³ Pour une vue d'ensemble des solutions jurisprudentielles, d'abord fluctuantes avant l'admission, dans tous les cas, de la répression de la tentative d'infraction impossible, voir : A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », *Mélanges offerts à Albert CHAVANNE*, Litec, 1990, p. 171-172.

⁴⁰⁴ Sur ces distinctions : *Ibid.*, p. 168-170. ; Cass. Crim., 16 janvier 1986, R.S.C. 1986, observations de G. LEVASSEUR p. 839 et s. et d'A. VITU p. 849 et s. Nous reviendrons plus longuement sur ces distinctions et en particulier sur celle du professeur GARRAUD *infra*, n°318 et s.

⁴⁰⁵ Voir, après la présentation des théories précédemment élaborées et notamment la critique de la distinction proposée par ORTOLAN : R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français, op. cit.*, p. 507 et s., en particulier, p. 516-519, n°242.

⁴⁰⁶ Cette distinction est à son tour rejetée par le professeur VARINARD, au motif que l'inexistence de la chose appartenant à autrui serait une impossibilité de droit et non de fait, « la valeur sociale légalement protégée [faisant] défaut. » Voir : A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », art. préc., p. 170. Cette objection nous semble néanmoins erronée car elle semble considérer la chose, et même en réalité chaque chose déterminée, comme valeur protégée (ou bien juridique), ce qui ne nous semble fort contestable. Même en admettant une définition très concrète du bien juridique, individualisé et rattaché à son titulaire, l'infraction ne peut protéger que le patrimoine de la personne dans son ensemble, ou le lien qui l'unit à lui mais sans doute pas chacun des éléments de ce patrimoine.

⁴⁰⁷ Von LISZT notamment, bien que s'affirmant défenseur des théories objectives, admettait la répression de la tentative d'infraction impossible, le risque encouru par le bien juridique devant s'apprécier *ex ante* et l'inexistence du bien juridique n'apparaissant que *ex post*. Seules restent impunies les tentatives non dangereuses (ou absolument impossibles) qui ne sont pas de véritables tentatives. Il distingue alors, dans le cas d'une tentative d'avortement sur une femme non enceinte, selon qu'il était ou non possible qu'elle le soit. Voir : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, T. III, p. 16-18. Sur la question et la position des théories subjectives allemandes, voir J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand, op. cit.*, p. 396-398. Nous reviendrons sur ces questions : *infra*, n°598 et s.

b. La pénalité sévère de la tentative punissable.

177. Du point de vue du bien juridique concret, l'infraction simplement tentée se distingue fondamentalement de l'infraction consommée en ce qu'elle ne comporte pas d'atteinte à ce bien juridique⁴⁰⁸. Si le bien juridique (concret) était l'objet véritable de l'infraction pénale, il serait alors logique que sa lésion soit réprimée plus sévèrement que sa simple mise en danger ; autrement dit, que l'atteinte soit davantage réprimée que le simple attentat. Or ce n'est pas la solution du droit français positif. A la différence des droits étrangers dans lesquels le bien juridique est considéré comme un concept fondamental de l'infraction⁴⁰⁹, le droit français aligne la répression de la tentative punissable sur celle de l'infraction consommée. Il est vrai que l'on peut voir dans cette solution une consécration des théories subjectives, la dangerosité de l'individu ou son hostilité à l'ordre juridique étant identique à celle de l'auteur de l'infraction consommée, mais il est possible de proposer une autre lecture.

Si l'on entend l'infraction comme une violation de la loi et que l'on considère alors celle-ci comme étant le véritable objet de protection de la loi pénale, elle n'est pas susceptible de véritable lésion⁴¹⁰ et se trouve atteinte de la même façon par le simple commencement d'exécution que par la consommation de l'infraction. Dans cette optique, l'existence d'un résultat matériel d'atteinte à la loi étant impossible, la réalisation de l'atteinte à l'objet de protection ne peut que se situer au stade du comportement prohibé et l'atteinte effective au bien juridique concret est logiquement indifférente au regard de la peine encourue⁴¹¹. On voit alors nettement l'importance de la réprobation du comportement au détriment de la réprobation du résultat⁴¹² et le stade de la consommation n'apparaît comme véritablement déterminant qu'en cas d'abandon du projet criminel par le délinquant. Car si le désistement volontaire est logiquement encouragé et permet d'« effacer » l'atteinte à la loi causée par le comportement⁴¹³, une fois le seuil de consommation atteint, la préservation éventuelle du bien juridique par un repentir actif n'est traditionnellement pas prise en compte⁴¹⁴.

⁴⁰⁸ En ce qui concerne les infractions matérielles seulement, les infractions formelles et de prévention ayant justement cette particularité d'être consommées en l'absence de résultat matériel.

⁴⁰⁹ Le Code pénal espagnol prévoit ainsi, en son article 62, que les auteurs de tentative se verront imposer une peine inférieure d'un ou deux degrés à celle prévue par la loi pour le délit consommé. Le II3 (2) du Code pénal allemand prévoit également que la peine de la tentative est atténuée par rapport à celle de l'infraction consommée correspondante. Si la doctrine de ces pays justifie quasiment toujours cette solution par le recours au bien juridique et reprochent aux théories impérativistes de ne pas pouvoir expliquer cet état du droit positif, il faut néanmoins relever que ce n'est pas la seule explication possible. Le Code pénal français de 1791 connaissait ainsi cette atténuation jusqu'en 1796, pour des raisons toutes différentes tenant à l'absence de trouble à l'ordre public. Sur ce dernier point, voir : C. SAPHORE, « La Constitution dans la jurisprudence criminelle de la Cour de Cassation (1791-1810) », *Politeia* n°5, 2005, p. 226.

⁴¹⁰ Cette idée a déjà été développée ; voir *supra* pour la critique de BINDING à FEUERBACH, n°52. Le raisonnement est strictement identique si l'on admet que l'infraction protège un bien juridique mais que celui-ci est défini de façon purement abstraite, comme valeur objective. Voir *supra* p.54 et s.

⁴¹¹ Ce raisonnement ne vaut que pour les règles théoriques de la tentative. Il en va autrement dans la pratique judiciaire. Voir notamment : J. PRÄDEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 40.

⁴¹² On retrouve là un critère jugé fondamental par la doctrine d'inspiration germanique : la réprobation du résultat, à la différence de la réprobation de l'acte, exigeant la lésion effective du bien juridique. Voir par exemple l'article du célèbre professeur de l'université de Santiago au Chili : J. BUSTOS RAMÍREZ, « Imputación objetiva y bien jurídico », [en ligne], <<http://www.cienciaspenales.org>>, p. 5.

⁴¹³ Remarquons néanmoins que l'absence de désistement volontaire est le plus souvent présentée en France comme une condition positive de la tentative punissable alors que le désistement apparaît en Allemagne comme une cause de non-punissabilité. Voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand, op. cit.*, p. 395, note 1427. L'impunité de celui qui s'est désisté volontairement est en général justifiée par des arguments utilitaristes ou par l'absence de dangerosité de l'agent mais l'on peut noter la solution originale (et très subjectiviste) du professeur PROTHAIS pour qui la tentative se caractérise par l'irrévocabilité de la résolution délictuelle ou criminelle de l'agent et pour qui, par conséquent, le désistement volontaire fait obstacle à la reconnaissance d'un commencement d'exécution. Voir : J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 220-221.

⁴¹⁴ La solution traditionnelle d'indifférence au repentir actif a néanmoins subi de fortes atténuations récemment avec l'introduction par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité de l'article 132-78 al.1 du Code pénal. Nous verrons néanmoins que cette réforme est ambivalente au regard de notre sujet ; voir *infra*, n°282.

178. Si les règles relatives à la tentative punissable semblent bien exprimer une certaine conception du droit français de l'infraction comme violation de la loi, il en est de même, quoique moins nettement, pour les règles relatives à la complicité.

2°/ L'indifférence au caractère indirect de l'atteinte.

179. Le lien entre les règles relatives à la complicité et la question de l'objet de protection de l'infraction n'apparaît pas de façon aussi évidente qu'en matière de tentative. Pourtant, si l'on met à part le cas de l'instigateur, il apparaît que le complice n'a qu'un lien indirect avec le bien juridique, que l'on se place d'un point de vue objectif ou subjectif. Malgré cela, le droit français punit le complice aussi sévèrement que l'auteur principal de l'infraction (a) et apprécie souplement l'exigence de causalité entre son comportement et la réalisation de l'infraction (b).

a. L'assimilation du complice à l'auteur.

180. **Le principe de l'assimilation.** Le droit français prévoit que le complice sera puni « *comme auteur* », c'est-à-dire qu'il encourt les mêmes peines que s'il était lui-même l'auteur principal de l'infraction⁴¹⁵. Cette solution révèle une fois encore une absence de prise en compte du bien juridique : le complice n'a qu'un lien indirect avec le bien juridique protégé puisque son comportement ne lui porte atteinte que de manière médiate⁴¹⁶.

L'on pourrait objecter que si cette observation est valable pour la complicité par aide ou assistance, elle doit être écartée pour l'instigateur, parfois véritable « *auteur intellectuel* » de l'infraction⁴¹⁷ dont l'intention de porter atteinte au bien juridique, parfois plus forte que celle de l'auteur matériel, justifierait la sévérité de la répression. L'absence de lien direct d'un point de vue matériel entre son action et l'atteinte au bien juridique se trouverait compensée par l'intensité de ce lien d'un point de vue subjectif. C'est exactement le raisonnement des droits espagnols et allemands qui déduisent du lien indirect entre le comportement du complice et l'atteinte au bien juridique une répression moindre que celle de l'auteur matériel mais excluent du bénéfice de cette atténuation l'auteur intellectuel ou celui qui provoque à une infraction⁴¹⁸.

⁴¹⁵ Sur les problèmes nés de cette formulation, notamment dans les cas où la loi prévoit que l'auteur doit avoir une qualité particulière, comme par exemple celle d'agent public : voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 242-243, n°425. ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal Général*, 16^e éd., Economica, coll. *Corpus droit privé*, 2009, n°561 et s. Notons que pour les premiers, l'on peut aujourd'hui encore parler d'« *emprunt absolu de pénalité* » alors que pour les seconds, le système de l'assimilation aujourd'hui en vigueur est distinct de celui de l'emprunt de pénalité consacré par l'ancien Code pénal. Bien que nous ne puissions pas ici nous attarder sur cette question, nous verrons *infra*, n°668 et s. que, plus que la pénalité de l'auteur principal, c'est en réalité l'« *injuste* » qu'emprunte le complice. Certaines solutions jurisprudentielles, par un trop grand assouplissement de la condition relative au fait principal punissable, semblent néanmoins s'orienter davantage vers la reconnaissance d'un délit distinct de complicité, déjà souhaité par CARBONNIER. Voir la solution contestable rendue par la Cour de Cassation le 8 janvier 2003, admettant la punition du complice alors que l'élément moral de l'auteur principal faisait défaut en raison d'une absence d'intention criminelle : Cass. Crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim. n°5*. Sur la théorie de la complicité-délict distinct et son admission dans le cas où le fait principal serait couvert par une cause de droit, voir notamment : J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *J.C.P.* 1952, I, 1034.

⁴¹⁶ La doctrine allemande parle d'« *atteinte accessoire au bien juridique* » : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 339 et s.. On retrouve la même idée chez ORTOLAN qui, dans une métaphore théâtrale, désigne les complices comme des acteurs accessoires : J. L. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 568.

⁴¹⁷ Sur cette notion, qui dépasse largement la question de la complicité, voir : J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, thèse Bordeaux, 2001, 685 p.

⁴¹⁸ Les II5 et 26 du Code pénal allemand punissent en effet comme auteur celui qui commet l'infraction « *par l'intermédiaire d'un tiers* » et celui qui « *intentionnellement, détermine un tiers à commettre intentionnellement un acte illicite* ». Le II7 al. 2 prévoit en revanche une atténuation de peine pour le complice (les agents visés par les précédents articles étant exclus de cette notion). Voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 398-399, note 1444. Le Code pénal espagnol, après avoir qualifié d'auteurs, en son article 28, ceux qui induisent directement autrui à commettre une infraction et ceux qui coopèrent à son exécution par un acte sans lequel l'infraction n'aurait pas été réalisée (et donc ont un lien direct avec la lésion du bien juridique, psychologique ou matériel), définit le complice comme celui qui coopère à l'exécution de l'acte en son article 29. Le complice encourt, au terme de l'article 63, une peine inférieure d'un grade à celle encourue par l'auteur.

Mais que l'on considère que le complice emprunte la criminalité de l'auteur matériel ou qu'il lui est assimilé, il est certain que le droit français refuse de prendre en compte la nature du lien unissant le complice au bien juridique et semble une fois encore pouvoir se rattacher à une conception de l'infraction comme violation de la loi : le complice savait qu'il favorisait la commission d'une infraction, il a par là entendu violer la loi, au même titre que l'auteur principal⁴¹⁹.

181. Cette analyse paraît d'autant plus justifiée que certaines solutions jurisprudentielles semblent admettre la complicité en l'absence de lien véritable entre le comportement du complice et l'atteinte au bien juridique.

b. L'admission souple de l'exigence de causalité.

182. Le droit français exige en principe que l'acte de complicité ait été « causal », c'est-à-dire qu'il ait bien facilité ou provoqué l'infraction⁴²⁰ mais la compréhension de cette exigence de causalité par la jurisprudence est extrêmement souple. Si la jurisprudence ne va pas jusqu'à admettre en principe la « complicité de complicité », elle réprime la complicité par l'intermédiaire d'un tiers, c'est-à-dire un lien tout de même très indirect, d'un point de vue matériel, entre le comportement du complice et l'atteinte au bien juridique⁴²¹.

Elle admet également un simple lien psychologique en réprimant au titre de la complicité la simple « aide morale », y compris par une attitude passive⁴²². Elle n'exige pas non plus que la causalité soit certaine puisqu'elle a pu décider que l'acte du complice n'avait pas à être indispensable ou qu'il pouvait être réprimé même si l'aide ou les instructions fournies n'avaient finalement pas été utilisées ou étaient inefficaces⁴²³. Dans ces derniers cas, l'acte de complicité peut certes être rattaché à l'acte infractionnel de l'auteur principal mais il n'a plus de véritable lien avec le bien juridique atteint ou mis en danger par l'infraction de l'auteur principal.

L'existence de solutions rejetant la complicité lorsque la victime n'est pas celle qui était prévue ou que l'infraction réalisée n'est pas celle qui était projetée ne permet pas de tirer de conclusions péremptoires⁴²⁴, mais nous pouvons au moins affirmer que l'existence d'un lien de cause à effet entre l'acte du complice et l'atteinte au bien juridique n'est pas une condition indispensable à la complicité, sauf à entendre ce lien de façon purement subjective.

⁴¹⁹ Cette idée se retrouve dans la définition de l'élément moral de la complicité, nécessairement intentionnelle. Voir par exemple la définition de F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal Général, op. cit.*, n°546 : « la connaissance du caractère délictueux des actes de l'auteur et la volonté de participer à leur commission ».

⁴²⁰ Voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 237-238, n°414.

⁴²¹ La doctrine distingue alors parfois la « complicité au second degré », non punissable, de la complicité « par l'intermédiaire d'un tiers », qui est punie, quelle que soit la proximité temporelle ou matérielle avec l'atteinte au bien juridique et le nombre d'intermédiaires, dès lors que le « complice » avait bien l'intention, ou au moins conscience, de s'associer à un comportement prohibé. Voir par exemple : Cass. Crim., 15 décembre 2004, *Bull. crim. n°322* ; R.S.C. 2005, p. 218, observations G. VERMELLE, « Récurrence de la complicité de complicité » ; *AJ Pénal* 2005, p. 155, observations G. ROUSSEL, « La complicité indirecte est punissable » ; E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », *Droit Pénal* n°6, juin 2007, étude 9, p. 4.

⁴²² Le professeur DECOCQ avait dégagé de la jurisprudence relative à la complicité par abstention des conditions permettant d'établir la collusion et donc la complicité par aide ou assistance. Le professeur VITU soulignait, à propos d'un arrêt rendu par la chambre criminelle le 19 décembre 1989, que cette exception au principe selon lequel seules les actions nuisibles à la société pouvaient être réprimées devait rester encadrée afin de ne pas créer une présomption de collusion, assise sur des considérations d'ordre uniquement psychologique et donc incertaines. Voir : A. VITU, « La complicité par abstention », *Dalloz* 1990, Chron. p. 775 et s. L'assimilation de l'omission à l'action nous semble en revanche tout à fait justifiée en cas d'omission dans la fonction, la protection du bien juridique étant alors un devoir particulier de l'agent.

⁴²³ Sur ces jurisprudences, voir notamment : *Ibid.* ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 525-530.

⁴²⁴ *Ibid.* Si la réalisation d'une infraction distincte de celle prévue ne s'attache qu'au bien juridique abstrait, la prise en compte de l'identité de la victime est en revanche beaucoup plus surprenante car elle semble exiger que le lien subjectif entre le complice et l'atteinte au bien juridique porte sur un bien juridique concret.

183. Mais la mise au second plan du résultat concret ou du lien de causalité entre le comportement de l'agent et l'atteinte au bien juridique n'apparaît pas seulement en matière de tentative et de complicité, on peut également l'observer dans les règles relatives au concours d'infractions.

B. La faible aggravation de l'injuste par le concours d'infractions.

184. Sans rentrer pour l'instant dans l'épineuse question de la qualification et du concours dit « idéal » d'infractions, la simple observation des règles de pénalité régissant les concours (réels ou idéaux⁴²⁵) d'infractions est riche d'enseignement. Celles-ci semblent là encore s'apparenter à une conception de l'infraction comme violation de la loi (1), et à plus forte raison si on les compare avec les règles régissant la récidive légale ou la réitération d'infractions (2).

1°/ Le cumul limité des peines des infractions en concours.

185. Sous l'empire de l'ancien Code pénal, le principe en matière de concours d'infractions était celui du non cumul des peines⁴²⁶. Le Code pénal de 1992 a renversé le principe et prévoit désormais le cumul des peines pour les crimes et délits, mais à l'exception notable des peines de même nature dont une seule peut être prononcée « dans la limite du maximum légal le plus élevé⁴²⁷ ». Souvent critiquée pour conférer une sorte d'« impunité pour les infractions les moins graves⁴²⁸ », la solution de l'ancien Code pénal pouvait être analysée comme le signe d'une indifférence totale à la multiplicité de biens juridiques atteints par l'infraction, que ceux-ci soient de nature juridique différente (multiplicité de biens juridiques « abstraits » et « concrets ») ou de même nature (unicité de bien juridique « abstrait », multiplicité de biens juridiques « concrets »). Les dispositions actuelles peuvent laisser penser à un renversement de tendance puisque le cumul des amendes contraventionnelles et des peines de natures différentes peut permettre d'aggraver la répression lorsque plusieurs biens juridiques ont été lésés. Mais la cohérence est loin d'être totale.

On comprend mal tout d'abord, du point de vue du bien juridique, que les contraventions et donc les atteintes les moins graves, permettent le cumul des peines d'amende sans limite alors que pour les atteintes les plus graves, criminelles ou délictuelles, la multiplicité de biens juridiques atteints puisse rester sans conséquence. Si les peines encourues pour deux infractions en concours sont de même nature, que le concours soit dit homogène ou hétérogène⁴²⁹, alors la solution quant à la peine encourue par l'agent sera en effet identique à celle que dictait l'ancien Code pénal. L'agent qui aura commis un meurtre encourt la même peine que celui qui en aura commis plusieurs, et la même peine principale que celui qui aurait, dans un autre temps, commis des viols. Sauf dispositions particulières⁴³⁰, l'atteinte à plusieurs biens juridiques distincts n'a de ce fait de

⁴²⁵ Concours réels et idéaux obéissent en effet aux mêmes règles de pénalité. La solution n'est guère discutée, les difficultés résidant seulement dans la qualification des concours idéaux. Sur ceux-ci, voir *infra*, n°279 et s.

⁴²⁶ Sur les exceptions anciennes au principe et les subtilités jurisprudentielles, notamment sur l'admission du cumul des peines complémentaires, voir : Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *Journal officiel de la République française*, 1993, p. 71 et s. Sur les subtilités jurisprudentielles sous l'empire de l'ancien Code pénal : V. LESCLOUS, « Le cumul réel d'infractions », *R.S.C.* 1991, Chron. p. 717.

⁴²⁷ Art 132-3 du Code pénal en cas de procédure unique et 132-4 en cas de procédures séparées. Rappelons que l'art. 132-7 prévoit une exception importante à cette absence de cumul des peines de même nature pour les amendes contraventionnelles.

⁴²⁸ Voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, *op. cit.*, p. 283.

⁴²⁹ Nous reprenons ici la terminologie employée par J. WALTHER dans sa thèse, le concours étant qualifié d'hétérogène s'il concerne des biens juridiques « abstraits » différents, d'homogène s'il concerne la violation répétée d'un même bien juridique « abstrait ». Voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 425.

⁴³⁰ Le législateur incrimine en effet, par le biais des circonstances aggravantes, ce qui correspond, d'un point de vue criminologique, à un concours d'infraction (par exemple, le vol avec violence). Nous reviendrons sur ce point *infra*, n°282 et s.

véritables conséquences sur la peine qu'au niveau des peines complémentaires⁴³¹ ou occasionnellement, lorsque seule une des deux infractions est réprimée d'un certain type de peine (l'hypothèse la plus fréquente étant celle du concours entre un crime et un délit)⁴³². Dans le cas, par exemple, d'un concours réel entre un meurtre et un vol, l'agent encourt une peine de 30 ans de réclusion criminelle et 45 000€ d'amende s'il s'agit d'un vol simple, c'est-à-dire une peine supérieure à celle de notre exemple précédent où l'agent avait commis deux meurtres. Même si un souci de pragmatisme a pu légitimement conduire à rejeter le cumul absolu des peines, ces solutions n'en sont pas moins difficilement explicables, d'autant que certains droits étrangers semblent offrir des modèles satisfaisants, quoique parfois complexes, de cumul juridique des peines⁴³³.

186. Cette indifférence partielle des règles de pénalité françaises à la multiplicité de biens juridiques atteints peut également surprendre à un autre titre, dans la comparaison avec les règles de la récidive légale et de la réitération d'infractions.

2°/ La saisissante comparaison avec la récidive légale et la réitération.

187. — **Pénalité de la récidive légale.** — Il peut paraître suprenant de s'appuyer sur la récidive pour montrer l'indifférence du droit français au concept de bien juridique alors même que c'est sur ce critère que semble fondée la récidive spéciale délictuelle⁴³⁴ mais ce qui nous intéresse ici est la question de sa pénalité. Le droit français, plusieurs fois modifié récemment⁴³⁵, se veut en effet particulièrement répressif en matière de récidive légale : en plus de l'aggravation

⁴³¹ Notons que l'aggravation de la pénalité due au jeu des peines complémentaires était déjà admise par la jurisprudence sous l'empire de l'ancien Code pénal. Voir : Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 73 ; P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », *R.S.C.* 1973, p. 72.

⁴³² Si occasionnellement que certains auteurs renversent parfois le principe et renient ainsi la solution apparemment énoncée par le Code pénal. Voir par exemple : J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 750, pour qui « *le non cumul des peines est le système adopté par la France, mais de manière non absolue* ».

⁴³³ Voir par ex. : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 283-284, en particulier n°486 ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 748-751. Ainsi le droit allemand prévoit-il une aggravation de la peine encourue la plus grave pour les concours réels d'infraction (§53 et 54 du Code pénal allemand) mais non pour les concours idéaux, la peine la plus grave étant alors encourue (§52). Le droit espagnol est plus complexe : les articles 73 à 77 du Code pénal espagnol prévoient un système subtil de cumul des peines. En cas de concours réel, le principe est celui du cumul des peines (article 73). Néanmoins, en présence d'un concours homogène commis en exécution d'un plan préconçu ou dans les mêmes circonstances (délict ou faute dits « *continus* » de l'article 74), la peine encourue sera au minimum celle de l'infraction la plus durement punie dans sa moitié supérieure et au maximum la moitié inférieure de la peine supérieure en grade. De plus, la peine effectivement effectuée ne pourra en aucun cas excéder un certain plafond, de 20 ans en principe mais qui peut être élevé à 35, 30 ou 40 ans selon la peine encourue pour l'infraction la plus grave ou pour 2 d'entre elles, la matière terroriste connaissant une aggravation spécifique (article 76). En cas de concours idéal d'infraction ou de réalisation d'une infraction-fin et d'une infraction-moyen, la peine encourue est celle de l'infraction la plus durement punie dans sa moitié supérieure sans qu'elle puisse excéder la somme des peines que l'on pourrait appliquer si les infractions étaient punies séparément. Ainsi, sachant que la peine encourue pour un meurtre non aggravé est de 10 à 15 ans de prison : l'agent qui commet deux meurtres encourt de 20 à 30 ans de prison (et n'en purgera que 20 au plus) en concours réel classique, de 12,5 à 17,5 ans de prison si les meurtres sont considérés comme « *continus* » et de 12,5 à 15 ans de prison en cas de concours idéal. Pour reprendre notre autre exemple et sachant que et le vol (délictuel non aggravé) est puni de 6 à 18 mois de prison, l'agent qui commet un meurtre et un vol en concours réel encourt de 10,5 ans à 16, 5 ans de prison. Si le meurtre est réalisé pour accomplir le vol ou inversement, l'agent encourt alors de 12,5 à 15 ans de prison.

⁴³⁴ Nous verrons en effet que c'est le bien juridique qui fournit le critère permettant d'identifier les délits « *assimilés* » au sens de l'article 132-10 du Code pénal. Voir *infra* n°283.

⁴³⁵ En particulier : Loi n°2005-1649 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales ; Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs. Voir par exemple : M. HERZOG-EVANS, « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ Pénal* 2007, p. 357 ; J.-B. THIERRY Jean-Baptiste, « L'individualisation du droit criminel », *Dalloz* 2008, p. 59.

significative de la peine encourue⁴³⁶, le législateur a récemment introduit une « *peine plancher* » en deçà de laquelle le juge ne peut, en principe, descendre⁴³⁷. Une telle sévérité, comparée à la relative clémence du cumul limité des peines en matière de concours d'infraction est difficilement explicable du point de vue du bien juridique. Deux atteintes à la propriété d'autrui qualifiées de vol simple sont ainsi punissables de 3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende si elles constituent un concours réel alors que le deuxième vol, seul, sera puni de 6 ans et 90 000€ d'amende si elles sont commises en état de récidive légale, avec une peine plancher de 1 an d'emprisonnement.

S'il n'est pas ici question d'apprécier la politique criminelle guidant cette différence de traitement⁴³⁸, nous pouvons déjà observer que du point de vue du bien juridique, les deux cas sont identiques : si un seul bien juridique abstrait est atteint dans la récidive spéciale alors que deux biens juridiques abstraits distincts peuvent être atteints dans la récidive générale, dans tous les cas, on trouve bien une atteinte à deux biens juridiques concrets.

Même si l'on peut se placer du point de vue de la « *dangerosité* » de l'agent pour expliquer l'aggravation de la répression, force est néanmoins de constater que la seule chose qui distingue parfois la récidive légale et le concours d'infractions est l'existence d'une condamnation définitive pour la première infraction. C'est alors bien cette condamnation seule, que l'on pourrait qualifier avec un auteur d'« *avertissement solennel de ne pas recommencer*⁴³⁹ », qui fonde l'importante différence sur la peine encourue. Ceci nous semble pouvoir être particulièrement bien expliqué par la conception du délit comme violation de la loi : l'opposition de l'agent à la loi apparaît d'autant plus grave qu'il a déjà été rappelé à l'ordre.

188. ___ Extension des conséquences de la réitération d'infractions. ___ Récemment définie par notre Code pénal, la réitération d'infractions⁴⁴⁰ est constituée dès lors qu'une nouvelle infraction, criminelle ou délictuelle, est commise après que l'agent a été définitivement condamné pour un crime ou un délit sans que les conditions de la récidive légale ne soient réunies.

Si elle pouvait déjà constituer un obstacle au prononcé d'une peine assortie de sursis simple⁴⁴¹, l'intérêt récent qu'a manifesté le législateur à son égard nous semble manifester là encore un attachement à une conception de l'infraction comme violation de la loi. Comme elle peut correspondre à une multiplicité d'atteinte à des biens juridiques concrets mais aussi abstraits, outre le critère négatif de l'absence de récidive légale, son seul critère véritable est en effet celui d'une condamnation passée définitive au moment de la commission de la deuxième infraction. Même si cette condamnation antérieure n'aggrave encore la répression que dans une bien moindre mesure que la récidive légale, l'absence de limite au cumul des peines prononcées sur le fondement des différentes infractions, et l'impossibilité faite au juge, dans le cadre de son pouvoir

⁴³⁶ En application des articles 132-8 et suivants du Code pénal, les peines de réclusion ou d'emprisonnement et d'amende sont doublées sauf lorsque la peine initiale est déjà de 20 ou 30 années de réclusion. Dans ce cas, la perpétuité est encourue. Notons que la récidive légale n'est pas prévue pour les contraventions hormis pour certaines contraventions de 5^{ème} classe qui peuvent également devenir délictuelles en cas de récidive lorsque le législateur le prévoit (article 132-11 C. pén.).

⁴³⁷ L'introduction des peines dites « *plancher* » par la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 rompt avec le choix du législateur de 1992, qui avait supprimé les *minima* légaux. Désormais, les articles 132-18-1 cp pour les crimes et 132-19-1 cp pour les délits prévoient donc des peines en dessous desquelles les juges ne peuvent en principe pas descendre. Une possibilité de dérogation est néanmoins prévue en considération des « *circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* », ces conditions devant faire l'objet d'une décision « *spécialement motivée* » en matière délictuelle. En cas de nouvelle récidive en matière criminelle et pour certains délits, la peine plancher ne peut plus être écartée qu'en cas de « *garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* ».

⁴³⁸ Nous reviendrons longuement sur l'importance croissante de la notion de « *dangerosité* » et sur l'émergence d'un « *droit pénal de l'ennemi* » auquel peut être rattaché cette sévérité sans cesse accrue envers les récidivistes. Voir *infra*, n°395 et s.

⁴³⁹ Voir : P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », art. préc., p. 66.

⁴⁴⁰ La notion de réitération d'infractions n'est apparue qu'avec la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 qui en introduit une définition à l'article 132-16-7 al. 1 : « *Il y a réitération d'infractions pénales lorsqu'une personne a déjà été condamnée définitivement pour un crime ou un délit et commet une nouvelle infraction qui ne répond pas aux conditions de la récidive légale* ».

⁴⁴¹ L'article 132-30 du Code pénal exclut en effet du bénéfice du sursis simple l'agent « *condamné, au cours des cinq années précédant les faits, pour crime ou délit de droit commun, à une peine de réclusion ou d'emprisonnement* ».

d'individualisation de la sanction, de prononcer une confusion des peines conduit néanmoins à une sévérité bien plus grande qu'en matière de concours d'infractions⁴⁴².

189. Manifeste dans certaines règles de qualification des infractions et de pénalité, la possibilité d'expliquer le droit positif français par une conception de l'infraction comme violation de la loi va également apparaître dans les causes de justification.

II Dans les causes de justification.

190. Nous avons eu l'occasion de voir que la question des causes objectives d'irresponsabilité est traitée, dans les pays d'inspiration germanique, au travers de la notion d'antijuridicité, ces causes en constituant le versant négatif⁴⁴³. La doctrine française a parfois essayé d'intégrer ces constructions à la conception française de l'infraction sous le nom d' « élément injuste⁴⁴⁴ » mais force est de constater que la notion ne s'est pas imposée et que la question est aujourd'hui encore fortement dominée par une conception du délit comme violation de la loi. Le droit français l'envisage en effet d'abord comme un conflit de normes (A) et se montre extrêmement réticent face aux faits justificatifs extralégaux (B).

A. Le fait justificatif comme conflit de normes.

191. Bien que le Code pénal de 1992 ait quelque peu troublé la distinction traditionnelle entre faits justificatifs et causes de non-imputabilité par leur unique conséquence d'absence de responsabilité pénale⁴⁴⁵, il nous semble possible de maintenir pour l'instant la division pour nous intéresser ici aux seules causes objectives d'irresponsabilité, plus significatives quant à notre étude. L'hypothèse d'une infraction conçue comme violation de la loi se vérifie en effet par la prééminence de l'autorisation de la loi (1) et par l'admission restreinte de la légitime défense et de l'état de nécessité (2).

1°/ La prééminence de l'autorisation de la loi.

192. L'article 122-4 al. 1 du Code pénal dispose que « *n'est pas pénalement responsable la personne qui accomplit un acte prescrit ou autorisé par des dispositions législatives ou réglementaires* ». Par cet article, notre Code érige la prescription ou l'autorisation de la loi en fait justificatif général⁴⁴⁶ qui permet de résoudre ce qui apparaît comme un conflit de loi (a) et se pose en fait justificatif premier (b).

⁴⁴² L'article 132-16-7 al. 2 du Code pénal prévoit en effet que « *Les peines prononcées pour l'infraction commise en réitération se cumulent sans limitation de quantum et sans possibilité de confusion avec les peines définitivement prononcées lors de la condamnation précédente* ». Sur cette question, et en particulier sur ses liens avec le concours et la récidive et la difficile explication de la disparité des règles de pénalité avec cette dernière : voir : A. DARSONVILLE, « La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride ; à propos de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *Dalloz* 2006, p. 2116 et s.

⁴⁴³ Voir *supra* n°76.

⁴⁴⁴ L'on trouve en particulier cette idée chez GARRAUD, dont nous avons vu qu'il était sensible aux théories allemandes : R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, *op. cit.*, p. 214 et *supra* note 226. Pour la doctrine contemporaine, voir : X. PIN, *Droit pénal Général*, *op. cit.*, p. 145 et s., n° 194 et s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général*, *op. cit.*, p. 250 et s. Pour une proposition particulièrement aboutie : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, en particulier, p. 152 et s. Nous verrons *infra* que la notion peut en effet être utilement intégrée à la théorie française de l'infraction ; voir p. 277 et s.

⁴⁴⁵ Le Code emploie en effet une formule unique selon laquelle « *N'est pas pénalement responsable la personne qui...* » ; sur ce point, voir notamment : É. LEPOINTE, « Justifié donc irresponsable », *Dalloz* 1996, Chron. p. 247 et *infra* p. 111 et s.

⁴⁴⁶ Nous passons sur le commandement de l'autorité légitime de l'article 122-4 al. 2 cp, qui peut leur être assimilé malgré les difficultés propres qu'il soulève en cas d'ordre illégal, ce qui nous semble devoir être traité comme une erreur sur la justification. Sur celle-ci, voir *infra*, n°643 s.

a. La solution d'un conflit de loi.

193. Il n'est pas question ici de nous attacher à l'ensemble des difficultés que peuvent soulever les conditions de ce texte (hiérarchie des normes, justification par les lois civiles...) mais simplement d'essayer de déterminer le sens possible de cette disposition au regard de notre étude de la conception du délit. Nous pouvons tout d'abord remarquer que cette prévision textuelle de l'impunité de l'acte ordonné ou permis par la loi peut paraître superflue, le législateur ne pouvant en toute logique sanctionner d'un côté ce qu'il permet ou prescrit par ailleurs. Mais le fait que le législateur français, à la différence du législateur allemand⁴⁴⁷, ait ainsi explicité cette impunité nous paraît significatif de son attachement à une conception de l'infraction comme violation de la loi : dans ce texte, ce ne sont pas deux biens juridiques ou deux valeurs sociales qui entrent en conflit mais bien deux normes, l'une s'effaçant devant l'autre. Il n'est pas question de pondération d'intérêts mais de conflit de lois.

194. Et cette conception du fait justificatif comme conflit de loi semble devoir être étendue à l'ensemble des causes objectives d'irresponsabilité.

b. Un fait justificatif premier.

195. En plus d'annoncer l'existence de faits justificatifs spéciaux, cette prévision générale, peut aussi apparaître comme une remise en cause de l'autonomie des autres faits justificatifs que sont la légitime défense et l'état de nécessité. Puisque c'est la loi elle-même qui détermine les conditions de l'état de nécessité et de la légitime défense, certains auteurs n'hésitent pas à ramener ces deux institutions à des « *cas particuliers d'autorisation de la loi* »⁴⁴⁸. Leur particularité, et notamment l'importance qu'y occupe la pondération d'intérêts, passe alors complètement au second plan, derrière l'idée de conflit de normes.

196. Les causes objectives d'irresponsabilité seraient alors elles toutes marquées, elles aussi, du sceau de la conception de l'infraction comme violation de la loi ; ce que confirme l'admission restreinte de l'état de nécessité par notre droit positif.

2°/ L'admission restreinte de l'état de nécessité.

197. Malgré l'indéniable fondement matériel de l'état de nécessité (a), les restrictions textuelles qui lui sont apportées en restreignent sensiblement la portée et atténuent l'importance de l'idée de balance d'intérêt (b).

a. Un indéniable fondement matériel.

198. L'idée de balance d'intérêts n'est bien sûr pas absente des conceptions françaises de l'état de nécessité et de la légitime défense, qui peut être analysée comme un cas particulier d'état de nécessité. Avant même sa consécration prétorienne puis législative, l'état de nécessité était souvent admis comme un fait justificatif par la doctrine, qui considérait que la répression perdait son fondement quand, « *sous l'empire de la nécessité, l'agent choisit de sauvegarder un bien dont la valeur est*

⁴⁴⁷ Le droit allemand est en effet dépourvu de ce fait justificatif général, ce qui semble corroborer notre analyse en marquant qu'en Allemagne, les faits justificatifs reposent sur une conception matérielle et non formelle de la contrariété au droit. Voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 219 et 222.

⁴⁴⁸ En ce sens, à propos de la légitime défense (qui est elle-même considérée comme un cas particulier d'état de nécessité) : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 151, n°257.

supérieure à celle du bien qu'il sacrifie, ou même à la rigueur un bien de valeur équivalente⁴⁴⁹». Mais il faut néanmoins relever et que ces faits justificatifs n'ont longtemps été admis par le législateur que dans des cas très particuliers et que c'est la jurisprudence, soutenue par la doctrine, qui en a étendu le domaine jusqu'à en faire de véritables faits justificatifs généraux⁴⁵⁰. Si le Code pénal de 1992 a fini par leur reconnaître cette qualité et renvoie bien à l'idée de proportionnalité⁴⁵¹, la balance d'intérêts au profit de l'intérêt préservé n'est pas la condition unique de l'état de nécessité et l'on peut même douter qu'il soit réellement dominé par cette idée.

b. D'importantes restrictions textuelles.

199. A la différence des textes allemand ou espagnol⁴⁵², le texte légal français ne fait en effet aucune référence ni aux biens juridiques protégés (ou intérêts ou valeurs), ni à la notion d'antijuridicité ou d'absence d'élément injuste mais il met au contraire l'accent, une fois de plus, sur le comportement. Notre article 122-7 vise ainsi l'« *acte nécessaire à la sauvegarde de la personne ou du bien* » : il ne s'agit pas à proprement parler d'une pondération entre les résultats possibles mais entre « *les moyens employés et la menace* ». Mais si cette rédaction est tout à fait adéquate⁴⁵³ et

⁴⁴⁹ Sur les différents fondements proposés par la doctrine puis par la jurisprudence pour la reconnaissance d'un fait justificatif général d'état de nécessité, voir : J.-Y. CHEVALLIER, « L'État de nécessité, Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif », *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, 1980, p. 117-134 et en particulier, p. 126 pour la citation.

⁴⁵⁰ R. MERLE, A. VITU, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 588-591. Il est intéressant de noter que dans l'édition de 1967 de leur traité, ces auteurs fondaient la légitime défense sur l'« *exercice d'un droit* », l'acte de défense contribuant alors au maintien de l'ordre en lieu et place de l'autorité et restant discuté en matière de légitime défense des biens, alors que l'état de nécessité était traité avec la plus grande prudence, aux côtés du consentement de la victime, même si les auteurs lui attribuent un fondement objectif proche de celui de la légitime défense. Voir : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal Général*, Cujas, 1967, p. 312-313 et p. 326-330.

⁴⁵¹ Cette proportionnalité étant d'ailleurs plus strictement entendue dans la légitime défense des biens que dans celle des personnes ou dans l'état de nécessité, non seulement sur le plan de l'intérêt sacrifié mais aussi sur le renversement de perspective entre exclusion du fait justificatif en cas de disproportion et exigence de proportion. Ainsi, l'article 122-5 du Code pénal dispose-t-il :

« N'est pas pénalement responsable la personne qui, devant une atteinte injustifiée envers elle-même ou autrui, accomplit, dans le même temps, un acte commandé par la nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui, **sauf s'il y a disproportion** entre les moyens de défense employés et la gravité de l'atteinte.

N'est pas pénalement responsable la personne qui, pour interrompre l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien, accomplit un acte de défense, autre qu'un homicide volontaire, **lorsque cet acte est strictement nécessaire** au but poursuivi dès lors que les moyens employés **sont proportionnés** à la gravité de l'infraction. »

L'article 122-7 du Code pénal prévoit pour sa part : « N'est pas pénalement responsable la personne qui, face à un danger actuel ou imminent qui menace elle-même, autrui ou un bien, accomplit **un acte nécessaire** à la sauvegarde de la personne ou du bien, **sauf s'il y a disproportion** entre les moyens employés et la gravité de la menace. »

⁴⁵² Code pénal allemand, §34 : « État de nécessité justificatif : Celui qui, face à un danger actuel, et non évitable autrement, pour la vie, le corps, la liberté, l'honneur, la propriété ou un autre bien juridique, commet un fait afin d'éviter le danger pour lui ou autrui, n'agit pas antijuridiquement si dans la pondération des intérêts en conflit, et en particulier des biens juridiques affectés, et du grade du danger, prévalent essentiellement les intérêts protégés face à ceux qui sont sacrifiés. Néanmoins, ceci ne vaut qu'en ce que le fait est un moyen approprié pour éviter le danger. »

Code pénal espagnol, Art. 20 : « Sont exemptés de responsabilité pénale :

5°. Celui qui, en état de nécessité, pour éviter un mal à lui-même ou à autrui, porte atteinte à un bien juridique d'une autre personne ou enfreint un devoir, chaque fois que sont réunies les conditions suivantes :

Premièrement. Que le mal causé ne soit pas plus grand que celui qu'il s'agit d'éviter.

Deuxièmement. Que la situation de nécessité n'ait pas été provoquée intentionnellement par l'agent.

Troisièmement. Que l'agent n'ait pas, de par son office ou sa charge, l'obligation de se sacrifier. »

⁴⁵³ Même si la doctrine traite souvent de la proportionnalité par la mise en balance de l'intérêt protégé et de l'intérêt sacrifié ou par l'idée d'utilité sociale (voir d'indifférence sociale en cas d'intérêts équivalents), la nuance dans la rédaction du texte peut se révéler importante, et selon nous justifiée. C'est le cas par exemple lorsque le moyen employé produit un résultat plus grave que celui qui était prévu ou qu'au contraire le résultat est moins grave que ce que ne pouvaient laisser penser les moyens utilisés. La nuance semble également se justifier lorsque les intérêts en présence sont d'égale valeur ; le juge n'ayant pas à les hiérarchiser. En ce sens : X. PIN, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 167, n°219.

correspond parfaitement à la conception majoritaire de la pondération des biens juridiques dans les pays d'inspiration germanique⁴⁵⁴, le texte n'en reste pas moins restrictif.

En plus des conditions relatives au danger, strictement interprétées par la jurisprudence⁴⁵⁵, il nous faut souligner une autre limite possible à l'état de nécessité, mise en avant par le professeur ROBERT. Celui-ci défend que le texte ne visant que la défense de la personne et des biens, l'état de nécessité ne pourrait être invoqué en protection de la sûreté de l'État ou de l'environnement par exemple⁴⁵⁶. Le fait justificatif ne ferait pas alors référence au concept générique de bien juridique protégé mais exclurait au contraire les biens juridiques « collectifs »⁴⁵⁷. Néanmoins, si la Cour de Cassation, à l'inverse de certains juges du fond, a bien refusé de reconnaître l'état de nécessité pour les faucheurs d'OGM, elle ne se réfère pas à cet argument là mais semble davantage se fonder sur la nécessaire origine accidentelle du danger⁴⁵⁸. Nous reviendrons plus tard sur les faiblesses de la distinction entre personnes et biens et sur les conséquences fâcheuses qu'elle peut emporter, mais nous pouvons d'ores et déjà remarquer que si la jurisprudence devait donner raison à ce professeur, la portée de l'état de nécessité en serait fortement limitée et la place du bien juridique dans l'institution encore amoindrie.

200. Mais l'effacement de l'idée de balance d'intérêts au profit du conflit de lois résultant d'une conception de l'infraction comme violation de la loi apparaît encore plus nettement dans la réticence du droit français à admettre les faits justificatifs extra-légaux.

B. La réticence face aux faits justificatifs extra légaux.

201. Strictement encadrée par la loi, la justification est limitée en droit français et la jurisprudence se refuse le plus souvent à justifier un comportement qui pourrait l'être du point de vue de la pondération des intérêts, mais qui ne correspondrait à aucun fait justificatif textuel. Cette réticence jurisprudentielle, significative d'un attachement legaliste, connaît de rares exceptions (1) parmi lesquelles ne figure pas le consentement de la victime (2).

1°/ De rares exceptions.

202. Le Code pénal napoléonien était particulièrement rigide quant à la question de la justification. Nous savons que la légitime défense ou l'état de nécessité ne faisaient pas l'objet de dispositions

⁴⁵⁴ Cette idée de pondération des biens juridiques est, en Allemagne et en Espagne, le fondement explicite de toutes les causes d'exclusion de l'injuste (ou causes de justification, les expressions étant en général considérées comme synonymes) le plus souvent défendu. Voir, sur les théories de la « collision d'intérêts » : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 574-577.

⁴⁵⁵ En plus de l'exigence d'un danger réel et imminent, c'est-à-dire de l'exclusion du danger seulement hypothétique, il semble désormais que celui-ci doive trouver sa source dans un événement accidentel et momentané : X. PIN, *Revue pénitentiaire*, n°2 avril-juin 2007, p. 373-374, note sous Cass. Crim., 7 février 2007 et Cass. Crim., 4 avril 2007. Notons également que la jurisprudence exclut l'état de nécessité en cas de faute antérieure de l'agent, même non intentionnelle. Voir par exemple : *Cass. Crim., 22 septembre 1999, Bull. crim. n°193*. On peut remarquer que le Code pénal espagnol, en son art. 20 troisièmement prévoit également cette exclusion mais seulement si la situation de nécessité a été provoquée intentionnellement par l'agent.

⁴⁵⁶ Voir : J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 264. Il ne pourrait pas y avoir alors selon lui d'analogie *in bonam partem*, analogie qui permet, sous l'empire de l'ancien Code pénal, l'extension des cas particuliers de légitime défense prévus par les textes et une reconnaissance plus générale de celle-ci. Il est intéressant de relever dans cette position du professeur ROBERT une certaine proximité avec la théorie défendue en Allemagne par le professeur HASSEMER, présentée *supra*, n°134 et s.

⁴⁵⁷ Les biens juridiques collectifs sont ceux qui ne se rattachent pas à un titulaire précis comme par exemple la santé publique ou l'environnement. Nous reviendrons longuement sur cette notion *infra*, p. 165 et s.

⁴⁵⁸ Voir : Cass. Crim., 7 février 2007, *Dalloz 2007, A.J.* p. 573, note A. DARSONVILLE ; *Revue pénitentiaire*, n°2 avril-juin 2007, p. 372-374, note X. PIN ; Cass. Crim., 4 avril 2007, *inédit, Revue pénitentiaire*, n°2 avril-juin 2007, p. 372-374, note X. PIN. Sur le point qui nous intéresse, notons même que les décisions attaquées (dont la Cour de Cassation ne fait que valider la motivation), semblent bien admettre l'environnement comme possible intérêt préservé.

générales et n'apparaissent qu'à l'occasion d'infractions particulières⁴⁵⁹ et un auteur a pu voir dans son article 65 une prohibition faite au juge d'admettre la justification en dehors de ces cas particuliers⁴⁶⁰. Même si la jurisprudence a généralisé la légitime défense par une interprétation *in bonam partem* et a fini par admettre l'état de nécessité⁴⁶¹, elle respecte dans l'ensemble le principe de spécialité des causes d'irresponsabilité et n'admet, aujourd'hui encore, que très exceptionnellement des causes de justifications extra-légales.

L'on peut certes penser à l'admission de la justification de l'abus de biens sociaux lorsque l'intérêt du groupe est assuré, à l'admission de la justification de la diffamation par la bonne foi dans certains cas ou encore à la justification de certaines infractions par les droits de la défense mais ces exemples sont extrêmement marginaux et ne permettent pas, à eux seuls, de dégager un principe général de justification par la pondération des biens juridiques en présence⁴⁶².

La coutume, dont on pourrait considérer qu'elle exprime d'une certaine façon les valeurs de la société, n'est pas non plus reconnue comme fait justificatif général. Elle est bien sûr admise lorsque le législateur lui-même le prévoit⁴⁶³ ou lorsqu'elle se manifeste dans une loi civile, le fait justificatif d'autorisation de la loi intervenant alors implicitement⁴⁶⁴. Le seul cas où la coutume serait véritablement reconnue en tant que telle serait pour certaines atteintes légères à l'intégrité physique dans le respect d'une tradition culturelle ou religieuse⁴⁶⁵.

203. A quelques rares exceptions près, le principe reste donc que seul le législateur est à même d'écarter l'interdit pénal qu'il a fixé. Et si le juge même ne peut le faire librement, il n'est pas surprenant que cette faculté soit également déniée à la victime de l'infraction.

2°/ Le refus du consentement justificatif.

204. Avant toute chose, il convient de souligner que doivent être exclues de la question du consentement justificatif toutes les incriminations qui protègent, directement ou indirectement, l'autonomie ou la volonté de la victime (atteintes à la propriété, atteintes à la liberté physique...). Ces incriminations là supposent en effet l'absence de consentement et l'existence du consentement n'a pas pour effet de justifier la violation de la norme pénale mais d'empêcher la constitution de l'infraction. Pour reprendre la terminologie allemande, c'est ici la typicité qui fait

⁴⁵⁹ C'est la doctrine qui avait tenté d'élaborer une théorie de la justification à partir des rares prévisions textuelles et des solutions jurisprudentielles. Voir par ex : É. GARÇON, *Code pénal annoté*, 1^{ère} éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, note sous art. 328 ; J.-Y. CHEVALLIER, « L'état de nécessité ; Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif », art. préc., p. 120-127 ; É. LEPOINTE, « Justifié donc irresponsable », art. préc., p. 247 et s.

⁴⁶⁰ J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, op. cit., p. 72. Rappelons que l'article 65 de l'ancien Code pénal disposait que : « Nul crime ou délit ne peut être excusé, ni la peine mitigée, que dans les cas et dans les circonstances où la loi déclare le fait excusable, ou permet de lui appliquer une peine moins rigoureuse ».

⁴⁶¹ Ces points ne sont guère discutés en doctrine. Voir par exemple : F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal Général*, op. cit., n°223.

⁴⁶² S'ils sont trop peu nombreux pour infirmer nos propos sur l'hostilité de principe du droit français à son admission, il semble bien qu'ils se fondent néanmoins, sans le citer, sur ce principe général. Voir *infra* n°286.

⁴⁶³ C'est le cas des articles 521-1 et R 654-1 du Code pénal qui prévoient qu'ils ne sont pas applicables aux courses de taureaux « lorsqu'une tradition locale ininterrompue peut-être invoquée » et aux combats de coqs « lorsqu'une tradition ininterrompue peut-être établie ».

⁴⁶⁴ Ainsi sont par exemple admises les violences légères exercées par les parents au titre de leur « droit de correction », découlant de l'exercice de l'autorité parentale ou les violences sportives dans le cadre des « règles du jeu ». Voir par ex. : F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal Général*, op. cit., n° 712 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, op. cit., n°249. Ces derniers auteurs semblent néanmoins rattacher les violences sportives davantage à un cas de coutume justificatrice. Notons également que la possibilité même de la justification d'une infraction pénale par la loi civile n'est pas certaine, comme en témoigne le célèbre refus, désormais historique, de la Chambre criminelle de justifier par l'obligation matrimoniale de cohabitation la présomption irréfragable de proxénétisme du fait de la cohabitation avec une prostituée. Voir : Cass. Crim., 20 juin 1946, *Dalloz* 1946, 360 ; M. DANTI JUAN, « Ordre de la loi », *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 1999.

⁴⁶⁵ L'on retrouve alors implicitement l'idée de balance d'intérêts, la circonscription étant admise alors que l'excision ne l'est pas en raison de la gravité de l'atteinte à l'intégrité physique qu'elle constitue.

défaut⁴⁶⁶. Il s'agit donc de savoir si, dans les infractions qui ne protègent pas la seule volonté de la victime potentielle, le consentement de celle-ci peut faire disparaître l'infraction à la norme pénale. Le titulaire du bien juridique protégé peut-il justifier l'atteinte prohibée à celui-ci ? Si l'on renverse la perspective, la question deviendrait alors : le droit pénal peut-il protéger la victime d'une infraction malgré elle ? Si les solutions des pays d'inspiration germanique sont nuancées (a), celle du droit français ne l'est pas et refuse clairement tout effet justificatif au consentement (b).

a. Un consentement justificatif admis à l'étranger.

205. Dans les pays d'inspiration germanique, la réponse dépend de la catégorie de bien juridique concernée. Sans rentrer ici dans les subtilités des solutions proposées par ces droits, l'on peut dire que s'agissant des biens juridiques personnels, le consentement de la victime a un effet justificatif dès lors que le bien juridique est disponible. Le titulaire du bien juridique peut donc justifier l'atteinte à un bien juridique disponible comme l'intégrité physique mais non celle à un bien juridique indisponible comme la vie. Lorsque le bien juridique est disponible, l'atteinte n'est cependant justifiée que dans la limite du respect des « *bonnes mœurs* », limite au-delà de laquelle les valeurs communément partagées par le citoyen moyen sont heurtées (et d'autres biens juridiques que celui, personnel, de la victime affectés)⁴⁶⁷. Pour peu que les conditions de validité du consentement soient réunies⁴⁶⁸, la victime peut donc justifier par exemple des violences commises au cours de pratiques sexuelles sado-masochistes⁴⁶⁹ mais ne pourrait valablement consentir à se faire amputer d'un membre sain.

Il en va tout autrement en droit français.

b. Un consentement justificatif exclu en droit français.

206. En droit français, la réponse est invariable : le consentement de la victime est indifférent⁴⁷⁰. Cette solution, qui a le mérite de la clarté, s'inscrit selon nous très nettement dans une conception de l'infraction comme violation de la loi⁴⁷¹. Se refusant à distinguer selon le bien juridique en cause, le droit français exprime ainsi l'idée qu'une volonté individuelle, fût-ce celle de la victime, ne saurait en aucun cas neutraliser les effets que la volonté générale a souhaité attribuer à un comportement prohibé⁴⁷². Tout doute semble alors levé : ce ne peut-être le bien juridique ou son titulaire qui constituent le véritable objet de protection de la loi pénale : c'est avant tout la loi elle-même. Bien que les solutions pratiques soient finalement quasiment identiques en France et dans les pays de traditions germaniques en raison des nombreuses exceptions aux principes opposés

⁴⁶⁶ En ce sens, voir par exemple : X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *R.S.C.* 2003, p. 273. Les solutions sont identiques en droit pénal espagnol. Voir par exemple : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit. p. 316 et 574.

⁴⁶⁷ Pour une présentation plus précise des solutions et des controverses doctrinales : *Ibid.*, p. 266-269 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. *Bibliothèque de sciences criminelles*, 2002, 724 p.

⁴⁶⁸ Voir : *Ibid.*, p. 274-276, le consentement pouvant être avéré ou présumé. Notons que le consentement justificatif est admis également en matière d'infraction non intentionnelles si la victime a consenti au risque (par exemple, elle connaît l'état d'ivresse de son chauffeur).

⁴⁶⁹ Notons que la Cour européenne des droits de l'homme admet l'absence de justification de ces pratiques ; voir : CEDH, 17 février 2005, *K.A. ET A.D. c/ Belgique*, *Dalloz* 2005, p. 2973, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », observations M. FABRE-MAGNAN.

⁴⁷⁰ La jurisprudence est constante et sans équivoque. Voir par exemple : Cass. Crim., 23 juin 1838, *S. 1838. 1. 626* ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Faits justificatifs, Consentement de la victime », *Jurisclasser*, art. 122-4 à 122-7, 1996.

⁴⁷¹ En ce sens, soulignant l'unanime position « *légaliste* » de la doctrine pénale française : X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* n°49, 2009, p. 85-87 et 93-95. Il est en effet tout à fait logique que lorsque c'est l'État qui est, au fond, l'objet de protection de toutes les normes pénales, le consentement de la victime soit absolument inefficace. Cette position est ainsi fréquemment rattachée, dans la doctrine d'inspiration germanique, à l'École historique du droit. Voir par exemple : B. DE LA GANDARA VALLERO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, 1995, p. 26 ; C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, op. cit., p. 511.

⁴⁷² C'est par cette idée qu'un éminent auteur commence son étude de la question ; voir : Ph. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *R.S.C.* 1991, p. 699.

qu'elles expriment⁴⁷³, la divergence fondamentale des deux systèmes nous paraît particulièrement révélatrice sur le plan théorique. La position française est en effet très largement saluée par la doctrine, qui souligne que le droit pénal étant d'ordre public, il serait inconcevable qu'un intérêt particulier justifie l'atteinte à l'intérêt général que constitue l'infraction⁴⁷⁴.

207. Il apparaît donc, au terme de ce rapide aperçu du droit positif en matière de qualification, de pénalité et de justification que d'importants aspects de l'infraction française sont similaires aux solutions défendues par les théories de l'infraction comme violation de la loi. L'indifférence, dans la fixation par le législateur des peines encourues, des différents degrés de l'atteinte subie par le bien juridique concret entre consommation de l'infraction et tentative ou du caractère indirect de l'atteinte dans la complicité, l'admission par la jurisprudence de la répression par le biais de la tentative d'un simple risque abstrait pour le bien juridique comme la faible prise en compte de la multiplicité des biens juridiques affectés dans les concours d'infractions alors que la récidive légale ou la réitération aggravent sensiblement la répression montrent bien que l'atteinte à la loi est le résultat premier de l'infraction. Logiquement, alors, la justification est entendue essentiellement comme une autorisation de la loi comme en témoignent l'indifférence du consentement de la victime mais surtout le strict encadrement des faits justificatifs. Mais si l'hypothèse de la domination de cette conception formelle de l'infraction semble se confirmer, il nous faut maintenant nous pencher sur les fondements de notre droit pénal et sur la théorie de l'infraction proprement dite afin de nous en assurer.

⁴⁷³ Notamment, en France, du fait de la multitude de cas d'autorisation de la loi subordonnée au consentement de la personne qui subit l'atteinte (comme par exemple en matière médicale, de confort ou thérapeutique hors cas particuliers). Voir : X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », art. préc., p. 260.

⁴⁷⁴ Voir par exemple, affirmant que la solution découle de « l'essence même du droit pénal » : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 159, n°277. Dans le même sens : F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal Général*, op. cit., n°714 et les nombreuses références citées par X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., p.85-87.

Section 2

L'ancrage du positivisme étatique.

215. « *Fontaine auguste, inondant le Droit de son autorité suprême* », la loi est au XIX^{ème} siècle le produit sacré de la volonté générale exprimée par l'État souverain. Dans la pensée issue de la Révolution comme dans toutes les conceptions légalistes, le législateur a un monopole dans la création des normes pénales et le juge doit se contenter de dire la loi, sans pouvoir jamais faire œuvre créatrice de droit pénal. La doctrine ne peut quant à elle qu'expliquer un droit positif qu'elle n'est pas légitime à apprécier axiologiquement. Même s'il apparaît que le « *culte de la loi* » n'est plus aujourd'hui aussi fort que par le passé et que d'aucuns l'affirment même dépassé⁴⁷⁵, il nous semble néanmoins que la tradition légaliste reste profondément ancrée en France (I) et que le positivisme juridique y est encore vivace (II), ce qui va dans le sens d'un rattachement plus ou moins implicite du droit pénal français aux conceptions de l'infraction comme violation de la loi.

I Le ciment légaliste.

216. L'attachement du droit français au monopole législatif en matière d'incrimination s'exprime par le dogme que constitue le principe de légalité criminelle, « *règle cardinale, clé de voûte du droit criminel*⁴⁷⁶ ». Réaffirmé en 1992 à l'article 111-2 du Code pénal, il assure au législateur une liberté d'autant plus grande dans la mise en oeuvre de sa politique criminelle que le droit pénal français connaît peu de véritables limites matérielles (A) et que le juge reste lié par le principe d'interprétation stricte de la loi pénale, qui lui dénie tout pouvoir créateur de norme (B).

A. La faiblesse des limites matérielles au droit pénal.

217. Nous avons précédemment évoqué l'influence que les théories du bien juridique ont exercé sur les droits allemands et espagnols dans la reconnaissance de principes destinés à limiter le domaine un droit pénal conçu comme *ultima ratio*⁴⁷⁷. En France, c'est essentiellement le principe de légalité qui exige le pouvoir de punir et si la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen pose l'exigence de la nécessité de la loi pénale et de la proportionnalité de la sanction⁴⁷⁸ et que le droit européen prétend apporter quelques garanties supplémentaires, le législateur reste pour l'essentiel libre de sa politique criminelle. Le Conseil Constitutionnel n'exerce en effet qu'un prudent contrôle des principes constitutionnels (1) et l'obligation de conventionalité des lois pénales françaises n'est que tièdement accueillie (2).

⁴⁷⁵ Voir par exemple : G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Droit Pénal*, décembre 2003, chron. p. 4.

⁴⁷⁶ J. PRADEL, *Manuel de Droit pénal Général*, op. cit., p. 124.

⁴⁷⁷ Voir *supra*, notamment LISZT et le principe d'exclusive protection des biens juridiques n°60 et s. Voir également *infra*, p. 167 et s. sur les principes actuellement admis et les atteintes qui leur sont portées.

⁴⁷⁸ Celle-ci dispose ainsi en son article 5 que « *la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société* », et, en son article 8, que « *la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». Les principes de nécessité et de proportionnalité de la sanction, aux côtés des principes de clarté et de précision de la loi pénale et de sa non rétroactivité, apparaissent souvent comme des corollaires du principe de légalité. Voir par exemple : L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 175.

1°/ La prudence saluée du contrôle de constitutionnalité.

218. Le Conseil Constitutionnel a depuis longtemps admis la valeur constitutionnelle des principes énoncés par la Déclaration des Droits de 1789 et sa compétence à censurer les lois pénales contraires qui lui seraient soumises⁴⁷⁹. Néanmoins, s'il a bien précisé les contours de la compétence du pouvoir exécutif en matière contraventionnelle⁴⁸⁰, assuré le respect du principe d'égalité devant la loi pénale⁴⁸¹ et surveillé l'application de la loi pénale dans le temps⁴⁸², il se montre beaucoup plus réservé à l'heure d'exercer un contrôle sur le domaine matériel du droit pénal. S'il exige en effet que le législateur définisse les infractions « *en termes suffisamment clairs et précis pour limiter l'arbitraire*⁴⁸³ », le Conseil Constitutionnel censure rarement⁴⁸⁴ et préfère recourir à la technique des réserves d'interprétation, réserves qui s'imposent au juge dans l'interprétation des textes⁴⁸⁵.

219. Mais ce sont surtout les principes de nécessité et de proportionnalité qui pourraient permettre au gardien de la Constitution de restreindre le champ du droit pénal.

Or dès l'admission, par la décision dite « *Sécurité et liberté*⁴⁸⁶ » de la soumission du législateur au principe de nécessité de la loi pénale, le Conseil Constitutionnel a aussitôt précisé que le législateur devait jouir de la plus grande liberté dans l'appréciation de cette nécessité et que seule l'« *erreur manifeste d'appréciation* » pourrait être censurée. Plusieurs fois réaffirmé, le Conseil Constitutionnel considérant qu'« *il ne [lui] appartient pas de substituer sa propre appréciation à celle du législateur*⁴⁸⁷ », ce

⁴⁷⁹ Cons. Const., 16 juillet 1971, n° 71-44 DC. Il a ainsi mis fin à une discussion doctrinale, certains auteurs avançant que les principes énoncés par les textes formant le « *bloc de constitutionnalité* » étaient trop flous pour avoir une quelconque valeur normative. Voir : L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », art. préc., p. 170-171. Toutes les affirmations des textes visés au préambule de la Constitution n'ont néanmoins pas été reconnues comme des principes à valeur constitutionnelle (ainsi de l'individualisation de la peine par exemple). Voir : M. DANTI-JUAN, « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », *Politeia* n° 5, 2004, p. 103-112. Sur « *l'ébauche d'un bloc de constitutionnalité* » par le Tribunal de cassation auprès du corps législatif, créé par le décret-loi du 27 novembre-1^{er} décembre 1790, voir : C. SAPHORE, « La Constitution dans la jurisprudence criminelle de la Cour de Cassation (1791-1810) », art. préc., p. 199-229.

⁴⁸⁰ Sur la question, antérieurement au Code pénal de 1992 : L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », art. préc., p. 172-174. ; M. DANTI-JUAN, « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », art. préc., p. 108-109.

⁴⁸¹ Voir notamment : Cons. Const., 23 juillet 1975, n° 75-56 DC qui censure le choix discrétionnaire du président du Tribunal de Grande Instance de renvoyer devant un juge unique une affaire relevant normalement d'une juridiction collégiale. Le principe d'égalité devant la loi ne fait cependant pas obstacle à ce que des cas particuliers soient reconnus, du moment où la discrimination n'est pas injustifiée et que tous les justiciables placés dans la même situation aient les mêmes garanties. Voir par exemple : Cons. Const., 19 janvier 1981, n° 80-127 DC. ; Cons. Const., 3 septembre 1986, n° 86-214., respectivement relatives à la saisie directe du Tribunal Correctionnel par le procureur de la république et au jugement des actes terroristes par des Cours d'Assises spéciales.

⁴⁸² Voir, sur la rétroactivité *in minus* : Cons., 19-20 janvier 1981, n° 80-127 DC. Et sur le principe de non rétroactivité, des peines et de la matière répressive : Cons. Const., 30 décembre 1982, n° 82-150 DC. ; Cons. Const., 30 décembre 1997, N°97-215 DC. Sur ce dernier point, notons que le Conseil Constitutionnel admet la rétroactivité des mesures de police et de sûreté, à l'exception, semble-t-il de celles qui, par leur nature, sont privatives de liberté. Voir Cons. Const., 21 février 2008, n°2008-562 DC, qui fonde davantage cette solution sur le principe de nécessité que sur le principe de non rétroactivité à proprement parler. Nous reviendrons longuement sur les questions de politique criminelle que pose cette loi de « *défense sociale* » ; voir p. 205 et s.

⁴⁸³ Cons. Const., 19 janvier 1981, n° 80-127 DC ; Cons. Const., 5 mai 1998, n°98-399 DC.

⁴⁸⁴ Néanmoins : Cons. Const., 10-11 octobre 1984, n°84-181 DC (annulation en raison de l'incertitude sur l'auteur de l'incrimination créée en matière de presse) et Cons. Const., 18 janvier 1985, n°84-185 DC (censure de l'imprécision du terme « *malversation* »).

⁴⁸⁵ Ainsi par exemple sur l'incrimination de « *racolage passif* », selon lui définie en termes « *clairs et précis* » ou sur la définition de la circonstance de « *bande organisée* ». Respectivement : Cons. Const., 13 mars 2003, n°2003-467 DC, *Considérant 62*. ; Cons. Const., 2 mars 2004, n°2004-492 DC, *Considérant 13*. Pour une appréciation critique de cette dernière décision : Ch. LAZERGES, « Le Conseil Constitutionnel acteur de la politique criminelle », *R.S.C. 2004, Chroniques*, p. 725-736. Plus largement sur l'usage, jugé « *immodéré* », des réserves d'interprétation : Ch. POULY, « La crise de l'État de Droit au prisme de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Politeia* n°5, 2005, p. 187- 190.

⁴⁸⁶ Cons. Const., 19 janvier 1981, n° 80-127 DC.

⁴⁸⁷ Cons. Const., 3 septembre 1986, n° 86-214 DC.

contrôle minimal de la nécessité n'a permis qu'une censure dans un cas de double incrimination⁴⁸⁸.

Le contrôle de la proportionnalité des sanctions n'a guère permis davantage de contrôle de la politique criminelle législative⁴⁸⁹. Le Conseil Constitutionnel a seulement censuré un cas de disproportion manifeste entre la peine encourue et la faute reprochée en matière fiscale⁴⁹⁰ et énoncé, dans le cas où plusieurs sanctions de natures différentes seraient prévues pour un même comportement, que le montant global de celles-ci ne peut dépasser le montant le plus élevé des sanctions encourues⁴⁹¹.

220. Même si certains auteurs ont parfois regretté les modalités restrictives, en cours de profond élargissement, de la saisine du Conseil Constitutionnel⁴⁹² et sa timidité dans le contrôle des principes⁴⁹³, la doctrine approuve en général sa prudence et analyse même parfois son refus de se substituer au législateur comme la mise en œuvre de la protection des justiciables contre

⁴⁸⁸ Cons. Const., 16 juillet 1996, n°96-377 DC (aide à l'entrée à la circulation ou au séjour irrégulier des étrangers, déjà réprimée par les textes relatifs à la complicité d'acte de terrorisme, de recel de criminels ou d'association de malfaiteurs) ; G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », art. préc. p. 5. Voir également, à propos de la double incrimination du harcèlement moral dans le Code pénal et le Code du travail (absence de censure) : Cons. Const., 12 janvier 2002, n°2001-455 DC. ; V. MALABAT, « De l'efficacité du contrôle de constitutionnalité en matière pénale », *Politeia* n° 5, 2004, p. 159-169.

⁴⁸⁹ Le Conseil constitutionnel adopte en la matière une position similaire. Il a ainsi récemment rappelé que « l'article 61 de la Constitution ne confère pas au Conseil constitutionnel un pouvoir général d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement, mais lui donne seulement compétence pour se prononcer sur la conformité à la Constitution des lois déferées à son examen » et que le principe de nécessité des peines lui permet seulement de « s'assurer de l'absence de disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourues ». Voir : Cons. Const., 22 octobre 2009, n° 2009-590 DC. Il faut néanmoins noter que cette décision fait suite à celle rendue sur la première mouture de la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, et qui avait censuré l'« atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée » engendrée par la procédure prévue d'identification des titulaires de l'accès à des services de communication au public en ligne. Voir : Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, Considérant 27.

⁴⁹⁰ Cons. Const., 30 décembre 1987, n°87-237DC (amende fiscale encourue en cas de divulgation des revenus d'une personne, égale, en toute hypothèse, au montant des revenus divulgués). Voir : J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », *Politeia* n° 5, 2004, p. 118.

⁴⁹¹ Cons. Const., 28 juillet 1989, n°89-260 DC, confirmé par Cons. Const., 30 décembre 1997, n°97-215 DC et suivi par la Cour de Cassation et le Conseil d'État. Un doute subsiste néanmoins sur l'appréciation de la proportionnalité dans ce cas précis, le Conseil Constitutionnel ayant par ailleurs affirmé qu'une sanction pécuniaire administrative ne pouvait se cumuler avec une sanction pénale : Cons. Const., 23 juillet 1996, n°96-378 DC. Voir par exemple : M. DANTI-JUAN, « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », art. préc. p. 106.

⁴⁹² La question de l'ouverture d'un contrôle de constitutionnalité des lois *a posteriori* a souvent été débattue. Pour une présentation des auteurs qui y étaient favorables, d'arguments en faveur de cette ouverture et des problèmes qu'elle pourrait soulever, voir par exemple : P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. Cin.* 2001, Chron., p. 749 et s. Le législateur constitutionnel a finalement dépassé les réticences relatives au risque pour la sécurité juridique en introduisant dans la Constitution, par la loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République, un article 61-1 ainsi rédigé : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil Constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé. » La loi déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de cet article sera « **abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil Constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision** », le Conseil Constitutionnel prévoyant alors « les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause » (article 62). Voir : P. CASSIA, « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une 'question' d'actualité », *R.F.D.A.* 2008, p. 877. Un projet de loi organique pour la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité a été présenté par le garde des Sceaux au conseil des ministres du 8 avril 2009, qui exclut que l'inconstitutionnalité puisse être soulevée devant une Cour d'assises ; voir : G. ROYER, « Un projet de loi organique pour la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité », *Dalloz*, Actualité, 30 avril 2009.

⁴⁹³ La critique du reflux de la conception substantielle de l'État de droit est particulièrement présente dans la doctrine constitutionnaliste. Voir ainsi par exemple, déplorant l'abandon de la jurisprudence du « cliquet anti-retour » qui interdisait au législateur de remettre en cause des garanties touchant à l'exercice des libertés publiques (sauf poursuite d'un objectif constitutionnel ou situation illégalement acquise), au profit d'un usage immodéré des réserves d'interprétations : Ch. POULY Christophe, « La crise de l'État de Droit au prisme de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Politeia* n°5, 2005, p. 183-190.

l'arbitraire judiciaire, conformément aux prescriptions de BECCARIA⁴⁹⁴. Les critiques se font en revanche bien plus rudes s'agissant de l'apparition d'un contrôle de l'activité législative au regard du droit international, et en particulier, de la conformité des lois pénales françaises à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales.

2°/ La légitimité contestée du contrôle de conventionalité.

221. Il existe à l'heure actuelle un large consensus sur le déclin du principe de légalité. Parmi les causes de ce déclin, celle de la multiplication des sources apparaît aujourd'hui comme particulièrement importante⁴⁹⁵. De nombreux principes directeurs du droit pénal se trouvent en effet exprimés, à côté du bloc de constitutionnalité, dans des textes internationaux comme la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966 et la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, ratifiée par la France en 1973. Cette dernière est particulièrement importante car en plus d'avoir une valeur supra législative en vertu de l'article 55 de la Constitution et d'être d'application directe devant les tribunaux français, son respect est assuré par la Cour Européenne des Droits de l'Homme, juridiction qui peut être directement saisie par tout justiciable d'un état signataire⁴⁹⁶. Il n'est pas possible d'envisager ici le problème de l'internationalisation des sources dans son intégralité aussi nous limiterons nous à la question la plus cruciale pour notre étude : celle des conséquences des principes de légalité et de nécessité tel qu'entendus par la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Il s'avère en effet que ce contrôle est souvent accueilli avec une grande méfiance par la doctrine, qu'il soit exercé par la Cour elle-même ou par les juridictions internes dans le cadre de leur contrôle de conventionalité des lois. Les auteurs y voient parfois un détournement du principe de légalité (a) et souvent une atteinte à la sécurité juridique (b).

a. La dénonciation d'un détournement de principe.

222. Les articles 8, 9, 10 et 11 de la CESDH protègent la vie privée et familiale, la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et d'opinion ainsi que la liberté de réunion et d'association des personnes contre les « *ingérences de l'autorité publique* » qui ne seraient pas « *nécessaires* » « *dans une société démocratique* », cette nécessité étant appréciée au regard de critères

⁴⁹⁴ Saluant la « *sagesse* » et la « *modération* » d'un Conseil Constitutionnel assurant l'effectivité du principe de légalité criminelle et la protection contre l'arbitraire, voir par exemple : J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », art. préc. p. 117. Cette position nous semble largement partagée même si certains auteurs dénoncent les « *diktats du Conseil Constitutionnel* » : Ph. CONTE, note sous Cass. Crim., 5 décembre 2000, *J.C.P G.*, 2001, II, 10 615.

⁴⁹⁵ Nous reviendrons plus bas sur les autres causes que sont l'inflation législative et la qualité parfois médiocre de la loi pénale. Voir *infra*, p. 178 et s.

⁴⁹⁶ Notons tout de même que cette saisine est subordonnée à l'épuisement des voies de recours nationales et que, même si les États signataires sont tenus de se conformer à la décision de la CEDH, celle-ci ne pourra que sanctionner l'État mais n'aura pas pour effet d'annuler la décision définitive de l'ordre juridictionnel national prononcée sur le fondement de dispositions jugées contraires à la CESDH. La procédure de réexamen, prévue aux articles 626-1 à 626-9 du Code de procédure pénale permet toutefois, depuis la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes, à la décision de condamnation de recevoir une application juridictionnelle par le biais d'un nouveau jugement dans l'ordre interne. Voir, CESDH, en particulier, articles 26 et 50 ; M. DANTI-JUAN, « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », art. préc. p. 110-111 ; G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions ; L'inévitable dialogue des juges ? », *Le champ pénal ; Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 26-27.

limitativement énumérés⁴⁹⁷. Comme le souligne fort bien un auteur⁴⁹⁸, ce contrôle de la nécessité des incriminations par le droit européen diffère fortement de celui que peut exercer le Conseil Constitutionnel.

Car en plus de préciser quels intérêts peuvent justifier les atteintes aux droits fondamentaux proclamés, la conception européenne de la « loi » est bien plus large que celle dont nous avons l'habitude dans notre pays de droit écrit et renvoie en réalité à la « law » britannique, comprenant le droit d'origine législative mais aussi jurisprudentielle, « principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées » inclus⁴⁹⁹. La nuance peut paraître sans grande importance en la matière, le droit français ayant conservé le principe de légalité criminelle et donc la compétence exclusive du législateur et de la loi en matière d'incrimination (à l'exception des contraventions)⁵⁰⁰. Néanmoins, certains auteurs voient là une sorte de détournement du principe de légalité : en associant ainsi le juge au législateur, la Cour européenne de Strasbourg ferait perdre au principe de légalité sa finalité originelle puisqu'il ne serait plus dirigé contre l'arbitraire judiciaire. La légalité pénale serait « dénaturée », la séparation des pouvoirs atteinte⁵⁰¹.

223. Mais au-delà de l'atteinte au principe, la doctrine s'émeut particulièrement de l'atteinte à la sécurité juridique provoquée par ce contrôle.

b. La crainte de l'insécurité juridique.

224. Alors qu'en droit français le contrôle de la constitutionnalité des lois n'est pas systématique et n'était, jusqu'à très récemment, possible qu'antérieurement à leur promulgation⁵⁰², le contrôle de leur conventionalité peut s'exercer à tout moment, celui-ci étant soulevé *in concreto* à l'occasion de

⁴⁹⁷ Article 8

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. **Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit** que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, **est nécessaire** à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Article 9

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent **des mesures nécessaires**, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Article 10

« 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.

2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions prévues par la loi, qui constituent des **mesures nécessaires**, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire. »

⁴⁹⁸ J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », art. préc., p. 119 et 121-122.

⁴⁹⁹ Sur les différentes acceptions du terme « loi » (sens formel, sens matériel, *jus et ratio*) : J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexion sur la notion de légalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzat*, Pedone, 1980, p. 150-155.

⁵⁰⁰ Nous verrons néanmoins que cela peut avoir une forte influence sur le domaine de l'erreur de droit ; voir *infra*, p. 321 et s.

⁵⁰¹ *Ibid.*, p. 121.

⁵⁰² Le Conseil Constitutionnel avait néanmoins assoupli ce principe en vérifiant la constitutionnalité « des termes d'une loi promulguée à l'occasion de l'examen de dispositions qui la modifient, la complètent ou affectent son domaine ». Voir : Cons. Const., 25 janvier 1985, n°85-187 DC.

toute procédure⁵⁰³. Un certain nombre de principes étant communs au bloc de constitutionnalité et à la CESDH, il peut arriver que la CEDH ou les juridictions nationales aient à se prononcer sur la conformité à un principe à la fois constitutionnel et conventionnel d'une loi qui n'a pas été soumise au contrôle de constitutionnalité ou qui a été déclarée conforme à la Constitution. La Cour de Cassation peut alors se trouver en position d'exercer un « *contrôle de constitutionnalité déguisé*⁵⁰⁴ » sur le fondement de ces « *principes jumeaux*⁵⁰⁵ » et si elle est en principe liée à l'interprétation constitutionnelle⁵⁰⁶, ce n'est pas le cas de la CEDH. Il est alors possible qu'une même loi soit jugée conforme au principe constitutionnel par le Conseil Constitutionnel et contraire au même principe, conventionnel cette fois, par la Cour de Strasbourg⁵⁰⁷.

Mais au-delà de ce délicat problème⁵⁰⁸, qui se présentera peut-être de nouveau prochainement⁵⁰⁹, la doctrine pénaliste s'alarme souvent de l'insécurité juridique importante créée par cette multiplicité de sources et de juridictions, et dénonce parfois l'empiètement du juge ordinaire sur les attributions du Conseil Constitutionnel. Les décisions, pourtant rares, de la Cour de cassation écartant des incriminations nationales sur le fondement de la CESDH⁵¹⁰ ont immédiatement suscité de vives réactions, des auteurs dénonçant « *l'abrogation judiciaire de la loi* », « *le carcan infligé au législateur par le juge* » ou encore le « *retour à l'arbitraire judiciaire*⁵¹¹ », sur le fondement d'« *indications vagues et autres préceptes mous*⁵¹² ».

⁵⁰³ Notons que ce contrôle ne peut avoir pour effet d'abroger la loi qui serait jugée contraire à la CESDH mais simplement de l'écartier dans l'affaire en cours, ce qui constitue une différence essentielle avec le futur contrôle de constitutionnalité par voie d'exception. Sur les « *suites* » des décisions de la CEDH, voir : J. PRADEL et al., *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, p. 269-277. Plus largement, sur l'influence du droit européen sur la jurisprudence française, voir : *Rapport de la Cour de Cassation 2006*, « La Cour de cassation et la construction juridique européenne », *La Documentation française*, 618 p.

⁵⁰⁴ L'expression se trouve chez : G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », art. préc., p. 4.

⁵⁰⁵ La doctrine parle également de « *doublons* ». Voir : M. DANTI-JUAN, « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », art. préc., p. 110.

⁵⁰⁶ L'article 62 de la Constitution dispose en effet que les décisions du Conseil Constitutionnel « *s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités juridictionnelles* » mais des doutes subsistent sur l'étendue de l'autorité des décisions constitutionnelles. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle jugé le 10 octobre 2001 que cette autorité se limitait à l'interprétation des lois déférées et ne s'étendait pas à l'interprétation des droits et principes à valeur constitutionnelle. La question de l'autorité des réserves d'interprétation et celle de la limitation de cette autorité au seul dispositif et motifs qui en constituent la justification ne semblent pas véritablement tranchées. Voir : V. BÜCK, « Chronique de droit constitutionnel pénal », *R.S.C.* 2004, *Chroniques*, p. 158 ; M. DANTI-JUAN, « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », art. préc., p. 109, note 37.

⁵⁰⁷ La CEDH a ainsi pu condamner la France pour violation du procès équitable en raison d'une loi que le Conseil constitutionnel avait jugé constitutionnelle. Voir : CEDH 28 octobre 1999, *Zielinski*, *J.C.P.* 2001., I. 203. ; G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions ; L'inévitable dialogue des juges ? », art. préc., p. 22.

⁵⁰⁸ La question est en effet fort délicate car si l'autorité de la décision est en principe déterminée par la place qu'occupe le texte sur le fondement duquel il est rendu dans la hiérarchie des normes, les juridictions nationales et européennes ne s'accordent pas sur l'autorité des textes européens par rapport aux constitutions nationales et aucune juridiction n'existe pour trancher les divergences jurisprudentielles. Sur ce problème et d'autres soulevés par le « *système hiérarchique* » comme celui de la supériorité de la Constitution sur les traités internationaux et les difficultés que cela peut engendrer lorsque qu'une loi validée par le Conseil Constitutionnel serait jugée contraire, par une juridiction de fond, à une convention internationale elle-même déclarée conforme à la Constitution, voir : *Ibid.* ; J. PRADEL et al., *Droit pénal européen, op. cit.*, p. 269-277 ; P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », art. préc., p. 749 et s.

⁵⁰⁹ Nous pensons en particulier à l'admission de la rétroactivité des mesures de sûreté et en particulier de la surveillance de sûreté par le Conseil Constitutionnel, qui nous semble contraire à la conception matérielle de la peine soumise au principe de non rétroactivité par la CEDH. Voir : D. ROETS, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 2004, p. 1991 et *infra*, p. 209 et s.

⁵¹⁰ Voir en particulier : Cass. Crim., 4 septembre 2001, écartant spontanément, avant toute condamnation de la France par la CEDH, l'interdiction de publication des sondages dans la semaine précédant les élections. Rapportant cette décision, un auteur évoque le « *spectre de la dictature des juges* » avant de se rallier à la décision de la Cour de cassation : G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », art. préc., p. 5-6. Voir également, dans le même sens : MASCALA (Corinne), *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. *Pages d'amphi*, 2003, p. 32-34.

⁵¹¹ Ces expressions sont celles des professeurs ROBERT, CONTE et MAYER, respectivement rapportées par le professeur DELMAS SAINT-HILAIRE, qui partage leur point de vue, semble-t-il majoritaire : J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », art. préc., p. 122.

⁵¹² Ph. CONTE, note sous Cass. Crim., 5 décembre 2000, *J.C.P. G.*, 2001, II, 10 615.

225. Toutes les réactions ne sont pas aussi virulentes⁵¹³ mais force est de constater que ce contrôle est en général mal vécu par la doctrine, craignant la déstabilisation de notre système juridique et soucieuse de voir pérennisée l'absence de pouvoir créateur de norme du juge.

B. L'absence de pouvoir créateur du juge pénal.

226. Nous avons déjà plusieurs fois évoqué l'importance de la défiance envers l'arbitraire des juges dans la pensée des Lumières et des pénalistes révolutionnaires. Conformément à la pensée de MONTESQUIEU et de BECCARIA, le juge ne pouvait être que la « bouche de la loi » et sa décision n'étant que la conclusion, péremptoire, d'un « syllogisme parfait », la majeure étant la loi générale, et la mineure le comportement de l'agent, délictuel ou non⁵¹⁴. Corollaire du principe de légalité, le principe d'interprétation stricte de la loi pénale encadre encore aujourd'hui fortement l'activité prétorienne (1) et interdit formellement au juge de se référer à un droit supérieur ou naturel (2).

1°/ Le carcan de l'interprétation stricte.

227. Si l'on ne trouve aucune indication de la méthode d'interprétation que doit adopter le juge pénal dans les Codes pénaux de 1791 et 1810, le Code civil dispose depuis 1804 en son article 5 que : « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ». L'interdiction de se substituer au législateur est donc clairement énoncée par la loi et le silence des premiers Codes pénaux sur la méthode d'interprétation à adopter est sans aucun doute le signe d'une ferme croyance en la qualité de la loi (l'interprétation étant alors inutile) et non d'une quelconque liberté laissée au juge en la matière. Il semble d'ailleurs que la doctrine de l'époque ne s'y trompa pas et admit que l'interprétation implicitement commandée par ces Codes était l'interprétation littérale⁵¹⁵. Avec l'assouplissement du principe de légalité en matière de peine et face au constat de l'insuffisante qualité de la loi pénale, la doctrine s'écarta néanmoins peu à peu de l'interprétation littérale et se divisa entre partisans de l'interprétation restrictive, de l'interprétation téléologique et de l'interprétation analogique⁵¹⁶.

Lorsque, reprenant une formule de la Cour de cassation⁵¹⁷, le Code pénal de 1994 proclama en son article 111-4 que « la loi pénale est d'interprétation stricte », il ne mit pas véritablement fin aux discussions. Car si la doctrine s'accorde sur le sens du principe (toute la loi mais seulement la loi), des divergences existent encore sur la possibilité de faire profiter l'accusé d'un doute sur

⁵¹³ Un autre pan de la doctrine considère en effet que l'évolution du principe de légalité en « principe de textualité » intégrant des sources supra-légales n'a pas remis en cause sa fonction essentielle de légitimation du pouvoir de punir par sa soumission à une prédétermination textuelle et peut au contraire favoriser une meilleure qualité de la loi pénale. Voir par exemple : A. GIUDICCELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français ; Aspects légistiques et jurisprudentiels », art., préc., p. 509 et s ; G. TILLEMENT, citant le professeur REBUT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », art. préc., p. 7. Voir également, *infra* p. 235 et s.

⁵¹⁴ Sur cette notion de syllogisme, chez BECCARIA et ARISTOTE : J.-M. DENQUIN, « Réflexion sur le syllogisme judiciaire », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Tropper*, Economica, 2006, p. 373-385. Nous reviendrons verrons *infra* p. 228 et s. en quoi cette méthode d'interprétation n'est qu'une garantie apparente de sécurité juridique.

⁵¹⁵ Sur le point particulier du commandement implicite des Codes de 1791 et 1810 : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel*, Cujas, 1967, p. 122-131.

⁵¹⁶ Pour une très bonne présentation des méthodes d'interprétation dans le contexte de l'ancien Code pénal, voir : *Ibid.*, p. 122-131. L'interprétation littérale ou restrictive fait primer la lettre du texte sur son esprit et admet le principe *in dubio pro reo* en cas de loi obscure. L'interprétation téléologique fait primer l'esprit de la loi sur sa lettre c'est-à-dire la *ratio legis*. Enfin, l'interprétation analogique, admet l'application à un cas non prévu par la loi d'un texte d'incrimination en raison de son « esprit latent ». Les auteurs prennent eux-mêmes position en faveur de l'interprétation téléologique. Pour une autre présentation, moins courante, des méthodes d'interprétation et la défense d'une interprétation « criminologique » recherchant l'interprétation la plus efficace pour la politique criminelle (dans les limites de la loi) : G. RACZ, « La méthode criminologique de l'interprétation des lois pénales », R.S.C. 1985, p. 279-282. Cette dernière méthode n'a heureusement pas rencontré beaucoup de succès, sans doute en raison des grands risques d'arbitraire qu'elle comporte.

⁵¹⁷ Voir par exemple, Cass. Crim., 10 décembre 1985, *Bull. crim.* N° 396 : « Les textes comportant une sanction pénale doivent être strictement interprétés dès lors que leur signification est dépourvue de toute ambiguïté. »

l'interprétation⁵¹⁸ et sur le poids de l'interprétation téléologique⁵¹⁹. Quoiqu'il en soit, l'important pour ce qui nous concerne est de relever que, dans tous les cas, la *ratio legis* est déterminée par la volonté du législateur⁵²⁰, explicite ou supposée⁵²¹ et non par une référence au bien juridique.

228. Une telle référence au bien juridique supposerait en effet, pour être efficace, l'admission d'un contenu *a priori* du bien juridique protégé, c'est-à-dire antérieur à la loi... autrement dit, l'introduction, dans l'interprétation, de références externes à la loi et supérieures à elle, ce qui heurte fortement la conception française du principe d'interprétation stricte.

2°/ L'impossible recours à un droit supérieur.

229. La conception française de l'interprétation stricte ne fait guère débat que sur l'importance respective de la lettre et de l'esprit du texte ; il n'est pas question de recourir à un droit « naturel » ou idéal supérieur pour guider le juge. Tout recours à un concept transcendant de bien juridique semble donc extrêmement difficile (a) et toute contestation de la loi injuste interdite (b).

a. Le difficile recours à un bien juridique transcendant.

230. Le principe d'interprétation stricte interdisant au juge de fonder sa décision sur autre chose que la volonté du législateur exprimée par la loi pénale⁵²², il semble difficile de reconnaître un véritable rôle au bien juridique dans l'interprétation, même téléologique de la loi pénale française. Alors qu'en Allemagne et en Espagne le bien juridique occupe dans l'interprétation téléologique une place prépondérante, ce concept s'identifiant avec la finalité poursuivie par la loi⁵²³, sa place ne peut-être que limitée dans l'acception française de l'interprétation stricte⁵²⁴. Dès lors qu'un comportement correspond bien à la description du texte d'incrimination, celui-ci doit s'appliquer et ce serait ajouter à la volonté du législateur que d'exiger une atteinte ou une menace pour un bien juridique prédéterminé et substantiellement défini.

⁵¹⁸ En faveur d'une interprétation conforme à la seule volonté du législateur et rejetant le principe *in dubio pro reo* : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 80. (l'admettant néanmoins en cas d'échec de la recherche de la volonté du législateur) ; J. PRADEL, *Manuel de Droit pénal Général, op. cit.*, p. 178-179. L'analogie *in bonam partem* est en revanche généralement admise par la jurisprudence et la doctrine, françaises comme étrangère : J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 110, n°78.

⁵¹⁹ Si tous les auteurs s'accordent sur la nécessité de recourir à une interprétation téléologique en cas de textes obscurs, ils s'affrontent encore sur la question du primat de la lettre du texte sur son esprit en cas de texte clair : voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 79 (pour qui l'interprétation littérale doit être appliquée et qu'il n'y a pas lieu de se référer à la volonté du législateur) *contra* J. PRADEL, *Manuel de Droit pénal Général, op. cit.*, p. 174-175 (pour qui, même en cas de texte clair, l'interprétation doit être « déclarative de la volonté du législateur »). L'opposition nous semble cependant moindre qu'il n'y paraît, un texte vraiment clair étant justement explicite de la volonté du législateur.

⁵²⁰ Les travaux parlementaires ou les circulaires d'application sont alors un outil précieux pour connaître cette volonté. On peut d'ailleurs déplorer que le législateur se repose parfois trop sur ces indications et semble renoncer à l'élaboration d'un texte clair. La loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 *tendant à préciser la définitions délits non intentionnels* est particulièrement emblématique de ce phénomène, le législateur, conscient de l'obscurité du texte, ayant manifesté son souhait de voir les juges se référer à l'esprit du texte et indiqué de façon casuistique, comment l'appliquer domaine par domaine dans la circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR : *JUSD0030175C*.

⁵²¹ Notons le cas particulier d'adaptation de la loi aux progrès techniques où la volonté du législateur n'est pas recherchée au moment où a été écrit le texte mais supposée au regard de l'évolution de la société. Cette technique n'est pas discutée et est admise par la doctrine comme relevant de l'interprétation stricte : voir par ex. : J. PRADEL, *Manuel de Droit pénal Général, op. cit.*, p. 176 et *supra*, note 73.

⁵²² Les questions relatives aux conventions internationales sont mises à part.

⁵²³ D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 169-170. On retrouve ici l'idée du bien juridique comme *ratio legis*, exprimé pour la première fois par les néokantien. Voir *supra* p. 52 et s.

⁵²⁴ Dans les pays d'influence germanique, l'interprétation stricte est entendue plus soupagement, le sens littéral des termes constituant simplement une limite à l'interprétation. Le juge peut en effet recourir à différentes méthodes d'interprétation (historique, systémique, téléologique ou analogique) et s'appuyer sur la coutume ou les principes généraux du droit tant qu'il ne dépasse pas ce qui est littéralement prévu par les textes. L'interprétation stricte apparaît alors seulement comme une garantie. Voir : *Ibid.*, p. 156-158 et 162-175 ; C. ROXIN, *Derecho penal : parte general, op. cit.*, p. 151-153.

Pour permettre au bien juridique d'orienter véritablement l'interprétation du juge, il faudrait en effet le doter d'un contenu *a priori* et, sauf à recourir aux définitions que peuvent offrir d'autres branches du droit (comme le droit civil en particulier) et renoncer ainsi à l'autonomie du droit pénal, ce contenu ne pourrait être déterminé qu'en référence à des considérations métajuridiques, voire au droit naturel. Or si le droit naturel a pu être explicitement reconnu comme source du droit en Allemagne⁵²⁵, une telle pratique est absolument inenvisageable en France. Même sans atteindre ces extrémités, il semble extrêmement difficile au juge français de se fonder sur une définition préjuridique de l'objet de protection du texte d'incrimination pour justifier son interprétation. Il n'est donc pas surprenant que les quelques décisions qui semblent se fonder sur une conception transcendante du bien juridique s'expliquent en réalité par d'autres mécanismes ou bien s'abritent derrière la volonté du législateur⁵²⁶.

231. Le juge ne peut avouer recourir à des considérations axiologiques, pas plus qu'il ne peut contester la validité (matérielle) de la loi.

b. L'impossible contestation de la loi injuste.

232. Il n'est sans doute pas abusif de penser que le juge, dans ses décisions, est guidé par un désir de justice. Or si la jurisprudence civile a pu modifier les conceptions de la responsabilité ou de la faute et, suivant la doctrine initiée par GHESTIN selon laquelle l'utile et le juste sont les deux fondements du contrat, sensiblement infléchir les solutions que dictaient la doctrine originaire du Code civil napoléonien⁵²⁷, le juge pénal n'a pas cette liberté. Si le parquet peut bien, grâce au principe de l'opportunité des poursuites, renoncer à poursuivre certaines infractions et faire ainsi tomber certains textes en désuétude, les juges du siège n'ont aucun autre choix que de l'appliquer tout de même.

Le juge ne peut d'abord pas refuser de juger, sous peine de tomber sous le coup de l'article 4 du Code civil selon lequel « *Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice* ». Nous pouvons remarquer que cet article n'envisage pas explicitement le cas de la loi jugée injuste ; sans doute car cette hypothèse apparaissait comme une contradiction dans les termes en 1804. Il n'est évidemment pas question de défendre ici la possibilité pour le juge d'écarter une loi jugée, plus ou moins subjectivement, injuste mais simplement de relever que le juge pénal n'a strictement aucun recours face à cela ; pas même la possibilité de demander un contrôle de constitutionnalité de la disposition en question. La loi constitutionnelle 23 juillet 2008 vient certes permettre aux parties de soulever l'inconstitutionnalité d'une loi⁵²⁸ mais le juge ne peut la soulever d'office et jusque là, la loi était, en France, présumée parfaite une fois promulguée. En dehors de cette nouvelle possibilité, limitée, de renvoi devant le Conseil constitutionnel, le juge judiciaire n'a cependant aucune voix au chapitre : il doit, par un acte de connaissance, dégager la volonté du législateur et celle-ci n'est pas susceptible d'appréciation axiologique.

La situation est différente en Espagne où le Code pénal envisage expressément la défaillance du législateur et aménage une procédure particulière permettant au juge de faire part au gouvernement de ce qu'il considère comme une lacune législative ou un excès dans la

⁵²⁵ Le Tribunal Fédéral Suprême allemand, ainsi que le Tribunal Constitutionnel allemand ont ainsi admis à plusieurs reprises qu'il était possible d'extraire directement des conséquences juridiques à partir des « *normes de la Loi morale* » lorsqu'elles sont objectivement et absolument en vigueur (par exemple, sur l'aide au suicide). Voir les décisions citées par : A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, op. cit., p. 75, note 59.

⁵²⁶ Voir néanmoins les nuances apportées *infra*, p. 129 et s.

⁵²⁷ Celui-ci était en effet très fortement marqué par les théories subjectives du contrat, en vertu desquelles c'est la volonté, au travers du consentement, qui est le seul fondement du contrat. La prise en compte des idées d'utile et de juste, qui renvoient à un fondement objectif du contrat par l'équilibre des prestations, a beaucoup influencé la matière, en développant par exemple les obligations accessoires au contrat (obligation d'information, de sécurité...), en interdisant les clauses abusives ou en permettant l'annulation de certains contrats lésionnaires... Voir : N. DION, « Le juge et le désir du juste », *Dalloz* 1999, *Chroniques*, p. 195.

⁵²⁸ Voir *supra*, note 492.

répression⁵²⁹. Quoique la mesure soit plus symbolique que véritablement efficace, il nous semble intéressant de la signaler pour être emblématique d'une différence dans l'approche de la loi : la loi espagnole n'est pas un pur acte de volonté d'un législateur tout puissant, c'est un choix axiologique qui peut être contesté du point de vue des valeurs.

233. Mais cette différence d'approche ne concerne pas que les rapports qu'entretiennent le juge et le législateur, elle apparaît également nettement dans les relations qu'entretiennent la doctrine et le droit positif, législatif ou prétorien.

II La chape positiviste.

234. Nous avons vu plus haut que les auteurs allemands, et à leur suite les auteurs espagnols, s'inscrivaient tous dans un certain courant de pensée théorique et philosophique avant que d'en déduire une proposition doctrinale de construction du système juridique et de l'infraction. Cette démarche, pour enrichissante qu'elle soit au plan intellectuel, est souvent condamnée en France pour son excès de « *théorisme* » et son faible rendement pratique⁵³⁰. Au dogmatisme allemand, accusé de se perdre dans les arcanes de la philosophie du droit, le juriste français oppose une approche toute différente, plus pragmatique, issue d'une certaine « *tradition française* » empreinte de positivisme⁵³¹ d'un point de vue épistémologique (A) comme théorique (B).

A. Un positivisme juridique assumé d'un point de vue épistémologique.

235. Il n'est pas rare, dans les travaux doctrinaux français, de trouver une courte explication de l'auteur délimitant son sujet aux questions strictement juridiques qui s'y rattachent et en excluant les éventuelles implications philosophiques ou de politique criminelle, « *conformément à la tradition française*⁵³² ». Les juristes français, dans leurs travaux de droit pénal, refusent en effet le plus souvent de s'aventurer sur le terrain philosophique ou de risquer des appréciations de politique criminelle ; ils revendiquent en effet leur neutralité axiologique (1) face à un droit pénal conçu de façon pragmatique (2).

1°/ Une neutralité axiologique affirmée.

236. Il serait erroné de nier toute considération de la doctrine française pour les questions philosophiques ou de politique criminelle. Tous les auteurs, dans l'introduction ou dans les premières pages de leur manuel, replacent le droit pénal dans ce contexte plus global et beaucoup

⁵²⁹ Article 4 du Code pénal espagnol : « 2. Dans le cas où un juge ou un tribunal, dans l'exercice de sa juridiction, aurait connaissance d'une quelconque action ou omission non sanctionnée par la loi mais qu'il estime digne de répression, il s'abstiendra de toute procédure à son égard et exposera au gouvernement les raisons qui le pousse à croire qu'elle devrait faire l'objet d'une sanction pénale.

3. De la même façon, sans préjudice de l'exécution de la décision, il recourra au gouvernement en lui exposant ce qui lui semble convenir sur la dérogation ou la modification de l'incrimination ou de la pénalité, quand la rigoureuse application des dispositions de la loi conduit à sanctionner une action ou une omission qui, selon le juge ou le tribunal, ne devrait pas l'être ou dont la peine paraît notablement excessive au regard du mal causé par l'infraction et les circonstances personnelles de l'agent. »

Notons que cette dernière disposition sur la peine s'explique par la moindre liberté du juge espagnol à cet égard, les peines étant toujours encadrée par un minimum et un maximum légal, variables en fonction des circonstances atténuantes ou aggravantes.

⁵³⁰ Sur cette opposition, voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 4-7. La doctrine allemande elle-même a pris conscience de ses excès et s'est accordée pour cesser de complexifier l'édifice. Voir : J. LEBLOIS-HAPPE et al., « Chronique de droit pénal allemand », p. 1234-1235.

⁵³¹ Notons que nous entendons ici par positivisme le positivisme juridique ou étatique (de BINDING notamment) et non l'école criminologique positiviste italienne en criminologie guidée par LOMBROSO.

⁵³² Voir par exemple : A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., p. 9.

font même référence à l'existence d'une « *infraction naturelle*⁵³³ », au côté de l'infraction juridique entendue comme « *violation d'une règle de droit sanctionnée par une peine* ». C'est néanmoins cette dernière qui est seule considérée par la suite comme objet d'étude, l'analyse de la première ou de leurs rapports respectifs étant laissée aux philosophes ou sociologues du droit⁵³⁴. Car il faut bien admettre que si les auteurs français se sont beaucoup intéressés à la question de la finalité de la peine et que l'on peut, sur ce point, trouver des véritables écoles de pensée⁵³⁵, il n'en est pas de même des fondements du droit pénal et de ses aspects axiologiques, pourtant indéniables. L'on trouve certes de nombreuses références aux « *valeurs protégées* », notamment dans la distinction entre crimes et délits d'un côté et contraventions de l'autre⁵³⁶, mais ces valeurs ne sont pas véritablement étudiées en tant que telles, qu'il s'agisse de leur origine ou de leur nature⁵³⁷.

Une barrière infranchissable semble dressée entre la réflexion du juriste sur l'infraction, où il apprécie les choix du législateur d'un point de vue technique (légalité formelle, cohérence interne du système...) et l'appréciation axiologique de ceux-ci, réservés aux études, séparées, de politique criminelle. Il est ainsi fréquent de trouver une analyse dont l'auteur interrompt le cours au motif qu'il arrive là sur le terrain de la politique criminelle, terrain qui ne relève pas de sa compétence⁵³⁸. La tradition française veut que la doctrine ne porte pas de jugement de valeur sur la politique criminelle du législateur et que l'étude du processus normatif soit laissée entre les mains des sociologues du droit ou des auteurs de politique criminelle. Le caractère juste ou injuste de la loi est une question que se refuse le plus souvent à aborder le juriste français, lorsque, fidèle à la conception de la rationalité indubitable de la loi, il n'affirme pas péremptoirement que « *la solution juste n'est pas celle qui est opportune mais celle qui est légale*⁵³⁹ ». La question ne semble d'ailleurs pas l'interpeller véritablement et, alors qu'elle est largement débattue dans les doctrines d'influence germanique, elle n'est que très rarement envisagée en dehors de la philosophie du droit et du cas particulier de l'exclusion, par le Code pénal, de certains crimes du champ des faits justificatifs⁵⁴⁰.

Cette position n'est en rien surprenante au regard des théories de l'infraction comme violation de la loi dont nous savons qu'elles considèrent la volonté du législateur, expression de la volonté générale, comme unique source de normativité. Dans cette perspective en effet, la loi, acte de volonté, n'est pas susceptible d'être vraie ou fausse et la doctrine ne peut donc prétendre porter un jugement de valeur sur ses énoncés, sauf à prétendre imposer sa propre volonté en lieu et place de la volonté générale. L'absence de légitimité d'une telle démarche apparaît de ce point de vue tout à fait clairement et il paraît alors logique que, dans ce système de pensée, la doctrine limite

⁵³³ Voir par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit. p. 6, n°7 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°31.

⁵³⁴ La délimitation du champ du droit pénal apparaît donc comme une préoccupation de la doctrine mais celle-ci, le plus souvent, finit souvent par officialiser et valider les choix du « système » pénal, le droit pénal apparaissant essentiellement comme « *un champ construit à partir de normes professionnelles (davantage que comme) un champ expressif de valeurs ou d'intérêts* ». En ce sens : P. LASCOURMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal*, op. cit., p. 36-38.

⁵³⁵ Sur celles-ci, voir notamment : J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, op. cit. ; J. WALTHER, « A justice équitable, peine juste ? », art. préc., et les références citées aux notes 86 et s.

⁵³⁶ Voir notamment : Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », R.S.C., 1983, p. 596 et s.

⁵³⁷ Cette reconnaissance du caractère axiologique et politique du droit, objet de la science du droit, n'est absolument pas incompatible avec une position positiviste du point de vue épistémologique. Les tenants du positivisme insistent ainsi sur la possibilité d'une description de l'idéologie du droit dénuée de toute évaluation de celle-ci, de toute appréciation critique. Voir par exemple, sur les théories (positivistes) réalistes de l'interprétation : É. MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel TROPPEL*, Economica, 2006, p. 725-726.

⁵³⁸ D'une façon plus générale, on peut donc dire que la doctrine pénaliste s'intéresse à la philosophie pénale ou à la politique criminelle mais que les réflexions qu'elle nourrit sur le sujet font le plus souvent partie de publications séparées ; elles ne s'intègrent pas véritablement dans les manuels ou dans les études doctrinales du droit positif. Peut-être cette séparation est-elle due à l'absence de reconnaissance véritable du bien juridique dont nous avons dit qu'il était la clé de communication entre droit et politique criminelle dans les pays d'influence germanique.

⁵³⁹ Voir : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 3, n°5.

⁵⁴⁰ Voir par exemple, relevant en introduction le « *cas particulier des crimes contre l'humanité* » du fait du caractère « *transcendant* » du respect de l'humanité : F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°32.

d'elle-même sa réflexion à la connaissance de la loi et se refuse à prétendre dégager des valeurs ou un droit supérieurs à elle.

237. Ainsi limitée à la connaissance de la loi, l'œuvre doctrinale pénale apparaît alors comme volontairement hermétique à la philosophie et à la politique criminelle et quasiment aveugle face au contenu axiologique du droit pénal. Elle ne prétend pas proposer un système de pensée global fondé sur de prétendues connaissances axiologiques, mais préfère s'attacher à résoudre les problèmes auxquels sont confrontés les juristes dans la pratique.

2°/ Un pragmatisme assumé.

238. La vocation pragmatique du droit pénal français est totalement assumée par la doctrine et ce depuis fort longtemps. Les manuels s'attachent donc à mettre en avant les solutions du droit positif (a) et leurs auteurs s'inclinent le plus souvent lorsque celui-ci adopte une position contraire à celle majoritairement défendue par la doctrine (b).

a. La mise en avant des solutions du droit positif.

239. Au début du XX^{ème} siècle déjà, alors que GARÇON, auteur du célèbre Code pénal annoté⁵⁴¹ défendait le « *génie français* », cette approche nous avait valu un dur jugement de von LISZT qui affirmait froidement : « *il n'y a pas de doctrine française*⁵⁴² ». Si la doctrine allemande a depuis reconnu la nécessité de limiter des réflexions dogmatiques devenues déraisonnables⁵⁴³ et que la doctrine française s'intéresse de plus en plus aux questions éthiques, l'opposition n'en reste pas moins marquée. Les œuvres de tradition germanique restent ainsi fort dogmatiques et les solutions du droit positif -si tant est qu'elles soient citées- apparaissent le plus souvent au second plan, après de longs exposés théoriques alors que les ouvrages français gardent une vocation pratique et mettent au premier plan les solutions légales et prétoriennes que le droit positif apporte aux différents problèmes juridiques⁵⁴⁴. Les auteurs apportent bien le plus souvent un éclairage ou même une critique théorique mais ceux-ci sont en général assez succincts et n'apparaissent que secondairement, pour expliquer le droit positif et ses évolutions.

240. Il arrive même que les auteurs abandonnent leurs constructions théoriques lorsqu'elles sont rejetées par le droit positif.

b. L'inclinaison de la doctrine devant le droit positif.

241. Il serait excessif de nier à la doctrine française tout goût pour les constructions théoriques mais elle se refuse le plus souvent à proposer des constructions rejetées par le droit positif et se montre même parfois réticente à défendre des positions distinctes, même si elles ne sont pas incompatibles avec lui. L'exemple des causes d'irresponsabilité, telles que définies par le Code pénal de 1992 nous semble à ce titre particulièrement significatif puisque l'on sait qu'elles étaient à l'origine un édifice doctrinal.

⁵⁴¹ É. GARÇON, *Code pénal annoté*, 1^{ère} éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1901, 2 volumes. Celui-ci, comparant les deux approches épistémologiques, reconnaissait également le « *génie germanique* » ; voir É. GARÇON, préface à F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. VII-XIV.

⁵⁴² Propos rapportés par : J. LEBLOIS-HAPPE et al., « Chronique de droit pénal allemand », art. préc.

⁵⁴³ *Ibid.*

⁵⁴⁴ Cet effacement de la science juridique et du droit naturel au profit du droit positif est parfois déploré, notamment pour la conséquence qu'elle emporte de ne plus faire de la doctrine une source du droit. L'auteur y souligne également les conséquences pratiques néfastes qu'entraîne cette position épistémologique négligeant les principes généraux au profit de l'étude des solutions précises d'un droit positif valable en un seul lieu et un seul temps, notamment dans l'adaptation du juriste aux évolutions du droit. Voir par exemple : J.- P. DOUCET Jean-Paul, « La doctrine est-elle une source du droit ? », [en ligne], <<http://ledroitcriminel.free.fr>>.

Sous l'empire de l'ancien Code pénal, face à l'éclatement et aux lacunes des dispositions textuelles, la doctrine avait en effet élaboré de savantes constructions théoriques qui distinguaient le plus souvent les faits justificatifs, faisant disparaître l'élément légal de l'infraction et jouant *erga omnes*, et les causes de non imputabilité, faisant obstacle à la constitution de l'élément moral et n'ayant d'influence que sur la responsabilité de l'agent qui pouvait prétendre en bénéficier. Sans rentrer dans les détails de ces constructions⁵⁴⁵ ni s'attarder sur les problèmes qu'elles pouvaient poser (par exemple les effets discutés de l'état de nécessité sur la responsabilité civile), on peut admettre que la distinction était largement majoritaire en doctrine et que rares étaient les voix qui défendaient l'unicité des causes, objectives et subjectives, d'irresponsabilité⁵⁴⁶.

En adoptant une formule unique selon laquelle « *n'est pas responsable pénalement* » l'agent qui peut invoquer une cause d'irresponsabilité, le Code pénal de 1992 a, sans remettre en cause les solutions prétoriennes antérieures, pourtant sensiblement modifié la matière. Bien que n'étant pas interdite par la nouvelle rédaction, la division traditionnelle s'est trouvée fort affaiblie face à un Code pénal qui ne distinguait plus entre causes objectives et subjectives d'irresponsabilité. Un auteur a ainsi pu conclure que le courant, auparavant fortement minoritaire, qui défendait l'unicité des causes d'irresponsabilité, « *avait raison*⁵⁴⁷ » alors que d'autres saluent cette « *simplification* » de la question⁵⁴⁸. Mais si la plupart des auteurs ont choisi une voie médiane et conservent la distinction, c'est en prenant toujours bien soin de souligner cette uniformité textuelle et en traitant les différentes causes d'irresponsabilité ensemble, les une à la suite des autres⁵⁴⁹. Rares sont ceux qui maintiennent la présentation antérieure et continuent à rattacher les faits justificatifs à la disparition de l'« *élément légal* » et celle des causes de non-imputabilité à celle de l'« *élément moral* »⁵⁵⁰.

Pourtant, le glissement n'est pas seulement terminologique mais au contraire lourd de sens si l'on pense que la justification relevant de l'état de nécessité était considérée comme abolissant l'ordre juridique lui-même pour l'antique école du droit naturel alors que la disparition de la responsabilité a été défendue en premier lieu par KANT et, à sa suite, FEUERBACH, et donc par les tenants d'une conception hautement idéaliste et subjectiviste⁵⁵¹.

242. Au plus proche du droit positif, revendiquant sa neutralité axiologique, la doctrine française semble alors fort proche, au moins d'un point de vue épistémologique, des courants positivistes du début du XX^e siècle tels que l'école historique du droit ou la théorie des normes de BINDING. Il nous faut maintenant vérifier si cette proximité se confirme d'un point de vue théorique.

⁵⁴⁵ Sur l'« *âge d'or* » de la théorie des faits justificatifs, voir : E. LEPOINTE, « Justifié donc irresponsable », *Daloz* 1996, Chron. p. 247 et s.

⁵⁴⁶ Voir néanmoins par exemple la réponse du professeur LEAUTÉ, membre de la commission de révision du Code pénal ayant élaboré l'avant-projet de Code pénal de 1978, à la question de la pérennité de la distinction traditionnelle : « *Tout cela n'est-il pas du pareil au même ? Au fond, ce qui compte, c'est le résultat, c'est-à-dire la non-punissabilité.* » Propos rapportés par : E. LEPOINTE, « Justifié donc irresponsable », art. préc., p. 247. Le même auteur cite également les professeurs BOUZAT et VOUIN comme « *précurseurs* » de la conception adoptée par le Code pénal de 1992. *Ibid.*, p. 254.

⁵⁴⁷ Avec une pointe d'ironie peut-être : « *Ces auteurs avaient raison, puisque le législateur s'est rendu à leurs arguments.* » *Ibid.*, p. 254.

⁵⁴⁸ Voir par exemple : F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal Général*, *op. cit.*, n°627.

⁵⁴⁹ Les professeurs STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC considèrent ainsi que les causes objectives d'irresponsabilité, à la différence des causes subjectives, ne détruisent pas directement la responsabilité mais qu'elles effacent d'abord l'élément légal de l'infraction, la disparition de la responsabilité étant un « *effet ricochet* ». Voir : *Ibid.*, p. 258. Le professeur BOULOC a maintenu depuis cette position et l'on retrouve cette formulation dans la dernière édition de son manuel : B. BOULOC, *Droit pénal Général*, 20^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2007, p. 329, n°375.

⁵⁵⁰ C'est le cas de : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, *op. cit.* ; J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, 17^e éd., Cujas, coll. *Manuels*, 2008, p. 294-296, qui critique fortement la négation de la distinction. D'autres auteurs sont également cités comme faisant de la « *résistance* » : ainsi des professeurs VERMELLE, PRADEL, LOMBOIS, LARGUIER, SALVAGE, LEVASSEUR, CHAVANNE et MONTREUIL. Voir : E. LEPOINTE, « Justifié donc irresponsable », art. préc., p. 255-256.

⁵⁵¹ Voir : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal*, *op. cit.*, T. II, p. 349.

B. L’empreinte positiviste d’un point de vue théorique.

243. Si l’on trouve des auteurs pour dénoncer les « ravages du positivisme⁵⁵² » et que les pénalistes emploient le plus souvent le passé lorsqu’ils font référence au culte de la loi, il apparaît néanmoins que l’influence de la pensée positiviste sur la doctrine contemporaine est loin d’avoir complètement disparu. Que l’on se penche sur les définitions doctrinales des grandes notions du droit pénal (1) ou sur les fondements du droit de punir les plus souvent défendus (2) dans les ouvrages généraux, l’ancrage de la doctrine française dans cette conception apparaît nettement aujourd’hui encore.

1°/ Dans les définitions doctrinales.

244. Les définitions proposées par la doctrine tant de l’infraction elle-même que de ses éléments, apparaissent comme particulièrement proches des définitions proposées, en leur temps par le positivisme juridique de BINDING ou par le positivisme naturaliste de von LISZT et confortent l’idée d’une conception du délit comme violation de la loi. La violation de la loi apparaît en effet bien comme le résultat d’une infraction (a) imprégnée de définitions naturalistes (b).

a. La violation de la loi comme résultat de l’infraction.

245. Nous avons déjà observé que notre droit positif attachait une importance particulière à la violation de la loi au détriment du résultat matériel de l’infraction dans un certain nombre de ses mécanismes et dans ses règles de pénalité. Il n’est donc pas surprenant de constater que les définitions doctrinales vont dans le même sens et semblent bien faire de l’atteinte à la loi le résultat véritable de l’infraction.

La place de l’atteinte à la loi dans la théorie de l’infraction était déjà au cœur du débat doctrinal qui opposa les deux plus grands pénalistes allemands du début du XX^e siècle, à savoir BINDING et von LISZT, auteurs dont nous avons étudié la pensée plus haut. Le second reprochait précisément au premier de faire de l’atteinte à la loi le résultat de l’infraction alors que celle-ci était en était pour lui un élément constitutif⁵⁵³. La nuance est de taille et rejoint parfaitement notre questionnement sur le bien juridique : si l’atteinte à la loi n’est qu’un élément de l’infraction, on admet nécessairement que la notion d’infraction dépasse la simple contrariété au droit positif alors que si l’on fait de l’atteinte à la loi le résultat de l’infraction, on assimile infraction et contrariété au Droit et l’on ne peut plus faire de l’antijuridicité un véritable élément positif de l’infraction.

Le professeur VITU avait déjà fort bien montré dans son étude sur l’« élément injuste » de l’infraction : seules les définitions doctrinales qui font de la contrariété au droit un élément de l’infraction peuvent admettre l’existence de cet élément injuste, nous l’avons vu, très lié au concept de bien juridique⁵⁵⁴. Les définitions doctrinales citées par cet auteur confirment bien notre hypothèse puisque quasiment aucun auteur français n’intègre à l’infraction la contrariété au droit, laissant par là entendre que celle-ci en serait le résultat. L’étude étant quelque peu ancienne,

⁵⁵² Voir : F. TERRE, « Pitié pour les juristes ! », *R.T.D. Civ.*, 2002, *Chron.* p. 247 et s., exposant qu’une règle n’est pas juridique car elle est sanctionnée mais bien sanctionnée car elle est juridique. Dans le même sens, en droit pénal plus particulièrement, dénonçant le fait qu’au légalisme ait succédé la casuistique : J.-P. DOUCET, « Supplique en faveur de la science criminelle », *Gazette du Palais* 1984, II, Doct., p. 486 et s.

⁵⁵³ Voir *supra*, n°64.

⁵⁵⁴ Voir : A. VITU, « De l’illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée* 1984, p. 127 et s. L’auteur relevait alors que la notion d’illicéité était ignorée de la quasi-totalité des criminalistes français.

on pourrait penser le constat dépassé mais l'observation des définitions contemporaines de l'infraction⁵⁵⁵ confirme l'analyse.

La définition majoritaire du dol général comme conscience et volonté de violer la loi pénale⁵⁵⁶ va également dans le même sens même si de nombreux auteurs exigent également, sans la nommer, l'intention de porter atteinte au bien juridique protégé, soit par un dol spécial reconnu dans toutes les infractions matérielles⁵⁵⁷, soit au travers de la notion de résultat, celui-ci devant être recherché par l'agent lorsqu'il fait partie de l'incrimination⁵⁵⁸. S'agissant des infractions non intentionnelles, l'admission par certains auteurs de la constitution d'une faute simple d'imprudence du seul fait de la production du résultat illicite⁵⁵⁹ pourrait apparaître, d'une certaine façon, comme l'introduction de la violation de la loi comme un élément de ces incriminations mais il ne faudrait pas y voir la trace d'une conception de l'infraction comme atteinte aux biens juridiques puisque seule compte ici la causalité et que l'imputation objective du résultat au comportement n'est pas exigée.

La persistance chez de nombreux auteurs de la présentation des causes objectives d'irresponsabilité comme une neutralisation ou une disparition de l'élément légal conforte encore cette interprétation⁵⁶⁰. Couvert par un fait justificatif, le comportement incriminé apparaît comme conforme à la loi, non pas parce qu'il est « juste » et qu'il n'est donc plus contraire au droit mais parce que, au cœur d'un conflit de normes, il est réputé non incriminé⁵⁶¹. Dans cette optique, la conformité du comportement au droit n'est pas la cause de l'absence d'infraction mais, au

⁵⁵⁵ L'existence d'un « élément injuste », défini comme la seule absence de fait justificatif formel, est assez fréquemment évoquée pour être immédiatement rejetée comme une « lapalissade » qui « brille par son utilité » ou comme une « façon déguisée de renvoyer à l'élément légal ». En ce sens, respectivement : W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 200 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, op. cit., p. 145, n°242. Une telle position n'est guère surprenante chez ces derniers auteurs, qui reprennent presque mot pour mot la définition de l'infraction de BINDING dans leur définition de leur criminalité comme trouble à l'ordre public, caractérisé par un trouble social qui « résulte de la violation d'une norme de conduite destinée à assurer la protection d'une valeur reconnue comme suffisamment importante pour mériter une protection de nature non pas seulement extrapénale mais répressive ». Voir : *Ibid.*, p. 3, n°7. Avec une référence au bien juridique, une définition similaire est défendue, explicitement appuyée sur la théorie des normes de BINDING par : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal général*, op. cit., p. 262-263, n°181.

⁵⁵⁶ En ce sens par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 244, n°266, citant GARÇON ; F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n°471.

⁵⁵⁷ En ce sens par exemple, qui exige un dol spécial constitué par la volonté de tuer dans le meurtre mais non dans l'empoisonnement : M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 5^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006, p. 305, n°263 et p. 283, n°283. Notons que cette conception du dol spécial était également celle de BINDING ; voir : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 252, note (2).

⁵⁵⁸ En ce sens : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, op. cit., p. 217, n°381. Notons qu'il s'agit là du résultat légal et non juridique ce qui emporte d'importantes conséquences pour les infractions formelles comme l'empoisonnement : l'intention de tuer n'étant pas exigée par le texte d'incrimination selon cet auteur alors qu'elle l'est si l'on adopte l'exigence d'un dol spécial qui serait l'intention de porter atteinte à la vie (résultat juridique). Sur la notion de résultat chez ces auteurs, voir *infra*, n°329. Voir également : X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 141, n°166, la faute intentionnelle étant définie comme la « volonté et la conscience du résultat illicite ».

⁵⁵⁹ En ce sens par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, op. cit., p. 221, n°385.

⁵⁶⁰ Cette idée apparaît parfois en doctrine, Éric LEPOINTE relevant par exemple le « risque de dénaturation » qu'implique pour la théorie de la justification la démonstration de la « disparition de l'élément légal » au lieu de la récusation de l'idée même de pénalisation, « en amont de toute idée de responsabilité ». L'auteur oppose alors la théorie de la disparition de l'élément légal, qu'il récusé, avec celle de l'absence ou de la neutralisation de l'élément légal à l'issue d'un conflit de loi. Voir : E. LEPOINTE, « Justifié donc irresponsable », art. préc., p. 252.

⁵⁶¹ Notons que l'idée du conflit de normes a parfois pu être conjuguée avec celle d'absence d'élément légal. Voir : *Ibid.* : « La loi ne pouvant autoriser un acte qui serait créateur de faits faux, c'est au constat d'une « absence » ou d'une « neutralisation » (comme produit d'un conflit de loi) de l'élément légal qu'il faudrait logiquement se rendre ». Chez cet auteur, la compréhension particulière de la neutralisation de l'élément légal, assimilée à son absence nous semble se rapprocher de l'idée de l'absence de contrariété au droit comme cause de l'absence de responsabilité. Ceci peut être considéré comme un rapprochement intéressant entre les deux positions que nous présentons comme antagonistes mais il nous semble néanmoins maladroit de confondre l'absence d'incrimination et la neutralisation de l'incrimination, celle-ci nous semblant davantage relever de l'idée de « disparition » de l'élément légal. L'auteur en semble bien conscient puisqu'il relève aussitôt après l'ambiguïté du pivot théorique de la justification (élément légal conçu comme préalable à la pénalisation, ou comme élément constitutif de l'infraction ou encore comme élément constitutif de la responsabilité) avant de trancher pour l'absence de préalable légal.

contraire, elle en est en quelques sortes la conséquence (l'élément légal disparu, le comportement n'est plus interdit).

246. Mais cette proximité des définitions françaises avec les conceptions impérativistes n'épuise pas le rapprochement avec la doctrine allemande du début du XX^{ème} siècle. Si l'on se penche sur les définitions proposées pour les différents éléments de l'infraction, nous ne pouvons qu'être frappée par leur coloration « *naturaliste* ».

b. Les définitions naturalistes des éléments de l'infraction.

247. Il n'est pas possible ici de rechercher l'ensemble des définitions proposées par la doctrine aux composantes essentielles de l'infraction que sont le comportement, le résultat, le lien de causalité et l'intention. Un rapide aperçu de celles-ci nous permet néanmoins d'affirmer que celles-ci sont profondément ancrées dans le monde empirique.

Le comportement positif, lorsqu'il n'est pas simplement opposé à l'omission⁵⁶², est ainsi souvent défini comme l'acte qui modifie le monde extérieur, modification qui constituera le résultat (matériel) de l'infraction⁵⁶³. Le lien de causalité, par l'adoption du critère issu de la théorie de l'équivalence des conditions est lui aussi envisagé de façon tout à fait empirique : est cause juridique du dommage tout ce sans quoi le dommage n'aurait pas eu lieu, c'est-à-dire toute cause matérielle de celui-ci⁵⁶⁴.

Même dans le domaine de l'intention, la conception naturaliste semble encore s'imposer, que cela soit sous la dénomination de dol général ou de dol spécial : la doctrine définit ainsi en général l'intention comme la volonté tendue vers un résultat, c'est-à-dire comme un lien de causalité psychologique entre le comportement et le dommage⁵⁶⁵.

La séparation de ces différents éléments en deux groupes indépendants, l'un objectif (élément matériel) et l'autre subjectif (élément moral) témoigne d'ailleurs parfaitement de cette conception naturaliste. Le premier élément reste en effet tout purement descriptif, factuel et la totalité de l'appréciation normative ou axiologique est concentrée dans l'élément dit « *moral* », l'identité du rapport de causalité étant ainsi mise en avant dans l'élément matériel au détriment de la différence de finalité poursuivie, qui n'apparaît que dans l'élément moral. Ces définitions sont tout à fait conformes à celles proposées en son temps par la théorie classique allemande et notamment par BINDING et von LISZT⁵⁶⁶, la théorie française de l'infraction n'ayant pas connu la remise en cause

⁵⁶² En ce sens : B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 208, n°213 _F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., n° 436, qui citent simplement quelques types de comportements (geste, écrit, paroles) ; J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général*, op. cit., p. 340, n°363.

⁵⁶³ En ce sens : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, op. cit., p. 176, n°306 : « une action, par définition même, modifie le cours des choses » ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 201, n°212 : « l'élément matériel de l'infraction (...) indique que celle-ci doit revêtir la forme d'une activité matérielle, qui est la manifestation extérieure, concrète, de la volonté délictueuse de l'agent. » ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 204 : « il y a infraction de commission ou comportement pénal positif quand ce que la loi incrimine est un mouvement physique de l'agent qui modifie le monde sensible ».

⁵⁶⁴ La loi du 10 juillet 2000 venant modifier la responsabilité pour les infractions non intentionnelles n'est qu'une exception apparente à cette affirmation. Si de nombreux auteurs ont pu croire en l'introduction d'une appréciation axiologique de la causalité par le biais de la théorie de la causalité adéquate ou du critère du paramètre déterminant, nous pensons au contraire qu'elle est restée sur un critère tout à fait empirique en désignant comme directe la *causa proxima*, c'est-à-dire cause la plus proche du dommage dans le temps et dans l'espace. Dans tous les cas, même si les causes indirectes ne peuvent être réprimées qu'en présence d'une faute qualifiée, il n'en reste pas moins que toutes les causes matérielles sont susceptibles de conduire à l'engagement de la responsabilité pénale. Voir : *infra*, n°676 et s.

⁵⁶⁵ C'est particulièrement clair chez le professeur ROBERT : « Le dol général est, dans l'esprit de l'agent doué de discernement et de liberté, la représentation exacte du monde environnant et de l'impact qu'y imprime son geste. On sait que l'infraction affecte toujours le monde sensible. Le dol général est l'image mentale fidèle de cette représentation. » Voir : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 320. Bien que la perspective soit inversée, on retrouve cette idée dans la définition donnée de l'élément matériel le professeur JEANDIDIER ; voir note 563.

⁵⁶⁶ Sur l'évolution de la théorie de l'infraction en Allemagne et en Espagne, du purement descriptif au normatif, voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 221-240. Pour une présentation de ces « révolutions » dans la théorie du délit dans les pays d'inspiration germanique : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc.

des concepts naturalistes par l'école néokantienne, la révolution finaliste⁵⁶⁷ ni la contre révolution roxinienne⁵⁶⁸. Si la doctrine civiliste a parfois intégré certaines idées de ces écoles de pensée, la doctrine pénaliste les a le plus souvent ignorées, et malgré quelques tentatives, parfois brillantes, d'intégrer de nouveaux éléments, la structure de l'infraction française et de ses composantes est restée sensiblement la même qu'il y a cent ans⁵⁶⁹. Les concepts restent sous l'emprise de ce qui a souvent été dénoncé en Allemagne comme le « *dogme causal* » et l'on n'y trouve toujours pas, aux côtés respectivement de l'élément matériel, de la causalité et des faits justificatifs et les concepts normatifs, aujourd'hui fondamentaux dans les droits d'influence germanique, que sont l'action finale, l'imputation objective ou l'antijuridicité matérielle. Figée dans la distinction entre éléments matériel et moral, la théorie de l'infraction n'a pu faire émerger la notion d'injuste personnel, dont nous verrons pourtant l'immense potentiel théorique⁵⁷⁰.

248. Mais cette proximité de la doctrine française avec les théories positivistes allemandes du début du XX^{ème} siècle n'est pas véritablement surprenante si l'on s'attache aux fondements de l'infraction majoritairement admis par les auteurs. Il ressort en effet que ceux-ci restent très profondément liés au droit pénal libéral issu de la Révolution et qu'il serait abusif d'expliquer le peu de discussion à leur endroit par le seul attachement épistémologique au positivisme juridique.

2°/ Dans les fondements de l'infraction.

249. La question des fondements du droit pénal semble faire l'objet d'un large consensus doctrinal⁵⁷¹ au travers de la notion de « *droit pénal moderne* », qui renvoie au droit pénal que l'on connaît depuis la Révolution française. L'immense majorité des auteurs continue en effet de se référer plus ou moins explicitement aux conceptions qui ont permis sa consécration (a), marquant ainsi son attachement à une certaine conception, philosophique, de l'Homme (b).

a. L'attachement aux fondements du droit pénal moderne.

250. Nous avons vu que la doctrine continuait à considérer le principe de légalité comme le « *principe cardinal* » du droit pénal et que, si elle en déplore souvent le déclin, elle était dans son ensemble tout à fait favorable à sa conséquence première, l'interprétation stricte de la loi pénale. Combiné à la revendication de sa neutralité axiologique dans l'analyse du droit positif et à sa recherche de pragmatisme, ce positionnement doctrinal n'est pas sans rappeler celui des théories positivistes de BINDING ou de l'école historique du droit. L'absence d'évolution des notions dans un sens moins descriptif et plus normatif confirme encore cette proximité et témoigne peut-être, plus que d'une réelle adhésion aux préceptes positivistes, d'un profond attachement au droit pénal

⁵⁶⁷ En ce sens et critiquant fortement, malgré l'avantage de la simplicité reconnu aux théories « *causalistes* » ou naturalistes : H. WELZEL, *Estudios de derecho penal*, *op. cit.*, p. 25-28. L'auteur dénonce ainsi l'absence de prise en compte, dans l'élément matériel, de la différence de finalité poursuivie entre l'homicide volontaire et involontaire. Il est vrai que l'élément matériel va obéir aux mêmes critères à ceci près, en France, que l'homicide volontaire exige nécessairement un acte positif.

⁵⁶⁸ ROXIN a en effet complètement repensé la théorie de l'infraction autour de l'idée de « *risque autorisé* », qui permet notamment de limiter l'imputation objective du résultat causé au comportement et de redéfinir la faute d'imprudence. Voir plus précisément *infra* note 820.

⁵⁶⁹ Même s'il existe depuis longtemps des discussions sur le point de savoir si l'élément légal est un véritable élément de l'infraction ou sur la scission de l'élément moral (les questions relatives au discernement étant mises à part), la structure de l'infraction française est restée stable et n'a notamment jamais intégré « *l'élément injuste* ». Voir : J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », *R.S.C.* 1977, p. 269-284 ; et, sur l'élément injuste en particulier, p. 277-280. Un auteur a ainsi pu affirmer que la doctrine française est restée « *bloquée au XIX^{ème} siècle* ». Voir : J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, p. 87.

⁵⁷⁰ Voir *infra* dans notre seconde partie, p. 255 et s.

⁵⁷¹ Cette situation est notamment constatée par un auteur qui ne le partage pas : M.-L. RASSAT, *Le droit pénal*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2005, p. 6 et s.

issu de la Révolution, et par là, de la persistance des théories du contrat social comme fondement du droit pénal dit « moderne ».

Mais cette situation semble moins provenir d'un défaut d'intérêt pour la question que d'une forme de consensus. L'écrasante majorité des ouvrages de droit pénal français⁵⁷² renvoie en effet à la pensée des Lumières et au célèbre « *Des délits et des peines* » de BECCARIA lorsqu'ils évoquent cette question⁵⁷³. Or nous avons vu plus haut que BECCARIA défendait une théorie du contrat social proche de ROUSSEAU⁵⁷⁴ et souhaitait réduire le juge à la « *bouche de la loi* ». On retrouve bien là l'idée d'une légitimité du droit pénal assise sur la volonté générale⁵⁷⁵ et il n'apparaît dès lors pas surprenant que le droit pénal français, comme les théories du délit comme violation de la loi, entende essentiellement la validité des lois d'un point de vue formel et voie leur contenu comme un acte de volonté du législateur insusceptible d'appréciation axiologique.

Le droit « naturel » ou « objectif », quoique souvent évoqué en introduction, n'est pas source de droit et n'est donc pas étudié, ni en tant que tel, ni comme référence pouvant aider à la compréhension du droit positif même si l'aspect matériel du principe de légalité est de plus en plus souvent invoqué⁵⁷⁶.

Mais cet attachement aux principes formels du droit pénal moderne est certainement le signe d'une adhésion à certains présupposés philosophiques.

b. L'attachement à la philosophie des Lumières.

251. L'idéologie de la Révolution française a souhaité rompre avec l'homme ancien, soumis à la domination royale et religieuse, et a défendu une nouvelle conception de l'homme autour de trois axiomes fondamentaux : bonté naturelle, liberté originelle et égalité entre tous les hommes⁵⁷⁷. Exprimé dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, ce droit naturel nouveau est construit autour de l'idée de liberté : c'est elle qui va permettre au citoyen, par un acte de volonté guidé par la raison, d'adhérer au contrat social et c'est elle qui va fonder la responsabilité pénale lorsque, par un mauvais usage de sa liberté, il aura enfreint les règles imposées par la volonté générale. Parfois critiquée pour son idéalisme et pour son individualisme, cette philosophie reste néanmoins fortement présente, par delà les présentations théoriques des fondements du droit pénal, dans l'ensemble de notre droit pénal positif.

L'attachement aux valeurs qui sont les siennes a été clairement réaffirmé en 1992, lors de l'adoption du nouveau Code pénal⁵⁷⁸ et imprègne encore fortement les règles relatives à la responsabilité, notamment au travers de la notion de volonté, le libre arbitre apparaissant comme une exigence fondamentale de l'imputabilité de l'acte à son auteur⁵⁷⁹. Malgré les évolutions qu'ont pu connaître ces fondements en politique criminelle et l'adaptation des sanctions à la prise en compte de certains facteurs, notamment sociaux, dans la théorie des peines, la liberté apparaît

⁵⁷² Voir ainsi par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 13 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 65-68 ; C. MASCALA, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 21-23 ; J. PRADEL, *Manuel de droit pénal général, op. cit.*, p. 124-126, n°128.

⁵⁷³ Cette référence première et quasi unique à BECCARIA concerne uniquement les fondements du droit pénal et non les peines, question qui a beaucoup évolué au fil des courants de pensée. L'égalité stricte des peines et leur fixité, chères à BECCARIA, ne sont en effet plus guères défendues en France depuis longtemps. Voir par exemple : J. PRADEL, *Histoire des doctrines pénales*, p. 26-28.

⁵⁷⁴ Voir *supra*, note 130.

⁵⁷⁵ Voir notamment : Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mélanges Larguier*, PUG, 1993, p. 203-218.

⁵⁷⁶ Voir notamment : A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français ; Aspects légistiques et jurisprudentiels », *R.S.C.* 2007, p. 509 et s ; PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, n°21.

⁵⁷⁷ Voir notamment les citations éclairantes de révolutionnaires souhaitant créer un « *homme nouveau* », rapportées par le professeur DOUCET, fort critique sur les dérives qu'aurait entraînées cette conception : J.-P. DOUCET, « Le lit de Procuste », *Gazette du Palais*, 30 mars 2002, p. 10 et s.

⁵⁷⁸ Voir *infra*, n°263 et s.

⁵⁷⁹ Cela ne signifie pas que certains déterminismes, notamment sociaux, ne sont pas reconnus mais ils sont toujours considérés comme secondaires dépassables par la volonté. Voir : Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », art. préc.

encore aujourd'hui comme le fondement premier de la responsabilité. La quasi absence de discussion sur le fondement du droit de punir et donc de l'État pouvait alors être analysée comme le signe d'un consensus bénéfique à la sécurité juridique autour de ces idéaux révolutionnaires jusqu'au renouveau des idées de « *défense sociale* » et de législations établissant une distinction entre peines et mesures de sûreté, celles-ci n'étant pas soumises au principe de légalité. Au travers de la question de la sanction, c'est un renouveau du débat sur les fondements de la responsabilité qui se dessine⁵⁸⁰, ces nouvelles réponses à la délinquance trouvant des appuis en doctrine, y compris chez des auteurs attachés au légalisme⁵⁸¹.

252. La conception française apparaît donc comme fortement ancrée dans les conceptions révolutionnaire et napoléonienne du droit pénal qui marquèrent les XVIII^{èmes} et XIX^{èmes} siècles et manifeste des réticences à l'introduction de principes matériels et d'éléments de l'infraction normatifs jugés porteurs d'insécurité juridique. Il ne faudrait pas se méprendre néanmoins sur la signification d'une telle situation. Car s'il est vrai que les postures positivistes ont pu conduire par le passé à légitimer des droits pénaux dictatoriaux en Allemagne, Italie ou Espagne, l'attachement de la doctrine française à ce positionnement épistémologique semble devoir s'analyser non pas comme une validation *a priori* de tout contenu matériel du droit pénal mais plutôt comme la persistance de l'idéologie des Lumières, et en particulier, d'une certaine conception, humaniste, de la personne.

Ce serait alors une certaine conception de l'Homme et de ses droits, naturels au sens du droit de la nature et des gens, qui serait implicitement défendue et l'adoption d'une posture épistémologique positiviste serait alors à analyser, comme chez FEUERBACH, comme une volonté libérale de préserver les acquis du droit positif en la matière contre le possible arbitraire judiciaire.

253. **Conclusion de Chapitre.** ____ Même si nous verrons que certaines institutions de notre droit pénal peuvent contredire ou en tout cas nuancer notre analyse, l'éclairage de la problématique mettant en exergue l'opposition existant entre les conceptions de l'infraction comme violation de la loi et comme atteinte à un bien juridique matériel permet nettement de rattacher le droit pénal français à la première catégorie.

Nous avons en effet montré que les règles de qualification et de pénalité, qui sont de coutume considérées comme des manifestations des théories subjectives, peuvent également s'expliquer par une conception de l'infraction comme violation de la loi. La conception de la justification consacrée par notre Code pénal corrobore cette hypothèse, de même que les règles relatives à l'interprétation de la loi pénale, qu'elle soit menée par la jurisprudence ou par la doctrine. Les fondements mêmes de notre droit ainsi que la philosophie et la conception de l'État auxquels ils se rattachent confirment la proximité théorique du droit français actuel avec les grands penseurs allemands du début du XX^{ème} siècle comme BINDING, en même temps qu'ils permettent de mieux comprendre un arrière-plan philosophique fortement imprégné des idées libérales des Lumières.

⁵⁸⁰ Sur celui-ci, voir *infra*, p. 199 et s.

⁵⁸¹ Sans rompre avec les garanties du système libéral, le professeur BOULOC oppose ainsi par exemple une définition du phénomène criminel comme « *abstraction juridique et abstraite* » avec une autre comme « *réalité sociale* » et défend le maintien de la conception juridique dans la détermination de l'existence de l'infraction mais une conception « *réaliste* », fortement imprégnée de défense sociale, dans la « *répression ou le traitement* » du phénomène criminel. Voir : B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 5-16. Il nous semble que l'on peut rapprocher ce positionnement de celui d'AMELUNG (voir *supra* n°125).

254. ___ **Conclusion de Titre.** ___ Conclure à l'appartenance de droit français à une conception de l'infraction comme violation de la loi, même dans sa version libérale inspirée des Lumières, c'est fortement remettre en cause l'opportunité et même la possibilité d'une importation du concept de bien juridique en droit français. Si nous avons vu en effet que toutes les théories de l'infraction comme violation de la loi n'étaient pas hostiles au concept et qu'il avait même été véritablement intégré à la théorie allemande de l'infraction grâce à BINDING, nous avons également observé qu'il n'avait, dans ses théories, qu'une définition purement formelle, se confondant avec l'objet juridique du délit, ou bien une définition si abstraite qu'elle se confondait avec la valorisation sociale.

Si l'on se contente d'une définition purement formelle du bien juridique, celui-ci ce ne semble guère ouvrir de véritables perspectives théoriques, comme en témoigne l'échec de GARRAUD à introduire le bien juridique et « *l'élément injuste* » dans l'infraction. Il ne serait alors qu'un instrument de complexification inutile qui n'apporterait rien aux théories doctrinales fondées sur les éléments traditionnels de l'infraction.

Si l'on se tourne au contraire vers les définitions plus abstraites comme celle de *ratio legis* ou de valeur objective, on retrouve alors simplement l'idée que le droit pénal est doté d'un contenu axiologique fort mais l'on ne peut mener bien loin la réflexion. Le bien juridique, en tant que seule *ratio legis* n'apporterait rien de plus que la notion de valeur protégée, souvent évoquée par les juristes pour éclairer l'interprétation d'un texte mais qui ne peut véritablement s'intégrer à la théorie de l'infraction pour être dépourvue de nature juridique claire. Le bien juridique comme valeur objective, enfin, ne paraît guère plus prometteur, même si l'on met de côté le contexte historique particulier qui l'a vu naître. La trop grande abstraction de cette conception la rend également impraticable dans le cadre d'une théorie de l'infraction et ne permet pas davantage une analyse critique de la politique criminelle du législateur, ces valeurs objectives étant justement énoncées par lui.

Seule une conception matérielle du bien juridique, liant politique criminelle et droit pénal, pourrait véritablement s'avérer intéressante mais il faudrait encore parvenir à déterminer la nature juridique du concept pour pouvoir le manipuler au sein de la théorie de l'infraction. Or nous avons vu que le droit pénal français était réticent à introduire de nouveaux éléments qui bouleverseraient la structure de l'infraction et la tâche serait d'autant plus difficile qu'il devait en résulter une remise en cause plus profonde de notre conception du droit de punir et du rôle respectif du législateur, du juge et de la doctrine. Il faudrait de plus, contester de nombreux points de notre droit positif pour défendre une certaine gradation de l'injuste, c'est-à-dire la modification des règles de pénalité dans le sens d'une meilleure différenciation entre les différents stades d'exécution de l'infraction et les différents modes de participation à celle-ci et repenser la question de la justification dans une direction opposée à celle choisie par le législateur de 1992, qui, en refusant de distinguer causes objective et subjective d'irresponsabilité, a nié la différence entre le comportement qui n'est pas contraire au droit, et celui qui, bien qu'antijuridique, n'est pas punissable.

255. ____ **Transition.** ____ Il ressort de cette présentation des liens entre le bien juridique et la loi que l'absence de théorisation d'un concept de bien juridique en droit français n'a rien de véritablement surprenant. Puisque l'infraction est profondément conçue comme une atteinte à la loi, elle-même entendue comme expression de la volonté du législateur, il n'y aurait guère de place pour un concept destiné à délimiter, *a priori*, le domaine du droit pénal.

Pourtant, il nous semble extrêmement prématuré de conclure à l'inanité de toute recherche d'un concept français de bien juridique, l'intérêt qu'il commence à susciter en doctrine n'étant sûrement pas fortuit. A y regarder de plus près, en effet, le bien juridique existe bel et bien dans notre droit et, même s'il est le plus souvent désigné par les termes d'intérêt ou de valeur protégés, il paraît en réalité omniprésent au travers de ses différentes fonctions.

Il nous faut alors maintenant étudier ses manifestations dans les faits afin de nous assurer que, malgré l'hostilité théorique du droit français à l'égard d'un bien juridique matériellement entendu, un véritable concept, sous-jacent, de bien juridique protégé n'a pas émergé en droit français et qu'il reste, comme le dénoncent ses détracteurs à l'étranger, une vague notion dépourvue d'intérêt véritable pour la science juridique.

TITRE 2

LE BIEN JURIDIQUE ET LE FAIT.

256. Jusqu'ici, nous avons surtout envisagé l'opposition entre les théories qui défendent l'existence d'un droit objectif ou « *naturel* », supérieur et antérieur au droit positif, et celles qui confondent le droit et la loi, fruit de la volonté générale issue du pacte social ou de la souveraineté étatique. Mais en Allemagne et dans les pays qui ont suivi son modèle, ce clivage traditionnel est de plus en plus relégué au second plan face à l'influence grandissante des théories sociologiques du fonctionnalisme systémique qui analysent le droit comme un pur fait social et le réduisent à un sous-système défini par sa fonction de pérensation du système social dans son ensemble. Dans ces théories, le bien juridique comme concept matériel n'a guère plus de place que dans les théories classiques de l'infraction comme violation de la loi et l'absence de fonctionnalité prétendue du concept devrait conduire, purement et simplement, à son abandon. Souvent rejetées avec une virulence extrême par la doctrine majoritaire qui les accuse de légitimer *a priori* n'importe quel contenu normatif, ces théories n'en connaissent pas moins un large succès dans les pays d'inspiration germanique.

Dans un tel contexte, s'interroger sur les relations du bien juridique avec le fait soulève en réalité une double question. Tout d'abord, l'inexistence théorique du concept de bien juridique signifie-t-elle réellement son inexistence juridique ? L'observation de manifestations multiples d'un bien juridique innommé, au travers de ses différentes fonctions, permet-elle de dégager un véritable concept ou les utilisations qui en sont faites ne révèlent-elles qu'un usage opportuniste d'une notion trop floue pour faire l'objet d'une construction théorique ? À offrir autant de visages différents, le bien juridique n'en aurait-il pas perdu toute fonctionnalité et ne serait-il pas tout simplement inutile ?

Le caractère protéiforme du bien juridique tel qu'il apparaît dans notre droit positif (Chapitre 1) serait alors révélateur de son absence de consistance et de son inanité dans la théorie du délit, inanité dénoncée par les théories systémiques avec un tel succès que le concept apparaît aujourd'hui comme un concept en crise dans les pays mêmes qui l'ont consacré comme un pilier de l'infraction (Chapitre 2).

Chapitre 1

Le caractère protéiforme du bien juridique.

257. Malgré les signes d'une certaine indifférence du droit pénal français à la gravité de l'atteinte subie par les biens juridiques concrets et en dépit des obstacles théoriques à l'admission d'un objet de protection antérieur au droit positif, une étude plus approfondie du droit positif révèle une multitude d'apparitions du bien juridique dans la politique criminelle mais aussi dans la jurisprudence et en doctrine.

Mais si nous allons voir que l'existence du bien juridique dans notre droit positif ne fait guère de doute, ses nombreuses utilisations ne se rattachent pas à une conception unique de l'objet de protection du droit pénal. Comme dans les multiples théories qui ont tenté de le définir, il est doté de natures juridiques distinctes au gré de la finalité recherchée. Les nombreuses manifestations du bien juridique (Section 1) ne permettent pas, en effet, de dégager un concept cohérent et unitaire (Section 2).

Section 1

Des manifestations nombreuses.

258. Même s'il ne dit le plus souvent pas son nom, le bien juridique apparaît de plus en plus souvent dans notre droit positif et dans les études doctrinales. Mais ses nombreuses manifestations ne traduisent pas nécessairement l'avancée d'une conception libérale ou matérielle du droit pénal et que le recours au bien juridique est au contraire représentatif de l'éclatement du concept observé au début de notre étude. Parfois utilisé à des fins répressives, dans le cadre d'une conception objective ou subjective, le bien juridique se révèle ainsi au travers des fonctions qu'il remplit, comme indicateur de la *ratio legis* (I) ou comme critère de la loi applicable (II).

I Le bien juridique, *ratio legis*.

259. Pour un éminent auteur, l'incrimination est « d'abord sélective en ce sens qu'elle se met au service d'un ordre, l'ordre public pénal dont la conception suppose nécessairement un choix préalable de valeurs ». De cette façon, « à toute incrimination correspond donc une cause particulière d'incrimination, une *ratio* spécifique, une mobile précis d'existence au nom d'un bien collectif à défendre⁵⁸² ». Si l'on accepte de substituer au terme de valeur celui de bien juridique, comme désignant ce que le législateur a entendu préserver, celui-ci ouvre la voie à une systématisation du droit pénal spécial qui n'est pas inconnue de notre législateur (A) et fournit au juge, même français, un instrument précieux d'interprétation des textes répressifs (B).

A. Le bien juridique dans sa fonction de systématisation.

260. Dans leurs ouvrages de droit pénal spécial, les auteurs apportent un soin particulier à l'élaboration d'un plan qui permette de ne pas tomber dans une présentation en forme de catalogue et recherchent une structure qui mette en exergue les différents intérêts ou valeurs protégés par les différents textes d'incriminations⁵⁸³. Mais le bien juridique est également utilisé par le législateur lorsqu'il met en œuvre la division tripartite des infractions (1) ou lorsqu'il classe et hiérarchise les incriminations (2).

1°/ Dans la classification tripartite et la hiérarchie des peines.

261. Si le législateur de 1992 n'a pas repris la définition sociologique des infractions de la deuxième version de l'avant projet de Code pénal de 1983 qui disposait que « les crimes et les délits sont des atteintes aux valeurs essentielles de la société » alors que « les contraventions sont des atteintes à l'organisation de la vie sociale⁵⁸⁴ », il n'en reste pas moins que cette idée reste communément admise et fréquemment

⁵⁸² Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », R.S.C., 1983, p. 596.

⁵⁸³ Cette préoccupation est souvent soulignée dans les introductions des manuels de droit pénal spécial. Voir par exemple : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 3, n°6 ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 4^e éd., Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 2009, p. 2-3 ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal spécial*, op. cit., p. 25 et s., n°19 et s.

⁵⁸⁴ Cité par W. JEANDIDIER, « Classification des infractions », *J.C.P Pénal*, 1998, art. 111-1, p. 3. Un auteur s'est ouvertement réjoui de l'abandon de ce critère, jugé « *fumeux* » ; voir : J. PRADEL, « Le nouveau Code pénal (partie générale) », *Dalloz* 1993, n°9.

utilisée en doctrine à l'heure de distinguer les crimes et délits des contraventions et de justifier ainsi qu'elles relèvent du domaine réglementaire et non législatif⁵⁸⁵.

Il est également acquis qu'il existe une hiérarchie, entre crimes et délits tout d'abord, les crimes portant atteinte aux valeurs les plus importantes, et au sein même de chacune de ces catégories ensuite. L'existence de nombreuses infractions complexes protégeant plusieurs biens juridiques, la multiplication des circonstances aggravantes, notamment du fait du simple moyen de commission de l'infraction, de même que la technique, répandue, de la correctionnalisation judiciaire, troublent quelque peu la distinction⁵⁸⁶, mais on peut néanmoins admettre que la hiérarchie des peines encourues correspond à peu près à la hiérarchie des biens juridiques protégés. Il n'est alors pas surprenant que les peines les plus sévères soient encourues pour des atteintes graves à la dignité humaine⁵⁸⁷, à la sûreté de l'État, à l'espèce humaine et à la vie de la personne⁵⁸⁸.

262. Mais au-delà de la hiérarchie des biens juridiques qu'il est possible d'induire ou de déduire, selon le point de vue adopté, de cette hiérarchie des peines, le bien juridique peut offrir un précieux outil de classification des incriminations en fonction de l'objet protégé, outil utilisé par la doctrine dans ses ouvrages de droit pénal spécial mais aussi par le législateur lui-même.

2°/ Dans la hiérarchisation et la classification des incriminations.

263. Lors de l'élaboration du « *nouveau* » Code pénal, le législateur a attaché une importance particulière à l'organisation de celui-ci, censée témoigner d'une certaine hiérarchie des valeurs mais il n'a pas toujours bien signalé ce qui devait être considéré comme des infractions politiques ou militaires.

264. **Hiérarchisation et prééminence de la personne.** — Nous aurons l'occasion de revenir sur la fonction expressive du droit pénal⁵⁸⁹ mais c'est sans doute à l'occasion de la lente élaboration du « *nouveau Code pénal* » que le législateur a le plus attaché d'importance à celle-ci. Conscient de la portée symbolique de l'érection d'un nouveau Code, il a réaffirmé, tout au long

⁵⁸⁵ Voir par exemple : J.-H. ROBERT, « La classification tripartite des infractions dans le nouveau Code pénal », *Droit pénal*, 1995, chron. n° 1.

⁵⁸⁶ En ce sens : J.-F. CHASSAING, « Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », art. préc. , p. 445 et s. La situation décrite par cet auteur s'est nettement accentuée au cours des dernières années, avec l'introduction, par exemple, de circonstances aggravantes tenant au mobile discriminatoire pour de nombreuses incriminations mais surtout l'introduction, par la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique, d'une circonstance aggravante générique venant relever le maximum de la peine encourue pour toutes les infractions commises à l'aide d'un « *moyen de cryptologie* » (article 132-79 du Code pénal).

⁵⁸⁷ Nous considérons que les crimes contre l'humanité protègent en premier lieu la dignité humaine mais cette opinion n'est pas unanimement partagée, certains auteurs classant ces incriminations dans les « *incriminations relevant d'une rationalité politique* ». Voir : P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal*, op. cit., p. 87-88.

⁵⁸⁸ La réclusion criminelle à perpétuité est ainsi encourue, en l'absence de toute circonstance aggravante, pour les crimes contre l'humanité (articles 211-1 et 212-1 du Code pénal) et la détention criminelle à perpétuité ainsi que 750 000€ d'amende pour la trahison et l'espionnage ou la direction ou l'organisation de mouvements insurrectionnels des articles 411-2 et 412-6 du Code pénal. Suivent les atteintes à la liberté individuelle par une personne dépositaire de l'autorité publique pour une séquestration supérieure à 7 jours (article 432-4 alinéa 2, punie de 30 ans de réclusion et 450 000€ d'amende), la falsification de monnaie (article 442-1 ; même peine), les atteintes à l'espèce humaine par clonage ou eugénisme, introduites par la loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique (articles 214-1 et 214-2 du Code pénal, prévoyant une peine de 30 ans de réclusion criminelle et 7 500 000€ d'amende), puis le meurtre et l'empoisonnement, punis de 30 ans de réclusion criminelle en l'absence de circonstances aggravantes (articles 221-1 et 221-5 du Code pénal). Il faut néanmoins noter que le sommet de cette hiérarchie des peines est occupée par la direction ou l'organisation d'un trafic de stupéfiants, puni de la réclusion criminelle à perpétuité et 7 500 000€ d'amende par l'article 222-34 du Code pénal, infraction dont la nature du bien juridique protégé est discutée et sur laquelle nous reviendrons *infra*, n°594.

⁵⁸⁹ Nous reviendrons en particulier sur l'usage abusif qu'en fait parfois le législateur ; voir *infra* n°374 et s.

des travaux parlementaires, sa volonté de faire un Code « *expressif des valeurs*⁵⁹⁰ », fondé sur une « *philosophie des droits de l'homme*⁵⁹¹ ».

Cette volonté s'est traduite par une recherche poussée dans l'élaboration du plan et des énoncés du Code pénal dans le but de faire apparaître les « *valeurs nouvelles* » que doit protéger le Code comme la liberté et la dignité des personnes (respect de la vie privée, protection contre les discriminations), la solidarité, l'environnement ou la justice sociale et économique⁵⁹². Mais elle a surtout conduit à un renversement remarquable de l'ordre de présentation des incriminations, destiné à faire apparaître une nouvelle hiérarchie des valeurs : désormais, contrairement aux Codes de 1791 et de 1810, ce sont les atteintes à la personne qui seront en tête de la partie spéciale du Code, devant les atteintes à la Nation, l'État et la paix publique, reléguées en troisième position, derrière les atteintes aux biens⁵⁹³. La circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal souligne ainsi l'inversion opérée entre les atteintes à l'État et à la personne après avoir posé que « *la protection de la personne humaine contre les atteintes de toute nature pouvant lui être portées constitue l'une des orientations fondamentales de la réforme du Code pénal* » et, reprenant l'exposé des motifs du projet de 1986, que « *pour exprimer les valeurs de notre temps, le nouveau Code pénal doit être un Code humaniste, un Code inspiré par les Droits de l'Homme* »⁵⁹⁴.

L'intérêt du législateur pour la fonction systémique de l'objet protégé ne s'est d'ailleurs pas démenti depuis l'entrée en vigueur du nouveau Code. C'est ainsi que le législateur a, en 2001, très symboliquement déplacé les incriminations de l'interruption illégale de grossesse des anciens articles 223-11 et 223-12 du Code pénal vers le Code de la santé publique, seule demeurant dans le Code pénal et donc dans les « *mise en danger de la personne* » l'interruption illégale de grossesse opérée sans le consentement de la femme enceinte⁵⁹⁵. De la même façon, et la même année, et avec des conséquences plus importantes sur le contenu de l'incrimination, l'abus de faiblesse a été déplacé depuis l'article 313-4 du Code pénal à l'article 223-15-2 du même Code, le délit n'étant plus considéré alors comme une « *appropriation frauduleuse* », c'est-à-dire une atteinte aux biens, mais comme une « *mise en danger de la personne* »⁵⁹⁶. Plus récemment, et dans le sens d'une confirmation de l'existence d'un bien juridique supra-individuel relatif à l'humanité, le législateur a modifié le titre I du livre deuxième du Code pénal pour ajouter, aux côtés des crimes contre l'humanité, un sous-titre 2 consacré aux « *crimes contre l'espèce humaine* » venant sanctionner l'eugénisme et le clonage reproductif⁵⁹⁷.

⁵⁹⁰ L'expression est employée dès 1982 lors de la préparation de l'exposé des motifs de la partie générale du Code. La référence à ces valeurs, permanentes ou nouvelles, sera reprise dans l'exposé des motifs présenté par le garde des Sceaux R. BADINTER le 19 décembre 1985 qui, au côté de la fonction répressive du Code, souligne sa fonction expressive des « *valeurs reconnues par la conscience collective* ». Le garde des Sceaux P. ARPAILLANGE, reprendra la même idée et fera référence aux « *valeurs de notre temps* ». Voir : P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal, op. cit.*, p. 172-175.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 158.

⁵⁹² *Ibid.*, p. 161. En plus des intitulés des livres du Code, la plupart des titres et des sous-titres se présentent ainsi avec une mention du bien juridique protégé (« des crimes contre l'humanité », « des atteintes à la personne humaine »...).

⁵⁹³ Cette modification n'a rien de fortuite et a bien été le fruit d'une réflexion sur la hiérarchie des valeurs que souhaitait exprimer la politique législative. Celle-ci a été envisagée dès 1973 et s'est imposée dès le début des travaux préparatifs, en 1976, sans jamais être remise en question. Voir : *Ibid.*, p. 76-81 et p. 162. Un aspect pragmatique semble également avoir été pris en compte ; le contentieux en matière d'atteintes aux personnes et aux biens étant de loin le plus important. Voir : *Ibid.*, p. 77 ; Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 189, qui souligne que les atteintes aux biens constituent plus des deux tiers du contentieux traité par les juridictions.

⁵⁹⁴ Voir : Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 119.

⁵⁹⁵ Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception. Sur ce point, voir par exemple : J.-F. SEUVIC, « Interruption volontaire de grossesse, contraception, stérilisation : loi du 4 juillet 2001 », *R.S.C.* 2001, p. 841. Ce déplacement parachève ainsi le mouvement amorcé par la loi du 27 janvier 1993 qui avait décriminalisé l'avortement sur sa propre personne, le faisant disparaître du livre V du Code pénal de 1992 avant son entrée en vigueur. Voir : P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal, op. cit.*, p. 278.

⁵⁹⁶ Loi n°2001-504 du 12 juin 2001 renforçant la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Voir notamment : R. OTTENHOF, « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », art. préc., p. 821 et s.

⁵⁹⁷ Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique. Nous reviendrons sur la question, délicate, de la titularité de ce nouveau bien juridique et sur la pertinence de l'intitulé du titre I du livre 2 du Code pénal. Voir, respectivement, *infra* n°709 et s. et n°311.

265. Mais en plus de permettre de hiérarchiser les incriminations de droit commun, le critère du bien juridique protégé est souvent mis en avant pour isoler les infractions politiques ou militaires.

266. **Identification des infractions politiques et militaires.** Dans les ouvrages de droit pénal général qui attachent une importance particulière à la notion d'intérêt protégé, on trouve dans la partie qui y est relative, la question de la distinction des infractions politiques et militaires des infractions de droit commun⁵⁹⁸. Si leur identification est rendue nécessaire du fait des particularités qu'elles présentent au niveau procédural et dans les peines encourues, il est regrettable que le législateur n'ait pas fourni de véritables critères permettant de les identifier, leur place dans le Code pénal (lorsqu'elles y figurent) étant une indication insuffisante et la peine particulière de détention en lieu et place de la rétention criminelle pour les infractions politiques n'ayant pas d'équivalent en matière délictuelle. Notre propos n'est pas ici d'étudier précisément ces incriminations particulières, nous nous bornerons à relever que ce qui permet de les distinguer est en réalité le bien juridique qu'elles protègent.

S'agissant des infractions politiques, la jurisprudence a dû dégager des critères pour distinguer les délits de droit commun des délits politiques et a choisi un critère objectif tenant au bien juridique particulier atteint par ces infractions, c'est-à-dire l'organisation politique de l'État⁵⁹⁹. Le domaine de ces infractions politiques tend néanmoins à se réduire considérablement avec le développement des incriminations considérées comme terroristes, qui ont pour effet de considérer comme telles des incriminations qui auraient peut-être auparavant relevé des infractions politiques et, partant à aggraver leur régime⁶⁰⁰.

S'agissant des infractions militaires, si elles sont désormais contenues dans le Code de justice militaire, ce qui les distingue des infractions de droit commun, en plus de la qualité de militaire que revêt en général l'agent qui commet l'infraction mais qui n'est pas toujours exigée, c'est là encore le critère de bien juridique protégé, c'est-à-dire la défense nationale⁶⁰¹.

267. Mais ces cas particuliers mis à part, puisque le législateur lui-même semble attacher une grande importance à la détermination de l'objet protégé par les incriminations, en tout cas dans le Code pénal, il ne faut pas s'étonner que le juge fasse de même et recoure à cette *ratio legis* lorsqu'il fait œuvre d'interprétation.

B. Le bien juridique dans sa fonction d'interprétation.

268. Lorsque nous avons évoqué l'empreinte du légalisme dans le droit pénal français, nous avons défendu que dans notre pays, l'interprétation téléologique des incriminations, au domaine restreint et discuté, restait soumise à l'emprise législative pour être entendue relativement à la volonté du législateur et non à des références externes comme des biens juridiques transcendants⁶⁰². C'est là l'opinion largement majoritaire en doctrine et la posture adoptée par le juge pénal. Néanmoins, si l'esprit de la loi, nous venons de le voir, peut être clairement orienté vers la protection de certains intérêts ou valeurs déterminées et que, dans ce cas, l'interprétation téléologique fondée sur la volonté du législateur concorde avec celle fondée sur le bien juridique, il peut aussi arriver que les deux approches de la *ratio legis* conduisent à des solutions différentes et à une interprétation extensive ou restrictive de l'élément moral (1) ou matériel (2) de l'incrimination.

⁵⁹⁸ Ainsi par exemple : X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 30-34. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 234-239 et p. 245-247. Ce dernier auteur consacre également une partie aux crimes contre l'humanité, aux infractions terroristes et aux infractions portant atteinte aux intérêts patrimoniaux de l'État.

⁵⁹⁹ Voir : X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 32-33. Sur le critère subjectif, qui va trouver à jouer en matière d'extradition, voir : J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 237-239.

⁶⁰⁰ Le lien entre infractions politiques et terroristes est particulièrement sensible et avait même conduit la commission de révision du Code pénal à exclure les infractions terroristes du livre IV du Code pénal afin d'éviter qu'elles ne puissent être considérées comme politiques. Ce n'est qu'en 1989 qu'elles y seront réintégrées. Sur ce point : P. LASCOURMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal, op. cit.*, p. 183.

⁶⁰¹ Voir par exemple : X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 33-34.

⁶⁰² Voir *supra*, n°226 et s.

1°/ Dans la détermination de l'élément moral.

269. On peut tout d'abord penser à ce que la doctrine qualifie parfois de « *dol spécial* », c'est-à-dire l'intention de porter atteinte à la valeur protégée par le texte d'incrimination déterminé⁶⁰³. Dans la plupart des incriminations, cette exigence, discutée en l'absence de prévision expresse du législateur, de *dol spécial* est sans conséquence. Mais il peut arriver qu'elle emporte la qualification des faits incriminés, en particulier en matière d'infraction formelle.

Un intense débat a ainsi été suscité par la question de la contamination, par le virus du SIDA, de la partenaire d'une personne qui se savait malade et qui n'avait pris aucune précaution. Par un arrêt remarqué⁶⁰⁴, la Chambre criminelle de la Cour de cassation avait refusé la qualification d'empoisonnement au motif, fort débattu, du défaut d'« *intention homicide* » de la part de l'agent.

Si l'on situe le débat sur le plan de la distinction entre infractions formelles et matérielles, l'argumentation est tout à fait critiquable : l'empoisonnement étant une infraction formelle, elle se consomme par la seule « *administration* » de la substance mortifère et l'intention exigée doit alors porter sur ce résultat « *légal* » de l'incrimination, c'est-à-dire que le seul fait d'administrer une substance mortelle en connaissance de cause suffit à caractériser l'intention criminelle et qu'il n'est aucunement besoin d'établir l'intention de tuer⁶⁰⁵.

Mais si l'on se situe sur le plan du bien juridique protégé, la solution semble pouvoir trouver une justification : l'empoisonnement est à n'en pas douter une incrimination qui protège la vie de la personne, et, étant une infraction intentionnelle, l'intention criminelle devrait alors s'entendre de l'intention de donner la mort. L'appréciation de l'intention ne se devrait pas alors se faire au regard du résultat légal de l'incrimination mais de son résultat juridique⁶⁰⁶, c'est-à-dire qu'il faudrait une intention de lésion du bien juridique protégé. C'est tout à fait l'analyse de la Cour de cassation, au moins en matière d'infractions contre la vie, dans son important arrêt du 18 juin 2003⁶⁰⁷, lorsqu'elle pose que « *le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne* ».

Approuvée par les auteurs favorables à l'exigence d'un *dol spécial* d'intention de porter atteinte à la vie dans l'empoisonnement⁶⁰⁸, cette solution a néanmoins soulevé de nombreuses contestations, d'abord parce qu'elle ignore la distinction entre infractions matérielle et formelle⁶⁰⁹ mais aussi parce qu'elle fait de l'empoisonnement un simple « *meurtre spécial* », ce qui est contraire à

⁶⁰³ En ce sens : A.-Ch. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., p. 466-470. « *L'intention qui est le fait d'utiliser sa volonté afin de réaliser le résultat interdit par la loi, devient alors la volonté dirigée contre une valeur sociale.* » Ibid., p. 469. La doctrine n'est néanmoins pas unanime sur la définition du *dol spécial* et s'oppose sur la question de son exigence pour l'ensemble des infractions ou sur le critère de son exigence, c'est-à-dire sur la nécessité d'une prévision expresse de cette exigence par le législateur.

⁶⁰⁴ Cass. Crim., 2 juillet 1998, *Bull. crim.* n° 211.

⁶⁰⁵ En ce sens, voir notamment : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 16-17, n° 17 ; Y. MAYAUD, « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi* », R.S.C. 1999, p. 98 et s.

⁶⁰⁶ Sur la distinction entre résultat légal, assimilé au « *sentil de l'illicite* » et correspondant donc à la consommation de l'infraction et le résultat juridique, constitué par l'« *atteinte effective à la valeur protégée* », c'est-à-dire par la lésion du bien juridique protégé, non exigée dans les infractions formelles. Nous adoptons ici la terminologie de : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 180-186. Celle-ci n'est cependant pas unanimement partagée ; voir *infra*, n° 329.

⁶⁰⁷ Cass. Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127, p. 483. Cet arrêt confirme bien l'existence d'une distinction entre le fait d'administrer une substance mortifère en connaissance de cause et l'intention de donner la mort, contredisant ainsi l'analyse de GARÇON, citée et reprise par A. PROTHAIS pour qui l'arrêt du 2 juillet 1998 n'était qu'un arrêt d'espèce mal rédigé et non un arrêt de principe posant l'exigence d'un *animus necandi* dans le crime d'empoisonnement. Voir : A. PROTHAIS, « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », *Dalloz* 1998, p. 334 et s.

⁶⁰⁸ En ce sens par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 244, n° 266. ; M. DANTI-JUAN, « Les responsabilités pénales nées de la dissémination transfusionnelle du Sida », *RD pén. crim.* 1992, p. 1102 ; D. MAYER, « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *Dalloz* 1994, Chron., p. 325.

⁶⁰⁹ En ce sens et soulignant que l'élément matériel de l'empoisonnement n'exigeant que le risque mortel représenté par la substance, l'intention doit être entendue comme l'administration volontaire de la substance en ayant conscience du risque de mort : V. MALABAT, J.-C. SAINT-PAU, « Le Droit pénal Général malade du sang contaminé », *Droit Pénal*, février 2004, p. 4-7.

la volonté exprimée par le législateur lors des débats animés sur l'opportunité du maintien d'un crime spécifique d'empoisonnement dans le nouveau Code pénal⁶¹⁰. Il est douteux que la solution de la Cour de cassation puisse être considérée comme s'appliquant à l'ensemble des incriminations⁶¹¹ mais elle témoigne bien de l'importance que peut jouer le bien juridique dans l'appréciation de l'élément intentionnel⁶¹².

Il faut néanmoins relever que ce rôle est rattaché à une conception abstraite du bien juridique et ne peut être entendu comme l'exigence d'une intention d'atteindre un bien juridique concret rattaché à un titulaire : la jurisprudence juge en effet de façon constante que l'erreur sur l'identité de la victime n'a aucune conséquence sur la qualification⁶¹³.

270. La légitimité d'une telle utilisation du bien juridique reste néanmoins discutée, notamment lorsqu'elle conduit à une interprétation jugée extensive ou restrictive de l'élément matériel de l'incrimination.

2°/ Dans la détermination de l'élément matériel.

271. Nous avons vu que le législateur de 1992 avait apporté un soin particulier à l'organisation du Code pénal et à la classification des incriminations en fonction des intérêts ou valeurs protégés. Lorsque, comme dans l'exemple précité de l'abus de faiblesse, le législateur a signifié qu'il souhaitait désormais que l'incrimination soit entendue comme une atteinte à la personne avant que comme une atteinte à ses biens, il n'est ni surprenant ni critiquable que le juge ait assoupli l'exigence relative au préjudice causé par l'abus⁶¹⁴. Lorsque le bien juridique protégé est utilisé comme le défend la doctrine majoritaire des pays d'inspiration germanique, pour délimiter le champ d'une incrimination au sein de ce qui est permis par l'interprétation littérale, ou, pire, pour étendre le champ d'une incrimination, les discussions sont en revanche beaucoup plus vives. Au-delà de la discussion passée sur la normativité⁶¹⁵ du plan du Code pénal, on peut simplement relever ici quelques exemples significatifs.

On pense bien sûr tout d'abord à la question de la possible qualification d'homicide involontaire en cas de décès accidentel d'un fœtus, que la Cour de cassation se refuse à admettre au nom de l'interprétation stricte et, parfois également, au nom de l'existence de textes particuliers

⁶¹⁰ Il semble en effet que l'incrimination formelle d'empoisonnement ait été maintenue notamment dans le but de réprimer la transmission intentionnelle du virus du SIDA : J. PRADEL, « Empoisonnement : suite au prochain numéro », *Dalloz* 1998, p. 457 et s.

⁶¹¹ On peut néanmoins relever d'autres exemples d'utilisation, notamment dans la distinction entre le viol ou les agressions sexuelles et les violences ou actes de barbaries qui seraient constitués par l'introduction d'un objet dans l'anus de la victime. La jurisprudence utilise alors parfois ce que le « *mobile de lubricité* » pour distinguer ce qui relève de la pénétration au sens de l'article 222-23 du Code pénal de ce qui n'en relève pas. Voir par exemple : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 134-135, n°233. La référence au bien juridique protégé est très claire dans un arrêt : « *l'introduction d'un corps étranger dans l'anus n'est pas de la même espèce que les autres sévices qu'il a endurés ; qu'il s'agissait alors d'attenter à son intimité sexuelle* ». Voir : Cass. Crim., 6 décembre 1985, *Bull. crim.*, n°372. On pourrait néanmoins voir dans la suite de la motivation, qui souligne que « *l'utilisation d'un préservatif pour recouvrir le morceau de bois est significative* » une référence à la finalité de l'action, élément de l'injuste, davantage qu'à un véritable mobile. En ce sens, évoquant la « *connotation sexuelle* » de l'acte : V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 115, n°288. Sur la finalité de l'action comme élément d'appréciation de la faute et sa dissociation des mobiles, voir *infra* n°533.

⁶¹² Nous verrons néanmoins que la consécration du bien juridique comme objet de protection de l'infraction n'impose pas cette solution et, qu'au contraire, il faut continuer à apprécier la faute intentionnelle au regard du résultat légal, c'est-à-dire du degré d'atteinte exigé par le texte d'incrimination. Voir *infra* n°542.

⁶¹³ La solution n'est guère discutée ; voir par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 377, n°439 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 226, n°394.

⁶¹⁴ La doctrine parle parfois de la « *dilution* » du préjudice. Voir : B. De LAMY, « Le délit d'abus de faiblesse comme moyen de punir la captation d'héritage », *Droit de la famille* n° 7, juillet 2005, comm. 171 ; M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *Dalloz* 2005, p. 464 et s.

⁶¹⁵ Sous l'empire de l'ancien Code pénal, la hiérarchie des normes interdisait, selon la Cour de cassation, de prendre en compte les intitulés internes du Code pénal parce qu'ils avaient été insérés par simple décret et ne pouvaient donc imprimer leur signification aux dispositions législatives instituant les incriminations. La question ne se pose plus aujourd'hui puisque nous avons vu que le plan du Code avait été voté par le Parlement, qui y a apporté grand soin. Sur cette question, voir par exemple : J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 27.

relatifs au fœtus⁶¹⁶. Sans reprendre ici les nombreux commentaires qu'a suscités cette solution, nous releverons simplement que la Cour de cassation semble là affirmer que le bien juridique protégé par l'article 221-6 du Code pénal est la personne humaine au sens du droit civil. Le bien juridique protégé ne serait alors pas la vie humaine en général mais seulement l'individu doté de la personnalité juridique, l'embryon et le fœtus constituant des biens juridiques distincts. Nous reviendrons plus bas sur la pertinence d'une telle position mais nous pouvons d'ores et déjà signaler qu'elle paraît fort surprenante au regard d'autres solutions comme celles qui, à l'aide du concept d'autonomie du droit pénal, ont étendu le champ de l'incrimination de vol bien au-delà de la notion de propriété telle que définie par le droit civil, dissociant ainsi le bien juridique protégé par le vol du droit subjectif à la propriété⁶¹⁷.

Plus récemment, la Cour de cassation s'est prononcée sur l'incrimination, discutée en politique criminelle, de la mendicité avec enfant, prévue à l'article 227-15 alinéa 2 du Code pénal⁶¹⁸. Rejetant le pourvoi, très partiellement retranscrit, la Haute juridiction a validé la décision de relaxe de la prévenue au motif que « l'arrêt attaqué retient, notamment, que les pièces produites aux débats révèlent que l'enfant est en bonne santé et que la privation de soins au sens du second alinéa de l'article 227-15 du Code pénal n'a pas compromis la santé du mineur⁶¹⁹ ». Si plusieurs auteurs ont fortement critiqué cette décision en lui reprochant de faire de l'incrimination de mendicité avec enfant une infraction matérielle exigeant une atteinte à la santé de l'enfant alors qu'il s'agit d'une infraction formelle⁶²⁰, celle-ci nous semble néanmoins devoir être défendue malgré la maladresse de sa rédaction.

Nous partageons en effet l'opinion selon laquelle cette incrimination est une infraction formelle, consommée indépendamment de l'atteinte effective à la santé de l'enfant que le texte n'exige pas puisqu'il renvoie à l'alinéa premier du même article qui exige simplement que celle-ci soit compromise. A partir de là, la référence à l'absence de lésion au bien juridique protégé, c'est-à-dire à l'absence d'atteinte effective à la santé de l'enfant, est absolument inutile. Mais il nous semble que ce motif, pour surabondant qu'il soit⁶²¹, ne remet pas en cause la validité de l'interprétation de la Cour de cassation qui a le mérite de rappeler l'exigence d'un risque, concret et avéré pour la santé de l'enfant et d'exclure l'interprétation selon laquelle le fait de maintenir un enfant sur la voie publique était, en soi, constitutif d'une privation de soin pénalement sanctionnée. Une telle interprétation aurait en effet conduit à faire quasiment disparaître le bien juridique protégé par le texte d'incrimination en admettant systématiquement l'existence d'un

⁶¹⁶ « Mais attendu que le principe de la légalité des délits et des peines, qui impose une **interprétation stricte** de la loi pénale, s'oppose à ce que l'incrimination prévue par l'article 221-6 du Code pénal, réprimant l'homicide involontaire d'autrui, soit étendue au cas de l'enfant à naître **dont le régime juridique relève de textes particuliers sur l'embryon ou le fœtus** » Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, *Bull. crim.* n°165. Cette référence, contestable, à l'existence de textes particuliers applicables par préférence aux textes généraux a été abandonnée (par exemple Cass. Crim., 25 juin 2002, *Bull. crim.* n°144) avant de réapparaître (Cass. Crim., 27 juin 2006, *inédit, pourvoi n° 05-8376*).

⁶¹⁷ Voir par exemple : J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », art. préc. Pour ce qui est de l'abus de confiance, la question est un peu différente puisqu'il nous semble beaucoup plus facile de justifier que le bien juridique véritablement protégé par l'incrimination soit la « confiance », malgré l'appartenance du texte d'incrimination dans la partie relative aux atteintes aux biens.

⁶¹⁸ Dans la section 5 du chapitre VII du titre II du livre II du Code pénal, relative à « la mise en péril du mineur », l'article 227-15 dispose ainsi : « Le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende.

Constitue notamment une privation de soins le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants. »

⁶¹⁹ Cass. Crim., 12 octobre 2005, *Bull. crim.* n°259.

⁶²⁰ Voir : J. LEBLOIS-HAPPE, « Le délit de privation de soins n'est pas constitué si les faits poursuivis n'ont pas compromis la santé du mineur », *J.C.P G.*, 15 février 2006, II, 10022 ; J.-Y. MARECHAL, « La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? », *Dalloz* 2006, p. 2446 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 42. Notons que le deuxième auteur émet de sévères réserves sur la possibilité de déduire de la place de l'incrimination dans le Code la nature formelle de celle-ci, relevant que le chapitre auquel appartient la section 5 fait référence aux « atteintes aux mineurs et à la famille ».

⁶²¹ Pour un auteur, la décision attaquée établissait une présomption légale de défaut de soin dès lors que le maintien sur la voie publique était établi, présomption qui peut être renversée non pas par la preuve de l'absence d'atteinte à la santé de l'enfant mais par l'absence de risque pour celle-ci. La mention de l'absence d'atteinte à la santé de l'enfant est alors dénoncée comme une incohérence. *Ibid.*

risque abstrait pour la santé du mineur ou à lui substituer un bien juridique beaucoup plus évanescant comme la tranquillité publique, troublée par la présence d'un enfant associé à la mendicité.

Malgré les difficultés que peut soulever la détermination du bien juridique protégé (on l'aperçoit déjà au travers de la question de l'autonomie du droit pénal et donc du bien juridique protégé par le droit pénal au regard des autres matières), la doctrine appelle parfois à une plus grande utilisation du concept.

Dans le cas évoqué plus haut de la contamination par le virus du SIDA, un auteur démontre ainsi par exemple que dans les cas de contamination au cours d'une relation sexuelle, l'agent qui connaît sa maladie et la cache à son partenaire commet en réalité un viol, son mensonge ou son omission constituant une surprise au sens de l'article 222-23 du Code pénal, qui protège la liberté sexuelle⁶²². Tout à fait conforme à la *ratio legis* du crime de viol, cette qualification, permise par la lettre du texte, permettrait ainsi de sanctionner pénalement ces comportements à la hauteur de l'hostilité aux valeurs sociales dont ils témoignent tout en insistant sur leur particularité criminologique en les distinguant des contaminations accidentelles.

272. Mais au-delà de sa fonction de *ratio legis*, il nous faut remarquer que le bien juridique est très souvent utilisé, par le législateur comme par le juge, comme critère technique de la loi applicable.

II Le bien juridique, critère de la loi applicable.

273. Même s'il n'est le plus souvent pas nommé, le bien juridique est très souvent un critère déterminant dans le choix de la loi applicable, que ce soit en droit pénal de fond (A) ou en procédure pénale (B).

A. En droit pénal de fond.

274. En droit pénal de fond, le bien juridique joue souvent un rôle important dans ce que la doctrine appelle parfois la « *partie positive* » de l'infraction, comme critère de qualification (1) mais aussi, de façon plus apparente, comme obstacle à celle-ci, c'est-à-dire comme fondement de la justification (2).

1°/ Le bien juridique, critère de la qualification.

275. Le bien juridique intervient fréquemment dans la détermination de la nature de l'incrimination (a), dans le choix de la qualification à attribuer aux faits délictuels (b) mais aussi comme facteur d'aggravation (c).

a. Dans la détermination de la nature de l'infraction.

276. Même si la plupart des auteurs présentent la distinction entre infractions formelle, matérielle et de prévention et entre infractions consommées et simplement tentées en s'appuyant d'abord sur la notion de résultat, il ne fait aucun doute que l'on pourrait également les exposer en utilisant le

⁶²² En ce sens : B. CHAPLEAU, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Droit Pénal* octobre 2006, *étude* 18.

concept de bien juridique protégé et il n'est pas rare, qu'aux côtés du résultat, les auteurs fassent référence à l'existence ou l'inexistence d'une atteinte à la valeur protégée⁶²³.

Les infractions matérielles exigent en effet une atteinte au bien juridique protégé là où les infractions formelles et les délits-obstacles se consomment en l'absence de celle-ci et représentent seulement un attentat au bien juridique protégé, son atteinte effective étant indifférente⁶²⁴. Les infractions de mise en danger⁶²⁵ et de prévention, quant à elles, exigent seulement un risque, le plus souvent abstrait, pour le bien juridique protégé⁶²⁶ ; l'atteinte effective au bien juridique entraînant l'abandon de cette qualification au profit de l'infraction matérielle correspondante⁶²⁷. La tentative d'infraction matérielle se caractérise également par l'absence d'atteinte au bien juridique protégé, l'attentat à celui-ci n'étant pas une condition à proprement parler de celle-ci mais résultant, *ipso facto*, du commencement d'exécution⁶²⁸. Mais si l'utilisation du bien juridique en la matière ne pose guère de difficulté, il en va autrement dans la délicate question de la qualification.

b. Dans la détermination de la qualification applicable.

277. Le bien juridique va principalement intervenir dans la question de la qualification de la complicité mais surtout dans le cas particulier du concours de qualification.

278. **___ Dans la qualification de la complicité. ___** Nous avons vu plus haut que la question de la participation est, en droit français, fortement marquée par la conception de l'infraction comme violation de la loi du fait de la pénalité identique attachée à l'auteur et à son complice⁶²⁹. Malgré cela, le critère du bien juridique est utilisé par la jurisprudence à l'heure de déterminer la possibilité de retenir un acte de complicité punissable.

Si les circonstances aggravantes de l'infraction principale se communiquent au complice dans une certaine mesure⁶³⁰, il n'en va pas de même lorsque l'agent n'a pas seulement commis un acte plus grave que celui qui avait été projeté mais lorsque la qualification du fait principal punissable est modifiée⁶³¹. Si le complice « *devait prévoir toutes les qualifications dont le fait était susceptible, toutes les circonstances dont il pouvait être accompagné*⁶³² », il ne peut être puni pour complicité d'une infraction distincte de celle à laquelle il s'était volontairement associé. Ainsi, celui qui fournit un pied de biche pour forcer une serrure (vol projeté) doit-il répondre des éventuelles violences commises

⁶²³ Ainsi par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 183-195, dans un chapitre intitulé « *le résultat* » mais avec de nombreuses références à la question de l'atteinte à la « *valeur protégée* ». ; X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 104-106 dans un B sur « *le résultat* » et de nombreuses références à la « *valeur protégée* » et p. 113-121 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 211-224, se référant peu au résultat mais utilisant souvent l'idée du « *préjudice à l'intérêt protégé* ». D'autres auteurs préfèrent faire référence à la notion de « *dommage* » plutôt qu'à celle d'intérêt ou de valeur protégés ; par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 218-233, présentant une « *distinction des infractions fondée sur le résultat* » puis « *l'indifférence du résultat : la tentative* » ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 406-422 dans une section intitulée « *le résultat de l'infraction* ». Sur les liens entre résultat et bien juridique, voir plus précisément *infra* n°327 et s.

⁶²⁴ Nous verrons néanmoins que le développement des délits-obstacle conduit à nuancer cette affirmation et qu'il sera alors nécessaire de distinguer le bien juridique protégé de l'objet juridique du délit. Voir *infra*, n°486 et s.

⁶²⁵ Sur la mise en danger de la vie d'autrui, voir *infra*.

⁶²⁶ Nous assimilons ici les infractions de prévention à ce que la doctrine d'inspiration germanique appelle le plus souvent les « *infractions de risque abstrait* ». Voir *infra*, n°343 et s.

⁶²⁷ Notons que les auteurs n'emploient pas tous exactement les mêmes distinctions entre infractions de prévention, délit obstacle et infractions de mise en danger. Sur l'incompatibilité dans la qualification entre infractions de mise en danger ou de prévention et infraction matérielle, voir *infra* n°279 et s.

⁶²⁸ La seule discussion en la matière se présentant en cas d'infraction impossible ; l'existence d'un risque pour le bien juridique n'étant alors pas certain. Nous verrons comment envisager cette question *infra* n°598 et s.

⁶²⁹ Voir *supra*, n°171 et s.

⁶³⁰ Il est acquis que les circonstances aggravantes personnelles à l'auteur ne se communiquent pas au complice alors que les circonstances réelles se communiquent ; les cas des circonstances mixtes restent plus difficiles à déterminer et plus discutés. Sur ce point, voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 243, n°425 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°560.

⁶³¹ Voir par exemple : F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°548.

⁶³² Cass. Crim., 31 décembre 1947, *Bull. crim.* n°270.

sur le propriétaire des lieux (vol avec violences) mais n'est pas complice de meurtre si la personne à qui il l'a prêté l'utilise finalement pour tuer une vieille connaissance croisée en chemin (meurtre).

La doctrine situe le plus souvent la question sur le terrain de l'élément intentionnel de la complicité⁶³³ mais l'on peut aussi y voir la trace du bien juridique protégé par l'incrimination puisque, nous l'avons vu, c'est lui qui détermine la qualification applicable : si l'auteur principal porte atteinte à un autre bien juridique que celui initialement prévu, le « *complice* » n'en est plus un et il ne peut plus être poursuivi (sauf dans le cas où l'atteinte à un autre bien juridique constitue seulement une circonstance aggravante de l'infraction principale, demeurée inchangée).

Il ressort néanmoins de la jurisprudence que, là encore, le bien juridique est abstraitement considéré : ce qui importe c'est la qualification de l'infraction, non pas le bien juridique concret (par exemple, atteinte à d'autres victimes que celles prévues ou à des victimes supplémentaires⁶³⁴). Le caractère abstrait ou concret du bien juridique considéré n'est néanmoins pas aussi clair en matière de concours idéaux d'infractions.

279. ___ Dans la résolution des concours idéaux de qualification. ___ En vertu du principe du *non bis in idem*, un fait délictuel unique⁶³⁵ ne peut en principe, en droit français, faire l'objet que d'une seule qualification⁶³⁶. Mais le choix de cette qualification est souvent rendu difficile par la complexité des faits et la multitude d'incriminations existantes et il peut arriver qu'un même fait puisse revêtir plusieurs qualifications pénales en cas de « *concurso idéal* » de qualification. Notre propos n'est pas ici de mener une étude approfondie des solutions doctrinales et jurisprudentielles apportées à cet épineux problème mais seulement de relever que le bien juridique protégé va constituer, en la matière, un critère essentiel à la fois pour écarter les faux concours idéaux et pour déterminer les cas de cumul de qualifications. Le choix de la qualification est en principe dicté par le principe de la plus haute expression pénale et, lorsque le législateur est spécifiquement intervenu, par le principe *specialia generalibus derogant*⁶³⁷. En application de ce premier principe, il faudra, lorsqu'un même comportement a mis en danger un bien juridique et causé une lésion de ce même bien, retenir la qualification correspondant à la lésion du bien juridique (par exemple, mise en danger de la vie d'autrui et homicide non intentionnel). En application du deuxième principe, on retiendra la qualification qui correspond le plus spécifiquement à la façon dont le bien juridique protégé a été atteint (par exemple, meurtre et empoisonnement). Lorsqu'une atteinte à un bien juridique est, dans le cadre d'une infraction complexe, un élément constitutif d'une autre incrimination (par exemple l'escroquerie réalisée grâce à un usage de faux ; le viol réalisé par la violence⁶³⁸) ou a été prévue comme une circonstance aggravante d'une autre

⁶³³ Admettre la complicité de meurtre reviendrait à réprimer une complicité par imprudence. En ce sens : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 240, n°420.

⁶³⁴ Cass. Crim., 19 juin 1984, *Bull. crim. n°231* : pour la condamnation de l'instigateur d'un meurtre pour complicité de meurtre des témoins finalement abattus.

⁶³⁵ Sur la difficulté de la définition de l'unicité des faits ; voir par exemple : E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions, op. cit.*, p. 16 ; A. HEDABOU, « Contribution à l'éclaircissement de l'unité des faits' en matière pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2008, Chron. p. 61-62.

⁶³⁶ Si ce fondement semble aujourd'hui le plus communément admis, un courant doctrinal fondait la solution sur l'existence systématique, lorsque plusieurs textes sont applicables, d'un conflit de loi. L'idée de conflit renvoyait alors à l'idée que l'un des textes prévalait nécessairement sur les autres, le principe *specialia generalibus derogant* permettant alors de déterminer lequel. Sur ce courant, représenté par ROUX en France dans le sillage de von LISZT, voir : A. VARINARD, « Qualifications multiples - Notion et régime », *Dalloz* 2007, Chron. p. 247 et s. La multiplication des textes répressifs rend néanmoins désormais difficile de soutenir cette position, liée à l'idée de la parfaite cohérence du système juridique.

⁶³⁷ Voir par exemple, pour ces principes et leur mise en œuvre : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 135-141 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 442-446.

⁶³⁸ Voir également, l'abattage d'arbre et son vol, l'abattage constituant l'élément « *soustraction* » du vol : Cass. Crim., 10 février 1965, *Bull. crim. n°44* ; A. LÉGAL, « Le concours idéal et le cas de deux infractions dont l'une est un élément constitutif de l'autre », *R.J.C.* 1965, p. 872-873. La doctrine parle souvent à ce propos d'« *infraction fin* » et d'« *infraction-moyen* » et s'accorde majoritairement pour retenir la qualification de la seule infraction-fin. Voir par exemple : P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », art. préc., p. 58. Il paraît néanmoins logique de déroger à ce principe lorsque l'infraction moyenne est plus grave ; en ce sens par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 139, n°236.

incrimination (par exemple le vol avec violences⁶³⁹), elle ne fera pas l'objet d'une qualification autonome et la qualification qu'elle aurait pu recouvrer sera « absorbée » par l'incrimination complexe ou aggravée retenue. Il n'y aura pas non plus de cumul de qualification lorsque les qualifications sont incompatibles, l'une des qualifications possibles étant la suite logique de l'autre (par exemple, le vol et le recel, les violences volontaires et l'omission de porter secours⁶⁴⁰) ou lorsqu'elles sont alternatives, c'est-à-dire qu'elles s'excluent mutuellement (par exemple, meurtre et homicide non intentionnel).

280. La jurisprudence admet néanmoins parfois, depuis le célèbre arrêt Ben Haddadi⁶⁴¹, la possibilité de retenir plusieurs qualifications pour un fait unique et se fonde, pour se faire, en partie sur le critère du bien juridique protégé. Faisant référence, malgré l'unicité d'élément matériel (lancé d'une grenade dans un établissement ouvert au public), à l'existence d' « intentions coupables essentiellement différentes », celui-ci relève auparavant que l'incrimination de destruction par explosifs est « essentiellement établi en vue d'assurer la protection de la propriété » et que « l'auteur d'un tel attentat a eu en vue, indépendamment de la destruction de l'édifice, la mort de personnes ». Par la suite, la jurisprudence conservera ce critère de la multiplicité des biens juridiques (abstraits) atteints pour retenir le cumul de qualifications. Certains arrêts font ainsi une référence expresse à la « pluralité des intérêts protégés⁶⁴² », à « la violation cumulative d'intérêts collectifs ou individuels distincts⁶⁴³ ». Même si le critère du bien juridique protégé a parfois été concurrencé par celui de la diversité des intentions coupables ou des « buts antisociaux »⁶⁴⁴, il nous semble qu'hors des cas où l'acte unique aurait eu pour effet une atteinte désirée à un bien juridique et en même temps une autre atteinte non désirée au même bien juridique (abstrait), c'est le critère du bien juridique qui demeure au premier plan, l'élément moral étant lui-même apprécié relativement à l'atteinte que subit le bien juridique. La doctrine

⁶³⁹ La Cour de cassation exprime clairement le principe : « Attendu qu'un même fait ne peut entraîner une double déclaration de culpabilité ni être retenu comme circonstance aggravante d'une autre infraction ». Voir par exemple : Cass. Crim., 6 janvier 1999, *Bull. crim. n°6* (cassation de l'arrêt qui avait retenu les violences pour qualifier un vol et comme circonstance aggravante d'un vol) ; Cass. Crim., 20 février 2002, *Bull. crim. n°38* (cassation de l'arrêt qui avait retenu la mort de la victime à la fois comme circonstance aggravante de la séquestration et comme élément constitutif d'un assassinat). Dans ce dernier cas, la chambre de l'instruction avait relevé que la circonstance aggravante de mort dans le crime de séquestration ne rendait compte « ni du caractère volontaire de l'action de donner la mort, ni de sa préméditation ». On pourrait alors peut-être soutenir, qu'il serait possible de retenir le cumul de qualification entre l'assassinat et la séquestration à condition de ne pas retenir la circonstance aggravante de mort de la victime. Sans incidence sur la peine, cette solution permettrait de rendre compte de la pluralité de biens juridiques atteints et d'éléments intentionnels sans violer le principe du *non bis in idem*.

⁶⁴⁰ C'est ici le « bon sens » qui commande en premier lieu la solution. Notons que de ce fait, elle n'est pas extensible aux blessures non intentionnelles et de l'omission de porter secours. Voir : A. VARINARD, « Qualifications multiples - Notion et régime », art. préc. p. 247. et s.

⁶⁴¹ Cass. Crim., 3 mars 1960, *Bull. crim. n°138* ; A. LÉGAL, « Le concours idéal et le cas de deux infractions dont l'une est un élément constitutif de l'autre », art. préc., p. 871-875. Certaines décisions antérieures annonçaient néanmoins la solution ; voir : E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions, op. cit.*, p. 197 et s. ; A. VARINARD, « Qualifications multiples - Notion et régime », art. préc., p. 247 et s. Notons que la possibilité du cumul de qualification a été jugé conforme à la CESDH et au principe du *non bis in idem* étant donné que « dans le concours idéal d'infractions, un même fait pénal s'analyse en deux infractions distinctes ». Voir : CEDH, 31 juillet 1998, *Oliviera c/ Suisse*. Sur cette décision et l'application du principe *non bis in idem* par les juridictions nationales, notamment dans la question de la requalification des faits (impossible requalification en harcèlement sexuel après relaxe pour agressions sexuelles aggravées) : J.-F. RENUCCI, « Le principe « non bis in idem » et les juridictions nationales », *R.S.C.* 2005, p. 934 et s., note sous Cass. Crim., 19 janvier 2005, *Bull. crim. n°25*.

⁶⁴² Par exemple, Cass. Crim., 9 avril 1970, *Bull. crim. n°114* (vente sans facture protégeant l'ordre public économique et omissions comptables protégeant les intérêts financiers de l'État).

⁶⁴³ Cass. Crim., 19 octobre 1982, *Bull. crim. n°225* (diffamation et violation du secret professionnel) et Cass. Crim., 22 novembre 1983, *Bull. crim. n°308* (détournement d'aéronef et prise d'otage), cités par : A. VARINARD, « Qualifications multiples - Notion et régime », art. préc., p. 247 et s.

⁶⁴⁴ Ainsi de M. DEKEUWER qui ne voyait dans les intérêts sociaux qu'un critère secondaire. Cité par : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand, op. cit.*, p. 417.

s'accorde aujourd'hui très majoritairement sur ce point malgré une diversité d'appellation du critère : « *bien juridique* », « *intérêts sociaux* », ou « *valeurs sociales protégées* »⁶⁴⁵.

Nous ne pouvons pas ici analyser l'ensemble solutions retenues et les difficultés et contestations qu'a soulevées la détermination des biens juridiques protégés mais nous pouvons relever que la jurisprudence a apporté un correctif sérieux au principe de la plus haute expression pénale en ce qu'il pouvait poser le problème en termes de conflit de loi et ignorer la multiplicité des biens juridiques atteints pour se focaliser sur la violation la plus grave de la loi pénale.

Nous pouvons formuler une remarque similaire s'agissant de la pratique judiciaire consistant à retenir plusieurs qualifications dans le but de permettre à toutes les victimes d'atteintes d'inégale gravité à l'intégrité physique d'accéder au juge pénal⁶⁴⁶. Même si cette solution est motivée par des raisons purement procédurales⁶⁴⁷, elle conduit néanmoins à prendre en considération la diversité de biens juridiques, concrets cette fois, atteints du fait du comportement prohibé.

281. Cette multiplicité de biens juridiques atteints va également parfois être pris en compte, par le législateur pour aggraver la répression.

c. Comme facteur d'aggravation.

282. Le législateur utilise parfois le critère de la **multiplicité de biens juridiques atteints** pour aggraver la répression, par le biais des circonstances aggravantes pour qualifier les faits délictuels ou par le recours à la notion de récidive. Il est, d'une part, fréquent que le législateur prévoie des circonstances aggravantes qui correspondent à l'atteinte d'un bien juridique distinct de celui visé par le texte d'incrimination⁶⁴⁸. Même si l'on peut douter que toutes les circonstances aggravantes, de plus en plus nombreuses, relatives à la qualité de la victime (mobile discriminatoire, état de vulnérabilité, minorité, qualité d'agent public ou de témoin, de conjoint ou de concubin...) correspondent toutes à un bien juridique véritable, il ne fait pas de doute que ce que veut sanctionner ici le législateur est la violation d'une autre valeur sociale que celle visée par le texte d'incrimination originel.

Mais en plus de prendre en compte la diversité de biens juridiques abstraits atteints par l'acte infractionnel, le législateur prend également souvent désormais en compte expressément la

⁶⁴⁵ Respectivement, par exemple : *Ibid.* ; P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », art. préc., p. 51 (qui souligne l'insuffisance du critère fondé sur l'élément moral en matière d'infractions non intentionnelles) ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », art. préc., p. 607-608 et « Discrimination syndicale et harcèlement moral : deux qualifications cumulables pour un même fait... », *R.S.C. 2007*, p. 818 et s., note sous Cass. Crim., 6 février 2007, *Bull. crim. n°29* ; A. VARINARD, « Qualifications multiples - Notion et régime », art. préc., p. 247 et s. Certains auteurs prônent néanmoins l'abandon d'un critère jugé trop incertain ; par exemple : A. HEDABOU, « Contribution à l'éclaircissement de l'unité des faits » en matière pénale », art. préc., p. 75.

⁶⁴⁶ Un auteur considère que cette pratique, à l'origine nécessaire pour permettre à toutes les victimes d'atteintes à l'intégrité physique de gravités différentes (délictuelles et contraventionnelles) de se constituer partie civile, ne l'est plus depuis 1959. Voir : W. JEANDIDIER, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 446. Elle a néanmoins perduré, pour protéger le droit des victimes ; voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 139. Il est vrai que si l'article 3 du Code de procédure pénale, concernant le préjudice réparable fait bien référence aux « *faits objets de la poursuite* », l'article 2 du même Code continue à viser ceux « *qui ont personnellement souffert du dommage causé par l'infraction* ».

⁶⁴⁷ Et n'emporte pas les mêmes conséquences, les règles de pénalité attachées au concours réel n'étant dans ce cas pas applicable. Voir par exemple : P. SERLOOTEN, « Les qualifications multiples », art. préc., p. 63.

⁶⁴⁸ Un auteur a ainsi pu parler de « *concours matériel* » constitutif d'une circonstance aggravante. Voir : J. LARGUIER, « 'Théorie des ensembles' et qualification pénale », art. préc., p. 96. Il faut néanmoins souligner que la répression est dans ce cas aggravée, ce qui ne serait pas toujours le cas si l'on retenait un concours réel d'infraction. On peut alors voir dans ce procédé un correctif important aux observations faites *supra*, n°184 et s., sur l'absence de prise en compte du bien juridique dans les concours matériels d'infractions. Le procédé est particulièrement fréquent ; ainsi, par exemple, l'article 311-5 du Code pénal prévoyant les circonstances aggravantes du vol prévoit-il des cas d'atteintes simultanées à l'autorité de l'État (article 311-5, 2^e 3^e), à l'intégrité physique (article 311-5, 4^e), à une personne vulnérable (article 311-4, 5^e), au domicile (article 311-5, 6^e), à la sécurité des transports (article 311-5, 7^e), à l'égalité (mobile discriminatoire : article 311-5, 9^e).

multiplicité de biens juridiques concrets affectés par celui-ci pour aggraver la répression⁶⁴⁹. Si l'importance de cette diversité de biens juridiques, abstraits ou concrets, doit être relativisée du fait du caractère ponctuel de sa prise en compte et de la multitude de circonstances aggravantes renvoyant sans distinction à la commission, dans le même temps, de tout autre crime ou délit ou au « *mode opératoire* », il n'en reste pas moins que le bien juridique peut être utilisé comme critère d'aggravation de la répression.

A l'inverse, l'absence de lésion du bien juridique ou la préservation d'un autre bien juridique semble de plus en plus souvent prise en compte, avec l'introduction du **repentir actif** comme facteur d'exemption de peine ou d'atténuation de la répression cette fois, le franchissement du seuil de l'illicite, autrement dit, la violation de la loi pénale n'ayant plus alors le caractère irréversible qui lui était jadis reconnu⁶⁵⁰.

283. Si l'on se place maintenant sur le terrain d'une multiplicité d'actes, il apparaît que là encore le bien juridique peut jouer un rôle important. On peut d'abord penser à la qualification de **l'habitude**, qui peut être analysée comme la multiplicité d'atteintes au même bien juridique mais aussi et surtout à celle de **la récidive spéciale délictuelle**⁶⁵¹. En effet, celle-ci entraîne un doublement de la peine encourue lorsque l'agent commet, dans un délai de cinq ans, « *soit le même délit, soit un délit qui lui est assimilé au regard des règles de la récidive* ». Or un rapide coup d'œil aux articles 132-16 à 132-16-4 du Code pénal suffit pour s'apercevoir que les infractions « *assimilées* » sont des infractions qui protègent le même bien juridique : ainsi des atteintes à la propriété pour l'article 132-16, des atteintes à la liberté sexuelle pour l'article 132-16-1, à la dignité humaine pour l'article 132-16-3 et à l'intégrité physique pour l'article 132-16-4. Seul l'article 132-16-2 est plus ambigu puisqu'il ne s'applique que dans le cadre de la circulation automobile et peut trouver à s'appliquer non seulement en cas d'atteintes à la vie ou à l'intégrité physique mais aussi, pour le second terme de la récidive, en cas de conduite sans permis, en état d'ébriété ou sous l'emprise de stupéfiants ou en cas de grand excès de vitesse.

284. Mais s'il est souvent utilisé comme facteur d'aggravation de la répression, le bien juridique joue également un rôle fondamental dans la justification des infractions.

⁶⁴⁹ Il en est ainsi lorsqu'il aggrave la répression en cas de pluralité de victimes. Ainsi des articles 225-4-2, 3° et 225-7, 3° du Code pénal qui aggrave les infractions de traite des êtres humains et de proxénétisme lorsqu'elles sont commises « *à l'égard de plusieurs personnes* ».

⁶⁵⁰ La prise en compte du repentir actif figure en effet dans la partie générale du Code pénal depuis la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité. L'article 132-78 du Code pénal dispose ainsi désormais que :

« *La personne qui a tenté de commettre un crime ou un délit est, dans les cas prévus par la loi, exempte de peine si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis d'éviter la réalisation de l'infraction et, le cas échéant, d'identifier les autres auteurs ou complices.*

Dans les cas prévus par la loi, la durée de la peine privative de liberté encourue par une personne ayant commis un crime ou un délit est réduite si, ayant averti l'autorité administrative ou judiciaire, elle a permis de faire cesser l'infraction, d'éviter que l'infraction ne produise un dommage ou d'identifier les autres auteurs ou complices. »

Ces dispositions sont néanmoins plus ambivalentes au regard de notre sujet qu'il n'y paraît à premier abord. Si la prise en compte du bien juridique peut tout à fait justifier l'atténuation de la répression en cas de repentir actif, l'exemption automatique de peine semble en réalité davantage relever d'une attitude pragmatique destinée à éviter la commission de l'infraction et à permettre l'arrestation des coauteurs ou complice. La diminution de peine prévue à l'alinéa suivant et introduite par la même loi s'agissant d'infractions consommées confirme l'analyse, l'atteinte au bien juridique ayant déjà eu lieu. Sur les difficultés d'appréciation des conditions d'application et pour une présentation qui souligne qu'elles s'inscrivent dans le cadre d'un glissement du droit pénal vers le risque, voir : S. GRUNVALD, « À propos de l'élément matériel de l'infraction : quelques questions de frontières », *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 131-143 ; G. ROUSSEL, « L'introduction du 'repentir' ou le pragmatisme appliqué du législateur », *Actualité Juridique Pénal* 2005, p. 363.

⁶⁵¹ Article 132-10 du Code pénal pour la récidive spéciale délictuelle (délit puni de moins de 10 ans d'emprisonnement ; sinon, la récidive est générale : article 132-9). L'article 132-11 relatif à la récidive contraventionnelle ne nous intéresse pas ici car il ne fait pas référence au critère d'infractions assimilées.

2°/ Le bien juridique, fondement de la justification.

285. Nous avons relevé plus haut que le traitement français des faits justificatifs, ou plus exactement aujourd'hui, des « *causes objectives d'irresponsabilité* », était largement marqué par la conception qui consiste à y voir d'abord un conflit de normes, conception révélatrice d'un délit conçu comme violation de la loi⁶⁵². Il n'en reste pas moins que l'idée de pondération d'intérêts reste extrêmement présente en la matière, qu'il s'agisse de faits justificatifs généraux ou spéciaux. Malgré la prééminence observée du fait justificatif d'ordre ou d'autorisation de la loi et la confusion opérée par le Code pénal de 1992 entre causes de non imputabilité et faits justificatifs sous le vocable unique de « *cause d'irresponsabilité* », le véritable fondement, objectif, de l'absence de répression de l'état de nécessité et de la légitime défense demeure pour une partie de la doctrine la « *pesée de l'intérêt protégé*⁶⁵³ » et l'idée selon laquelle « *nécessité n'a pas de loi*⁶⁵⁴ ».

Comme l'expriment fort bien des auteurs la loi pénale a des « *bornes objectives* » et « *la répression perd notamment son fondement lorsque, sous l'empire de la nécessité, le 'délinquant' choisit de sauvegarder un bien dont la valeur est supérieure à celle du bien qu'il sacrifie, ou même à la rigueur un bien de valeur équivalente*⁶⁵⁵ ». Ramener les cas d'état de nécessité et de légitime défense à des cas d'ordre ou d'autorisation de la loi, ce qui est désormais tout à fait possible depuis la consécration textuelle de ces faits justificatifs comme causes d'irresponsabilité générale, serait en réalité prendre la conséquence pour le fondement : ce n'est pas parce que la loi le prévoit que la nécessité fait obstacle à la répression mais bien parce que la nécessité prive la répression de fondement que la loi a fini par le reconnaître au sein d'une disposition générale du Code⁶⁵⁶. Utile ou à tout le moins indifférente socialement, l'action commise sous l'emprise de la nécessité n'est pas contraire au droit ; et c'est la comparaison des intérêts ou des valeurs en présence qui va, en tout premier lieu, permettre d'établir cette nécessité. L'ajout, par le législateur, de conditions supplémentaires à cette balance d'intérêts peut bien apparaître comme un souci d'encadrer ces mécanismes dans des limites légales strictes mais ne remet pas en cause leur nature de « *fait justificatif de portée universelle*⁶⁵⁷ », dont ont témoigné leur consécration doctrinale et prétorienne antérieures au texte.

286. On retrouve ici l'idée de l'existence d'un droit pénal matériel, substantiel, fondé sur la protection des biens juridiques avant que sur la loi et il nous semble qu'il est possible de faire une lecture identique de nombreux cas d'autorisation de la loi ou d'immunités, c'est-à-dire de « *faits justificatifs spéciaux* ». Lorsque le législateur subordonne par exemple la légalité d'interventions thérapeutiques au consentement de la victime⁶⁵⁸, ne consacre-t-il pas par la même façon une sorte de bien juridique à l'autodétermination lié à la reconnaissance de la liberté du sujet ? De la même façon, lorsqu'il exclut du champ des incriminations de non-dénonciation ou de recel de criminel⁶⁵⁹ les parents et conjoints, ne fait-il pas primer la famille, structure fondamentale de la société, sur

⁶⁵² Sur ce point, voir *supra* n° 191 et s.

⁶⁵³ X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 155.

⁶⁵⁴ Idée déjà présente chez les canonistes : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal Général, op. cit.*, p. 191.

⁶⁵⁵ *Ibid.*

⁶⁵⁶ ROUSSEAU et HEGEL eux-mêmes admettaient la justification par la légitime défense, le premier affirmant que « *la nécessité de défense rétablit l'homme dans l'état de nature où chacun a le droit de se faire justice* » et le second que « *l'attaque est la négation du droit, et que la défense est la négation de cette négation, donc l'application du droit* ». Voir : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal Général, édition de 1967, op. cit.*, p. 312.

⁶⁵⁷ X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 165.

⁶⁵⁸ Sur le consentement de la victime, voir *supra*, n° 206, pour la position du droit positif et *infra*, n° 583, pour son opportun rattachement à la notion d'antijuridicité.

⁶⁵⁹ Articles 434-1, 434-2, 434-3 et 434-11 du Code pénal. Notons que le législateur exclut également par principe du champ d'application du premier et du dernier de ces articles les personnes soumises au secret professionnel. Le bien juridique privilégié apparaît ici moins nettement mais il ne fait pas de doute que la solution résulte d'une pesée des intérêts en présence, le secret professionnel étant une garantie importante de l'efficacité de l'action, fondamentale pour la société, des personnes qui y sont soumises.

l'autorité de l'État et, plus précisément, sur « l'action de la justice »⁶⁶⁰ ? Il ne nous semble pas nécessaire de multiplier les exemples pour affirmer qu'en réalité, et même dans les législations ou réglementations techniques, c'est bien souvent la « pesée des intérêts en présence » qui fonde la justification⁶⁶¹.

S'émancipant de la tutelle législative, la Cour de cassation, s'est d'ailleurs permise en plusieurs occasions de justifier certaines infractions se fondant sur les seuls « droits de la défense », sans les rattacher à aucun fait justificatif prévu par le Code pénal⁶⁶². De la même façon, et par une jurisprudence bien établie, il est admis, dans certaines limites, l'existence d'un fait justificatif particulier en matière d'abus de bien sociaux lorsque le détournement est justifié par l'intérêt du groupe⁶⁶³ et la justification par la bonne foi en matière de diffamation⁶⁶⁴.

Parfois fortement critiqués pour leur absence de fondement légal, ces faits justificatifs *sui generis* semblent bien se fonder directement sur l'idée de la pondération d'intérêts, la nécessité de préserver un bien juridique supérieur justifiant le sacrifice d'un bien inférieur.

287. Les utilisations du bien juridique apparaissent ainsi comme remarquablement nombreuses et déterminantes en bien des domaines en droit pénal de fond. Mais sans doute parce que la particularité de l'objet protégé par le texte d'incrimination peut exiger de lui accorder une protection particulière, la procédure pénale connaît elle aussi de nombreuses manifestations du bien juridique.

B. En procédure pénale.

288. Le bien juridique va apparaître comme un critère privilégié pour le législateur lorsqu'il souhaite instaurer des règles procédurales spécifiques à certaines matières (1) mais aussi lorsqu'il souhaite octroyer certaines prérogatives en matière d'action civile (2).

⁶⁶⁰ En ce sens : P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », R.S.C. 1998, p. 291 ; X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 175. Le même raisonnement peut être mené en matière d'immunités parlementaire et judiciaire, toute poursuite pour diffamation ou injure étant exclue (et pour la deuxième, également pour outrage) afin de préserver, respectivement, le débat démocratique et le respect des droits de la défense et la sincérité des dépositions. En ce sens : *Ibid.*, p. 153-154. Nous verrons néanmoins *infra* n°653 que d'autres fondements nous semblent préférables s'agissant de ces immunités familiales.

⁶⁶¹ En ce sens : *Ibid.*, p. 168. On peut par exemple penser à la législation relative aux seuils autorisés de pollution : le législateur va autoriser les atteintes à l'environnement dans la mesure de ce qui est nécessaire à la poursuite d'un intérêt industriel ou économique jugé supérieur.

⁶⁶² La Chambre criminelle, a ainsi admis que des journalistes puissent produire des pièces normalement soumises au secret professionnel si cela était « nécessaire à l'exercice des droits de la défense ». Voir : Cass. Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim. n°132*, R.S.C. 2003, p. 93, note B. BOULOC. Le commentateur voit alors dans l'exercice des droits de la défense une « cause de justification ». Voir également : Cass. Crim., 12 juin 2007, *Bull. crim. n°157*, R.S.C. 2008, p. 95, note J. FRANCILLON. De la même façon, après s'y être opposée et avoir ainsi été à l'origine d'une divergence d'appréciation avec la Chambre sociale de la Cour de cassation, la Chambre criminelle a également admis que l'exercice des droits de la défense justifie un vol commis par un salarié. Voir : Cass. Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim. n°113 et 117*, RTD Com. 2004, p. 823, note B. BOULOC. Sur cette question, voir également, déjà : Voir : J.-P. DOUCET, « Les droits de la défense, faits justificatifs méconnus », *Gazette du Palais*, 1972, II, Doct., p. 595.

⁶⁶³ La solution est constante depuis l'arrêt dit *Rozenblum* : Cass. Crim., 4 février 1985, *Bull. crim. n°54*. La jurisprudence exige néanmoins que la société qui subit l'appauvrissement ne soit pas sacrifiée à l'intérêt du groupe et pose une condition de proportionnalité. Sur ces conditions, voir par exemple : C. CHAMPAUD, D. DANET, note sous Cass. Com., 13 novembre 2007, *RTD Com. 2008*, p. 354. Ce fait justificatif est néanmoins cantonné à l'abus de biens sociaux et ne peut être admis en matière de banqueroute. Voir par exemple : Cass. Crim., 27 avril 2000, *Bull. crim. n° 169*, *RTD Com. 2000*, p. 1030, note B. BOULOC.

⁶⁶⁴ Un auteur démontre en effet que la bonne foi constitue, dans les espèces où l'intention délictuelle est avérée, un véritable fait justificatif. Voir : Ph. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 49-59.

1°/ Le bien juridique, critère des modalités l'action publique.

289. Le législateur peut parfois prendre en compte le bien juridique protégé pour mettre en place des immunités de procédure ou limiter le champ de l'action publique mais aussi, et plus souvent, pour instaurer des régimes procéduraux plus sévères.

290. **Comme critère d'immunité procédurale.** ____ A la différence des immunités de fond, les immunités procédurales n'ôtent pas aux faits leur caractère infractionnel. Sans rentrer dans le détail de leur régime fort hétérogène, on peut simplement constater que, là encore, c'est souvent la préservation d'un intérêt supérieur qui les justifie, qu'elles consistent en une inviolabilité, un privilège de juridiction ou en une impossibilité d'exercer l'action publique. La plupart des immunités de procédure semble plutôt destinée à préserver un intérêt supérieur qui serait relatif à la séparation des pouvoirs : ainsi de l'inviolabilité parlementaire, de l'immunité et du privilège de juridiction des membres du gouvernement pour les actes commis dans l'exercice de leur fonction ou de l'immunité du chef de l'État. Dans le même état d'esprit, l'immunité diplomatique et l'immunité des chefs d'État étrangers semblent bien tendre à garantir l'autonomie de ces États en les mettant à l'abri de toute pression judiciaire sur un de leur représentant⁶⁶⁵.

291. Mais au delà des restrictions ou des particularités conférées par les immunités procédurales en vertu de la préservation d'un intérêt supérieur, le bien juridique va également intervenir sur la possibilité d'engager l'action publique dans un cas bien particulier : celui des délits purement privés.

292. **Comme critère de la possibilité de déclenchement de l'action publique par le Ministère public.** ____ Bien qu'elles soient fort peu nombreuses, il nous faut apporter une attention particulière à certaines infractions, parfois dits « *délits purement privés* » et dont la nature particulière justifie une exception remarquable au principe de l'opportunité des poursuites. Pour certains délits, en effet, le Ministère Public n'est pas libre de déclencher l'action publique : une plainte de la victime est nécessaire au déclenchement de l'action publique et son retrait entraîne l'extinction de l'action publique⁶⁶⁶.

Si historiquement, cette exception pouvait se rencontrer en présence d'une infraction ayant causé un trouble social important mais dont la poursuite aurait pu porter préjudice à la victime⁶⁶⁷, elle n'existe plus désormais que pour des infractions relatives à des « *intérêts essentiellement privés* » et qui ne causent qu'un trouble social minime, comme les atteintes à la vie privée des articles 226-1 et 226-2 du Code pénal, la diffamation et l'injure⁶⁶⁸. Dans ces incriminations, le bien juridique protégé est l'honneur de la personne et cette particularité procédurale démontre que ce bien juridique est un bien juridique disponible, dont l'atteinte peut être « *convertie* » par l'accord ou même l'inertie de la victime⁶⁶⁹. Les exceptions qui lui sont apportées en cas d'injure ou diffamation envers un groupe de personnes en raison de mobiles discriminatoires (appartenance vraie ou supposée à une ethnicité, une nation, une race, une religion, une orientation sexuelle ou un

⁶⁶⁵ La doctrine majoritaire a longtemps considéré que les immunités familiales en matière d'atteinte aux biens appartenaient à cette catégorie d'immunité de procédure mais la Cour de Cassation a récemment affirmé le contraire en validant la motivation d'une cour d'appel qui avait déduit de leur nature de « *cause d'exonération objective* » l'absence d'application rétroactive de la loi pénale plus sévère venant en restreindre le champ d'application. Voir : Cass. Crim., 14 novembre 2007, *Bull. crim. n°281*. Nous verrons que cette position est critiquable et que ces immunités devraient être rattachées à la notion d'inexigibilité subjective ; voir *infra*, n°652 et s.

⁶⁶⁶ Article 6 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

⁶⁶⁷ Il s'agissait des infractions relatives à l'adultère de la femme et à l'entretien de la concubine au domicile conjugal par le mari ; infractions abrogées en 1975. Voir : B. BOULOC, *Procédure pénale*, 21^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2007, p. 555.

⁶⁶⁸ Mais aussi le délit de contrefaçon en matière industrielle, la chasse sur le terrain d'autrui... Et certains délits dont l'administration est victime. *Ibid.*, p. 554.

⁶⁶⁹ Voir l'article 48 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et ses cas particuliers en cas d'injure ou de diffamation contre les cours ou tribunaux, les membres du gouvernement, les jurés ou témoins ou encore les chefs d'État étrangers et les agents diplomatiques...

handicap) ne remettent pas véritablement l'analyse en question puisque, si le Ministère Public peut alors exercer d'office l'action publique, les poursuites restent subordonnées à l'accord des personnes concernées si les injures ou diffamations fondées sur le sexe, l'orientation sexuelle ou le handicap les visent personnellement. La seule véritable exception concerne donc les injures et diffamations fondées sur l'appartenance nationale, ethnique, raciale ou religieuse, le Ministère Public pouvant alors dans tous les cas déclencher l'action publique, sans que l'accord des individus éventuellement visés ne soit requis.

293. Pour marginale qu'elle soit, cette exception au principe de l'opportunité des poursuites paraît fondamentale à notre étude pour la brèche qu'elle constitue vers la reconnaissance de biens juridiques « *pûrement privés* », autrement dit, complètement disponibles et incompatibles avec une conception pure de l'infraction comme violation de la loi⁶⁷⁰.

Mais là encore, le critère du bien juridique protégé ne va pas toujours être utilisé pour limiter la répression ; au contraire, il semble bien plus souvent utilisé pour aggraver la procédure relative en certaines matières.

294. **Comme critère d'application de procédures aggravées.** — Il existe tout d'abord des procédures dérogatoires aggravées en matière de terrorisme, de trafic de stupéfiants ou de criminalité organisée, ces domaines étant particuliers en ce qu'ils peuvent avoir pour effet de déstabiliser le système juridique, politique et/ou économique lui-même. Mais il est remarquable, qu'aux côtés de ces matières particulièrement sensibles du point de vue de l'ordre public⁶⁷¹, le législateur ait également prévu des règles particulières en matière de protection des personnes, non seulement pour ce qui concerne des biens juridiques supérieurs relatifs à la dignité humaine mais aussi pour des biens juridiques « *individuels* » tels que la vie et la liberté sexuelle des mineurs (peut-être devrait-on plutôt parler ici d'intégrité sexuelle).

La première conséquence de cette protection procédurale particulière se trouve dans l'allongement du délai de la **prescription de l'action publique**. En matière criminelle, au lieu des 10 années prévues par l'alinéa 1 de l'article 7 du Code de procédure pénale, les crimes contre l'humanité sont ainsi imprescriptibles⁶⁷², les crimes les plus graves et les crimes sexuels contre les mineurs⁶⁷³ se prescrivent par 20 ans à compter de la majorité de la victime et les crimes contre l'espèce humaine se prescrivent par 30 ans, le délai de prescription ne commençant à courir qu'à compter de la majorité de l'enfant né par clonage dans le cas du clonage reproductif. Notons que cette dernière disposition est pour le moins surprenante en ce qu'elle semble bien faire de l'enfant né par clonage la victime de ce crime alors même que l'article 114-5 du Code de l'action sociale et des familles dispose que : « *Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance* ⁶⁷⁴ ». En matière délictuelle, au lieu des 3 années prévues par l'alinéa 1 de l'article 8 de Code de procédure

⁶⁷⁰ c/a Ph. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », R.S.C. 1991, p. 4, qui y voit « *la survivance désuète d'un passé largement révolu* ».

⁶⁷¹ Nous revenons sur leur spécificité plus longuement *infra*, n°395 et s.

⁶⁷² De même que les peines qui ont été prononcées sur ce fondement : article 213-15 du Code pénal.

⁶⁷³ C'est-à-dire les crimes de meurtre ou d'assassinat précédé ou accompagné de viol, de torture ou d'acte de barbarie, le proxénétisme à l'égard d'un mineur de 15 ans ou aggravé si le mineur a plus de 15 ans, et les agressions sexuelles criminelles sur mineur : article 706-47 du Code de procédure pénale. Sont également concernées les violences volontaires exercées sur un mineur et ayant entraîné une mutilation ou une infirmité permanente ainsi que les crimes de torture ou actes de barbarie et les meurtres ou assassinats commis en état de récidive légale. Voir : article 7 alinéa 3 du Code de procédure pénale.

⁶⁷⁴ Au-delà de la contradiction formelle à cette disposition légale, cette règle nous semble contraire à la nature du bien juridique protégé par l'incrimination, qui ne saurait être la vie ou l'intégrité de la personne elle-même mais ne peut être comprise qu'au regard d'un bien juridique dépassant l'individu comme l'intégrité de l'espèce humaine. Sur cette catégorie, voir *infra* n°718.

pénale, les délits sexuels sur les mineurs⁶⁷⁵ ainsi que les violences d'une certaine gravit  ⁶⁷⁶ sur mineur se prescrivent par 20 ans à compter de majorité de la victime.

Aux côtés de ces règles particulières de prescription de l'action publique, le Code de procédure pénale prévoit pour ces incriminations des **procédures particulières** dont l'étude nous éloignerait trop de notre sujet.

295. Mais au delà de ces règles dérogatoires tenant à l'action publique, le bien juridique va également intervenir comme critère d'ouverture de l'action civile.

2  / Le bien juridique, critère d'ouverture l'action civile.

296. Avant de nous arrêter sur la question de l'ouverture de l'action civile aux associations de victimes, il convient d'apporter une précision sur l'absence, ici, de considérations relatives à l'ouverture de l'action civile à la victime de l'infraction. Une telle absence n'a rien d'un oubli ; si nous n'en traitons pas dans le cadre de notre étude des manifestations du bien juridique en droit positif, c'est parce que nous considérons que la titularité du bien juridique n'est malheureusement pas, en droit français, le critère de l'accès à l'action civile⁶⁷⁷. Nous reviendrons longuement sur ce point⁶⁷⁸.

S'agissant de l'action civile, c'est donc dans la question de son ouverture aux associations de victimes que le bien juridique apparaît comme un critère déterminant. Aux côtés des personnes qui ont subi un préjudice direct et personnel de l'infraction, le législateur permet en effet parfois, sous certaines conditions, à des associations de se constituer partie civile. Nous n'entrons pas dans le détail de ces dispositions mais nous pouvons remarquer que le bien juridique semble jouer un rôle fondamental à la fois dans la détermination des cas d'ouverture de cette action publique particulière et dans les modalités de celle-ci.

297. **___ Dans la détermination des procédures concernées. ___** En plus d'exiger que l'association remplisse certaines conditions relatives à sa déclaration et à son ancienneté (et plus rarement, à un agrément particulier), le législateur ne permet aux associations de se constituer partie civile que pour certaines incriminations spécialement désignées par le législateur et, déterminées, à n'en pas douter, en fonction de leur objet statutaire.

Même si le législateur prend la peine d'énumérer les incriminations concernées, il ressort très nettement des articles 2-1 à 2-21 du Code de procédure pénale que doivent correspondre les valeurs ou les intérêts que cherchent à défendre ces association et les valeurs ou intérêts lésés par l'incrimination en cause... Autrement dit, le bien juridique protégé par l'infraction doit être identique à l'objet défendu par l'association qui souhaite intervenir dans le procès pénal. Ainsi, par exemple, les associations ayant pour objet de lutter contre le racisme ou les discriminations fondées sur l'origine nationale, ethnique, raciale, religieuse peuvent se constituer partie civile pour les infractions de discriminations des articles 225-2 et 432-7 du Code pénal fondées sur ces motifs et pour toute une série d'infractions contre les personnes ou les biens aggravées par ce mobile

⁶⁷⁵ Article 706-47 du Code de procédure pénale : recours à la prostitution de mineur, atteintes et agressions sexuelles délictuelles autres que le viol, proxénétisme sur mineur ag   de plus de 15 ans et corruption de mineur. Notons que le délit de recours à la prostitution de mineur constitue également une exception aux règles d'application de la loi pénale dans l'espace (article 225-12-3 : application, sans restriction, de la loi française à tout citoyen ou résidant français même si les faits ont été commis à l'étranger).

⁶⁷⁶ Violences ayant entraîné une ITT supérieure à 8 jours.

⁶⁷⁷ L'article 2 alinéa 1 du Code de procédure pénale dispose en effet que : « *L'action civile en réparation du dommage causé par un crime, un délit ou une contravention appartient à tous ceux qui ont personnellement souffert du **dommage** directement causé par l'infraction.* »

⁶⁷⁸ Voir *infra* n  698 et s.

discriminatoire⁶⁷⁹. Elles ne peuvent en revanche pas prétendre intervenir en d'autres matières ni même pour les incriminations énumérées si le mobile discriminatoire n'est pas retenu.

On pourrait imaginer que ces cas spécialement déterminés d'ouverture de l'action civile soient réservés à des intérêts ou valeurs collectifs, ou à des procédures concernant un grand nombre de victimes afin de pallier aux problèmes qui peuvent alors se poser dans l'identification des victimes individuelles⁶⁸⁰ mais il apparaît rapidement qu'il n'en est rien. Même si l'article 2-15 du Code de procédure pénale concerne bien les victimes d'accidents collectifs, et que d'autres articles concernent effectivement des biens juridiques collectifs comme l'environnement ou le patrimoine historique ou culturel, de nombreuses dispositions renvoient à des biens juridiques individuels comme la vie, l'intégrité physique ou la liberté sexuelle et n'exigent aucun mode de commission particulier.

On pourrait alors penser que, une plus grande ouverture de l'action publique pouvant avoir pour effet une plus grande répression des incriminations visées, celle-ci soit réservée à la protection de biens juridiques particulièrement importants. Or, bien que toutes les infractions les plus graves soient concernées (crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes contre l'espèce humaine, terrorisme, trafic de stupéfiants, crimes et délits de toute nature sur des mineurs, atteintes graves à la vie, à l'intégrité physique, à la liberté ou à la liberté sexuelle des personnes), certaines dispositions renvoient à incriminations nettement moins réprimées comme la diffusion de message violent ou pornographique susceptible d'être vu par un mineur, les destructions de biens fondées sur un mobile discriminatoire ou encore l'infraction aux règles permettant l'accès des personnes handicapées à certains bâtiments ou à l'emploi de la langue française...

En réalité, il semble difficile de trouver un critère permettant d'englober l'ensemble des associations et incriminations concernées et leur nombre important permet même de s'interroger sur l'absence de reconnaissance générale de la possibilité pour les associations (sous certaines conditions statutaires) de se constituer partie civile pour les infractions relevant de leur domaine d'intervention. Peut-être le maintien d'un principe de spécialité s'explique-t-il en partie par les modalités d'exercice de cette action civile et, en particulier, par les rapports qu'elle entretient avec l'action civile de la « *personne intéressée* », c'est-à-dire de la victime de l'infraction au sens de l'article 2 du Code de procédure pénale.

298. ___ Dans les modalités de l'exercice de l'action civile. ___ Une fois admis le principe de l'exercice de l'action civile par certaines associations, se pose la question de l'articulation de celle-ci avec l'action civile exercée par la victime de l'infraction, lorsqu'elle est déterminée. L'association va-t-elle pouvoir déclencher l'action publique, c'est-à-dire exercer son action civile par voie d'action, ou ne va-t-elle pouvoir que s'associer à l'action publique déjà engagée, c'est-à-dire n'exercer son action civile que par voie d'intervention ? De même, va-t-elle pouvoir agir seulement avec l'accord de la victime ou va-t-elle pouvoir intervenir sans la consulter, ou même, contre sa volonté ?

On pourrait par exemple supposer que l'action civile soit limitée à la voie d'intervention lorsque le bien juridique atteint par l'incrimination est un bien individuel et que, dans ce même cas, elle soit subordonnée à l'accord de la victime ; la voie d'action étant alors réservée aux incriminations protégeant des intérêts collectifs ou des victimes particulièrement vulnérables dont on peut craindre qu'elles n'osent pas elles-mêmes déclencher l'action publique, leur consentement

⁶⁷⁹ Article 2-1 alinéa 1 du Code de procédure pénale : « Toute association régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits, se proposant par ses statuts de combattre le racisme ou d'assister les victimes de discrimination fondée sur leur origine nationale, ethnique, raciale ou religieuse, peut exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne, d'une part, les discriminations réprimées par les articles 225-2 et 432-7 du Code pénal et l'établissement ou la conservation de fichiers réprimés par l'article 226-19 du même Code, d'autre part, les atteintes volontaires à la vie et à l'intégrité de la personne, les menaces, les vols, les extorsions et les destructions, dégradations et détériorations qui ont été commises au préjudice d'une personne à raison de son origine nationale, de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnique, une race ou une religion déterminée. »

⁶⁸⁰ Nous aborderons plus largement les difficultés que rencontre le droit pénal face à ces domaines d'intervention liés à la « *société du risque* » ; voir *infra* n°379 et s.

restant néanmoins indispensable. Pourtant, là encore, il semble difficile de découvrir des critères véritables dans les dispositions du Code de procédure pénale.

D'abord, il ne semble pas exister de lien entre la restriction de l'action civile à la voie d'intervention et l'exigence d'accord de la victime : sur les 10 restrictions à la voie d'intervention, 4 peuvent être exercées sans le consentement de l'intéressé alors que sur les 16 cas d'action civile ouverte à la fois par voie d'intervention et par voie d'action, 11 requièrent le consentement de la victime. Sans doute faut-il alors considérer que les deux questions ne sont pas liées, celle de l'ouverture de l'action civile par voie d'action renvoyant davantage à la question de l'articulation entre action publique et action civile et donc à l'importance de la volonté du Ministère Public dans la poursuite de ces incriminations alors que celle de l'accord de la victime renverrait davantage à la nature, individuelle ou non, du bien juridique concerné et à son éventuelle disponibilité, en tout cas procédurale. Mais même en scindant les problèmes, la cohérence semble difficile à établir.

On peut sans doute expliquer que les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité ou les crimes contre l'espèce humaine admettent la voie d'action mais pas les actes de terrorisme ou le trafic de stupéfiants en raison du caractère « *universel* » des premiers biens juridiques et de l'importance particulière de la notion d'ordre public dans les seconds mais comment expliquer que les atteintes graves aux personnes majeures admettent la voie d'action alors que les mêmes incriminations commises sur des mineurs ou des personnes handicapées n'admettent que la voie d'intervention ? Est-ce encore parce que l'ordre public est particulièrement concerné ? Mais pourquoi alors admettre la voie d'action pour toutes les incriminations, même extrêmement graves, relevant de la manipulation mentale et pourquoi ne pas l'admettre pour la délinquance routière, les accidents collectifs, du travail ou encore les destructions de biens immeubles associatifs ?

S'agissant de la nécessité de l'accord de la victime, la cohérence semble meilleure. Les infractions concernant des biens juridiques individuels (à l'exception des mineurs) et celles relatives à des cas de discriminations exigent en effet en principe l'accord de la victime lorsque la discrimination porte sur un individu particulier⁶⁸¹. Mais les discriminations relatives au sexe ou aux mœurs nous plongent dans la perplexité la plus absolue : l'accord est bien exigé pour les atteintes à la vie, l'intégrité ou les biens motivées par ce mobile discriminatoire et l'est même, par écrit, pour les discriminations dans le cadre des relations de travail mais il ne l'est pas pour les discriminations relevant des articles 225-2 et 432-7 du Code pénal.

Si le bien juridique protégé est véritablement un critère de détermination des associations autorisées à agir dans les matières déterminées, il ne semble pas néanmoins permettre d'expliquer les modalités d'exercice de cette action publique particulière.

299. Rarement nommé, le bien juridique n'en est pas moins extrêmement présent dans notre droit positif, comme *ratio legis* mais également souvent comme critère de qualification ou d'application de dispositions particulières. Mais contrairement à ce que pourrait laisser présager la prétendue essence libérale du concept et la fonction qui lui est souvent attribuée de limitation au *ius puniendi*, il apparaît souvent comme un fondement à l'aggravation de la répression.

⁶⁸¹ Notons que la Cour de Cassation a considéré le 25 septembre 2007 que lorsque le consentement de la victime est impossible du fait de son décès, la constitution de partie civile des associations est impossible. Conforme à la logique restrictive de l'exercice de l'action civile, la solution n'en est pas moins discutable puisqu'elle revient à créer une sorte de présomption, nécessairement irréfragable, de refus de la victime. La portée de cet arrêt semble néanmoins pouvoir être relativisée par une considération de faits, la famille du défunt étant en l'espèce opposée à la constitution de partie civile de l'association. Voir : Cass. Crim., 25 novembre 2007, *AJ Pénal* 2008, p. 83, note C. SAAS, « *L'action civile paralysée par le consentement impossible* ».

300. A ce stade de notre étude du bien juridique, on pourrait affirmer avec un auteur : « *on sait qu'il existe, mais on n'en connaît pas encore les genres, espèces et variétés*⁶⁸². » On pourrait alors penser qu'un effort de synthèse permettra de dégager un concept sous-jacent à notre droit. Mais si les apparitions du bien juridique en droit français sont multiples, ses visages le sont tout autant et semblent varier au gré des rôles que le législateur ou le juge entendent lui faire jouer. Tantôt abstrait, tantôt concret, tantôt rattaché à la société dans son ensemble, tantôt rattaché à un individu déterminé, sa nature juridique ne paraît pas plus définie que son régime ne semble cohérent. Il est alors fort probable que notre tentative d'extraction d'un véritable concept, français, de bien juridique protégé soit vouée à l'échec.

⁶⁸² Voir : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 284, utilisant le terme d'« *intérêt protégé* ».

Section 2

L'impossible extraction du droit positif.

301. L'intérêt porté au bien juridique protégé par le législateur de 1992 dans sa volonté de systématisation et de hiérarchisation des infractions conduit naturellement à s'intéresser en premier lieu aux biens juridiques formels, consacrés par les différentes incriminations de notre Code. Mais leur étude se révèle fort décevante : l'analyse du droit pénal spécial ne permet d'extraire qu'un catalogue désordonné (I) et celle du droit pénal général ne permet pas de préciser leur place dans l'infraction (II).

I L'impossible extraction du droit pénal spécial.

302. On aurait pu espérer que l'étude des incriminations et des biens juridiques « *formels* » qu'elles protègent révèle des éléments permettant de remonter à la source du concept et de découvrir sa nature et son régime juridiques. Mais les distinctions opérées par le Code pénal souffrent de nombreuses carences (A) et l'analyse de ses incriminations ne permet pas d'extraire une véritable classification (B).

A. L'insuffisance des distinctions du Code pénal.

303. L'étude de la classification proposée par le Code révèle immédiatement l'échec du législateur dans son ambition de synthétisation des valeurs dites « *nouvelles* » par l'abandon du livre V à l'état de friche (1) et la persistance d'une multitude d'incriminations non codifiées (2).

1°/ Le constat d'échec du livre V.

304. Dès l'origine du projet de nouveau Code pénal, le législateur avait, en plus de sa volonté de faire apparaître une nouvelle hiérarchie des valeurs, l'ambition de faire du Code pénal l'expression d'un nouvel ordre public qui incluerait bien sûr les infractions dites « *classiques* » mais aussi les infractions dites « *modernes* », c'est-à-dire les infractions en matière économique, sociale, financière et environnementale. Celles-ci, dispersées dans diverses lois constituent une multitude d'incriminations non codifiées, souvent techniques, dans lesquelles le droit pénal apparaît surtout sous son visage de « *gendarme du droit* ».

Dès 1974, la première commission de réforme attache une importance fondamentale à ces questions, considérant que la codification de ces questions est nécessaire à la modernisation du droit pénal et doit permettre une simplification et une harmonisation de ce « *droit pénal technique* ». En février 1981, la sous-commission en charge de cette partie du Code avait ainsi élaboré le plan de ce qui devait devenir le titre III du Code pénal, titre consacré « *aux atteintes à l'ordre économique et financier* », les cinq chapitres de celui-ci regroupant respectivement les infractions en matière fiscale, en matière financière, en matière économique, les atteintes au droit du travail et enfin les atteintes à l'environnement et au cadre de vie⁶⁸³. Malgré les changements successifs de majorités politiques, la volonté d'intégrer ces aspects au Code pénal perdura longtemps. En 1982, une

⁶⁸³ Voir : P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal, op. cit.*, p. 143-155.

« *commission de l'inventaire* » fut chargée de recenser toutes les incriminations du droit pénal dit « *moderne* »⁶⁸⁴ afin de les regrouper dans un Code pénal censé devenir un « *instrument de référence unique* »⁶⁸⁵, ce qui supposait, pour ne pas aboutir à un « *Code hypertrophié* », d'opérer au préalable une large dépenalisation. Malgré l'échec d'un inventaire général de toutes les incriminations non codifiées⁶⁸⁶, un nouveau titre III est proposé en 1983, qui fait apparaître la problématique évoquée plus haut des biens juridiques collectifs puisqu'il s'intitule « *Les atteintes aux intérêts collectifs* » et distingue les atteintes à l'ordre économique et financier, les atteintes à l'ordre social et les atteintes à la qualité de vie et l'environnement. Bien que la question soit intégrée dans celle, beaucoup plus globale, de la « *qualité de la loi* » à partir de 1988, le projet d'une codification de ces matières n'est pas abandonné et, en octobre 1991, le Garde des Sceaux affirmait encore que la codification du droit pénal technique était « *l'aspect le plus novateur du Code pénal de l'avenir* » et rappelait l'importance qu'il y attachait⁶⁸⁷.

Pourtant, la sensibilité politique de la question finit par avoir raison de l'ambition législative et le livre V, qui devait contenir ces incriminations, fut finalement quasiment abandonné : intitulé « *des autres crimes et délit* », il ne contenait, dans le Code pénal adopté en 1992, que les sévices graves ou actes de cruauté envers les animaux⁶⁸⁸. Si la circulaire d'application du nouveau Code rappelait cet objectif⁶⁸⁹ et qu'il fut question, en 1995, de réaliser « *un véritable livre V* »⁶⁹⁰, l'entreprise n'a pas abouti et, en l'état actuel des choses, le livre V ne comporte que deux titres, le premier, consacré « *aux infractions en matière de santé publique* » comportant les principales incriminations en matière d' « *éthique biomédicale* » (protection de l'espèce humaine, du corps humain, de l'embryon humain) et le second, sobrement intitulé « *autres dispositions* », comportant les sévices graves et actes de cruauté envers les animaux⁶⁹¹.

⁶⁸⁴ Nous citons ici la formule employée au cours des travaux préparatoires mais nous ne la reprenons pas à notre compte pour la confusion qu'elle peut engendrer avec ce que nous avons jusqu'ici appelé le « *droit pénal moderne* », c'est-à-dire le droit pénal issu de la Révolution et imprégné de la philosophie des Lumières, c'est-à-dire de la philosophie du droit naturel moderne, droit de la nature et des gens.

⁶⁸⁵ Voir : P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 188.

⁶⁸⁶ Encore aujourd'hui, des doutes demeurent sur la réussite d'un tel recensement. Si la nomenclature NATINF, élaborée par le ministère de la justice pour les besoins de la gestion des infractions, comporte aujourd'hui environ 11 000 infractions, il semble unanimement admis qu'elle est n'est pas exhaustive. Voir : M.-L. RASSAT, *Le droit pénal*, *op. cit.*, p. 121. Le « *rapport LEGER* » avance pourtant un chiffre très précis des incriminations, 2 486 crimes, délits et contraventions étant selon lui inscrits dans le Code pénal alors que 7 763 infractions seraient non codifiées, ce qui représenterait un total de 10 249. Voir : *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 1^{er} septembre 2009, p. 41, [en ligne], < http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf >.

⁶⁸⁷ Voir : P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 184-185.

⁶⁸⁸ *Ibid.*, p. 196.

⁶⁸⁹ Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 301 : « *Le livre V (...) est destiné à contenir les infractions relevant du droit de l'environnement, de l'économie, du travail, des finances publiques, de l'urbanisme... actuellement disséminées dans des Codes spécifiques ou des législations non codifiées. La création de ce livre montre donc que la réforme du Code pénal n'est pas encore achevée, même si le travail qui reste à accomplir consiste plus en une codification qu'en une refonte du droit pénal.* »

⁶⁹⁰ P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 195.

⁶⁹¹ Une codification véritable des dispositions éparses du droit pénal semble de nouveau en projet, le Garde des Sceaux ayant fixé, entre autres, cet objectif aux membres du Comité de réflexion sur les Codes pénal et de procédure pénale dans son discours du 14 octobre 2008. Voir, [en ligne] : < <http://www.presse.justice.gouv.fr/> >. Cet objectif a cependant été laissé de côté dans le rapport finalement rendu, le « *travail technique préalable d'inventaire, de tri et de regroupement* » ayant été jugé « *considérable* » et n'ayant pu être mené à bien. Voir : *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 1^{er} septembre 2009, p. 41-42, [en ligne], < http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf >. Notons qu'un groupe de travail informel mené par les professeurs B. de LAMY et V. MALABAT, composé de nombreux universitaires et de praticiens, s'est constitué pour mener une réflexion parallèle sur le droit pénal et la procédure pénale. Voir, [en ligne] : < <http://lionelminiati.typepad.com/droitprocessuel/> >. Les réflexions de ce groupe ont abouti à l'organisation de deux colloques, respectivement organisés le 19 juin et les 7, 8 et 9 octobre 2009 à l'Université Montesquieu Bordeaux IV ainsi qu'à la publication d'un ouvrage collectif riche en propositions, notamment sur la question de l'organisation du Code pénal. Voir : V. MALABAT, B. de LAMY, M. GIACOPELLI et al., *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* : *Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes & commentaires*, 2009, 409 p ; en particulier sur ces questions : É. BARON ÉLISA, Ch. CLAVERIE et M.-A. RAYMOND, « Propositions pour un nouveau plan du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* : *Opinio doctorum*, *op. cit.*, p. 17-23 ; J.-B. THIERRY, « La question de la complétude du Code pénal vue au travers de son Livre V », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* : *Opinio doctorum*, *op. cit.*, p. 11-16.

305. En plus des difficultés que soulève ce livre V, on ne peut que regretter cet échec dans l'élaboration d'un Code qui aurait permis de remédier aux problèmes que pose la multitude d'incriminations non codifiées.

2°/ Une multitude d'incriminations non codifiées.

306. L'échec du livre V du Code pénal a donc signé l'échec du législateur à regrouper, sinon l'ensemble des incriminations existantes, tout au moins les incriminations les plus importantes du droit pénal correspondant à la modernisation et à la complexification de la société et à ses enjeux fondamentaux tels que la santé publique (très partiellement codifiée), l'environnement ou encore tout ce qui relève de la vie économique et des affaires, de la consommation ou du droit pénal du travail. La « *personne* » protégée par le Code pénal semble donc rester la personne au sens du droit pénal libéral ; seuls les biens juridiques individuels de la personne sont représentés et non les biens juridiques collectifs, qu'ils aient ou non un « *réfèrent individuel* ». Il n'est pas besoin d'insister sur les conséquences que cela peut avoir sur la capacité du Code pénal à constituer un « *instrument unique* » ni sur les problèmes que pose cette dissémination des incriminations au regard du principe d'accessibilité de la loi pénale⁶⁹², corollaire indispensable à l'effectivité du principe de légalité et à sa contrepartie, représentée par l'adage « *nul n'est censé ignorer la loi* ».

Mais si l'on peut déjà fortement déplorer que le droit pénal « *technique* » demeure épars, on peut également s'alarmer de ce que, loin de se résorber, cette dissémination s'accroît et, avec elle, un autre phénomène déjà connu du « *droit administratif pénal* » technique : la multiplication des autorités administratives indépendantes et, surtout, de l'expansion de domaines de compétences incertains entre sanction administratives et sanctions pénales. A l'origine justifiée par la technicité de certaines matières⁶⁹³, le droit administratif pénal se développe dès les années 1930 avec l'extension des prérogatives de l'« *État providence* » et les autorités administratives indépendantes voient le jour dans les années 1970⁶⁹⁴. Mais aux côtés des autorités relevant du droit pénal technique comme le Conseil de la Concurrence, l'Autorité des Marchés Financiers ou la Commission de Contrôle des Assurances, apparaissent des autorités administratives indépendantes en des matières qui n'ont rien de technique et qui relèvent au contraire de ce que l'on a parfois vu dénommé le « *domaine naturel du droit pénal* », c'est-à-dire en particulier, des atteintes aux personnes. On trouve ainsi la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la Commission nationale consultative de prévention des violences lors des manifestations sportives⁶⁹⁵. Avec le développement d'un « *contentieux de masse* », ces autorités seraient mieux à même de gérer les atteintes multiples à certains intérêts ou valeurs que des juridictions déjà fortement encombrées ; le critère de répartition apparaissant alors comme essentiellement pragmatique⁶⁹⁶.

⁶⁹² Le rapporteur général de la Section du rapport et des études du Conseil d'État cite ainsi l'existence d'une cinquantaine d'autorités administratives indépendantes comme un des symptômes de la multiplication de lois à valeur de « *proclamation* » et comme une des causes de la complexification et de l'incertitude du droit, à l'origine d'un sentiment de perplexité et de scepticisme dans l'opinion. Voir : J. de CLAUDE, « Sécurité juridique et complexité du droit : considérations générales du Conseil d'État », *Dalloz* 2006, p. 737 et s. Un constat similaire est dressé par l'Office parlementaire d'évaluation de la législation ; voir *Rapport n° 404 (2005-2006)*, déposé le 15 juin 2006 au Sénat, « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié ».

⁶⁹³ On pourrait également s'interroger sur leur signification au regard de la séparation des pouvoirs, certains auteurs y voyant des « *démembrements de l'Exécutif* ». Voir par exemple : Y. MULLER, « La dépénalisation de la vie des affaires ou... de la métamorphose du droit pénal », *AJ Pénal* 2008, p. 63 et s. ; G. ROUSSEL, « E. Breen, *Gouverner et punir* », *R.S.C.* 2005, p. 698 et s.

⁶⁹⁴ P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal*, *op. cit.*, p. 30-31.

⁶⁹⁵ La nature juridique de cette commission semble néanmoins indéterminée. Voir : G. ROUJOU de BOUBÉE, S. MIRABAIL, « Droit pénal, novembre 2006-juin 2006 », *Dalloz* 2007, p. 399 et s.

⁶⁹⁶ Sur cette idée de contentieux de masse : *Ibid.*, p. 31-33.

Sans rentrer dans le détail des problèmes que peuvent poser l'éventuel cumul des sanctions administratives et pénales lorsque ces autorités disposent d'un pouvoir de sanction⁶⁹⁷ ou de leur qualité lorsqu'elles interviennent devant des juridictions⁶⁹⁸, ce qui nous intéresse ici est de constater que l'éclatement du droit pénal et sa cohabitation avec le droit administratif pénal ne correspondent pas tant à un véritable choix fondé sur une hiérarchie ou une particularité des biens juridiques protégés que sur des considérations pratiques qui nuisent, selon nous, à la cohérence de la matière pénale et, du même coup, à sa fonction symbolique.

307. L'absence de codification d'un grand nombre de matières pourtant extrêmement importantes, tant d'un point de vue social que juridique, rend ainsi extrêmement difficile le rescement et la classification des biens juridiques protégés par le droit pénal. Mais même si l'on s'en tient à l'étude des incriminations du Code pénal, il paraît extrêmement difficile de parvenir à une véritable classification.

B. Les faiblesses de la classification du Code pénal.

308. Le plan adopté par le Code pénal semble permettre une classification aisée des titulaires des biens juridiques protégés par ses différentes parties et l'importance attachée par le législateur à la hiérarchisation des valeurs et des intérêts semble ouvrir d'intéressantes perspectives dans la détermination du degré de protection des différents biens juridiques. Pourtant, les distinctions fondamentales choisies par le Code sont loin d'être significatives du titulaire du bien juridique protégé (1) et toute tentative de classification semble vouée à être profondément imparfaite (2).

1°/ La faiblesse des distinctions fondamentales du Code.

309. Si l'on met de côté le livre IV, relatif aux « *crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique* » et le livre V et ses « *autres dispositions* », la partie spéciale du Code pénal s'articule autour de 2 livres respectivement consacrés à la protection de la personne et des biens. Cette classification semble prometteuse pour classer les biens juridiques protégés mais elle se révèle en réalité fort décevante, tant au niveau de la distinction entre biens et personne, que dans les rapports entre personne et espèce humaine.

310. ___ **Les faiblesses de la distinction biens/personnes.** ___ La première division qui apparaît dans la partie spéciale du Code correspond à l'opposition fondamentale entre les personnes et les biens. Si celle-ci est classique, on peut néanmoins s'étonner qu'elle fasse l'objet de deux livres séparés, au même titre que les atteintes à l'autorité publique. Il apparaît en effet que conformément à la conception française du patrimoine comme continuation de la personnalité

⁶⁹⁷ Si le Conseil Constitutionnel a refusé que se cumulent sanctions pénales et disciplinaires, le cumul de procédure, lui, reste possible ; la sanction finale étant simplement limitée au maximum de la sanction la plus élevée, le juge pénal pouvant imputer l'amende prononcée du montant de la sanction administrative prononcée. Voir : Cons. Const., 28 juillet 1989, n°89-260 DC ; et, par exemple, à propos de la COB (remplacée depuis par l'AMF) : A. LIENHARD, « Validité des doubles poursuites aux fins de sanction administrative devant la COB et de sanction pénale devant le juge répressif », *Dalloz* 2000, p. 229.

⁶⁹⁸ Sur la question de la HALDE, la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, qui ne peut prononcer de sanctions mais peut formuler des observations devant les juridictions civiles, pénales et administratives et sur la compatibilité de cette prérogative avec ses pouvoirs d'investigation et notamment de demande d'audition : S. PETIT, C. COHEN : « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *Dalloz* 2008, p. 1519 et s.

juridique⁶⁹⁹, les biens ne sont pas protégés en tant qu'entité autonome mais en tant que droits subjectifs de la personne⁷⁰⁰.

On peut alors regretter que le Code pénal n'ait pas regroupé ces atteintes dans un livre unique scindé en deux titres, le premier consacré à la personne elle-même et le second à la protection du patrimoine de celle-ci. Une telle organisation n'aurait pas eu de grandes conséquences pratiques mais elle aurait permis de mieux comprendre l'aspect relatif à l'atteinte à la confiance dans les atteintes aux biens par détournement et, surtout, de couper court aux critiques sur la hiérarchie établie par le Code pénal, qui semble accorder davantage d'importance aux biens privés qu'aux atteintes à l'Autorité publique.

L'analyse est confirmée par l'absence des sévices graves et actes de cruauté envers les animaux du livre III du Code pénal : ceux-ci demeurent en effet punissables même s'ils sont le fait de leur propriétaire⁷⁰¹ et ne peuvent donc être considérés comme des « biens » éléments du patrimoine. Mais en plus de faire apparaître, déjà, la fragilité de la distinction bien/personne par l'impossibilité d'y intégrer l'ensemble des incriminations ne relevant pas des atteintes à l'Autorité publique, ce traitement particulier des atteintes aux animaux et l'observation formulée font apparaître une incohérence au regard de la répression des biens culturels, pourtant intégrée au livre III du Code pénal. Comme pour les incriminations protégeant les animaux, celle-ci demeure en effet possible même si elle a été réalisée avec l'accord ou par le propriétaire⁷⁰². Mais si la catégorie des « biens » pose problème, celle des personnes et de sa délimitation également.

311. ___ L'ambiguïté des relations entre personne et espèce humaine. ___ Lorsque nous avons évoqué les crimes contre l'humanité, nous avons relevé que ceux-ci étaient intégrés au titre I du livre II du Code pénal, relatif aux atteintes aux « personnes », aux côtés des « crimes contre l'espèce humaine ». Si l'intitulé du titre I, « Des crimes contre l'humanité et contre l'espèce humaine », de par sa distinction entre les deux catégories de crimes, semble faire obstacle à la reconnaissance d'un bien juridique unique dont l'« humanité » serait titulaire, il faut néanmoins noter que l'intitulé du titre II, « Des atteintes à la personne humaine » semble bien indiquer, *a contrario*, que les atteintes du titre I dépassent la personne. Il faudrait alors admettre que le titre II, conformément à l'exclusion du *nasciturus* de son champ de protection par la jurisprudence, ne concernerait que les individus dotés de la personnalité juridique alors que le titre I renverrait à une idée supérieure et préjuridique de la personne humaine, à son essence.

⁶⁹⁹ Le droit des biens français est en effet imprégné par une conception subjectiviste, inspirée de HEGEL et de KANT, et que l'on retrouve chez SAVIGNY ou AUBRY et RAU. Construit sur l'idée de droit subjectif, le droit de propriété apparaît comme la continuation de la personne. Le professeur TRIGEAUD explique alors que la possession est ainsi conçue « comme un pouvoir d'action (corpus) sur un immeuble d'autrui accompagné de la volonté d'en devenir propriétaire (animus domini) » et non, comme dans la position objectiviste et réaliste de IHERING, comme un « 'intérêt juridiquement protégé' », qui doit « être compris comme 'bien, valeur' ». Voir : [Possession], J.-M. TRIGEAUD, *Encyclopédie Philosophique Universelle II*, AUROUX (Sylvain) et al., tome 2, *Les Notions philosophiques* Paris, PUF, 1990. Il est tout à fait intéressant de relever que nous avons retrouvé cette même opposition en droit pénal, entre les positions de BINDING, inspiré par SAVIGNY, et celles de LISZT, inspiré par IHERING, et la même prééminence de la pensée de ces premiers auteurs sur les fondements du droit positif français. Sur ces influences en droit pénal, voir *supra*, notes 170, 189 et 190.

⁷⁰⁰ La jurisprudence semble d'ailleurs aller dans ce sens, en déplaçant de plus en plus le bien juridique protégé par les infractions contre les biens de la chose vers le consentement de la victime. Voir : M.-L. LANTHIEZ, *Du préjudice dans quelques infractions contre les biens*, art. préc., p. 468.

⁷⁰¹ L'article 521-1 du Code pénal prévoit ainsi expressément cette possibilité :

« Le fait, publiquement ou non, d'exercer des sévices graves, ou de nature sexuelle, ou de commettre un acte de cruauté envers un animal domestique, ou apprivoisé, ou tenu en captivité, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende.

En cas de condamnation du propriétaire de l'animal ou si le propriétaire est inconnu, le tribunal statue sur le sort de l'animal, qu'il ait été ou non placé au cours de la procédure judiciaire. Le tribunal peut prononcer la confiscation de l'animal et prévoir qu'il sera remis à une fondation ou à une association de protection animale reconnue d'utilité publique ou déclarée, qui pourra librement en disposer. »

⁷⁰² Jusqu'à la loi n°2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives qui est venue modifier les articles relatifs à la destruction de biens, l'article 322-2 alinéa 5 prévoyait expressément que l'infraction de destruction, dégradation ou détérioration de biens classés ou inscrits, les découvertes archéologiques ou encore les objets conservés ou déposés dans les musées, bibliothèques ou archives était « également constituée si son auteur est le propriétaire du bien détruit, dégradé ou détérioré ». Le nouvel article 322-3-1 du Code pénal, qui reprend cette incrimination, ne prévoit plus ce cas de figure particulier mais il semble que la solution doive être considérée comme acquise au regard de la particularité du bien juridique ici protégé, qui semble être resté inchangé et n'est pas la propriété privée.

Une telle explication ne léverait pas totalement l'ambiguïté des intitulés mais permettrait de rétablir une cohérence si elle n'était immédiatement renversée par la présence, au sein du titre II du livre II, des « atteintes au respect dû aux morts⁷⁰³ » et par certaines dispositions du titre I du livre V du Code pénal, consacré aux « infractions en matière de santé publique » et regroupées dans un chapitre Ier, et unique, « Des infractions en matière biomédicale ». Celui-ci contient en effet des dispositions relatives à la protection de l'« embryon humain⁷⁰⁴ », ce qui semble bien infirmer que la protection de la personne « préjuridique » relève du livre II du Code pénal et donc des « atteintes aux personnes ».

La même conclusion peut être tirée des atteintes, dans ce même livre V, « au corps humain⁷⁰⁵ » en ce qui concerne les atteintes au corps d'une personne décédée, même si elle paraît étrange au regard de la présence des atteintes aux cadavres précitées dans le livre II. A ce sujet, on peut également s'étonner de ce que les atteintes au corps humain réalisées sur une personne vivante soient également contenues dans le livre V et ne semblent ainsi pas relever des « atteintes aux personnes⁷⁰⁶ ».

Mais ce qui est le plus surprenant, et qui finit de ruiner toute tentative de restauration de cohérence de ces dispositions, est sans doute la section 1 de ce chapitre relatif aux infractions en matière biomédicale, intitulée « De la protection de l'espèce humaine » et qui punit ce qui pourrait être considéré comme des actes préparatoires aux crimes contre l'espèce humaine⁷⁰⁷ du livre II du Code ainsi que la publicité ou la propagande pour ce genre de pratiques⁷⁰⁸. Si l'on en croit la classification du Code pénal, les crimes contre l'espèce humaine protégeraient les « personnes » mais pas les délits contre l'espèce humaine, qui ne méritent pas de figurer dans le livre II du Code pénal. Il faudrait alors, soit admettre que ces crimes et délits ne protègent pas le même bien juridique et que les délits contre l'espèce humaine protègent un autre bien juridique que la personne, ce bien étant indéterminé, soit que le législateur a renoncé à toute cohérence dans la classification, il est vrai fort délicate, des incriminations en matière biomédicale.

Quoiqu'il en soit, la cohérence de l'édifice semble fort ébranlée, et, même en mettant de côté les difficultés que nous venons de souligner, il paraît extrêmement difficile de véritablement classer les biens juridiques protégés par la partie spéciale du Code.

2°/ L'impossible classification.

312. On pourrait espérer extraire des incriminations du Code pénal une classification des biens juridiques protégés et dégager des peines encourues une certaine hiérarchie. Néanmoins, nous allons voir que ces espoirs sont vite déçus.

313. ____ **La multiplicité de biens juridiques protégés par une même incrimination.** ____
Classer les incriminations du droit positif à l'aide du critère du bien juridique protégé suppose qu'à chaque incrimination corresponde un bien juridique unique ; or il ne fait aucun doute qu'il n'en est rien, un rapide coup d'œil aux dispositions du livre IV suffit à s'en convaincre.

⁷⁰³ Ces atteintes, qui incluent les atteintes à l'intégrité du cadavre et la violation ou la profanation de sépultures ou de monuments édifés à la mémoire des morts (article 225-17 et suivants) appartiennent en effet à la section IV du chapitre V du titre II, chapitre relatif aux « atteintes à la dignité de la personne ». Sur cette question, voir par exemple : P. MISTRETTA, « Le cadavre, le voleur et le droit pénal », *J.C.P. éd. G.*, n° 28, 11 juillet 2001, II 10566.

⁷⁰⁴ Section 3 du Chapitre Ier du Titre I du Livre V.

⁷⁰⁵ Section 2 du Chapitre Ier du Titre I du Livre V.

⁷⁰⁶ Cet éclatement des dispositions reflète parfaitement « l'impossibilité de réduire [le corps humain] à l'une des catégories fondamentales que sont la personne ou les choses » et à trancher la question de l'être et de l'avoir sur son propre corps. Sur cette question, voir notamment : R. CABRILLAC, « Le corps humain », in *Libertés et droits fondamentaux*, 14ème éd., Dalloz, 2008, p. 173-185 ; S. HENNETTE-VAUCHEZ, *Disposer de soi ?*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2004, 447 p.

⁷⁰⁷ Article 511-1 du Code pénal : « Est puni de dix ans d'emprisonnement et de 150 000 Euros d'amende le fait de se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne, vivante ou décédée » et article 511-1-2, qui punit la provocation à ce délit : « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 Euros d'amende le fait, par don, promesse, menace, ordre, abus d'autorité ou de pouvoir, de provoquer autrui à se prêter à un prélèvement de cellules ou de gamètes, dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée. »

⁷⁰⁸ Article 511-1-2 alinéa 2 : « Est punie des mêmes peines la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de l'eugénisme ou du clonage reproductif. »

Consacré aux « crimes et délits contre la Nation, l'État et la paix publique », ce livre renferme notamment les atteintes aux intérêts fondamentaux de la Nation (titre I), à l'autorité de l'État (titre III) et à la confiance publique (titre IV) mais aussi le « terrorisme » (titre II) et « la participation à une association de malfaiteurs » (titre V). L'association de malfaiteurs permet de réprimer ce qui peut apparaître comme des actes préparatoires de toute infraction « punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement⁷⁰⁹ » alors que les infractions terroristes sont à l'origine des infractions de droit commun, limitativement énumérées mais nombreuses, « ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur⁷¹⁰ ». Bien qu'appartenant au livre IV du Code pénal et protégeant par conséquent en premier lieu l'Autorité publique, ces infractions s'appuient sur des incriminations protégeant le plus souvent les personnes ou leurs biens, c'est-à-dire des biens juridiques individuels. Il en est de même pour de nombreuses incriminations du livre IV comme, par exemple, toutes les incriminations de la section II du chapitre II du titre III, relative « aux abus d'autorité commis contre des particuliers ». Il apparaît alors de façon certaine, sans même avoir à se demander, comme pour le faux par exemple, qui est victime de l'infraction, que ces incriminations protègent plusieurs biens juridiques, l'un public et l'autre privé.

La même évidence s'impose lorsqu'une infraction est un élément constitutif d'une autre infraction appartenant à une partie différente du Code (infraction complexe), comme par exemple l'escroquerie (atteinte aux biens) commise au moyen d'un faux (atteinte à la confiance publique) ou lorsque la qualité d'agent public de la victime emporte la classification des atteintes à sa personne dans le livre V du Code (par exemple, la section II du chapitre III du titre III relatif aux atteintes à l'autorité de l'État, qui incrimine les « menaces et actes d'intimidation commis contre les personnes exerçant une fonction publique »). La hiérarchie qui semble alors se dessiner dans le rattachement de ces incriminations au livre IV, c'est-à-dire la prééminence de l'atteinte à l'Autorité publique, en plus d'être contraire à la hiérarchie affichée par le Code pénal, est aussitôt renversée par le constat de l'existence de nombreuses circonstances aggravantes, dans les livres II et III, tenant à la qualité d'agent public ou assimilé de la victime ou de l'agent⁷¹¹.

Il semble par conséquent difficile de prétendre classer les incriminations en fonction du bien juridique protégé, d'autant plus que les difficultés relatives aux circonstances aggravantes tenant à l'atteinte d'un autre bien juridique que celui protégé par l'incrimination de base concernent quasiment toutes les incriminations⁷¹².

314. — L'impossible hiérarchisation. — Puisqu'une classification, à partir du droit positif, par titulaire du bien juridique protégé semble fort compromise, on pourrait espérer dégager une hiérarchie des biens juridiques protégés. Plusieurs critères sont concevables, le plus évident étant la peine encourue.

Mais si ce critère peut bien révéler une certaine hiérarchie⁷¹³, celle-ci est aussitôt troublée, là encore, par le jeu des circonstances aggravantes et en particulier par celles motivées par l'atteinte à un autre bien juridique et la cohérence ne paraît pas toujours totale. Le vol simple, par exemple, est puni de 3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende par l'article 311-3 du Code pénal et les violences ayant entraîné une ITT de moins de 8 jours sont une simple contravention de 5^{ème} classe réprimée par l'article R. 625-1 du Code pénal. Or, malgré la faible répression de ces dernières, le vol précédé, accompagné ou suivi de violences ayant entraîné une ITT de moins de 8 jours aggrave la peine encourue de 4 ans d'emprisonnement et 65 000€ d'amende par rapport au vol

⁷⁰⁹ Article 450-1 alinéa 1 du Code pénal : « 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 cinq ans d'emprisonnement. »

⁷¹⁰ Sur la définition du terrorisme, et sur le rattachement de ces incriminations au « droit pénal de l'ennemi », voir *infra* n°398 et s.

⁷¹¹ Ainsi, par exemple, concernant la victime : articles 221-4, 4° ; 222-3, 4° ; 222-8, 4° ; 222-10, 4° ; 222-12, 4° ; 222-24, 5° ; 323-3-1, 3°. Et concernant l'auteur : 221-4, 4° ; 222-3, 7° ; 222-8, 7° ; 222-10, 7° ; 222-12, 7° ; 311-4, 2° ; 313-2, 1°. Les listes ne sont pas exhaustives.

⁷¹² Voir *supra* n°282 sur les circonstances aggravantes tenant à la multiplicité de biens juridiques atteints.

⁷¹³ Voir *supra* n°261 à propos de l'élaboration du nouveau Code pénal.

simple (article 311-5) et, si l'on raisonne par rapport aux violences, l'atteinte concomittante, même minimale, à la propriété aggrave la sanction de 7 ans d'emprisonnement et 98 500€ d'amende. Il est vrai que nous raisonnons ici sur des violences n'ayant entraîné qu'une faible ITT et que les violences se qualifient par la gravité du résultat mais la hiérarchie que semble dessiner ces dispositions nous paraît surprenante. L'aggravation importante de la peine est également paradoxale au regard des règles de pénalité régissant les concours d'infractions⁷¹⁴.

On pourrait alors être tenté de se tourner vers le degré de protection apporté au bien juridique, c'est-à-dire se demander, pour chaque bien juridique, s'il est protégé seulement contre les comportements qui lui portent une atteinte effective ou également contre les comportements qui lui font courir un risque (concret ou abstrait), s'il est protégé seulement contre les comportements intentionnels ou également contre les comportements non intentionnels et enfin, s'il est protégé contre les actions ou également contre les omissions. Néanmoins, si ces critères peuvent bien être significatifs, l'assouplissement des conditions de l'infraction⁷¹⁵, la large définition de l'association de malfaiteurs ou encore la multiplication des infractions d'« impossibilités de justifier ses ressources » permettent de s'attendre à une profonde déception. Nous reviendrons plus bas sur cette question mais nous pouvons d'ores et déjà douter que le droit positif permette d'opérer une véritable distinction entre biens juridiques primaires et secondaires⁷¹⁶.

315. Les faibles perspectives offertes par le droit pénal spécial nous conduisent naturellement à nous intéresser au droit pénal général, dans l'espoir que les utilisations observées de la notion révèlent qu'elle est sa place dans l'infraction. Malheureusement, il semble que là encore, les résultats soient décevants.

II L'impossible induction du droit pénal général.

316. Depuis le début de notre étude, nous entendons le bien juridique à la fois comme l'objet protégé par le texte d'incrimination et comme l'objet atteint ou mis en danger par le comportement prohibé. Se demander quelle est sa fonction et sa place dans l'infraction conduit alors naturellement à envisager deux possibilités : soit, en tant qu'objet protégé, le bien juridique peut être une condition préalable de l'infraction, soit, en tant qu'objet atteint par l'incrimination, il peut être un élément du résultat de l'infraction. Mais il apparaît que ces deux pistes ne permettent pas de dégager la nature juridique ni la place du bien juridique dans l'infraction française, l'assimilation à la condition préalable étant rejetée par le droit positif (A) et l'assimilation au résultat présentant de nombreuses carences (B).

A. L'impossible assimilation à la condition préalable.

317. Si l'on admet que le bien juridique protégé est l'objet protégé par le texte d'incrimination, on pourrait être tenté de considérer qu'il constitue la cause de l'interdit et que, s'il fait défaut, l'incrimination se trouve privée d'objet. Dans cette optique, le bien juridique pourrait apparaître comme la condition préalable de l'infraction, option séduisante (1) mais rejetée par le droit positif (2).

⁷¹⁴ En l'absence de dispositions particulières, un vol avec violences ne serait rien d'autre qu'un concours d'infractions, ce qui, en application des règles rappelées *supra* n°184 et s., devrait conduire à une peine encourue de 3 ans d'emprisonnement et 46 500€ d'amende.

⁷¹⁵ Sur celui-ci, voir *infra* n°379 et s.

⁷¹⁶ Les biens juridiques « secondaires » correspondent le plus souvent à ce que certains auteurs appellent les biens juridiques collectifs pourvus d'un « référent individuel » que nous avons rencontrés *supra* chez HASSEMER, n°134 et s. Nous verrons néanmoins que ce critère personnaliste ne nous semble pas pertinent ; voir *infra* n°486 et s.

1°/ Une option séduisante.

318. Même si aucun auteur français n'a jamais clairement défendu que l'existence du bien juridique protégé soit une condition préalable générale de l'infraction, certaines prises de positions, le plus souvent à l'occasion du débat sur la possibilité de réprimer l'infraction impossible, ne sont pas loin d'indiquer cette solution, que certaines décisions jurisprudentielles semblent corroborer.

319. — **Perspectives théoriques.** — Lors de notre présentation historique du concept de bien juridique, nous avons souligné l'influence de la théorie de BINDING sur l'éminent professeur GARRAUD. Celui-ci considérerait ainsi que « *l'atteinte à un bien protégé fixe le domaine de la loi pénale* » et que « *c'est à la tentative, c'est-à-dire à l'attaque commencée contre le droit dont la violation constituera le délit, que naît le danger éventuel qui donne prise à la répression* ⁷¹⁷ ». Pour lui, l'« *impossibilité de droit ou de qualification* ⁷¹⁸ » implique l'inexistence de la tentative puisqu'elle implique l'inexistence de l'infraction : « *l'effort tenté pour commettre le délit ne saurait, en aucun cas, aboutir et il ne reste qu'une intention criminelle juridiquement irréalisable : le délit est légalement impossible, parce qu'un de ses éléments constitutifs n'existe pas et ne peut exister, même sous forme de tentative* ⁷¹⁹ ». Le principe de légalité s'opposerait ainsi à l'admission d'une tentative là où le délit consommé est impossible car « *là où le droit que la loi entend protéger fait défaut* », ce même droit n'a pas couru de danger ⁷²⁰, il n'y a pas « *matière légale à commettre un délit* ⁷²¹ ». Le professeur, dont la position est encore défendue par d'éminents auteurs ⁷²², cite alors plusieurs exemples de répression impossible comme le « *vol* » de sa propre chose, l'« *avortement* » d'une femme qui n'est pas enceinte ou le « *meurtre* » d'un cadavre, exemples qui semblent à première vue pouvoir être rapprochés de certaines solutions jurisprudentielles.

L'existence du bien juridique (concret ⁷²³) protégé par le texte d'incrimination pourrait alors être considéré comme une condition préalable à l'infraction puisqu'en l'absence de celui-ci, l'incrimination n'a plus de raison d'être : le bien juridique qui n'existe pas ne peut pas être mis en danger et encore moins subir de lésion. Il serait alors impossible d'admettre la consommation de l'infraction mais également de recourir à la théorie de la tentative d'infraction impossible en l'absence de la condition préalable indispensable à l'existence de l'incrimination ⁷²⁴. Même si elle ignore la dangerosité subjective de l'agent, une telle position aurait l'avantage de respecter le principe de légalité criminelle ⁷²⁵. Et bien qu'aucune décision jurisprudentielle ne fasse expressément référence à cette possible reconnaissance d'une condition préalable, certaines solutions peuvent sembler aller dans ce sens.

320. — **Apparents appuis en droit positif.** — Plusieurs solutions de droit positif semblent aller dans le sens de l'impunité lorsque le résultat de l'infraction ne pouvait être obtenu, ce qui aurait pour conséquence la possible la reconnaissance d'une condition préalable commune à toutes les incriminations : l'existence du bien juridique protégé par celles-ci.

⁷¹⁷ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français, op. cit.*, p. 475, n° 224.

⁷¹⁸ *Ibid.*, p. 515, n°242.

⁷¹⁹ *Ibid.*, p. 516, n°242.

⁷²⁰ *Ibid.*, p. 517, n°242.

⁷²¹ *Ibid.*, p. 518, n°242.

⁷²² Par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 193, n°338 ; R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal Général, op. cit.*, p. 646-647 (La question, de leur propre aveu, divise néanmoins les auteurs).

⁷²³ Le raisonnement ne vaut que si l'on se place du point de vue du bien juridique considéré de façon concrète, comme rattaché à un titulaire. La question n'aurait pas de sens si l'on entendait ici le bien juridique d'un point de vue purement abstrait, comme « *valeur idéale* » ou comme « *ratio legis* », celui-ci existant nécessairement, au moins dans le monde des idées.

⁷²⁴ Cette position semble partagée par le professeur PIN, qui observe, à propos du « *meurtre* » d'une personne déjà morte, que la solution du droit positive est fâcheuse « *car elle revient à punir, au titre de la tentative, un acte qui n'est pas punissable faute de condition préalable (le meurtre suppose une victime vivante), ce qui n'est pas conforme au principe de légalité des incriminations* ». Voir : X. PIN, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 121, n°164.

⁷²⁵ Nous reviendrons sur cet aspect plus longuement *infra*, n°598 et s.

On peut ainsi penser, par exemple, à l'impossible répression du vol de sa propre chose ; solution ancienne et constante, réaffirmée récemment par la Cour de cassation dans le cadre particulier des vols commis par un salarié pour assurer sa défense⁷²⁶.

On peut également rappeler le refus de Cour de cassation d'admettre la qualification d'homicide involontaire en cas de décès accidentel d'un fœtus : considérer que cette incrimination ne protège que la personne juridique, être humain né vivant et viable, ne revient-il pas à considérer que l'existence d'une personne dotée de la personnalité juridique est une condition préalable à la possibilité d'un homicide (involontaire) de celle-ci ? Cette interprétation semble d'ailleurs confirmée par l'impossibilité de retenir l'omission de porter secours si la personne était déjà morte au moment où l'agent, qui ignorait le décès, s'est volontairement abstenu d'intervenir⁷²⁷.

De la même façon, dans le délit de mise en danger de la vie d'autrui de l'article 233-1 du Code pénal, il semble que bien qu'il ne soit pas nécessaire qu'une personne déterminée ait été exposée à un risque, l'infraction ne puisse être constituée si personne n'a été mis en danger⁷²⁸.

321. Il serait possible de trouver d'autres exemples qui iraient dans le même sens mais cela s'avère inutile car ceux-ci pourraient, comme ceux-là, être expliqués autrement. Il apparaît en effet clairement que le droit positif rejette cette possibilité de considérer l'existence du bien juridique protégé comme une condition préalable à l'infraction.

2°/ Une option rejetée par le droit positif.

322. Le rejet du bien juridique (concret) comme condition préalable de l'infraction est indéniable du fait de l'admission de la répression de l'infraction impossible par le biais de la théorie de la tentative, et les exemples que nous avons donné à l'appui d'une possible reconnaissance peuvent, pour la plupart, aisément être justifiés par d'autres motifs.

323. **L'admission de la répression de l'infraction impossible.** ___ Comme nous l'avons déjà observé, après quelques hésitations, la jurisprudence admet la répression de la tentative d'infraction impossible et ce dans tous les cas de figures dégagés par la doctrine. Que l'impossibilité tienne aux moyens employés ou, comme cela nous intéresse ici, au résultat, qu'elle soit simplement de fait ou qu'elle soit de droit, qu'elle soit absolue ou relative, l'auteur d'une tentative d'infraction impossible peut être puni de la même façon que l'auteur d'une infraction manquée ou inachevée ; la seule restriction étant par conséquent que l'infraction impossible projetée appartienne au domaine de la tentative punissable⁷²⁹.

Si le commencement d'exécution peut ainsi être caractérisé en l'absence de toute possibilité d'atteinte du résultat prohibé, c'est-à-dire en l'absence de toute possibilité d'atteinte à un bien juridique qui n'existe pas (ou plus), c'est nécessairement que l'existence de ce bien juridique n'est pas une condition préalable de l'infraction. Et les solutions citées plus haut ne se révèlent pas de nature à contredire cette analyse.

324. **Autres justifications aux solutions citées.** ___ Le recours du droit positif à la théorie de la tentative pour réprimer les « *infractions impossibles* » explique l'impunité dans plusieurs des

⁷²⁶ La Cour de cassation a ainsi réaffirmé le 11 mai 2004 que le vol de sa propre chose ne constituait pas une infraction : « *Attendu que, pour relaxer la prévenue, la cour d'appel retient que ce cahier, instrument de travail personnel de Liliane X..., ne constitue pas un document de l'entreprise ; Attendu qu'en l'état de ces seuls motifs, les juges ont justifié leur décision* ». Voir : Cass. Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim. n°113*, *Dalloz* 2004, p. 2326, note H. K. GABA ; *RTD Com.* 2004, p. 823, note B. BOULOC.

⁷²⁷ La solution est là encore ancienne et n'a pas été remise en question. Voir : Cass. Crim., 1^{er} février 1955, *J.C.P.* 1955, 8582, note PAGEAUD ; cité par exemple par Ph. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 78, n°142 ; G. LEVASSEUR, « Omission de porter secours à une personne cliniquement morte », *R.S.C.* 1994, p. 109 et s. Un auteur emploie dans ce cas d'une personne en péril le terme de « *condition préalable* ». Voir : J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gazette du Palais* 1972, II, p. 727.

⁷²⁸ Voir : V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°224.

⁷²⁹ Voir *supra*, n°175.

solutions citées en appui de la reconnaissance de l'existence du bien juridique comme condition préalable à l'infraction.

Les délits d'omission de porter secours et d'homicide involontaire ne sont en effet punissables que s'ils sont consommés, non seulement parce que le législateur n'a pas prévu la punition de la tentative, prévision nécessaire en matière délictuelle⁷³⁰, mais plus largement car les infractions d'omission, pas plus que les infractions non intentionnelles, n'admettent la tentative⁷³¹.

S'agissant de la mise en danger de la vie d'autrui, là encore la solution peut s'expliquer autrement que par l'absence de bien juridique protégé : en l'absence de toute personne exposée au risque (par exemple, l'automobiliste qui brûlerait un feu rouge mais après s'être assuré, avec une bonne visibilité, que personne n'était présent sur le carrefour), ce n'est pas seulement une éventuelle condition préalable qui ferait défaut, c'est également le résultat légal de l'infraction, c'est-à-dire l'existence d'un risque. L'admission, par la jurisprudence, de cette qualification de mise en danger même en l'absence de risque « concret » pour des personnes déterminées mais en présence d'un simple « risque abstrait » pour les personnes⁷³² confirme l'analyse : il importe peu qu'un bien juridique (concret) soit mis en danger, ce qui compte c'est que le comportement soit de nature à créer un risque pour les personnes, c'est-à-dire pour le bien juridique protégé abstraitement entendu. L'absence de répression en l'absence de tout risque ne s'explique alors, là encore, que par l'absence de répression de la tentative de mise en danger de la vie d'autrui.

Pour imparables que soient ces explications au regard de la théorie de la tentative, un des exemples donnés reste inexpliqué : celui du vol de sa propre chose, auquel peut être assimilé le détournement d'un mineur... majeur. La doctrine explique en général l'impunité par le recours à la notion de « délit putatif », c'est-à-dire de « l'infraction qui n'existe que dans la tête de l'agent »⁷³³.

325. — Critique du droit positif. — Cette explication est néanmoins très loin d'emporter notre conviction : l'« infraction impossible », lorsque l'impossibilité tient à l'inexistence du bien juridique protégé, n'est-elle pas aussi un délit putatif ? En quoi l'infraction existe-t-elle davantage, d'un point de vue matériel, lorsque l'agent « tue » un cadavre ou lorsqu'il ne secourt pas un mort que lorsqu'il « vole » sa propre chose ?

Certains auteurs proposent de distinguer le délit putatif de la tentative d'infraction impossible par le fait que, dans le premier, l'exécution n'aurait pas simplement été commencée mais aurait été menée à son terme⁷³⁴. Mais outre qu'elle ne satisfait pas à l'argument criminologique avancé par les théories subjectivistes qui justifient la répression de l'« infraction impossible » par la dangerosité de l'individu, l'auteur d'un délit putatif paraissant tout aussi dangereux que celui d'un délit réel⁷³⁵, cette définition nous paraît bien fragile. Pourquoi ne pourrait-on pas admettre la punition de la tentative d'infraction putative lorsque la tentative de l'incrimination concernée est punissable ?

⁷³⁰ En ce sens, par exemple : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, respectivement, p. 76, n°136 et p. 41, n°66 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 214, n°227 pour l'omission de porter secours.

⁷³¹ En ce sens : W. JEANDIDIER, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 214, n°227 pour l'homicide involontaire seul. Il nous semble néanmoins difficile de concevoir une tentative d'omission et en particulier un commencement d'exécution d'une omission. S'agissant des infractions non intentionnelles, hors le cas de mise en danger de la vie d'autrui, c'est-à-dire d'un dol éventuel au regard de l'atteinte au bien juridique protégé, la tentative est également difficilement concevable.

⁷³² Voir : Cass. Crim., 9 mars 1999, *Dalloz* 2000, p. 81, note M.-Ch. SORDINO, A. PONSEILLE, « Un skieur averti en vaut deux : une décision qui risque de faire boule de neige ». Sur cette question, voir en particulier l'analyse du professeur V. MALABAT, « Le délit de mise en danger, la lettre et l'esprit », *J.C.P.*, n°9, 1^{er} mars 1999, p. 339-342. Sur les conséquences de cette interprétation prétorienne, mises au jour par cet auteur, voir *infra* note 867.

⁷³³ F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal Général, op. cit.*, n°456.

⁷³⁴ En ce sens, DECOQ, cité par W. JEANDIDIER, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 215, n°227 et par J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale, op. cit.*, p. 277.

⁷³⁵ Ce n'est pas l'opinion d'E. DASKALAKIS, qui distingue le délit impossible du délit putatif par l'« état délictueux » auquel correspond « la représentation des faits dans l'esprit de l'auteur » dans le premier, c'est-à-dire que « l'auteur approuve ce que l'ordre social désapprouve » alors que dans le second, il « approuve ce qui est indifférent pour la société ». Voir : E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions, op. cit.*, p. 104. Cette distinction ne nous paraît guère convainquante, l'auteur opposant la « volonté opposée à l'ordre social » pour l'avortement de la femme qui n'est pas enceinte et « l'absence d'atteinte à la valeur sociale » par le détournement de majeure, ce qui se situe sur deux plans différents : celui qui détourne une supposée mineure s'oppose bien subjectivement à une valeur sociale, celui qui avorte une femme non enceinte ne lèse pas de valeur sociale autrement que subjectivement.

L'exclusion des délits non complètement exécutés du champ du délit putatif conduit ainsi à des solutions difficilement explicables : celui qui est pris en train de tenter de voler sa propre chose serait alors punissable pour tentative de vol (impossible) mais ne le serait plus dès lors que la soustraction aurait été réalisée (délit impossible consommé et donc putatif)⁷³⁶ Une telle conclusion heurte le bon sens...

Il nous semble alors falloir admettre, avec GARRAUD que l'infraction juridiquement impossible n'est qu'une sorte d'infraction putative⁷³⁷. Pour restaurer la cohérence du droit positif, et si la jurisprudence ne souhaite pas rompre avec la discutabile répression de la tentative d'infraction impossible, il faudrait alors réprimer le délit putatif sur le fondement de la tentative chaque fois que l'exécution est accompagné de l'intention délictuelle ou criminelle requise. Une telle solution heurterait la conception dominante selon laquelle la tentative exclut que l'exécution ait été menée à terme⁷³⁸ mais d'une part, cette possibilité admise en d'autres circonstances à l'étranger⁷³⁹, ne nous paraît pas gênante puisque si l'exécution est achevée, le commencement d'exécution existe lui aussi *a fortiori*, et, d'autre part, nous doutons de pouvoir considérer le délit putatif comme consommé. Même si celui qui soustrait sa propre chose a bien réalisé le résultat matériel de soustraction, il n'a en aucun cas réalisé le résultat juridique de l'incrimination de vol⁷⁴⁰, à savoir l'atteinte au bien juridique « *propriété d'autrui* ». Le résultat légal ne paraît alors pas davantage atteint que dans l'homicide du cadavre et l'infraction pas davantage consommée.

326. On arrive ici à la question des relations entre le bien juridique et le résultat de l'infraction. Celui-ci consistant en l'atteinte ou la mise en danger de l'intérêt ou de la valeur protégés par le texte d'incrimination, les deux concepts apparaissent d'emblée comme extrêmement liés. Et puisque le droit positif interdit d'assimiler le bien juridique protégé à une condition préalable⁷⁴¹ de l'infraction, c'est de ce côté qu'il nous faut maintenant chercher.

B. Les carences d'une assimilation au résultat.

327. Quelle que soit la définition qu'ils donnent du résultat, les auteurs ressentent souvent le besoin de se référer à un concept que l'on peut assimiler à celui de bien juridique protégé même s'il est la plupart du temps désigné par un autre vocable. Mais si le concept de résultat a besoin de celui bien juridique (1), celui-là ne parvient pas à préciser la nature juridique de celui-ci (2).

1°/ L'appui du concept de résultat sur celui de bien juridique.

328. ___ **Présentation sommaire.** ___ A l'image du bien juridique dans la doctrine des pays d'inspiration germanique, le concept de résultat est, en droit français, aussi omniprésent

⁷³⁶ En ce sens, posant la question avec un certain scepticisme : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général, op. cit.*, p. 193, n°338.

⁷³⁷ L'auteur affirme ainsi que « le crime impossible est un crime irréalisable, un **crime**, en quelque sorte, **putatif** ». R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique de droit pénal français, op. cit.*, p. 508, n°237. Il cite ensuite, sur le même plan, entre autres exemples de l'impossibilité de droit, le vol de sa propre chose et le meurtre de cadavre. *Ibid.* p. 515-516, n°242.

⁷³⁸ Voir par exemple : A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », art. préc. p. 176.

⁷³⁹ On se souvient en effet que dans l'infraction espagnole ou allemande, l'absence d'imputation objective du résultat à l'action (par exemple en cas de cours causal anormal) conduit à considérer l'infraction pourtant complètement exécutée comme une tentative de ladite infraction. Voir *supra*, n°119 sur la notion chez WELZEL et *infra*, n°606et s. pour notre proposition d'intégration à la théorie de l'infraction.

⁷⁴⁰ On pourrait rapprocher cet exemple de celui donné par un auteur qui nie que celui qui abuse d'une personne décédée sans s'apercevoir que cette personne est morte puisse être poursuivie pour viol consommé parce que le résultat de conjonction sexuelle avec un cadavre n'est pas incriminé. Il exclut néanmoins également la possibilité de poursuivre pour tentative de viol étant donné que l'agent a obtenu le résultat qu'il recherchait. Voir : A. VARINARD, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », art. préc. p. 176.

⁷⁴¹ Un auteur considère néanmoins que la condition préalable n'est qu'une condition de la consommation de l'infraction et n'est pas requise pour admettre la tentative. En ce sens : J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale, op. cit.*, p. 286, n°420. Le fondement d'une telle distinction nous semble très incertain...

qu'évanescent. S'il est absolument indispensable en droit pénal général dans la classification des différents types d'infractions et en droit pénal spécial dans la détermination des éléments constitutifs de l'incrimination, les définitions et la terminologie utilisées par la doctrine sont extrêmement variées. Il n'est pas question ici de les recenser toutes⁷⁴² mais on peut relever une opposition fondamentale entre les auteurs qui considèrent que seules les infractions matérielles comportent un résultat, les infractions formelles en étant dépourvues⁷⁴³ et ceux qui admettent que toutes les infractions sont pourvues d'un résultat⁷⁴⁴. Si les premiers font parfois référence à la notion d'intérêt protégé pour justifier l'existence d'infractions formelles par l'importance de ceux-ci⁷⁴⁵, c'est surtout dans les présentations des seconds que le concept de bien juridique va apparaître. Ces conceptions, dont la paternité est attribuée au professeur DECOCQ, ont en commun, malgré d'importantes différences terminologiques qui peuvent mener à la confusion, de distinguer plusieurs types de résultats.

329. ___ Différents types de résultats. ___ Le professeur DECOCQ distinguait le « résultat réel », présent dans les infractions matérielles (par exemple la mort de la victime) du résultat « légal ou juridique », présent dans toutes les infractions et auquel correspond le stade de la consommation de l'infraction (par exemple : la mort de la victime dans le meurtre mais la seule absorption du poison dans l'empoisonnement)⁷⁴⁶.

A sa suite, le professeur MAYAUD enrichit la distinction. Pour lui, le « résultat juridique » est présent dans toutes les incriminations et correspond à un « dommage abstrait sous forme d'une atteinte isolée ou conjuguée à une ou plusieurs valeurs sociales essentielles », « inhérent à l'incrimination même du fait infractionnel ». C'est « l'atteinte à l'objet formel de l'incrimination, à sa 'ratio legis', au bien juridique collectif protégé ». Le « résultat légal » permettrait pour sa part de déterminer le seuil de consommation de l'infraction et se situerait alors « au nom d'une défense formelle de valeurs collectives, à une distance variable du résultat réel »⁷⁴⁷. Cette présentation nous semble pouvoir être rapprochée de la conception du bien juridique faite par les néo-kantiens, abstraite et correspondant à la *ratio legis*⁷⁴⁸ : ainsi pourrait-on dire que, dans le meurtre comme dans l'empoisonnement, le résultat juridique correspond à l'atteinte au bien juridique abstrait vie alors que le résultat légal correspond au résultat réel dans le meurtre (mort de la victime) mais non dans l'empoisonnement. Dans ce dernier, l'attentat à la vie de la victime constituerait néanmoins une véritable atteinte au bien juridique « vie » en ce qu'il est abstraitement entendu comme *ratio legis*; la distinction entre atteinte et attentat n'étant pas viable si l'on raisonne sur un bien juridique complètement idéalisé⁷⁴⁹.

Plus récemment, le professeur PIN a repris la définition du « résultat légal » comme celui qui coïncide avec le texte d'incrimination et peut être soit « effectif ou matériel » dans les infractions matérielles et consister en une « atteinte à la valeur protégée » soit « purement juridique » et « se confondre avec le comportement incriminé » dans les infractions formelles⁷⁵⁰. Bien que l'auteur fasse référence à la

⁷⁴² Sur les différentes acceptions du résultat, avec une intéressante analyse critique de chacune d'elles et une présentation distincte de la nôtre, voir : J.-Y.MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 44-122. La présentation que fait cet auteur du résultat conçu comme atteinte au bien juridique, presque exclusivement construite autour du concept de bien juridique tel qu'entendu par P. PHILIPPOT, nous semble néanmoins très peu représentative. Voir : *Ibid.*, p. 84-89 ; et, sur la conception de P. PHILIPPOT, *supra* n°87.

⁷⁴³ En ce sens par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 219, n°228 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n°460 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 224-225 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 212-213.

⁷⁴⁴ En ce sens par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, op. cit., p. 180-186 ; Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », art. préc., p. 597 et s. ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 104, n°146.

⁷⁴⁵ En ce sens par exemple, expliquant que les « intérêts socialement les plus précieux sont défendus par la multiplication d'infractions formelles » : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 213.

⁷⁴⁶ Voir : J.-Y.MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., p. 103-104.

⁷⁴⁷ Voir : Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », art. préc., n° 363-373.

⁷⁴⁸ Sur celle-ci, voir *supra*, n° 79 et s.

⁷⁴⁹ Que le bien juridique « concret » soit (meurtre) ou non (tentative de meurtre) atteint par l'infraction, l'affectation du bien juridique abstrait « vie » est forcément identique, que l'on considère avec le professeur MAYAUD qu'il est toujours atteint ou bien qu'il ne peut jamais véritablement subir de lésion.

⁷⁵⁰ Voir : X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 104-106.

« violation de l'ordre juridique » comme « résultat juridique », présent au côté de la « modification du monde extérieur (résultat matériel) » dans les infractions matérielles, il nous semble que le bien juridique, à la différence de la conception précédente, est ici également entendu de façon concrète, à l'image de la conception allemande initiée par LISZT. L'auteur précise en effet que dans les infractions matérielles, le résultat légal est constitué par « une atteinte effective à une valeur protégée » alors que dans les secondes, le résultat légal est constitué par un procédé. Autrement formulé, les premières se consacrent par l'atteinte au bien juridique concret (atteinte à la vie de la victime) alors que les secondes n'exigent qu'un simple attentat au bien juridique concret (attentat à la vie de la victime).

Enfin, dans la présentation des professeurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON⁷⁵¹, sont distingués le « résultat sociologique », notion de politique criminelle permettant de dégager la « valeur sociale » protégée (par exemple, la propriété dans les atteintes aux biens), le « résultat matériel », qui correspond à la modification du monde extérieur, le « résultat juridique » qui correspond à une « atteinte effective à la valeur protégée » et le « résultat légal » qui correspond au « seuil de l'illicite ». Pour reprendre le même exemple et la terminologie que nous avons employée jusqu'ici, on pourrait dire que dans cette conception, toutes les infractions ont par conséquent un résultat matériel (mort de la victime ou absorption de poison), un résultat sociologique (atteinte à la valeur vie) et un résultat légal qui se confond avec les résultat matériel et juridique (atteinte effective à la vie) dans les infractions matérielles mais avec le seul résultat matériel dans les infractions formelles, le résultat juridique n'étant pas une condition de la répression. Bien que résultats sociologique et juridique paraissent ici extrêmement liés, les auteurs signalent qu'ils peuvent parfois être différents, comme dans le détournement de fonds commis par un comptable public, le résultat juridique étant constitué par « l'atteinte aux intérêts patrimoniaux de l'État » alors que le résultat sociologique serait « l'atteinte à la confiance placée par le public dans les organes administratifs »⁷⁵². Il serait alors interdit de faire systématiquement correspondre au résultat sociologique le bien juridique abstrait protégé par l'incrimination et au résultat juridique le bien juridique concret correspondant affecté par le comportement prohibé.

330. Même si la plupart des auteurs cités n'emploient pas le terme de « bien juridique protégé », tous se réfèrent à l'intérêt ou à la valeur protégés, termes le plus souvent considérés comme synonymes en droit français. Mais si ce recours à un bien juridique innommé dans la théorie du résultat permet d'établir une fois de plus sa présence dans notre droit pénal, il n'implique pas qu'il soit possible de le consacrer en tant que concept véritable. L'exposé de ces différentes conceptions du résultat fait apparaître plus de problèmes qu'il n'en résout quant à la question de l'objet protégé par le texte d'incrimination, le résultat se montrant en réalité impuissant à englober l'ensemble des difficultés relatives au bien juridique protégé et à préciser sa nature juridique.

2°/ Les carences du rattachement au résultat juridique.

331. Ainsi conçu comme élément de référence du résultat juridique de l'infraction, le bien juridique subit les conséquences de l'indétermination de cette notion. Sa nature juridique n'est guère plus précisée que sa place dans l'infraction et il paraît ainsi difficile de l'intégrer, par ce biais, à la théorie de l'infraction.

332. ___ **Le faible apport du bien juridique comme élément du résultat juridique.** ___ Au-delà des variations terminologiques, les théories du résultat soulèvent de nombreuses difficultés à l'heure de déterminer le concept de bien juridique qu'elles emploient. Si tous les auteurs s'accordent pour voir dans le « résultat légal » le seuil de la concomitance de l'infraction, le « résultat juridique », beaucoup plus lié au concept de bien juridique, est entendu à la fois comme atteinte à la *ratio legis*, comme violation de l'ordre juridique et comme atteinte effective au bien juridique et les auteurs divergent sur le type d'infraction dans lesquelles il apparaît.

⁷⁵¹ Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, op. cit., p. 181-183.

⁷⁵² *Ibid.*, p. 182, n°318.

Admettre que le résultat juridique est présent dans les infractions formelles conduit ainsi à considérer qu'il correspond soit à la violation de la loi en tant que telle, soit à l'atteinte à un bien juridique abstrait ou idéalisé. Admettre au contraire que le résultat juridique n'existe que dans les infractions matérielles et non dans les infractions formelles conduit à considérer qu'il correspond à l'atteinte effective au bien juridique concret, déterminé et rattaché à un titulaire. Le bien juridique aurait alors plusieurs visages selon les théories et il ne semble de ce fait pas possible de trancher la question de sa nature juridique (idéale ou concrète), pas plus, par conséquent, que celle de la nature de l'atteinte qui lui est portée (toujours atteinte ou toujours attentat d'un point de vue abstrait ou alternativement atteinte et attentat d'un point de vue concret).

La distinction entre infractions matérielles et formelles reste délicate et il paraît impossible de répondre, grâce à ces théories, à la question de l'exigence d'un risque abstrait ou concret pour un bien juridique abstrait ou concret dans les infractions de prévention et de mise en danger : la mise en danger de la vie d'autrui peut-elle être considérée comme consommée dès lors qu'un risque abstrait existe pour le bien juridique abstrait « *vie* », faut-il un risque concret déterminé par la particularité des circonstances pour le bien juridique abstrait « *vie* », faut-il un risque abstrait pour la vie d'individus déterminés (bien juridique concret) ou enfin un risque concret pour la vie d'individus déterminés ? Question de politique criminelle ou de pure théorie mais qui n'a pas été véritablement tranchée par le droit positif⁷⁵³...

333. ___ Le débordement du concept de bien juridique de celui de résultat. ___
L'indétermination persistante de la nature juridique du bien juridique protégé tel qu'il apparaît en droit français ne permet pas d'en tirer des conséquences sur la classification des infractions fondées sur le seuil de la consommation ni de déterminer *a priori* le champ du droit pénal.

Puisque tous les auteurs admettent la possibilité d'infractions ne comportant pas de lésion du bien juridique ou même de risque concret pour celui-ci, le bien juridique n'apparaît pas comme un véritable critère de délimitation du domaine du droit pénal.

Le bien juridique et le résultat restant indéterminés, il n'est pas possible non plus de résoudre la question de l'intention délictuelle ou criminelle exigée : le dol s'entend-il de la recherche, par l'agent du « *résultat* » de violation de la loi, du « *résultat* » d'atteinte du bien juridique abstrait ou du « *résultat* » d'atteinte à un bien juridique concret ?

Il paraît également difficile d'en tirer des critères de qualification ; selon que l'on entend le résultat comme atteinte à un bien juridique idéal ou concret, les solutions relatives aux concours idéaux d'infractions ou à la qualification de l'acte de complicité punissable pourront varier.

Aucune piste n'apparaît par ailleurs pour résoudre les problèmes évoqués plus haut sur l'inadaptation du droit pénal à la société moderne et aux nouveaux risques et formes d'atteintes qu'elle engendre et aucune remise en cause de la structure de l'infraction n'est esquissée pour rompre avec une conception naturaliste et causaliste dépassée. Les notions d'imputation objective, d'antijuridicité matérielle ou de risque autorisé n'apparaissent ainsi aucunement dans ces manifestations du bien juridique au sein de la notion de résultat. Le résultat ne semble donc guère permettre d'englober toutes les questions soulevées par le concept de bien juridique, pas plus que de dégager un concept uniforme et utile.

334. L'étude du bien juridique formel en droit français, c'est-à-dire du bien juridique tel qu'il se manifeste, révèle certes certaines faiblesses de notre droit pénal mais ne semble guère permettre de les dépasser. Omniprésent, le bien juridique tel qu'on le découvre renvoie à de multiples

⁷⁵³ L'exigence d'un « *risque immédiat de mort ou de blessures* » pour « *autrui* » semble bien requérir la mise en danger d'un bien juridique concret, mise en danger qui semble, du fait de l'exigence de particularité de l'obligation violée, devoir être entendue comme la création d'un risque concret, distinct de celui nécessairement créé par toute violation d'une « *obligation de sécurité ou de prudence* ». Nous avons vu néanmoins que la jurisprudence rendue sur le fondement de ce texte ne correspond pas à cette conception restreinte de l'infraction de mise en danger comme risque concret à un bien juridique concret ; voir *supra* n°324.

réalités qui ne semblent pas pouvoir être regroupées dans une notion unitaire et encore moins être véritablement conceptualisées.

335. ___ Conclusion de Chapitre. ___ Sans être le plus souvent nommé, le bien juridique apparaît en de multiples circonstances en droit français et semble remplir, parfois bien imparfaitement, toutes sortes de fonctions (dogmatique, de systématisation, ou d'interprétation). Mais s'il peut révéler, par ses différentes facettes, l'influence des grandes théories de l'infraction et du droit en général sur certains mécanismes du droit positif, son analyse ne permet aucunement de dégager un véritable concept. Nous avons en effet retrouvé la trace de plusieurs conceptions proches des différentes théories élaborées en Allemagne et dans les pays ayant suivi son modèle mais sans réussir à en dégager une qui correspondrait à la totalité de ses manifestations. Abstrait ou concret, purement formel ou doté d'un contenu matériel, le bien juridique, par son caractère protéiforme, peut même apparaître davantage comme un facteur de trouble que comme un instrument permettant d'aider à la cohérence du droit positif. Les faits paraissent bien alors confirmer l'hypothèse d'une conception française comme atteinte à la loi ou à la société dans son ensemble et une utilisation opportuniste du bien juridique porteuse de l'échec de toute recherche d'un concept véritable et non purement formel.

336. ___ Transition. ___ La variété des visages offerts par le bien juridique protégé en droit positif confirme l'impression d'une inexorable indétermination du concept. Or comment utiliser comme critère de classification et de hiérarchisation un objet juridique non identifié ? Comment intégrer dans la théorie de l'infraction un élément aussi insaisissable ? Peut-être faudrait-il alors renoncer à toute introduction dans notre droit de ce prétendu concept et rallier la position des auteurs qui dénoncent son inanité totale dans les pays-mêmes où il est considéré comme un pilier de l'infraction ? Insaisissable, le bien juridique serait absolument inutile et la crise que traverse le concept dans les pays qui en avaient fait un « *dogme* » devrait terminer de nous convaincre que la seule option raisonnable est de renoncer à toute velléité de théorisation.

Chapitre 2

La crise prétendue du concept.

337. Portées par les théories sociologiques du fonctionnalisme systémique, les critiques les plus virulentes du bien juridique rejoignent les positions de l'infraction comme atteinte à la loi sur l'absence de légitimité d'un « bien » antérieur ou supérieur au droit et permettant de délimiter *a priori* le domaine du droit pénal. Elles s'en distinguent néanmoins profondément sur la question de l'origine du droit : celui-ci n'est plus assimilé à la loi comme le fruit d'une volonté issue d'un contrat social ou d'un État personnifié mais est entendu comme un sous-système issu du système social et défini par sa fonction de préservation du système global. Dans cette optique, le bien juridique ne pourrait être envisagé que de façon formelle, extrait du droit positif et son absence d'efficacité, observable, dans sa fonction de garantie des grands principes du droit pénal, prouverait son inanité et devrait conduire à son abandon dans la théorie du délit.

Construites sur des fondements purement épistémologiques, ces théories rencontrent un succès certain dans les pays d'inspiration germanique et en particulier dans les pays hispanophones d'Amérique latine⁷⁵⁴ mais également des oppositions extrêmement fortes, à l'origine d'un vif regain d'intérêt doctrinal pour le bien juridique. Les discussions que suscite la question du maintien du concept au sein de la théorie de l'infraction révèlent un clivage fondamental entre partisans d'une conception purement pragmatique du droit et défenseurs de son contenu axiologique. Dans le contexte actuel d'un droit pénal de plus en plus étendu et dilué, la crise du concept de bien juridique (Section 1) cristallise dans les pays d'inspiration germanique des débats de fond essentiels et apparaît en réalité comme le symptôme d'une crise bien plus profonde, du droit pénal lui-même (Section 2), commune à tous les systèmes juridiques des sociétés complexes.

⁷⁵⁴ G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 65.

Section 1

La remise en cause de l'utilité du concept dans le modèle allemand.

338. Dès le début du XIX^e siècle, von LISZT insistait sur la nécessité de séparer clairement le droit pénal de la politique criminelle; le premier devant être une sorte de « *Charte fondamentale* » du délinquant, lui assurant une protection face à l'État dans sa lutte contre la criminalité. L'antinomie apparaît clairement dans une de ses formules restée célèbre: « *Le Droit pénal est la barrière infranchissable de la politique criminelle*⁷⁵⁵ ». Le bien juridique étant le concept qui devait faire office de passerelle entre le droit pénal et la politique criminelle, on comprend mieux pourquoi il focalise ainsi l'attention de la doctrine des pays inspirés du modèle allemand dans les discussions fort agitées sur la légitimité des politiques criminelles actuelles et la possible menace qu'elles représentent pour les principes fondamentaux du droit pénal. Mais s'il existe un consensus sur les limites du concept de bien juridique dans sa fonction de limitation du *ius puniendi* (I), la majorité des auteurs combat fermement les positions d'un fonctionnalisme systémique, de plus en plus défendu, qui s'appuie sur ses faiblesses pour prôner sa suppression de la théorie du délit (II).

I Le consensus doctrinal sur les limites du concept de bien juridique.

339. Concept « *mixte* », le bien juridique devait permettre une meilleure communication entre politique criminelle et droit pénal tout en préservant les principes fondamentaux de celui-ci. Or en dépit des efforts de la doctrine pour adapter le concept aux évolutions du droit pénal et pour y intégrer les acquis d'autres disciplines comme la sociologie, le bien juridique ne connaît toujours pas de définition unanime et souffre d'une certaine perte de substance (A) qui explique sans doute en partie son échec relatif dans la défense des grands principes du droit pénal qu'il était censé permettre de garantir (B).

A. La perte de substance du bien juridique.

340. Personnel⁷⁵⁶, concret⁷⁵⁷, directement lésé par l'infraction⁷⁵⁸, le bien juridique, dans son acception classique enserme le champ du droit pénal de l'État libéral dans des limites très strictes,

⁷⁵⁵ Cité par le professeur ROXIN: « *El Derecho penal es la infranquable barrera de la política criminal.* » C. ROXIN, « Franz von Liszt y la concepción policríminológica del Proyecto Alternativo », in *Problemas básicos de derecho penal*, op. cit., p. 61.

⁷⁵⁶ Droit subjectif chez FEUERBACH, support de celui-ci chez BINDING, intérêt concret chez von LISZT, le bien juridique apparaît dans toutes les théories originelles comme essentiellement lié à l'individu. Même si cette affirmation doit être nuancée s'agissant de LISZT, on peut dire que le droit pénal nouveau qui est théorisé à partir du début du XIX^e siècle est centré sur l'individu et les Droits de l'Homme, raisonne en terme de sujets de droit et oppose le sujet individuel, la personne, à l'État. Si ce dernier peut voir ses propres droits subjectifs ou intérêts protégés, le « *noyau dur* » du droit pénal est constitué par les droits ou intérêts des individus. Se trouvent ainsi protégés ce que l'on appelle parfois aujourd'hui les droits de « *première génération* »: liberté, égalité formelle devant la loi, autonomie de la volonté, vie, santé, propriété... Voir *supra*, p. 33-51.

⁷⁵⁷ Malgré les nuances que nous avons pu observer lorsque nous avons présenté les théories classiques et les intenses débats qui ont agité la doctrine du début du XIX^e siècle sur le point de savoir si un droit lui-même pouvait subir une lésion ou si seul son substrat matériel pouvait être atteint par l'infraction, on peut affirmer que le bien juridique était alors conçu de façon concrète. Rattaché à son titulaire, le bien juridique est, jusqu'aux théories néokantienne et l'abstraction du concept qu'elles ont introduite, celui qui subit les conséquences du comportement délictueux. *Ibid.*

limites qui n'ont plus rien à voir avec la réalité du droit pénal contemporain⁷⁵⁹. Bien que de nombreux auteurs s'en alarment, il n'est plus personne pour soutenir le contraire tant il est aujourd'hui indubitable que les incriminations protègent très souvent des biens juridiques collectifs (1) et que nombre d'infractions sont consommées du seul fait de la présence d'un risque abstrait pour le bien juridique (2).

1°/ La multiplication des biens juridiques collectifs.

341. Nous avons déjà eu l'occasion d'évoquer la reconnaissance par les constitutions d'après guerre de nouveaux droits, souvent collectifs, comme les droits sociaux⁷⁶⁰. Ce mouvement n'a depuis cessé de s'amplifier et, en même temps que la société engendrait de nouveaux risques, il est apparu nécessaire de protéger l'ensemble des individus ou des groupes d'individus contre ceux-ci. C'est ainsi que sont apparus des biens juridiques comme la santé publique ou la sécurité routière. Ces biens juridiques sont bien collectifs dans le sens où les réglementations en matière de santé publique ou de circulation routière protègent l'ensemble des membres de la société mais ils restent liés au concept traditionnel de bien juridique puisqu'ils tendent à protéger la vie ou l'intégrité physique des individus. Ces biens juridiques collectifs-là, dotés d'un « *réfèrent individuel* », ne voient que très rarement leur légitimité contestée même s'ils impliquent déjà une transformation du concept⁷⁶¹.

Il est en revanche une autre catégorie de biens juridiques collectifs qui fait beaucoup plus débat et que certains auteurs n'acceptent pas de reconnaître comme objet de protection de la loi pénale, celle des biens collectifs qu'il n'est pas possible de rattacher à un bien individuel et qui sont souvent désignés sous le nom de « *biens juridiques diffus* »⁷⁶². Les exemples les plus souvent cités sont les biens juridiques « *environnement* » ou « *ordre économique* » qui n'ont pas de titulaire déterminé⁷⁶³ et ne sont susceptibles d'être rattachés à l'individu que très indirectement⁷⁶⁴.

⁷⁵⁸ La lésion du bien juridique s'inscrit matériellement dans un nécessaire rapport de cause à effet avec le comportement visé par l'infraction et le lien psychologique qui unit l'auteur au résultat de l'infraction lui-même est défini dans ces termes causalistes jusqu'au bouleversement de la structure de l'infraction par la théorie finaliste. L'infraction exige alors par principe la lésion d'un bien juridique concret (nous dirions, en France, une infraction matérielle) par une action causale punie par la loi. Les incriminations n'exigeant pas la lésion du bien juridique mais simplement sa mise en danger ne sont qu'exceptionnellement admises par la théorie classique du bien juridique lorsque le comportement visé crée un risque direct et concret pour celui-ci. C'est également dans le cadre de ces limites-là qu'est entendue la tentative. Voir en particulier *supra*, n°40 et s. On peut néanmoins relever que ces limitations concernaient essentiellement les positions objectivistes et que, même parmi celles-ci, les partisans d'une appréciation *ex ante* comme LISZT parvenaient à des solutions très proches des théories subjectivistes quant au domaine de la tentative punissable. Voir *supra*, note 407.

⁷⁵⁹ Il est courant de trouver dans la doctrine une opposition entre le concept traditionnel de bien juridique et les exigences de la société « *moderne*. » Nous nous refusons néanmoins à employer cette terminologie qui nous semble prêter à confusion en raison du sens que nous avons coutume, en France, d'attribuer à l'adjectif « *moderne*. » Celui-ci indique en effet pour nous une opposition au droit pénal de l'ancien régime et renvoie au droit pénal issu de la Révolution (et de ce fait fortement influencé par les idées libérales des Lumières).

⁷⁶⁰ Voir *supra*, n°138 et s.

⁷⁶¹ Sur cette catégorie, voir par exemple: R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, coll. *Estudios de Derecho penal*, 1997, 96 p. avec une présentation claire p. IX. ; G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 898. ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 180. Voir également *supra*, n°134 et s. pour la position du professeur HASSEMER et son admission de cette seule catégorie de biens juridiques collectifs.

⁷⁶² Sur cette catégorie, voir: P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, *op. cit.*, p. 63 et p. 81-82.

⁷⁶³ Cette proposition est néanmoins contestée par certains auteurs qui admettent l'Humanité elle-même comme sujet de droit, ce qui permettrait de la considérer comme titulaire, voire propriétaire de biens juridiques collectifs. Voir la présentation de M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *Dalloz* 2005, Chron. p. 867-868. Nous verrons que nous ne partageons pas cette position ; *infra* n°718.

⁷⁶⁴ Il est certes possible d'admettre que les dérèglements climatiques sont à l'origine d'événements naturels causant des décès, des blessures et des destructions de biens mais il est impossible d'établir un lien de cause à effet entre, par exemple, le dégazage sauvage d'un navire déterminé et la mort d'individus identifiés dans un ouragan. On retrouve les mêmes difficultés en matière économique où les délits d'initiés ou les pratiques anticoncurrentielles, par exemple, ne vont que très difficilement pouvoir être rattachés aux atteintes au patrimoine de consommateurs identifiés.

342. Ce bouleversement dans la conception du bien juridique s'accompagne inévitablement d'une modification des formes d'atteintes qui peuvent lui être portées et donc du résultat de l'infraction. C'est ainsi que se multiplient les infractions dites « *de risque abstrait* ».

2°/ La multiplication des infractions de risque abstrait.

343. Sans rentrer dans les subtiles distinctions doctrinales sur la classification des infractions en délits de risque concret, de risque abstrait ou de délit obstacle⁷⁶⁵, nous pouvons sans peine observer que le législateur assortit de plus en plus fréquemment les réglementations les plus diverses de sanctions pénales. Souvent non codifiées, une multitude d'incriminations viennent sanctionner la violation de règles non pénales tendant à encadrer l'activité économique, industrielle ou sanitaire⁷⁶⁶. Bien que certains des comportements visés puissent engendrer un risque concret pour les individus (par exemple, un médicament insuffisamment testé peut entraîner des atteintes à la santé du patient à qui il sera prescrit), l'objet protégé par ce type d'incrimination apparaît d'abord comme un bien juridique collectif (ici, la santé publique).

Or, si la doctrine s'affronte sur le point de savoir si ces biens juridiques collectifs ne sont jamais susceptibles de véritable lésion ou s'ils sont au contraire lésés dès que le comportement qui les met en danger est réalisé⁷⁶⁷, il est certain que les distinctions traditionnelles entre lésion, risque concret et risque abstrait, qui fondent la « *gradation de l'injuste* » dans les infractions portant atteinte à un bien juridique individuel, sont mal adaptées à ces nouveaux objets de protection.

Pour réintroduire cette gradation, certains auteurs proposent alors se tourner vers le bien juridique individuel indirectement protégé par le bien juridique collectif et différencier les comportements ayant causé un risque concret pour un titulaire déterminé de ceux qui n'ont causé qu'un risque abstrait à l'égard de l'ensemble des personnes susceptibles de subir une atteinte⁷⁶⁸. Possible pour les biens juridiques collectifs dotés d'un référent individuel (par exemple, l'automobiliste qui a brûlé un feu rouge a-t-il directement créé un risque concret pour l'intégrité physique d'une personne déterminée ou seulement un risque abstrait pour l'ensemble des usagers de la route, le carrefour étant désert ?), cette distinction n'est pas toujours prévue par les textes d'incriminations et reste difficile pour les biens juridiques diffus. Les infractions qui les protègent se présentent alors selon la doctrine majoritaire comme des infractions de risque « *purement abstraits* », risque établi *ex ante* dès la conduite prohibée réalisée et à ce titre contraire à l'exigence d'une atteinte *lato sensu* (lésion ou risque concret), constatée *ex post*, pour le bien juridique⁷⁶⁹.

344. L'apparition de ces nouveaux biens juridiques a montré le dépassement du concept traditionnel et a donné lieu à toutes sortes de théories visant à prendre en compte ces bouleversements dogmatiques et de politique criminelle. Mais face à la multitude de propositions et aux conceptions parfois extensives proposées⁷⁷⁰, on a souvent l'impression d'une perte de substance du bien juridique, ce qui pourrait être un élément d'explication de l'impuissance du

⁷⁶⁵ Ces qualifications dépendent en effet largement de la définition donnée par l'auteur au concept de bien juridique et au plus ou moins grand degré d'abstraction qui lui est conféré. Voir : S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 183. Ces distinctions ne sont pas sans rappeler, avec une terminologie différente les distinctions françaises entre infractions formelles, de prévention et délits-obstacles. Nous y reviendrons plus longuement *infra*, n°486 et s.

⁷⁶⁶ On retrouve là l'idée d'un « *droit administratif pénal* » tel que nous l'avons observé dans la législation française ; voir *supra* n°306 et s.

⁷⁶⁷ Sur cette discussion, voir par exemple : M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., p. 207. ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 180 et s. Considérant que le bien juridique est atteint par la seule réalisation du comportement prohibé : R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit., p. 71 et s., spécialement, p. 75-76 c/ a S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 176-183.

⁷⁶⁸ Voir par exemple : M.-E. CORIGLIANO, « *Delitos de peligro. Hacia una definición política-criminal y sistemática* », 2006, [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com/>>.

⁷⁶⁹ En ce sens : M.-E. CORIGLIANO, « *Delitos de peligro. Hacia una definición política-criminal y sistemática* », art. préc.

⁷⁷⁰ On se souvient ainsi notamment de la multiplicité des théories sociologiques contemporaines et de l'extension progressive des théories constitutionnelles ; voir *supra* p. 67-69 et p. 74-76.

concept à garantir les principes fondamentaux du droit pénal dégagés par la doctrine sur son fondement.

B. Des grands principes malmenés par la politique criminelle.

345. Les différentes écoles de pensée qui se sont succédées depuis le début du XIX^e siècle ont introduit dans la théorie des pays de tradition germanique un certain nombre de principes visant à assurer des garanties, formelles ou matérielles, au citoyen mis en cause par la justice pénale. L'évolution du droit pénal n'a certes pas été linéaire et certaines époques furent propices à des retours en arrière sur le plan des principes comme lors de la domination du positivisme naturaliste radical ou, bien sûr, les périodes marquées par le totalitarisme⁷⁷¹ mais il était néanmoins fréquent, depuis les années 1960 (1980 pour l'Espagne) et, jusqu'à récemment, que les auteurs affirment que le droit pénal est un « *droit de garanties* ⁷⁷² ».

Si certains de ces principes sont communs à ceux que connaît le droit français, les auteurs de ces pays se sont souvent appuyés sur le concept de bien juridique pour les étendre ou les préciser et ont ainsi consacré, en particulier, les principes d'exclusive protection des biens juridiques⁷⁷³, et les sous-principes au principe de nécessité que sont le principe d'*ultima ratio*⁷⁷⁴, du caractère fragmentaire du droit pénal⁷⁷⁵ et le principe de proportionnalité⁷⁷⁶. Mais il est évident que la portée de ces principes est entièrement subordonnée à la définition donnée au bien juridique: un bien juridique conçu de façon exclusivement formelle ne permettra en rien de limiter le domaine du droit pénal puisqu'il en sera extrait, alors qu'un bien juridique conçu comme pré juridique et

⁷⁷¹ J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HOMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid, Trotta, coll. *Estructuras y proceso*, p. 24-27. ; P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 8-10.

⁷⁷² La formule consacrée, dans les pays d'inspiration germanique de langue espagnole est celle de « *Derecho penal garantista*. » Sur cette notion, par un des ses ardants défenseurs, voir par exemple: J. DIEZ RIPOLLES, « La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista », art. préc. Voir : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 7. Apparaissent ainsi comme des principes « *généralement admis* » actuellement le principe de légalité criminelle et ses différentes facettes, le principe de resocialisation, le principe de subsidiarité ou d'intervention minimale, ainsi que les principes de nocivité, d'exclusive protection des biens juridiques, d'humanité, de responsabilité subjective et de proportionnalité.

⁷⁷³ La quasi-totalité de la doctrine pénale contemporaine des pays d'inspiration germanique voit dans la formulation du principe d'exclusive protection des biens juridiques par von LISZT (voir *supra* n°60 et s.), la limite matérielle essentielle du droit pénal. Il est ainsi fréquent de lire que seule la protection du bien juridique est à même de donner un fondement au droit de punir et que si l'État sortait de ce cadre-là, il ferait preuve d'arbitraire. Voir par exemple: J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HOMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, op. cit., p. 31. Le professeur ÁLCACER GUIRAO commence même sa monographie par ces mots: « *El Derecho penal está dirigido a la protección de bienes jurídicos; por ello sólo está legitimado para intervenir cuando una conducta ha puesto en peligro o ha lesionado alguno de aquellos intereses protegidos.* » [Ce que nous pourrions traduire: « *Le droit pénal est orienté vers la protection des biens juridiques; ce n'est qu'en cela qu'il est légitime à intervenir quand un comportement a mis en danger ou a atteint un de ces intérêts protégés.* »]

⁷⁷⁴ En vertu de ce principe, le droit pénal ne doit intervenir qu'en dernier recours, lorsque toutes les alternatives à la résolution du problème en cause ont échoué. Unanimement reconnu par la doctrine, il apparaît très nettement dans l'exposé des motifs du Code pénal espagnol de 1995 issu de la loi organique 10/1995 du 23 novembre, publiée au bulletin officiel espagnol du 24 novembre 1995 contient ainsi l'exposé des motifs suivants: « *El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal.* » [Ce que nous pourrions traduire: « *Le Code pénal définit les délits et les fautes qui constituent les présupposés de l'application de la forme suprême que peut revêtir le pouvoir de coercition étatique: la peine criminelle.* »] Sur cette consécration, voir: P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 28.

⁷⁷⁵ Ce principe signifie que le droit pénal ne doit intervenir que dans certains cas déterminés et ne doit pas protéger l'ensemble des biens juridiques contre l'ensemble des atteintes ou des risques que l'on peut leur faire encourir mais seulement face aux atteintes les plus graves aux biens juridiques les plus importants. On peut le rapprocher de ce que certains auteurs désignent parfois sous le nom de « *principe d'adéquation* » entre les moyens choisis au regard de la finalité poursuivie ; voir : R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil Constitutionnel : une avancée *a minima* ? », *Petites Affiches*, 17 juin 2008, n°121, p. 7.

⁷⁷⁶ Ce principe exige que la peine soit proportionnelle à la gravité de l'affectation du bien juridique (l'atteinte doit être davantage punie que l'attentat), à l'importance du bien juridique et à la gravité des éléments subjectifs de l'infraction (le dol doit être davantage puni que l'imprudence).

pourvu de certaines caractéristiques (par exemple, sa nécessité d'être rattaché à un individu, d'être concret...) le limitera fortement.

Régulièrement sollicitées, les Cours constitutionnelles et les Cours suprêmes sont prises en tenailles entre deux impératifs contradictoires: d'une part assurer la protection des principes fondamentaux du droit pénal et, d'autre part, ne pas empiéter sur les pouvoirs du législateur, seule autorité légitime à créer des normes pénales en vertu du principe de légalité. Or s'il nous est ici absolument impossible de mener une analyse précise des décisions rendues sur le fondement de tous ces principes dans tous les pays qui les ont reconnus, nous pouvons néanmoins relever une tendance générale à partir de la jurisprudence allemande et espagnole : si elle se montre réticente à censurer les incriminations décidées par le législateur (1), elle défend néanmoins une conception matérielle du délit dans ses interprétations (2).

1°/ Le prudent contrôle des incriminations.

346. Si certains principes sont forts bien assurés par la jurisprudence comme celui de l'interdiction de l'analogie⁷⁷⁷, la jurisprudence est en général très réticente à censurer le législateur sur les définitions qu'il donne des incriminations. Le professeur KIEDEMANN souligne ainsi que la Cour Constitutionnelle allemande n'a jamais censuré d'incrimination sur le fondement de l'exigence de clarté et de détermination de la loi pénale⁷⁷⁸.

Pour ce qui est du respect par le législateur des garanties matérielles **d'exclusive protection des biens juridiques et de proportionnalité**, il semble là encore que la jurisprudence se montre prudente. Bien que la Cour Constitutionnelle fédérale allemande affirme dans une décision du 16 juillet 1969 que « *la tâche du droit pénal est de protéger les valeurs élémentaires de la vie en commun* » et que « *ce qui appartient indiscutablement au noyau du droit pénal peut-être déduit de l'ordre constitutionnel des valeurs*»⁷⁷⁹, et bien que le Tribunal Constitutionnel espagnol exige depuis sa décision du 2 juillet 1981 qu'un bien juridique soit protégé pour que la limitation des droits constitutionnels induite par l'incrimination pénale soit conforme à la Constitution⁷⁸⁰, l'analyse menée par le professeur ÁLVAREZ GARCIA des décisions du Tribunal Constitutionnel espagnol montre fort bien les réticences des juges constitutionnels.

S'ils exigent que le législateur procède à une « *pondération d'intérêts* » entre le devoir de mettre en place une répression efficace et la protection des droits des individus⁷⁸¹, et qu'ils n'admettent la prévision d'une peine privative de liberté que pour les incriminations ayant pour finalité de protéger des droits, biens ou valeurs reconnus par la Constitution⁷⁸², ils se montrent très vigilants à ne pas intervenir dans la politique criminelle du législateur. Ils posent ainsi clairement que le rôle du législateur ne se borne pas à appliquer la Constitution mais qu'il doit pouvoir librement choisir les options politiques qui s'offrent à lui au moment qu'il estime le plus opportun et qu'il a une

⁷⁷⁷ Voir par exemple: pour l'Espagne, STC 111/1993 du 25 mars, cité par J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 27-28 et pour l'Allemagne, l'analyse de la jurisprudence de K. TIEDEMANN, *Constitución y derecho penal*, op. cit., p. 49-50.

⁷⁷⁸ *Ibid.*, p. 47.

⁷⁷⁹ La formule est très proche de la définition formulée par le professeur ROXIN, voir: G. FERNÁNDEZ, *Bien jurídico y sistema del delito*, op. cit., p. 110 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, op. cit., p. 124.

⁷⁸⁰ STC 22/1981 de 2 de julio et, dans le même sens, STC 123/1987 de 15 de junio, citées par : J. GONZÁLEZ CUSSAC, « La generalización del derecho penal de excepción : la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad », in *La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, op. cit., p. 237. On retrouve la même idée dans la STC 22/1984 de 17 de febrero qui pose l'exigence que « *les finalités sociales soient en même temps des valeurs constitutionnelles pour fonder une incrimination* ». Décision citée par J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 14-15: « *Existen, ciertamente, fines sociales que deben considerarse de rango superior a algunos derechos individuales, pero ha de tratarse de fines sociales que constituyan en sí mismo valores constitucionalmente reconocidos y la prioridad ha de resultar de la propia Constitución.* »

⁷⁸¹ STC 37/1989, cité par P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 121.

⁷⁸² STC 341/1993 du 18 novembre, cité par J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, op. cit., p. 15.

compétence exclusive dans la configuration des biens juridiques pénalement protégés⁷⁸³. Le Tribunal Constitutionnel laisse alors le législateur seul juge de la **proportionnalité** de la peine et ne s'autorise à vérifier que l'absence de disproportion manifeste qui porterait atteinte « *au principe de l'État de Droit, à la valeur de la justice, à la dignité de la personne humaine et au principe de responsabilité subjective qui en découle*⁷⁸⁴ ». Il a ainsi pu considérer dans une décision controversée au regard du principe de proportionnalité que le législateur était libre de prévoir une peine supérieure pour un délit de risque abstrait que pour un délit de risque concret envers le bien juridique⁷⁸⁵.

347. Mais si les juges constitutionnels répugnent à censurer les incriminations formulées par le législateur, les juridictions judiciaires sont beaucoup moins réticentes à user de leur pouvoir d'interprétation pour limiter les atteintes aux principes.

2°/ L'interprétation téléologique des incriminations.

348. Les principes matériels du droit pénal, au premier rang desquels le **principe d'exclusive protection des biens juridiques** ou d'« *offensivité* » et le principe de proportionnalité, sont fréquemment utilisés par les tribunaux pour limiter de domaine d'application des incriminations⁷⁸⁶. Le professeur CUESTA PASTOR considère ainsi que le principe d'exclusive protection des biens juridiques est le principe directeur de l'interprétation de juges espagnols de plus en plus orientés vers un dépassement du positivisme⁷⁸⁷. Exemples à l'appui, il démontre alors l'interprétation restrictive souvent menée par le Tribunal Suprême espagnol pour limiter l'incrimination à la protection du bien juridique protégé par le texte et exclure de son champ d'application des comportements qui pourraient littéralement être sanctionnés⁷⁸⁸.

De la même façon, le principe de **proportionnalité** est utilisé pour écarter certaines incriminations lorsqu'il apparaît que la sanction prévue par le texte et l'atteinte aux droits fondamentaux qu'elle implique sont démesurés par rapport à l'affectation du bien juridique protégé. La jurisprudence se fonde alors sur le « *principe d'insignifiance* », en vertu duquel l'infraction,

⁷⁸³ STC 55/1996 du 28 mars, *Ibid.*, p. 50 ; P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, *op. cit.*, p. 127.

⁷⁸⁴ STC 150/1991, du 4 juillet: « *El juicio sobre la proporcionalidad de la pena, (...), es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre y cuando no exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad penal derivado de ella.* » Citée par J. ÁLVAREZ GARCÍA, *Introducción a la teoría jurídica del delito*, *op. cit.*, p. 50.

⁷⁸⁵ Rendue à propos de l'incrimination de conduite sous influence d'alcool ou de stupéfiants, la décision est bien rédigée comme une décision de principe: « *El peligro abstracto o remoto puede merecer un castigo mayor que el próximo, y esto es, a juicio del legislador, lo que sucede en este caso* » [« *Le risque abstrait ou éloigné peut mériter une sanction plus importante que le risque proche, et c'est, d'après le jugement du législateur, ce qu'il se passe dans ce cas* »] STC 161/1997 du 2 octobre, citée et critiquée par le professeur ÁLVAREZ GARCÍA qui réfute l'argument selon lequel l'absence de répression du risque abstrait pourrait multiplier les cas de risque concret: *Ibid.*, p. 41-42.

⁷⁸⁶ On se souvient que la compréhension du principe d'interprétation stricte de la loi pénale est, dans les pays d'inspiration germanique, beaucoup plus souple que chez nous; la lettre de la loi ne constituant que la limite au-delà de laquelle le comportement ne peut plus être réprimé. Voir *supra* note 524.

⁷⁸⁷ P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, *op. cit.*, p. 26-27.

⁷⁸⁸ Il cite ainsi un arrêt rejetant la qualification de soustraction d'enfant par un père qui n'en avait pas la garde légale au motif que le bien juridique « *sécurité du mineur* » n'avait pas été affecté (STS du 5 juillet 1993) et des arrêts adoptant un raisonnement similaire sur des qualifications de faux en écriture (STS du 18 juin 1992), abandon de famille (STS du 9 février 1994) et trafic de stupéfiants (STS du 27 mai 1994.) Il cite également un arrêt fort intéressant rendu par l'Assemblée Plénière du Tribunal Suprême le 18 février 1994 qui refuse de prendre en compte la circonstance aggravante de lien conjugal dans un homicide au motif que les relations matrimoniales s'étaient tellement détériorées qu'il ne pouvait y avoir, au côté de l'atteinte à la vie, une atteinte à la « *confiance mutuelle entre époux.* » Voir P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, *op. cit.*, p. 27-28.

pourtant constituée, ne peut être retenue à l'encontre de son auteur⁷⁸⁹. Privilégiant l'interprétation restrictive face à l'interprétation stricte des incriminations, le juge mène alors parfois une interprétation téléologique généralement bien acceptée par la doctrine pour être respectueuse des principes fondamentaux du droit pénal.

349. Si l'on met à part l'interprétation parfois restrictive des incriminations dans les pays issus du modèle allemand, leur politique criminelle ne semble pas véritablement gênée dans leur expansion et c'est plutôt le concept de bien juridique qui semble s'être dilué pour intégrer les dispositions du droit positif. Il faudrait alors constater que le bien juridique a échoué dans sa fonction de limitation du *ius puniendi* et conclure, avec certains auteurs, à l'inutilité du concept.

II Le succès du courant abolitionniste du concept de bien juridique.

350. Mené par le professeur JAKOBS⁷⁹⁰ en Allemagne, le courant abolitionniste du bien juridique⁷⁹¹, même s'il reste minoritaire, connaît un fort succès dans les pays d'inspiration germanique et spécialement dans la doctrine hispanophone d'Amérique latine. Il considère que le seul véritable bien juridico-pénal est l'effectivité de la norme (B) et nie toute utilité au concept de bien juridique entendu comme objet de protection de la norme (A).

A. L'abandon du bien juridique comme objet de protection.

351. Dans son traité, le professeur JAKOBS pose longuement la question de la légitimation matérielle du droit pénal par la protection des biens juridiques : les normes juridiques ne sont-elles légitimes que si elles protègent un bien juridique ? Avant d'entreprendre la démonstration de l'inutilité conceptuelle du bien juridique (2), il rappelle clairement les enjeux soulevés par la question du bien juridique et dégage les faiblesses des grandes théories proposées par la doctrine (1).

⁷⁸⁹ Voir la série de décisions citées par le professeur CUESTA PASTOR dont certaines font une référence explicite au « principe d'insignifiance » : *Ibid.*, p. 28-29. Pour bien comprendre la portée de ce principe, il nous faut noter qu'en droit espagnol, le principe est celui de la légalité des poursuites et que les peines sont strictement encadrées dans une échelle fixée par le législateur. Le Ministère public ne peut donc pas renoncer à exercer les poursuites et le juge ne peut pas descendre en dessous d'un certain seuil dans le prononcé de la peine, même lorsque des circonstances atténuantes sont reconnues. Il apparaît alors que la seule façon de ne pas sanctionner les comportements peu graves mais constitutifs d'une infraction soit de nier le caractère infractionnel de l'acte. Nous verrons *infra*, n° 591 et s., l'intérêt de la notion même si le droit français semble disposer d'autres alternatives comme un classement sans suite au niveau procédural ou le prononcé d'une dispense de peine ou d'une peine symbolique. Sur l'opposition entre les systèmes recourant à la procédure pour les infractions « modiques » et ceux niant l'existence de l'infraction au fond, voir : J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, n°33 et 172. Sur le droit espagnol en particulier, et les atténuations subies par le principe de la légalité des poursuites, conçu comme un gage de la soumission des pouvoirs publics à la loi, du fait du développement d'un « principe de consensus » dans le cadre d'une justice négociée, voir : T. ARMENTA DEU, *Lecciones de derecho procesal penal*, 3^e éd., Marcial Pons, Madrid, coll. M, 2007, p. 33-35. Sur le principe de la légalité des poursuites en Allemagne, au sein d'une présentation plus générale de la mise en état des affaires pénales en droit comparé, voir : S. GLEß et al., « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* : Opinio doctorum, *op. cit.*, p. 207.

⁷⁹⁰ Professeur émérite de droit pénal et de philosophie du droit à l'Université de Bonn, Günter JAKOBS a été l'élève de WELZEL avant de devenir un des auteurs les plus reconnus mais aussi les plus contestés de la doctrine allemande contemporaine. Voir : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 2.

⁷⁹¹ Les théories abolitionnistes du bien juridique ne doivent pas être confondues avec les théories abolitionnistes du droit pénal évoquées plus haut. Car si elles sont toutes deux fortement imprégnées de sociologie, c'est là leur seul point commun.

1°/ La dénonciation de l'indétermination du concept.

352. ___ Exposé du problème. ___ Par opposition au bien juridico-pénal « *effectivité de la norme* », le bien juridique est ici défini comme l'objet de protection de la norme⁷⁹². Il s'agit alors de déterminer ce qui est pris en compte comme objet de protection de la norme et de savoir si l'on doit pour ce faire utiliser un critère unique (théories monistes) ou bien si l'on peut changer de perspective (théories dualistes). Dans les théories monistes, le bien juridique est attribué dans tous les cas au citoyen individuel (directement ou à travers la société comme chez RUDOLPHI), ou bien dans tous les cas à la « *communauté juridique* » comme chez BINDING. Dans les théories dualistes au contraire, les biens juridiques dits individuels sont attribués au citoyen et les biens juridiques étatiques ou supra-individuels à la société ou à l'État.

Pour trancher la question, il faut selon le professeur JAKOBS résoudre trois problèmes préalables: déterminer qui est le bénéficiaire de la protection accordée par le droit pénal ce qui renvoie à la discussion sur la finalité de l'État, savoir à partir de quel point de vue sont établis les biens dignes de protection pénale et, enfin, préciser la capacité permettant de disposer de ces biens⁷⁹³. Après avoir rappelé que le droit positif allemand adopte une position dualiste dans laquelle les biens dont peut disposer l'individu côtoient les biens dont peuvent disposer l'État ou la société⁷⁹⁴, il dresse un historique rapide des grandes théories doctrinales du bien juridique pour en démontrer chaque fois l'inutilité.

353. ___ La réfutation des théories du bien juridique. ___ Au bien juridique positif de BINDING défini comme « *tout ce qui, aux yeux de la loi, en tant que condition de la vie saine de la communauté juridique, est de valeur pour celle-ci* », il oppose que l'élasticité d'une telle définition permet d'y intégrer n'importe quelle finalité de régulation et que l'énumération des biens juridiques ainsi définis permet seulement d'aboutir à un catalogue désordonné dont il est impossible d'extraire une quelconque théorie de la société⁷⁹⁵.

La position de la doctrine qu'il reconnaît lui-même comme majoritaire et qui attribue au bien juridique une fonction critique et limitatrice du droit pénal ne trouve pas davantage grâce à ses yeux. Il reproche à la théorie de l'« *intérêt vital* », de Von LISZT de ne fournir aucun critère véritable permettant au droit positif de distinguer entre les intérêts dignes de protection pénale et les autres. La même critique est adressée aux théories qui voient dans la culture la source des biens juridiques, la culture étant un concept jugé bien trop flou⁷⁹⁶.

Les théories récentes qui rattachent le bien juridique à la personne par l'idée de relation juridique entre une personne et une situation lui semblent plus appropriées pour dégager ce qui est valorisé dans le bien juridique mais il avertit que cette avancée conceptuelle se fait au détriment de la clarté de la définition. S'il s'accommode de cette perte de clarté et qu'il adopte la définition du bien juridique comme « *unité fonctionnelle* » pour la suite de son exposé, il souligne que cette définition ne permet pas de résoudre le problème de la légitimité des dites unités fonctionnelles⁷⁹⁷.

354. Tirant les conséquences de la récurrence de ce problème de légitimation du bien juridique, il en déduit que « *ce point faible est inhérent, de par sa constitution, à tout concept de bien juridique*⁷⁹⁸ » et nie toute utilité au concept.

⁷⁹² *Ibid.*, p. 48: « *A partir de aquí se entenderá como bien jurídico el objeto de protección de una norma, en contraposición con la propia validez de una norma como bien jurídico-penal.* » (« *A partir d'ici, nous entendrons par bien juridique l'objet de protection d'une norme, par opposition à la validité de la norme elle-même comme bien juridique-penal* »).

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 48-49.

⁷⁹⁴ Il souligne que de la capacité de disposition de ces titulaires dépendra l'effet du consentement: *Ibid.*, p. 49.

⁷⁹⁵ *Ibid.*, p. 50.

⁷⁹⁶ *Ibid.*, p. 51.

⁷⁹⁷ *Ibid.*, p. 52. Il reprend là exactement l'idée du professeur HASSEMER, soulignant que si les organisations mafieuses sont bien des unités fonctionnelles, il n'est pourtant pas question de les protéger pénalement.

⁷⁹⁸ « *En esta medida el concepto no ofrece ventaja alguna frente al de interés: este punto flaco es inherente, por su constitución, a todo concepto de bien jurídico.* » *Ibid.*, p. 52.

2°/ L'abandon d'un concept jugé inutile.

355. Après avoir relevé l'existence de nombreuses incriminations dépourvues de biens juridiques⁷⁹⁹, le professeur JAKOBS ajoute deux objections supplémentaires: le bien juridique serait incapable de fournir un critère au domaine du droit pénal (a) et sa protection ne serait jamais absolue (b).

a. L'inutilité dans la détermination de la nécessité de la sanction pénale.

356. Pour le professeur JAKOBS, la théorie du bien juridique ne permet aucunement de démontrer la nécessité de protéger le bien juridique au moyen du droit pénal. Pour appuyer son argument, il prend l'exemple de la véracité de l'information qui est toujours un bien pour son destinataire mais n'est un bien juridique protégé par le droit pénal que dans certains cas particuliers. Cette différence de traitement ne peut être expliquée par la théorie du bien juridique et il faut selon lui faire intervenir le critère de la nocivité sociale pour expliquer cette différence de traitement. Il étend alors le raisonnement à l'ensemble des infractions et souligne que l'idée selon laquelle les normes devraient toujours protéger des biens n'a aucun fondement. Pour lui, c'est l'ordre social que doit protéger le droit pénal ; or la somme de tous les biens ne forme pas l'ordre social mais seulement une partie de celui-ci⁸⁰⁰.

Il explique en effet que seul l'intérêt public en la conservation du bien le convertit en bien juridique et que cet intérêt public ne se résume pas toujours à la conservation des biens. Le véritable filtre à la création d'incriminations est celui de la nocivité sociale et les normes qui condamnent les comportements socialement nocifs peuvent certes viser à la conservation de biens juridiques mais aussi à la création de biens juridiques ou simplement au maintien de la paix sociale⁸⁰¹. La position consensuelle selon laquelle le droit pénal devrait uniquement protéger les conditions d'existence de la société est également rejetée par ce professeur, qui objecte qu'il n'y a pas de frontière au social, pas de *numerus clausus* aux conditions d'existence et donc aucune possibilité de délimitation du droit pénal par ce biais là⁸⁰².

Cette forte remise en cause du versant de politique criminelle du concept de bien juridique a fait l'objet de très vives controverses sur lesquelles nous reviendrons. Nous pouvons simplement constater ici que si le bien juridique ne permet plus de limiter le *ius puniendi*, le concept perd une grande partie de son intérêt.

357. Mais le professeur JAKOBS va plus loin et remet en cause l'idée même de bien juridique comme objet de protection.

b. L'absence de protection absolue.

358. Le professeur JAKOBS démontre que la protection accordée aux biens n'est jamais absolue et considère que cela interdit de les nommer « *biens juridiques* ». La relativité de la protection accordée par le droit pénal ne peut qu'être reconnue: il est certain que le pacte social lui-même peut prévoir le sacrifice de certains biens (on pourrait par exemple penser aux expropriations d'utilité publique) et que le droit pénal ne protège les biens reconnus comme tels que contre certains types d'atteintes⁸⁰³.

⁷⁹⁹ Il évoque là les infractions d'omission dans lesquelles le bien juridique n'existerait que dans le cas d'une action appropriée et surtout les incriminations qui protègent la paix sociale, qui n'est pas, en elle-même, un bien juridique à proprement parler. Voir: *Ibid.*, p. 52-55.

⁸⁰⁰ *Ibid.*, p. 56.

⁸⁰¹ *Ibid.*, p. 57.

⁸⁰² *Ibid.*, p. 58.

⁸⁰³ *Ibid.*, p. 45-46 et p. 56-57.

S'agissant de la première limite à la protection des biens, le professeur souligne l'impuissance de la doctrine du bien juridique à préciser les critères des atteintes permises par le contrat social, et relativise son importance dans la théorie du délit en la cantonnant aux questions de causalité et d'état de nécessité. Nous verrons plus bas que l'importance du bien juridique dans la théorie de l'infraction dépasse très largement ce cadre mais il nous faut reconnaître que le seul critère que l'on pourrait trouver à ce sacrifice des biens au pacte social serait celui de la pondération des biens juridiques, la mise en balance des intérêts contraires du titulaire du bien et de la société dans son ensemble.

Sur le second argument, il est incontestable que la fonction du droit pénal n'est pas de garantir l'existence des biens juridiques dans tous les cas et qu'il ne s'intéresse qu'aux atteintes légalement déterminées et nécessairement imputables (il ne protège pas contre les événements naturels par exemple). Mais si le professeur JAKOBS en conclut qu'il est impossible d'utiliser la qualification de biens juridiques sous peine de faire du passé un « gigantesque cimetière à biens juridiques⁸⁰⁴ », il nous semble au contraire que ce constat est tout à fait conforme aux principes dégagés par la doctrine du bien juridique. Le principe d'*ultima ratio* et le principe de subsidiarité prévoient en effet que le bien juridique ne doit être protégé par le droit pénal que contre les lésions ou les menaces les plus graves, la répression n'étant légitime que si l'atteinte qu'elle suppose aux biens juridiques des justiciables est proportionnelle à l'atteinte causée à ceux-ci par le comportement prohibé. Quant à l'exclusion des événements naturels ou, plus largement, non imputables, du champ du droit pénal, il s'agit tout simplement d'une application des fondements modernes du droit pénal qui exigent la responsabilité du sujet pour l'imputation de la sanction et rejettent une conception de la responsabilité purement objective⁸⁰⁵. Il nous paraît donc tout à fait normal que les biens protégés par le droit pénal ne le soient pas de façon absolue mais seulement contre certaines atteintes déterminées⁸⁰⁶.

359. Mais si nous nions la pertinence de certaines des critiques adressées au concept de bien juridique par le professeur JAKOBS et ses partisans, c'est surtout sa théorie de la prévention générale positive comme nouveau fondement du droit pénal qui nous semble particulièrement discutable.

B. L'effectivité de la norme comme bien juridico-pénal.

360. Puisque le bien juridique ne peut pas selon lui constituer l'objet de protection véritable du droit pénal, le professeur JAKOBS propose un nouveau fondement au droit répressif. A partir de la théorie du fonctionnalisme systémique de LUHMANN (1), il développe alors l'idée de la peine comme prévention générale positive (2).

1°/ L'inspiration du fonctionnalisme systémique de LUHMANN.

361. Niklas LUHMANN, sociologue allemand et juriste de formation, a réalisé une projection des théories fonctionnalistes rénovées dans le domaine du droit⁸⁰⁷. A la différence du fonctionnalisme

⁸⁰⁴ *Ibid.*, p. 46.

⁸⁰⁵ Dans ces cas là, il y a bien une atteinte à un bien juridique mais pas d'infraction. En ce sens, voir notamment : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 89 et p. 106.

⁸⁰⁶ C'est l'essence même du principe du caractère fragmentaire du droit pénal, lié aux théories du bien juridique, que de prévoir ces distinctions. On se souvient ainsi que von LISZT considérait que ce n'est pas le type d'intérêts protégés qui forme l'essence du droit pénal mais la nature propre de la protection qu'il leur confère, d'autres types de protection étant envisageables et même parfois préférables. Voir *supra*, n°69 et s.

⁸⁰⁷ Niklas LUHMANN, né en 1927 et mort en 1998, a complété sa formation par des études de droit ce qui explique l'importante réception de sa théorie dans la doctrine allemande. Sur sa théorie et son influence, voir spécialement pour une approche juridique: S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 8-22 et dans une perspective purement sociologique: M. LALLEMENT, *Histoire des idées sociologiques de Parsons aux contemporains*, *op. cit.*, 104-109. Ce dernier auteur souligne la rupture épistémologique avec la philosophie des Lumières consommée par LUHMANN à la fin de sa vie et son « *antihumanisme* » résolu.

structurel de PARSONS qui envisage le système social comme une structure unique et rigide orientée vers des valeurs communes, le « *second fonctionnalisme* » de LUHMANN décrit la structure du système social comme instable, et fait des processus de communication les unités basiques de ce système⁸⁰⁸. Pour ce dernier, le système social des sociétés modernes est constitué d'une multitude de sous-systèmes et le monde extérieur est bien trop complexe pour être totalement assimilé par l'individu. L'individu ne peut alors que se rattacher à des *structures* d'attentes et d'anticipation, construites sur la base de ses expériences propres dans la culture qui est la sienne pour interpréter les phénomènes et les expériences nouvelles.

LUHMANN aborde alors le problème de la « *double contingence* » dans les processus d'interaction sociale: l'on peut non seulement espérer un certain comportement de la part de l'autre (« *attente de conduite* ») mais aussi appréhender ses attentes (« *anticipation d'attentes* »). Lorsque l'attente ne se réalise pas et que l'expectative est frustrée, soit l'attente va s'adapter à la nouvelle situation et être modifiée (« *attente cognitive* »), soit elle va être réaffirmée malgré sa déception (« *attente normative* »). C'est dans ce dernier cas que le Droit intervient en tant que sous-système social pour réaffirmer l'expectative et continuer à orienter les comportements futurs dans son sens⁸⁰⁹.

LUHMANN envisage donc le **droit uniquement dans une perspective fonctionnelle comme instrument de communication** et n'étudie que la fonction qu'il a historiquement accomplie. Il se refuse à aborder la question de sa légitimité matérielle, considérant que le Droit moderne est caractérisé par sa positivité: issu de la validité attribuée au processus législatif, c'est un système clos et auto-référent⁸¹⁰.

362. C'est à partir de cette conception du Droit que le professeur JAKOBS a formulé sa célèbre théorie de la prévention générale positive.

2°/ La théorie de la prévention générale positive.

363. Le professeur JAKOBS ne reprend pas la théorie de LUHMANN dans toutes ses dimensions mais il la prend comme point de départ. Il considère en effet que le Droit trouve sa légitimité matérielle dans la nécessité, les lois étant indispensables pour assurer le maintien de la forme de la société et de l'État. Mais il entend néanmoins donner au droit pénal une légitimité nouvelle à partir de sa conception de la peine comme « *prévention générale positive* ».

Pour lui, la société est un système de communication et le droit pénal est un sous-système chargé de garantir les normes par la stabilisation des attentes de conduites indispensables au fonctionnement de la vie sociale⁸¹¹. Comme le droit pénal n'intervient que pour assurer le maintien de la configuration sociale basique, toute infraction revêt le caractère d'un conflit public⁸¹². Ce ne sont donc pas, pour le professeur JAKOBS, le dommage que subit la victime ou la gravité de la lésion au bien juridique qui vont fonder la peine, mais la **signification du comportement délictuel en tant que négation de la validité de la norme**. L'infraction et la peine sont conçues comme des processus de communication : la peine a pour mission de

⁸⁰⁸ Sur le fonctionnalisme de PARSONS et ses influences sur les théories du délit, voir *supra*, n°123 et s. Le professeur VIVES ANTON l'a ainsi dénommé « *fonctionnalisme téléologique* », par opposition au « *fonctionnalisme stratégique* » de LUHMANN. Sur cette distinction, voir: S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 23-24.

⁸⁰⁹ Cette question de la double contingence est très clairement expliquée par S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 8-9.

⁸¹⁰ On trouve là un point majeur de la théorie de LUHMANN pour qui tous les systèmes sociaux, y compris le droit sont « *autopoïétiques* » c'est-à-dire qu'ils sont, de même que les systèmes vivants observés par la biologie, aptes à produire leur propre structure et à façonner la différence entre eux-mêmes et leur environnement. Certains de ces systèmes sociaux, comme le Droit, ont un moyen de communication propre qui leur permet de s'observer eux-mêmes, d'observer leur environnement et d'améliorer leur façon de fonctionner, notamment en réduisant leur complexité. Voir M. LALLEMENT, *Histoire des idées sociologiques de Parsons aux contemporains*, *op. cit.*, p. 106. Pour une explication détaillée mais assez complexe, voir: S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 8-9 et 16-20.

⁸¹¹ G. JAKOBS, *Derecho penal: Parte general*, *op. cit.*, p. 9-11 et 45 ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 25.

⁸¹² G. JAKOBS, *Derecho penal: Parte general*, *op. cit.*, p. 12.

réaffirmer l'effectivité de la norme face au comportement du délinquant qui, en l'enfreignant, a prétendu la remettre en cause⁸¹³. Il explique ainsi que le voleur, par son acte, ne porte pas atteinte au bien juridique propriété, pas plus qu'à la chose elle-même ou à la relation du propriétaire avec sa chose mais à la validité du contenu de la norme selon laquelle il faut respecter la propriété⁸¹⁴.

L'infraction nuit à la confiance en la norme et perturbe les attentes cognitives des individus (qui, ici, pourront douter que l'on respecte à l'avenir leur propriété). Pour que ceux-ci continuent à orienter leur comportement conformément à la norme, il faut que le droit parvienne à leur donner l'assurance que, malgré cette atteinte, leurs attentes ne seront pas déçues à l'avenir. Ce n'est donc pas au délinquant ou aux délinquants potentiels que s'adresse la peine mais à tous et ceci dans le but de renforcer la confiance en la norme, la fidélité envers le droit et l'acceptation des conséquences de celle-ci⁸¹⁵. La peine peut certes impressionner les individus et les dissuader de commettre un délit comme dans la théorie de la « *prévention générale* »⁸¹⁶ classique mais ce n'est pour JAKOBS qu'une sorte d'effet secondaire, cela n'appartient pas à sa fonction de « *prévention générale positive* ».

364. Après avoir longuement dénoncé l'inutilité du « *bien juridique* » comme objet de protection prétendu des infractions que la peine n'a jamais pu reconstituer c'est donc uniquement de la fonction communicative de la peine que JAKOBS déduit le seul véritable objet de l'infraction à ses yeux: la norme elle-même, et, plus précisément, son effectivité. Mais s'il existe un consensus doctrinal sur les limites du concept de bien juridique et en particulier sur les difficultés persistantes à le définir et sur son impuissance à limiter véritablement l'extension du domaine du droit pénal, la majorité des auteurs s'oppose avec virulence aux théories du fonctionnalisme systémique et à sa conception autopoïétique du droit pénal.

365. Pour la doctrine majoritaire, plus que le bien juridique, ce serait le droit pénal dans son ensemble qui serait en crise. Crise dans son unité et dans son identité même. Or si les pays qui connaissent le bien juridique n'en ont pas été préservés, ils ne sont pas seuls touchés par le phénomène et le bien juridique apparaîtrait alors seulement comme un moyen de diagnostic privilégié de ce droit pénal malade. La crise prétendue du concept ne serait en réalité que le symptôme d'une crise commune à tous les droits pénaux des « *sociétés complexes* », crise que les théories réduisant le Droit à un simple moyen destiné à protéger un système juridique dépourvu de toute considération axiologique et insusceptible d'appréciation critique contribuent à aggraver.

⁸¹³ Bien que l'idée de communication prenne le pas sur celle de réparation chez le professeur JAKOBS, on peut tout de même établir ici un parallèle avec la théorie d'un des pères de la sociologie, Émile DURKHEIM, pour qui l'acte de délinquance permet à la conscience collective de s'affirmer en contrepoint par l'imposition de la sanction. Voir : R. ARON, *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, coll. Tel, 2006, p. 325-326 ; P. PONCELA, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de Philosophie du Droit*, n°22, 1977, p. 137.

⁸¹⁴ G. JAKOBS, *Derecho penal : Parte general, op. cit.*, p. 12-14 et 46-47.

⁸¹⁵ *Ibid.*, p. 15-18. Le professeur JAKOBS prévient néanmoins que toute infraction à la norme ne doit pas nécessairement faire l'objet d'une peine. Il évoque alors la théorie de la responsabilité qui pourra faire obstacle à l'imputation subjective de la norme au délinquant et souligne la possibilité de recourir à des « *équivalents fonctionnels à la peine* » (transfert du conflit à la victime, mesures de sécurité, infractions de bagatelle, confiscation du produit du délit...). *Ibid.*, p. 12. Sur l'idée du nécessaire fondement cognitif des normes juridiques pour qu'elles continuent à orienter les comportements des personnes, définies en référence à HEGEL ; voir également : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc.

⁸¹⁶ Le professeur JAKOBS ne nie pas l'existence des deux préventions, générale et spéciale, qui ont été très largement défendues et sont communément présentées comme les deux versants classiques de la finalité de la peine, mais il considère que si la peine peut produire ces effets, ce n'est pas là qu'elle trouve son fondement. Voir *Ibid.*, p. 19.

Section 2

Le symptôme d'une crise du droit pénal commune.

366. En plus de l'extension du domaine du droit pénal à de nouveaux secteurs d'activités et aux risques qu'ils engendrent, l'époque contemporaine est fortement marquée, surtout depuis les attentats du 11 septembre 2001, par les idées de « tolérance zéro » et par la multiplication de lois exorbitantes du droit commun destinées à lutter contre le terrorisme et la criminalité organisée. Bien que poursuivant des objectifs différents, ces deux mouvements de politique criminelle ont en commun de bousculer les principes du droit pénal et, surtout, de recourir à des critères d'imputation beaucoup plus larges que ce que permet la structure traditionnelle de l'infraction. La menace qui pèse aujourd'hui sur l'unité du droit pénal est donc bien réelle, ses définitions se révélant inadéquates à une « société du risque » (I) et son fondement même, c'est-à-dire la responsabilité, étant remise en cause par l'apparition d'un « droit pénal de l'ennemi », lui aussi fondé sur le risque et plus précisément sur la dangerosité (II).

I L'inadaptation à la société du risque.

367. Lorsque nous avons traité la question de la multiplication des biens juridiques collectifs, nous avons rapidement évoqué les difficultés que pouvaient soulever leur protection au regard de la structure traditionnelle des infractions. Plus que le concept de bien juridique, ce serait le droit pénal dans son ensemble qui serait inadapté à la société complexe dans laquelle nous vivons. L'évolution de la société s'est accompagnée d'une extension considérable du domaine et des fonctions du droit pénal (A) et a provoqué une transformation des éléments de l'infraction (B) si profonde qu'il ne semble pas rester grand-chose de la théorie classique du délit telle que nous la connaissons.

A. L'expansion du droit pénal.

368. L'accroissement du domaine d'intervention du droit pénal est indissociable du phénomène de l'inflation pénale ou, pour reprendre l'expression du professeur ROXIN de « fuite en avant du droit pénal »⁸¹⁷, unanimement constaté et déploré par les pénalistes de toutes les démocraties des pays dits « industrialisés ». La multiplication des normes juridiques en général et des normes pénales en particulier, a fait l'objet de nombreuses études en sciences sociales et la doctrine des pays d'influence germanique s'est beaucoup intéressée à ce phénomène, notamment au travers d'une théorie dite du « Big Bang »⁸¹⁸. Il en ressort que l'inflation pénale serait due à la fois à la

⁸¹⁷ Cité par : P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Tesis doctoral Granada, 2002, p. 25.

⁸¹⁸ La théorie du « Big Bang » est une métaphore issue de théories économiques et reprises par les sciences sociales qui renvoie à l'idée d'une rénovation radicale de quelque chose. Reprise en droit pénal, l'image illustre et dénonce l'expansion de celui-ci au détriment d'autres branches du droit. Une partie de la doctrine a alors proposé une théorie du « Big Crunch », prônant le retour d'un droit pénal limité à un noyau dur. Sur ces théories, voir C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, « Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales », in *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, coll. *Penal*, 2004, p. 91-94. Ces phénomènes sont également observés par la doctrine française ; voir notamment : M. DELMAS-MARTY, « Les contradictions du droit pénal », R.S.C. 2000, p. 1 ; M. van de KERCHOVE, « Éclatement et recomposition du droit pénal », *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, 2000, p. 5-15.

complexification croissante de la société (1) et à l'avènement d'une certaine politique criminelle de plus en plus attachée à la fonction symbolique du droit pénal (2).

1°/ La complexification croissante de la société.

369. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner que les auteurs des pays de tradition germanique mettaient souvent les questions de droit pénal en perspective avec des considérations philosophiques ou sociologiques. C'est particulièrement vrai s'agissant du phénomène de l'inflation pénale, analysé comme une conséquence de l'évolution de la société moderne (a) et de la modification subséquente du rôle de l'État (b).

a. L'avènement d'une « société du risque ».

370. Il ne fait pas de doute que depuis l'élaboration des premières théories modernes du droit pénal à la fin du XVIII^e la société n'a cessé de se complexifier. L'industrialisation puis l'entrée dans l'ère post-industrielle n'ont cessé de diviser chaque fois davantage le « travail social » pour reprendre la célèbre expression de DURKHEIM. La recherche constante du progrès s'est accompagnée de nouvelles techniques et technologies qui ont créé de nouveaux risques et de nouvelles atteintes à de nouveaux intérêts⁸¹⁹. Sans rentrer dans le détail de ces différents risques, il est certain que les catastrophes collectives issues d'événements non naturels ou les contaminations massives par des produits industriels, pharmaceutiques ou alimentaires se sont multipliées. De même, les objets immatériels tels que les droits d'auteurs, les brevets ou même l'information elle-même ont pris de plus en plus d'importance dans la vie économique et sociale de la cité et les atteintes qui sont susceptibles de leur être portées sont bien différentes des formes d'atteintes, brutes et matérielles, que l'on portait jadis aux seules choses corporelles.

371. Ces phénomènes sont directement observables et si les auteurs s'accordent sur la nécessité pour l'ordre juridique de s'adapter à cette « société du risque⁸²⁰», ils regrettent parfois la modification du rôle de l'État que cette nouvelle forme de société a entraîné.

b. La modification du rôle de l'État.

372. Nous avons évoqué au début de notre travail l'influence de la conception libérale de l'État sur les conceptions du droit pénal de la fin du XVIII^e et du début du XX^e siècle. Il apparaît ainsi que la première préoccupation des auteurs de l'époque était de protéger l'individu face aux atteintes qu'il pouvait subir contre ses droits ou ses intérêts. L'État libéral nouvellement mis en place devait alors essentiellement protéger le citoyen contre l'arbitraire et garantir l'existence du pacte social. Mais comme l'explique fort bien le professeur CUESTA PASTOR, le rôle assigné à l'État s'est modifié avec la société et l'État libéral classique a cédé la place à un « État de la prévention », chargé

⁸¹⁹ Ces questions ont notamment fait l'objet du XIII^e colloque du congrès international de droit pénal de Salamanque: *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Zúñiga Rodríguez et al., Colex, 2001, 207 p.

⁸²⁰ Le professeur ROXIN proposa ainsi dans les années 1970 une nouvelle théorie de l'imputation en droit pénal fondée sur l'idée du « risque autorisé. » Il ne nous est pas possible ici de rentrer dans les détails de cette théorie largement reprise mais nous pouvons en dégager l'idée générale, à savoir que nos sociétés étant construites sur un modèle qui suppose et encourage la prise de risque dans la recherche du progrès, le droit pénal doit se détacher du « dogme causal », devenu inadapté, et fonder la répression sur le dépassement du risque autorisé par la norme. Voir: C. ROXIN, « Reflexiones sobre la problemática de la imputación en el Derecho penal », in *Problemas básicos de derecho penal*, op. cit., p. 128-148. Sur les liens entre cette théorie et le « principe de confiance » développé par le professeur JAKOŠ dans le cadre des « attentes de conduites » des personnes dans le cadre du système social, voir: D. PANTA CUEVA, « Algunas observaciones al principio de confianza dentro de la teoría de la imputación objetiva: problemas de autonomía y repercusiones normativas », 2005, [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com/>>. Pour une réflexion sur le risque dans les infractions d'imprudence en droit français; voir: D. ROETS, « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », R.J.C. 2007, p. 251.

de « socialiser » des risques de plus en plus nombreux et de plus en plus perçus comme insupportables⁸²¹.

Parallèlement, cet État, devenu « social et démocratique de Droit », pour reprendre une expression répandue dans la doctrine hispanophone, a assuré la protection de nouveaux droits consacrés par les Constitutions d'après-guerre comme les droits sociaux⁸²² et garanti des biens juridiques collectifs ou même diffus tels que l'environnement ou l'intégrité de l'espèce humaine⁸²³. Si certains de ces droits, comme notamment les droits sociaux, sont parfois contestés par l'évolution postérieure de la conception de l'État, influencée par les théories économiques libérales tendant à amoindrir l'« État social » au profit de l'« État policier, pénal et pénitentiaire⁸²⁴ », ce dernier mouvement ne se traduit pas, pour l'essentiel, par un recul véritable du domaine du droit pénal. Malgré la dépénalisation du droit des affaires et de certains domaines d'activités⁸²⁵, celle-ci s'accompagne en effet de l'idée de « tolérance zéro » et d'une répression accrue de certains types de délinquance ou de déviance⁸²⁶.

373. Si ces nouveaux objets collectifs de protection nous apparaissent comme légitimes et semblent reconnus comme tels par la majorité de la doctrine, ils se sont accompagnés d'une politique criminelle souvent dénoncée pour privilégier la fonction symbolique du droit pénal.

2°/ Le développement d'un droit pénal symbolique.

374. Aux côtés de la fonction répressive ou « instrumentale » de la loi pénale, sa fonction symbolique, parfois appelée déclarative, expressive ou incommunicative, est essentielle et très majoritairement reconnue. Intimement liée à l'idée de prévention générale, elle rappelle l'attachement de la société à certaines valeurs fondamentales et met en garde celui qui voudrait y porter atteinte par la menace de la sanction, facilitant ainsi l'intériorisation des normes sociales⁸²⁷. Mais si la légitimité de cette fonction expressive ne semble pas devoir être remise en cause en tant que telle, la

⁸²¹ P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Tesis doctoral Granada, 2002, p. 52-54 et 88-89. Dans le même sens: G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 905. Pour un constat similaire par un auteur qui y voit l'occasion de repenser les fondements du droit pénal : M. VOGLIOTTI, « Mutations dans le champ pénal contemporain ; Vers un droit pénal en réseau ? », R.S.C. 2002, p. 721.

⁸²² Sur celles-ci en Allemagne, Italie et Espagne, voir *supra* n°139 et s.

⁸²³ G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 905. ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 174. On retrouve exactement le même phénomène en France avec, notamment, le développement du « droit administratif pénal ». Voir par exemple : P. LASCOUMES, P. PONCELA, *Réformer le Code pénal*, op. cit., p. 28-33 et *supra* n°306.

⁸²⁴ Sur ce point, voir par exemple, insistant sur le fait que cette tendance touche la majorité des programmes gouvernementaux, y compris de gauche, des pays dits développés en raison de la « globalisation du modèle économique » : F. MUÑOZ CONDE, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », art. préc., p. 27.

⁸²⁵ Engagée depuis 1986, la dépénalisation du droit des affaires devrait très prochainement connaître une nouvelle avancée et s'étendre au droit de la consommation, au droit boursier et au droit pénal du travail, ce qui semble être un préalable indispensable à l'ambition de recodification du livre V du Code pénal. Un rapport en ce sens a été remis au Garde des Sceaux le 20 février 2008 par J.-M. COULON conformément aux objectifs de la lettre de mission qu'il avait reçue. Voir : *La dépénalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, La Documentation française, Coll. des rapports officiels, 2008, 133 p. ; J.-M. COULON, « Principes généraux du rapport », *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 61 ; A. LIENHARD, « Pas si facile de passer du pénal au civil », *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 66 ; H. MATSOPLOU, « La dépénalisation de la vie des affaires », R.S.C. 2008, p. 475 ; Y. MULLER, « La dépénalisation de la vie des affaires ou... de la métamorphose du droit pénal », *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 63.

⁸²⁶ Voir : F. MUÑOZ CONDE, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », art. préc., p. 27. Nous reviendrons longuement sur ce dernier point *infra* n°414 et s.

⁸²⁷ Très clairement exprimée par les courants fonctionnalistes, cette idée les dépasse néanmoins largement et est majoritairement admise. Voir par exemple: G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 922 ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 186 et s. ; et pour la France : Ch. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », R.S.C. 2004, *Chroniques*, p. 194-202. Dans une perspective plus critique sur la légitimité de la prévention générale: C. ROXIN, « Sentido y límites de la pena estatal », art. préc., p. 17-19. Nous avons relevé *supra* l'intérêt qu'avait porté le législateur du Code pénal de 1992 à cette fonction expressive de la loi pénale ; voir n°259 et s.

doctrine déplore souvent à juste titre qu'elle soit parfois perçue par le législateur comme la fonction première de la loi pénale (a) et détournée par l'adoption de lois « *promotionnelles* » (b).

a. L'illégitime prééminence de la fonction symbolique.

375. La société du risque que nous venons d'évoquer s'accompagne, d'après les observations des sciences sociales, d'un fort sentiment d'insécurité dans le corps social et d'une intolérance croissante face aux risques de toute nature. Conjuguée à l'action des divers groupes de pression, cette demande de sécurité de l'opinion publique, largement relayée par les médias, conduit parfois le législateur à adopter dans la précipitation des lois exclusivement symboliques⁸²⁸. Entretien l'illusion selon laquelle le Droit, et plus particulièrement le droit pénal, pourrait à lui seul régler les problèmes que connaissent nos sociétés, le législateur multiplie les lois à un rythme tel qu'elles n'ont souvent pas le temps d'être suffisamment appliquées pour en mesurer l'efficacité⁸²⁹. Cette dérive législative emporte parfois comme conséquence une aggravation irréfléchie des peines des infractions déjà réprimées et souvent une grande insécurité juridique par l'adoption d'incriminations vagues et la multiplication des « *doublons*⁸³⁰ ».

376. La doctrine est unanime dans la dénonciation de ce phénomène : qu'elle se place sur le terrain de l'atteinte aux principes d'offensivité et d'intervention minimale⁸³¹ ou bien qu'elle souligne

⁸²⁸ Sur les lois de circonstances, voir par exemple: M. CANCIO MELIÁ, « De nuevo : ¿ 'Derecho penal' del enemigo? », in *Derecho penal del enemigo*, 2^e ed., Thomson, coll. *Civitas*, 2006, p. 108. ; M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., p. 191 ; D. SALAS, *La voluntad de punir, ensai sur le populisme pénal*, Hachette, coll. *Littératures*, 2005, p. 52-72. Ce caractère est d'ailleurs parfois complètement assumé. Le rapporteur à l'Assemblée nationale sur la loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, au cours de la 3^{ème} séance du 8 janvier 2008, a ainsi déclaré : « *Oui, c'est une loi de circonstance ! C'est une loi pour les disparues de l'Yonne, pour Delphine, pour Céline (...) et nous l'assumons pleinement.* » Voir : L. MUCCHIELLI, Introduction à *La frénésie sécuritaire ; Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, op. cit., p. 10.

⁸²⁹ Sur l'ensemble des causes de ce phénomène, voir: M. CANCIO MELIÁ, « De nuevo : ¿ 'Derecho penal' del enemigo? », art. préc., p. 90-110. ; P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 30-37. ; J. DIEZ RIPOLLES, « La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista », art. préc., p. 4. ; G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 903 et 909. ; S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 190. Et spécialement, l'analyse du professeur SILVA SÁNCHEZ, exposée par C. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, « Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal... », art. préc., p. 94-96. Pour la France, voir notamment : A. DEMICHEL, « Le droit pénal en marche arrière », *Dalloz* 1995, Chron. p. 213. ; Ch. LAZERGES, « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *R.S.C.* 2009, p. 689. ; V. MALABAT, « Les infractions inutiles ; Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, op. cit., p. 71-77. ; L. MUCCHIELLI et al., « Cinq ans de frénésie pénale », *La frénésie sécuritaire ; Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, op. cit., 138p ; D. SALAS, *La voluntad de punir, ensai sur le populisme pénal*, op. cit., en particulier, p. 40-62. L'exemple de la législation relative aux « *chiens dangereux* » paraît particulièrement significatif, avec quatre lois en moins de dix ans dont deux en l'espace d'une année ; voir : F. ALEXIS, « De la protection des personnes contre les chiens dangereux », *AJDA* 2008, p. 1821.

⁸³⁰ Même la presse s'émeut à l'occasion de cette situation ; voir par exemple: E. ROHDE, « Trop de loi tue la loi... : la jungle législative », *Le Monde*, 23 janvier 2007 ; « Dix-huit lois sur la sécurité depuis 2001 », *Le Monde*, 4 février 2009.

⁸³¹ Cette critique est surtout répandue chez les partisans d'un droit pénal limité dans son contenu matériel. Voir par exemple: J. DIEZ RIPOLLES, « La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista », art. préc., p. 4. ; L. FERRAJOLI, « Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales », art. préc., p. 6. Elle est néanmoins souvent balayée par les fonctionnalistes ou nuancée quand la loi est considérée comme utile à la prévention générale. Voir par exemple: P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 48.

l'effet pervers de ces abus qui conduisent à l'affaiblissement de la dissuasion pénale⁸³², elle s'accorde sur leur illégitimité⁸³³. Elle se divise en revanche sur la légitimité de l'utilisation d'une autre fonction possible du droit pénal : sa fonction dite « promotionnelle ».

b. La légitimité discutée de la fonction promotionnelle.

377. La fonction dite « promotionnelle » de la loi pénale s'approche de sa fonction symbolique pour jouer sur les mêmes ressorts d'intériorisation de la norme par le citoyen. Elle s'en distingue néanmoins car si la loi symbolique réaffirme l'attachement à une certaine valeur sociale, la loi promotionnelle, elle, prétend inculquer une valeur qui n'est pas encore considérée comme telle par la société. Autrement dit, elle cherche à induire, sous la menace d'une sanction pénale, une modification des valeurs et des comportements sociaux⁸³⁴.

Ce type de loi est parfois très vivement dénoncé, à juste titre nous semble-t-il, comme étant le signe d'un droit pénal autoritaire en totale contradiction avec un droit pénal démocratique censé refléter les valeurs fondamentales partagées par la majorité des citoyens⁸³⁵. Certains auteurs en admettent néanmoins la légitimité, sous couverts d'arguments utilitaristes, lorsque ces lois permettent de contribuer efficacement à la stabilité du système ou que l'absence de conformité avec les valeurs sociales résulte d'un désintérêt des citoyens dû à une méconnaissance du problème à cause d'un défaut d'information de l'opinion⁸³⁶.

378. Quoiqu'il en soit, il est certain que l'évolution de la société vers une société « *du risque* » a conduit le droit pénal à intervenir dans de nouveaux domaines et que ceux-ci, loin de correspondre au schéma classique de l'acte délinquant causant directement une atteinte à une victime déterminée, renvoient à une réalité beaucoup plus complexe qui s'intègre mal dans les éléments traditionnels de l'infraction.

⁸³² Le professeur MIR PUIG souligne ainsi le risque de détérioration de la fonction de prévention, analyse partagée par le professeur CUESTA PASTOR qui dénonce la perte d'efficacité des fonctions empiriques du droit pénal du fait des abus qui en sont faits et la confusion qu'ils entraînent entre droit et morale. Voir : S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 172-173. ; P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 31-33. En France, le même constat est dressé. Voir par exemple : A. GIUDICCELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français ; Aspects légistiques et jurisprudentiels », R.S.C. 2007, p. 509 et s.. Le professeur V. MALABAT souligne en particulier l'atteinte à l'autorité de la loi pénale qu'entraînent les doublons volontaires, adoptés dans un souci de clarté mais qui posent, de même que les doublons involontaires, de délicats problèmes de qualification et de détermination des peines, notamment complémentaires. Voir : V. MALABAT, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 155-165.

⁸³³ Le professeur JAKOBS lui-même, pourtant chef de file du courant de la « *prévention générale positive* » et défenseur d'une droit pénal extrêmement répressif en certaines matières, affirme ainsi (à propos de l'environnement) que le recours au droit pénal symbolique est d'autant plus nécessaire que la légitimité de la loi pénale est faible. Cité par M. CANCIO MELIÁ, « De nuevo : ¿ 'Derecho penal' del enemigo? », art. préc., p. 98, note 15.

⁸³⁴ Plusieurs auteurs reprennent la définition du professeur DIEZ RIPOLLES qui définit ces lois promotionnelles comme celles dont les effets vont plus loin que la confirmation de l'ordre social basique. Voir : S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 188-189. Il faut néanmoins noter que la terminologie peut varier d'un auteur à l'autre, certains employant le terme de promotionnelle en lieu et place de « *symbolique*. » Le professeur JAKOBS les assimile pour sa part à du « *droit pénal de l'ennemi* » (notion que nous étudierons *infra* n°395 et s.), pour ce qui est de la mise en place des Droits de l'Homme dans les pays sortant d'un régime dictatorial. Voir G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », in *Derecho penal del enemigo*, 2^e ed., traduit de l'allemand par M. Cancio Meliá, Thomson, coll. *Civitas*, 2006, p. 51.

⁸³⁵ Le professeur DIEZ RIPOLLES dénonce ainsi par exemple ces lois qui vont au-delà du contrôle de la déviance dans le but de modifier des comportements socialement acceptés, ce qui conduit à des solutions autoritaires : J. DIEZ RIPOLLES, « La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista », art. préc., p. 4. Dans le même sens : P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 105-106. Acceptant la promotion des valeurs sociales par la loi pénale mais refusant qu'elles prétendent être à la base de modifications sociales ou économiques : G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 922.

⁸³⁶ En ce sens, défendant un point de vue utilitariste et la fonction d'éducation de l'État : S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, op. cit., p. 189 et 172 ; cf a HASSEMER, voir *supra* n°134.

B. La transformation des éléments de l'infraction.

379. L'intervention récente du droit pénal dans le règlement des conflits impliquant un grand nombre de victimes réelles (catastrophes collectives) ou potentielles (produits défectueux, pollution...) a soulevé de grandes difficultés quant aux critères d'imputation, objectifs ou subjectifs, traditionnellement admis. Si nous avons eu l'occasion de voir que la théorie de l'infraction dans les pays d'inspiration germanique s'était enrichie de notions inconnues du droit français comme l'action finale ou l'imputation objective afin, notamment, de s'adapter à ces évolutions⁸³⁷ et que ces nouvelles notions ont profondément troublé, dans ces pays, la distinction classique entre éléments objectifs (1) et éléments subjectifs (2) de l'infraction, nous la conserverons ici dans un souci de clarté et nous utiliserons les distinctions habituelles du droit français.

1°/ La transformation des éléments objectifs de l'infraction.

380. En droit français, dans le modèle de référence que constitue l'infraction matérielle, on a coutume de distinguer trois composantes à l'élément matériel de l'infraction : le comportement⁸³⁸, le résultat et le lien de causalité. L'élément objectif de l'infraction est alors par principe constitué d'une action causant un résultat dommageable et reliée à celui-ci par un lien de causalité. Mais si des exceptions ont toujours existé, celles-ci tendent à se multiplier dans une telle mesure que l'on peut se demander si ce modèle traditionnel fait aujourd'hui encore figure de principe. On observe en effet une multiplication des infractions d'omission (a), une indétermination de la notion de résultat (b) et une complexification des cours causaux (c).

a. La multiplication des infractions d'omission.

381. Traditionnellement, le droit pénal réprime des actions et répugne à sanctionner des omissions, considérant qu'il est plus attentatoire aux libertés d'imposer un comportement que d'en interdire un⁸³⁹. Les infractions d'omission véritables ne sont pas celles qui posent le plus de problème, en droit pénal de fond tout au moins, lorsque c'est le législateur qui prévoit expressément de réprimer une omission particulièrement grave en référence à un comportement que l'agent aurait dû accomplir s'il avait fait son devoir⁸⁴⁰ (par exemple, dans l'omission de porter secours, l'agent aurait dû porter assistance à la personne en danger en vertu d'un devoir de solidarité bien compréhensible).

382. Ce qui est beaucoup plus problématique au regard de la théorie du délit est ce que la doctrine des pays de tradition germanique appelle la « *commission par omission* », omission assimilée à l'action et donc répréhensible sans prévision expresse du texte d'incrimination. Rejetée en principe par le

⁸³⁷ Voir respectivement, *supra* n°115 et n°117 (avec l'apport de ROXIN, note 820).

⁸³⁸ La nécessité d'un comportement, traduite par l'adage *Cogitationis poenam nemo patitur* est souvent analysée comme la traduction d'une conception objective du droit, d'un droit pénal de l'acte protecteur des libertés et opposée au jugement moral d'un droit pénal « *d'auteur* ». Cette exigence peut néanmoins être vue également comme une nécessité pratique, une exigence de la sécurité juridique. Voir : G. RADBRUCH, *Introducción a la filosofía del derecho*, *op. cit.*, p. 54.

⁸³⁹ Voir : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, p. 175-177, spécialement n° 305 et n° 308. ; A. LAINGUI, A. LEBIGRE, *Histoire du droit pénal*, T. 1, Cujas, coll. *Synthèse*, p. 44-45. Le professeur JAKOBS expose même que FEUERBACH considérait les seuls « *devoirs négatifs* » comme susceptibles d'incrimination. Voir : G. JAKOBS, *El Derecho penal como disciplina científica*, *op. cit.*, p. 42.

⁸⁴⁰ Sur ce point en particulier et sur la question de l'omission en général, voir : F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, 3^e ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, p. 47-58. ; J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 269-272, n°181 ; A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, *op. cit.*

droit français⁸⁴¹, cette assimilation est en revanche unanimement acceptée en principe par la doctrine de ces pays. Citant souvent l'exemple d'une mère qui laisserait son nourrisson mourir de faim et devrait alors sans aucun doute être punie pour homicide⁸⁴², elle en discute néanmoins âprement les critères depuis fort longtemps. On peut d'ailleurs relever que cette théorie était déjà citée dans l'affaire *Monnier*, qui faisait déjà référence à l'assimilation, par « certains jurisconsultes », de l'omission à l'action lorsque « cette omission porte sur un devoir incombant juridiquement à son auteur⁸⁴³ ».

Le législateur espagnol de 1995 a souhaité mettre un terme aux débats sur les critères de cette commission par omission et en a donné une définition dans la partie générale du nouveau Code pénal⁸⁴⁴. Il a ainsi posé l'exigence d'une relation causale entre l'omission et le résultat ainsi que l'existence d'un devoir d'éviter le résultat, ce que la doctrine appelle une position de « *garant* », d'origine légale ou contractuelle.

Pour ce qui est du droit français, s'il a conservé sa position de principe, on peut néanmoins relever qu'il l'a contourné en édictant des infractions autonomes⁸⁴⁵ et par l'admission de ce que les auteurs appellent parfois l'« *omission dans la fonction* », qui aboutit à des résultats similaires même si son domaine d'application est plus restrictif⁸⁴⁶. On doit d'ailleurs encore signaler une autre exception importante au principe : en matière d'infractions non intentionnelles, le droit français admet l'omission au même titre que l'action même si la rédaction de l'article 121-3 al. 4 conduit le

⁸⁴¹ La position de principe du droit pénal français est en effet très claire depuis fort longtemps. Ainsi, dans la célèbre affaire *Monnier*, la Cour d'appel de Poitiers a refusé, le 20 novembre 1901, de qualifier de violences le fait de laisser une aliénée « *pendant de longues années, dans une chambre sans air et sans lumière dans un grabat immonde* » et de complicité, à supposer l'existence d'un fait principal punissable, « *le rôle purement passif* » du fils de la personne auteur des maltraitances. La Cour de Cassation a confirmé cette analyse le 29 janvier 1936 et a clairement posé qu'« *une simple abstention sans spécifier aucun fait de nature à constituer l'infraction réprimée* », ne pouvait être assimilée à une action positive et a censuré pour insuffisance de motifs l'arrêt attaqué qui avait décidé le contraire. Voir : J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du Droit pénal Général*, op. cit., n°28.

⁸⁴² Par exemple: F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 51.

⁸⁴³ J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du Droit pénal Général*, op. cit., n°28. Il est d'ailleurs remarquable que cet arrêt vérifie ensuite l'existence de ces conditions et qu'il semble rejeter la commission par omission à cause du défaut de devoir juridique incombant à l'agent. Il semblerait donc, *a contrario*, que si ce devoir juridique avait existé, la Cour d'appel de Poitiers aurait admis la commission par omission et donc la qualification de violences. La jurisprudence postérieure de la Cour de Cassation ne permet pas en revanche une telle interprétation, le principe du refus de l'assimilation de l'omission à l'action étant clairement posé sans référence à cette théorie doctrinale et donc sans possibilité de le contourner.

⁸⁴⁴ L'article 11 du Code pénal espagnol dispose ainsi: « *Los delitos o faltas que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión cuando la no evitación del mismo, al infringir un especial deber jurídico del autor, equivalga, según el sentido del texto de la Ley, a su causación. A tal efecto, se equiparará la omisión a la acción:*

a. Cuando exista una específica obligación legal o contractual de actuar.

b. Cuando el omitente haya creado una ocasión de riesgo para el bien jurídicamente protegido mediante una acción u omisión imprudente. »

[« *Les délits [au sens de crimes et délits, le droit espagnol ignorant cette distinction] et les contraventions qui consistent en la production d'un résultat ne seront considérés comme commis par omission que quand celui-ci n'aura pas été évité du fait de l'infraction à un devoir juridique spécifique de l'agent et que cela équivaut, d'après le sens du texte légal, à sa production. En ce sens, l'omission est assimilée à l'action:*

a. Quand il existe une obligation spécifique, légale ou contractuelle, d'agir.

b. Quand celui qui s'abstient a créé une occasion de risque pour le bien juridiquement protégé par une action ou une omission imprudente.]

⁸⁴⁵ Notamment, pour ce qui est du cas cité par la doctrine des pays de tradition germanique des privations de soins ayant entraîné une atteinte à l'intégrité ou à la vie des mineurs, les articles 227-15 al.1 et 227-16 du Code pénal français disposent respectivement que : « *Le fait, par un ascendant ou toute autre personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé est puni de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende* » et « *L'infraction définie à l'article précédent est punie de trente ans de réclusion criminelle lorsqu'elle a entraîné la mort de la victime* ».

⁸⁴⁶ Voir: Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, op. cit., p. 177, n° 309 (omission du chef d'entreprise d'assurer le respect des règles de sécurité par exemple). Il en est de même de l'« *omission dans l'action* », assimilée sans discussion à l'action (omission de freiner pour un automobiliste).

plus souvent à considérer l'omission comme une cause indirecte du résultat et augmente de ce fait l'exigence relative à la gravité de la faute⁸⁴⁷.

383. Nous n'entrerons pas davantage dans les subtilités de la discussion mais nous signalerons que cette catégorie d'« *action* » voit son domaine s'accroître en même temps que se multiplient les réglementations de secteurs d'activités de plus en plus variées et étendues et qu'elle n'est pas sans soulever de difficultés quand à l'imputation objective du résultat ou lorsqu'elle se combine à des questions de cours causal hypothétique.

b. L'indétermination du résultat.

384. Lorsque nous avons présenté l'histoire du concept de bien juridique, nous avons évoqué la critique de BINDING et BIRNBAUM à la théorie de FEUERBACH pour qui le droit subjectif était affecté par l'infraction. Les deux illustres auteurs lui opposaient qu'un droit subjectif ne peut jamais être détruit et que ce qui était atteint par le délit n'était que son substrat matériel⁸⁴⁸. La distinction entre objet juridique et objet matériel du délit s'était alors imposée en doctrine et ne souffrait plus guère de contestation.

Pourtant, la multiplication des biens juridiques collectifs a relancé le débat, spécialement pour la catégorie des biens juridiques que nous avons appelés « *diffus* ». Comment apprécier le résultat de l'infraction en l'absence de tout substrat matériel identifiable⁸⁴⁹ ? Faut-il admettre alors que la multitude d'infractions qui les protègent sont dépourvues de tout résultat⁸⁵⁰ ?

385. Si la réponse à ces questions devait être positive, l'élément matériel de nombres d'infractions se trouverait réduit à un simple comportement mais cela ne serait pas sans conséquences sur les autres éléments de l'infraction que sont l'appréciation de l'élément subjectif de l'infraction, et du lien de causalité.

c. La complexification des cours causaux.

386. Le schéma traditionnel de l'infraction veut qu'un comportement déterminé soit lié à un résultat déterminé par un lien de causalité certain⁸⁵¹. Nous venons d'exposer que le concept d'action avait été largement repensé et que le concept de résultat souffrait d'indétermination; il

⁸⁴⁷ On peut d'ailleurs relever la proximité des termes employés par le Code espagnol avec l'article 121-3 al. 4 du Code pénal français: dans la définition des auteurs indirects, on retrouve quasiment la même idée de « *création d'une occasion de risque* » par la formule « *qui a créé ou contribué à créer la situation à l'origine du dommage (...) ou qui n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter* » et dans la définition de la faute délibérée, « *la violation (manifestement délibérée) d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* » rappelle beaucoup « *l'infraction à un devoir juridique spécifique* ». Notons néanmoins que la mention de l'obligation particulière que l'agent se devait de respecter se trouve ici prise en compte dans la faute et non dans l'élément matériel de l'infraction.

⁸⁴⁸ Voir *supra* n°38.

⁸⁴⁹ On peut rapprocher cette question de celle de la dématérialisation de la « *chose* » et de l'atteinte qui lui est portée dans les infractions contre les biens, abondamment discutée. Voir par exemple : B. BOULOC, « Recel d'information », note sous Cass. Crim., 19 juin 2001, p. 96 *c/a* D. CHEVROTIN, « Bévée sur le caractère non recelable d'une information », *Droit pénal* 2001, n°12 ; M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc. ; M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « L'arrêt *Bourquin*, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons », *R.S.C.* 1990, p. 507 ; R. OTTENHOF, « L'abus de confiance ne nécessite pas que le détournement porte sur un bien matériel ; dès lors, la 'dématérialisation' de l'infraction conduit à s'interroger sur la nécessité d'une remise, au sens classique du terme », *R.S.C.* 2005, p. 852, note sous Cass. Crim., 22 septembre 2004, *Bull. crim.* n° 218.

⁸⁵⁰ Sur l'opposition entre négation et admission systématique d'un résultat d'atteinte au bien juridique dans la doctrine des pays d'inspiration germanique, voir *supra*, note 762.

⁸⁵¹ La solution est admise tant en droit français que dans les pays de tradition germanique. Même si de nombreuses théories ont proposé d'autres critères, plus restrictifs que celui offert par l'équivalence des conditions comme celui de la causalité adéquate, c'est finalement celle-là qui s'est imposée. Notons néanmoins que si toutes les causes certaines restent des causes juridiques du résultat en droit français, celui-ci distingue désormais, parmi celles-ci, les causes directes des causes indirectes en matière d'infractions non intentionnelles. Voir plus précisément *infra* n°266 et 336.

n'est alors pas étonnant que la question du lien de causalité pose elle aussi de nombreux problèmes.

387. — L'incertitude du lien causal. — Bien souvent, les catastrophes collectives ou les atteintes aux personnes résultant de produits défectueux ou de pollutions sont la conséquence d'une multitude de prises de décisions et de comportements qui sont le fait de nombreuses personnes, liées entre elles par des relations complexes. Bien souvent également, il est très difficile de déterminer à quel moment précisément s'est produit le facteur déclencheur, ou au moins prépondérant, qui a entraîné le résultat. Il est également parfois bien difficile d'identifier les victimes des comportements en cause et surtout d'établir avec certitude un lien de causalité avec un comportement déterminé. Si l'on pense à une catastrophe comme celle de Tchernobyl, comment déterminer les causes exactes de l'explosion? Comment déterminer les autorités compétentes qui auraient dû avertir les populations des risques du nuage radioactif? Comment identifier avec précision les victimes, disséminées dans plusieurs pays? Comment établir un lien de causalité certain entre les cancers développés par certains membres des populations exposées et l'accident lui-même ou le silence des autorités⁸⁵²?

Les conditions traditionnelles de la causalité telles que posées par la théorie de l'équivalence des conditions, pourtant classiquement considérée comme la plus extensive pour admettre comme cause juridique du résultat toutes ses causes matérielles, semblent aujourd'hui bien étroites et surtout bien avides de certitudes. Pensée en termes de relation matérielle de causalité, cette construction apparaît comme profondément inadaptée à ces situations où seule l'existence d'un risque est certaine, la réalisation du risque ne pouvant pas elle-même être rattachée de façon certaine au fait générateur du risque (par exemple, on peut savoir qu'être exposé à certaines ondes multiplie par cinq les risques de tumeurs cérébrales mais il n'est pas possible de prouver qu'une personne en particulier, atteinte de ce type de tumeur, ne l'aurait pas été si elle n'avait pas été exposée aux ondes).

Dans la recherche des responsabilités pénales, il semble que l'on ait le choix entre se résigner à ne reconnaître aucune responsabilité pour les atteintes causées et assouplir les conditions de

⁸⁵² La catastrophe de Tchernobyl est en effet particulièrement représentative des difficultés que peuvent rencontrer les victimes, vraies ou supposées, et la justice face à ce genre de catastrophes, tant du point de vue des qualifications applicables que de l'établissement des responsabilités individuelles. Déclenchée suite au dépôt de plainte, en 2000, par la Commission de recherche et d'information indépendante sur la radioactivité et l'Association française des malades de la thyroïde, une instruction sur les conséquences du passage sur la France du nuage radioactif est menée depuis juillet 2001 et compte désormais plus de 400 plaintes avec constitution de partie civile. Si certaines victimes avaient souhaité voir retenue la qualification d'empoisonnement, c'est sur le fondement des atteintes non intentionnelles à l'intégrité des personnes que l'information avait été ouverte. A ce jour, la seule personne poursuivie, le directeur du Service central de protection contre les rayonnements ionisants de l'époque, l'est sur le fondement de la tromperie aggravée, la certitude du lien de causalité entre les cancers de la thyroïde et les dissimulations d'information n'ayant pu être établie. Mais il n'y a pas que devant les juridictions pénales que les responsabilités sont difficiles à établir. La Cour administrative d'appel de Paris a en effet débouté, le 19 mars 2008, une personne souffrant d'un cancer de la thyroïde et qui souhaitait engager la responsabilité de l'État, pour n'avoir pas pleinement informé les populations de la réalité de la situation et n'avoir pas pris pas les mesures sanitaires nécessaires aux motifs, que : « *la responsabilité de l'Etat français ne pourrait être engagée en l'espèce que s'il était établi, d'une part, que la pathologie à l'origine du préjudice dont Mme Ledoux demande réparation résulte directement de son exposition aux retombées radioactives provenant de l'explosion de la centrale de Tchernobyl, et que, d'autre part, l'Etat a commis une faute de nature à engager sa responsabilité ayant privé l'intéressée d'une perte de chance sérieuse d'échapper à l'affection dont elle est atteinte* ». Notons enfin que la Cour de Justice de la République a classé sans suite en octobre 2003 une plainte qui visait cinq anciens ministres pour mauvaise information du public. Voir : « Tchernobyl : une information judiciaire a été ouverte pour ' atteinte involontaire à l'intégrité des personnes' suite au dépôt de plaintes judiciaires », Le Monde, 19 juillet 2001 ; « Nuage radioactif de Tchernobyl : 200 nouvelles plaintes pour ' empoisonnement' ont été déposées », Le Monde, 27 avril 2002 ; « Cancers thyroïdiens : le professeur Pellerin convoqué par la juge chargée du dossier », Le Monde, 30 mai 2006 ; Cour administrative d'appel de Paris, 19 mars 2008, *AJDA* 2008, p. 1286, « L'accident de Tchernobyl et la responsabilité de l'Etat français sur les cancers de la thyroïde ».

l'infraction⁸⁵³. Alors que les tribunaux français semblent le plus souvent opter pour la première solution comme dans l'emblématique affaire du sang contaminé⁸⁵⁴, les tribunaux espagnols, dans une autre affaire extrêmement médiatisée, ont adopté la solution inverse, condamnant pour homicide involontaire les producteurs d'une huile de colza dont on savait qu'elle avait entraîné des décès mais sans que l'on puisse déterminer les causes précises des intoxications ni les comportements qui étaient à l'origine de la contamination⁸⁵⁵.

388. — L'accumulation de causes insuffisantes en elles-mêmes. — Parallèlement à ce problème de certitude du lien de causalité, il arrive qu'un comportement soit en lui-même insignifiant mais que la multiplication de comportements identiques nuise gravement au bien juridique collectif protégé (on pense ici particulièrement aux infractions en matière de protection de l'environnement, un dépassement minime des seuils de pollution autorisés n'ayant pas véritablement d'influence mais la multiplication des dépassements entraînant de lourdes conséquences sur l'environnement mais aussi sur la santé des populations exposées). La doctrine a alors proposé une théorie dite de l'« *accumulation* » pour permettre d'imputer à tous ces comportements l'affectation du bien juridique protégé⁸⁵⁶. Vivement discutée, cette proposition qui ne peut ici être analysée plus en détail, montre bien combien les éléments les plus basiques de l'infraction peuvent être remis en cause dans une partie objective de l'infraction qui reste, surtout en France, profondément imprégnée de concepts naturalistes ou, pour reprendre les termes du professeur ROXIN, sous l'emprise du « *dogme causal* ».

389. Mais la partie objective de l'infraction n'est pas la seule à apparaître inadaptée aux nouveaux enjeux de nos « *sociétés du risque* », il en est de même de sa partie subjective.

2°/ La transformation des éléments subjectifs de l'infraction.

390. Pour ce qui est des difficultés aujourd'hui rencontrées dans la partie subjective de l'infraction, on pense évidemment à la question des personnes morales, dont la possibilité même de leur imputer une faute reste fort discutée⁸⁵⁷. Nous préférons néanmoins remettre l'analyse de cette question complexe et relativement récente en droit positif français à plus tard pour nous attacher à l'analyse de la faute des personnes physiques et à l'évolution qu'elle a connu du fait de la complexification de la société, en particulier dans la détermination de la faute d'imprudence (a) et de la nature de la faute exigée par certaines infractions particulières (b).

⁸⁵³ Il en va différemment en droit civil et en particulier en matière d'accident de la circulation depuis la loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation. Rompant avec le concept de réparation, cette loi permet à toute victime d'accident impliquant un véhicule terrestre à moteur d'obtenir une indemnisation de son préjudice par le conducteur de tout véhicule « *impliqué* » dans l'accident. L'implication, systématiquement retenue en cas de contact avec le véhicule du défendeur, peut aussi l'être en son absence et ne requiert pas l'existence d'un lien de causalité. Voir par exemple : P. JOURDAIN, « L'implication du véhicule : nouveaux éclaircissements », *RTD Civ.* 1995, p. 382 et s.

⁸⁵⁴ Les condamnations prononcées par les juridictions de droit commun l'ont été sur le fondement du délit-obstacle de tromperie Voir : CA Paris, 3 mai 1993, *Dalloz*, 1994, 118, note PROTHAIS. Pour l'absence d'homicide non intentionnel: Cass. Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127, p. 483, rejetant le pourvoi formé contre l'arrêt de la chambre de l'instruction de la Cour d'Appel de Paris du 4 juillet 2002 et validant ainsi, notamment, son « *appréciation souveraine* » de « *l'incertitude sur l'existence d'un lien de causalité entre les fautes reprochées et le dommage.* » Il convient néanmoins de rester prudent car la Cour de Justice de la République avait, elle, retenu l'homicide non intentionnel à l'encontre du Secrétaire d'État à la Santé de l'époque tout en le dispensant de peine: C.J.R., 9 mars 1999, n°99-001. Dans l'affaire dite de l'« *hormone de croissance* », la juridiction de premier degré a admis l'existence du lien de causalité mais a relaxé au motif qu'aucune faute qualifiée ne pouvait être établie à l'encontre des personnes poursuivies. Voir : T. Corr. Paris, 14 janvier 2009, et les observations sur cette décision *infra* note 1397.

⁸⁵⁵ Voir: M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, *op. cit.*, p. 197.

⁸⁵⁶ Voir par exemple la théorie d'HEFENDEL, exposée par G. PORTILLA CONTRERAS, « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico... », art. préc., p. 920-921. Pour une présentation critique de ces théories: S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, *op. cit.*, p. 184-186.

⁸⁵⁷ Nous y reviendrons *infra* n°671 et s.

a. La difficile détermination de la faute pénale d'imprudence.

391. A l'origine, le droit pénal sanctionnait presque exclusivement des comportements intentionnels et la répression des infractions d'imprudence restait marginale⁸⁵⁸, réservée à certains biens juridiques particulièrement précieux comme la vie ou l'intégrité physique. Mais la multiplication des risques, et des atteintes aux personnes, par les nouveaux secteurs d'activités a, là encore, changé la donne et certains estiment aujourd'hui que la moitié des incriminations sont aujourd'hui non intentionnelles⁸⁵⁹. Longtemps boudée par la doctrine, la question n'a suscité que tardivement des tentatives de constructions théoriques et s'est trouvée, dans les pays de tradition germanique, intimement liée au développement de l'élément appelé « *imputation objective* ». Se refusant à ce que n'importe quel acte imprudent emporte des conséquences pénales en cas de résultat dommageable, la doctrine y a majoritairement admis que, d'une part, le comportement doit enfreindre un devoir de prudence et ainsi dépasser le « *risque autorisé* » et que, d'autre part, le résultat doit avoir été prévisible⁸⁶⁰. Ces restrictions sont inextricablement liées à l'appréciation de la faute d'imprudence qui se trouve alors appréciée *ex ante*, au moment de la réalisation du comportement et indépendamment des conséquences qu'elle a pu entraîner et qui apparaîtront *ex post*⁸⁶¹.

Or, pour ce qui est du droit français, on se souvient que la plupart des auteurs considèrent que la qualification d'une faute pénale d'imprudence (simple) se déduit de la réalisation du résultat et de l'existence du lien de causalité⁸⁶². C'est en effet tout à fait la position de la jurisprudence française, qui, en admettant la possibilité d'une condamnation sur le fondement d'une « *culpa levisima* » dès lors qu'elle se trouve en relation de causalité certaine avec le dommage, en vient à consacrer une responsabilité quasi-objective fondée sur une appréciation des éléments des infractions non intentionnelles *ex post* : c'est de la production du résultat dommageable causée par le comportement actif ou passif que l'on déduit l'existence d'une faute d'imprudence⁸⁶³. Tout à fait critiquable, cette solution traditionnelle a été remise en question par le législateur du 10 juillet 2000 pour les seuls auteurs indirects⁸⁶⁴ : depuis lors, la responsabilité pénale de ceux-ci ne peut plus être engagée que si l'on peut relever à leur encontre une faute qualifiée, soit délibérée, soit caractérisée. Nous reviendrons plus bas sur les applications prétoriennes de ces nouveaux critères et sur les incertitudes qui demeurent encore aujourd'hui⁸⁶⁵ mais nous pouvons d'ores et déjà noter un intéressant changement de perspective. Dans la faute délibérée, constituée par la « *violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* », c'est nettement l'intention de dépasser le « *risque autorisé* » qui apparaît : celui qui ne respecte pas, délibérément, des dispositions ayant pour objet d'assurer la sécurité, expose indéniablement autrui à un risque et sa faute est clairement établie *ex ante*, au moment même de la violation de l'obligation. Pour ce qui est de la faute caractérisée, outre l'idée d'une certaine gravité, il nous semble que là encore, par l'exigence d'une exposition d'autrui à un risque « *qu'il ne pouvait ignorer* » le législateur a introduit une appréciation *ex ante* : quoi qu'il en soit de la nécessité d'une connaissance effective du risque, discutée en doctrine et encore incertaine dans la jurisprudence, il faut que ce risque apparaisse au minimum comme prévisible au moment de la réalisation du comportement fautif, c'est-à-dire qu'il ne peut être établi du fait de la seule production, *ex post*, du

⁸⁵⁸ Les Codes pénaux allemand et espagnol, comme le Code pénal français, expriment bien cette idée puisqu'ils prévoient tous trois que les comportements imprudents ne sont sanctionnés que quand la loi le prévoit expressément (respectivement, 15, art. 12 et art. 121-3 al. 3).

⁸⁵⁹ C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, op. cit., p. 996.

⁸⁶⁰ Voir par exemple : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, op. cit., p. 996-1001.

⁸⁶¹ Voir par exemple : H. IRRAZÁBAL IBÁÑEZ, « Contenido del injusto penal culposos : la frontera entre la responsabilidad objetiva y la imprudencia », [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com/>>

⁸⁶² Voir *supra* n°245247 et 247.

⁸⁶³ Voir : S. MIR PUIG, « La perspectiva 'ex ante' en derecho penal ».

⁸⁶⁴ Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.

⁸⁶⁵ Voir plus précisément *infra* n° 541 et s. et n° 676 et s.

résultat prohibé. Même si l'ampleur du changement de perspective est à relativiser fortement du fait de l'application prétorienne qui en est faite, il n'en reste pas moins radical et marque un net recul du « *dogme causal* » pour ce qui concerne les auteurs indirects, c'est-à-dire le plus souvent les acteurs de ces domaines d'activités rattachés à la « *société moderne* ».

392. Mais si cette adaptation du droit à l'évolution de la société bouleverse l'appréciation de la faute non intentionnelle, il en est de même de la faute intentionnelle et en particulier de son domaine d'application. La détermination de la nature, concrète ou abstraite, du bien juridique protégé va en effet apparaître comme fondamentale à l'heure d'apprécier si l'infraction exige un dol général ou un dol éventuel.

b. La difficile détermination de la nature de la faute exigée.

393. En théorie, la distinction entre faute intentionnelle et non intentionnelle est bien marquée et même si les auteurs ont pu discuter de la définition et de l'assimilation éventuelle du dol éventuel à l'intention, le principe est que la volonté tendue vers le résultat constitue une faute intentionnelle alors que lorsque le résultat n'est pas recherché par l'agent, sa faute, si grave soit-elle, est non intentionnelle⁸⁶⁶. Mais pour simpliste qu'il soit, ce bref rappel révèle déjà un délicat problème : puisque l'intention est appréciée par rapport au résultat, l'indétermination relevée plus haut de celui-ci va nécessairement entraîner d'épineuses difficultés. Il apparaît en effet qu'une même incrimination peut également être qualifiée d'infraction de risque (ou de prévention) par rapport à un bien juridique considéré de façon concrète et d'infraction de lésion par rapport à un bien juridique considéré de façon abstraite. Ainsi, par exemple, rouler ivre beaucoup trop vite constitue un risque abstrait pour l'intégrité physique des autres usagers potentiels de la voie publique mais bien une atteinte à la sécurité routière. Si l'on prend le bien juridique ou le résultat comme point de référence pour apprécier l'élément psychologique, il est fort délicat de le déterminer : il s'agirait en effet d'un dol éventuel par rapport à l'intégrité physique des autres usagers mais bien d'un dol général par rapport à la sécurité routière⁸⁶⁷.

394. Mais si les exigences traditionnelles des éléments, objectifs et subjectifs, de l'infraction sont souvent incompatibles avec les domaines d'intervention du droit pénal lié à la « *société du risque* » et que l'on peut voir les germes d'un « *sous droit pénal* » dans la multiplication d'incriminations aux éléments constitutifs édulcorés, un autre phénomène préoccupe davantage encore la doctrine pénaliste des pays démocratiques. Il s'agit de la multiplication des dispositions pénales

⁸⁶⁶ Voir *supra* n°247.

⁸⁶⁷ S. SOTTO NAVARRO, *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna, op. cit.*, p. 183. Ce problème est également apparu en droit français au travers de l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui. Si l'on admet que cette incrimination est une infraction de prévention et qu'en l'absence de résultat (matériel), le résultat légal est le comportement, alors l'intention de l'agent doit être appréciée au regard du seul comportement constituant la violation de l'obligation particulière de prudence ou de sécurité et l'intention ou non de faire courir un risque à autrui est indifférente. Si l'on admet au contraire que le résultat (légal) de l'infraction est le risque lui-même, et que ce risque n'a pas à être déterminé comme exposant une personne en particulier, alors l'incrimination devient intentionnelle, celui qui viole de façon manifestement délibérée une obligation particulière de sécurité et de prudence ayant nécessairement conscience du résultat (et la volonté de le créer puisque la violation est manifestement délibérée). Pour une présentation particulièrement intéressante, voir : V. MALABAT, « Le délit de mise en danger, la lettre et l'esprit », art. préc., p. 339-342. Si l'on se place plus strictement du point de vue du bien juridique, la question serait d'abord de savoir si le risque visé par le texte s'entend d'un risque pour le bien juridique collectif « *sécurité routière* » ou bien d'un risque concret pour le bien juridique intégrité physique d'usagers déterminés. En fonction du bien juridique considéré comme protégé, l'incrimination est intentionnelle, l'atteinte à la sécurité routière étant bien intentionnelle, ou non intentionnelle, l'agent n'ayant pas l'intention de causer une atteinte à l'intégrité physique des autres usagers et un simple dol éventuel pouvant donc être caractérisé.

déroatoires au droit commun qui conduisent à la création d'une sorte de « *super droit pénal*⁸⁶⁸ », souvent appelé en Allemagne et en Espagne « *droit pénal de l'ennemi* » et qui va jusqu'à remettre en cause les fondements mêmes du droit pénal.

II La remise en cause des fondements du droit pénal.

395. Bien que le terme de « *droit pénal de l'ennemi* » ne soit encore que rarement utilisé en France⁸⁶⁹, il est devenu un concept majeur dans les pays d'inspiration germanique depuis qu'il a vu le jour au milieu des années 1980 sous la plume du professeur JAKOBS⁸⁷⁰. Mais si l'introduction de dispositions relevant d'un tel droit pénal est aujourd'hui observable dans toutes les démocraties occidentales (A), les conséquences et les dérives qu'il emporte sont âprement discutées (B).

A. L'existence d'un « *droit pénal de l'ennemi* ».

396. Ce que le professeur JAKOBS appelle « *droit pénal de l'ennemi*⁸⁷¹ » n'est pas véritablement dénommé comme tel par les lois qui le consacrent. Il est pourtant reconnaissable pour être dépourvu d'un certain nombre de garanties reconnues par le droit commun (1) et pour se justifier par une rhétorique qui emprunte davantage au langage de la guerre qu'à celui du Droit (2).

1°/ L'émergence d'un droit allégé en garanties.

397. La première des caractéristiques du droit pénal « *de l'ennemi* » est d'être un droit déroatoire, exorbitant du droit commun. Face à certains problèmes particuliers, le législateur va décider de faciliter la répression en aménageant les règles traditionnelles du droit pénal ou de la procédure pénale. Après avoir rappelé que le droit pénal commun assure le maintien de l'effectivité de la norme, le professeur JAKOBS dégage ainsi plusieurs signes distinctifs d'un droit pénal « *de l'ennemi* » qui obéit à une logique différente en n'étant pas tourné vers la sanction d'un acte passé mais uniquement vers le futur et la neutralisation du risque que présente le délinquant⁸⁷². Pour arriver à

⁸⁶⁸ C'est là l'idée développée notamment par le professeur SILVA SANCHEZ d'un droit pénal à « *plusieurs vitesses* » et souvent reprise dans la doctrine latino américaine. Voir notamment : P. MILANESE, « El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima », 2007, [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com>>.

⁸⁶⁹ Son apparition dans le sens qui nous intéresse ici est en effet très récente dans la doctrine française même si le terme d'« *ennemi* » était déjà parfois utilisé pour désigner l'ensemble des délinquants. Sur le délinquant comme ennemi du corps social dans les théories du contrat social, voir : M. FOUCAULT, *Surveiller et punir*, Gallimard, coll. *Tel*, 1995, p. 107. Sur l'émergence en France du concept de « *droit pénal de l'ennemi* » tel qu'entendu dans la doctrine des pays inspirés du modèle allemand, voir : M. DELMAS-MARTY « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *R.S.C.* 2007, p. 461. Bien que tardif, l'intérêt de la doctrine française pour le sujet est aujourd'hui extrêmement vif, comme en témoignent un numéro récent de la *Revue de Sciences Criminelles*, qui y consacre toute une série d'articles, et la tenue d'une conférence sur la question au Collège de France. Voir : M. DELMAS-MARTY, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », art. préc. ; M. DONINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *R.S.C.* 2009, p. 31 ; G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc. ; F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc. ; E.-R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc., et G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », juin 2009, [en ligne], <<http://www.college-de-france.fr/>>.

⁸⁷⁰ Voir l'histoire de cette construction doctrinale par le professeur CANCIO MELLIÁ dans son ouvrage commun avec le professeur JAKOBS : M. CANCIO MELLIÁ, « De nuevo : ¿ 'Derecho penal' del enemigo? », art. préc., p. 117.

⁸⁷¹ L'expression est, semble-t-il, empruntée à MEZGER. Voir : M. BAILONE, « Historia del derecho penal », art. préc., p. 11. Plus largement, le parallèle entre la théorie de JAKOBS et celle de MEZGER, à la suite de SCHMITT, est fréquemment établie ; voir notamment : F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc.

⁸⁷² Sur la fonction de la loi pénale de droit commun chez ce professeur, voir *supra* n°363 et s. Sur l'opposition entre les deux finalités des normes de droit commun et « *de l'ennemi* », voir : G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », in *Derecho penal del enemigo*, 2^e ed., traduit de l'allemand par M. Cancio Meliá, Thomson, coll. *Civitas*, 2006, p. 23-27.

cette fin, le législateur recourt à deux procédés principaux : l'anticipation de la répression sur l'*iter criminis* (a) et la mise en place d'une procédure aggravée destinée à faciliter les poursuites en certaines matières (b)⁸⁷³.

a. Une répression anticipée.

398. Une des premières garanties du droit pénal moderne est de ne pas punir de simples pensées mais de n'intervenir qu'une fois que l'intention criminelle s'est manifestée dans le monde extérieur. Des discussions ont toujours opposé la doctrine entre des positions objectivistes et subjectivistes mais le droit pénal exige en principe un commencement d'exécution d'une infraction déterminée⁸⁷⁴. Le professeur JAKOBS souligne que l'incrimination de certains actes préparatoires peut être justifiée en droit pénal s'ils perturbent l'ordre public mais qu'ils relèvent du droit pénal de l'ennemi quand la **peine n'est plus proportionnelle à la gravité de cette perturbation mais s'aligne sur la peine de l'infraction envisagée**. Contraire à l'admission par le droit commun des pays d'inspiration germanique d'une gradation de l'injuste proportionnelle au degré de l'atteinte subie par les biens juridiques concrets, cette sévérité de la sanction s'explique néanmoins pour cet auteur car « *le fait d'appartenir à une telle association est déjà constitutif d'un crime* » et qu'il ne s'agit pas alors de réprimer des actes préparatoires à un crime mais un crime déjà « *réalisé et commis* »⁸⁷⁵. C'est alors la dangerosité de l'auteur qui devient le seul fondement de la sanction et la neutralisation sa seule finalité⁸⁷⁶.

Encouragées au niveau européen⁸⁷⁷, les législations antiterroristes⁸⁷⁸ se multiplient dans les pays démocratiques⁸⁷⁹ et sont l'archétype de ce « *droit pénal de l'ennemi* ». Elles prévoient ainsi la

⁸⁷³ En 1999, le professeur JAKOBS avait dégagé trois caractéristiques au « *droit pénal de l'ennemi* » : « 1) *augmentation de la gravité des peines au-delà de l'idée de proportionnalité, permettant même l'application de 'peines draconiennes'* ; 2) *abolition ou réduction au minimum des garanties du procès accordées à l'accusé, comme le droit à un procès équitable, à ne pas s'auto-incriminer, à l'assistance d'un avocat, etc.* ; 3) *criminalisation de comportements qui, en réalité, ne supposent pas un vrai danger pour des biens juridiques concrets, en anticipant l'intervention du droit pénal avant même l'étape d'exécution du délit.* » Voir : F. MUÑOZ CONDE, « *Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ?* », art. préc. Il nous semble que l'on peut traiter ensemble l'aggravation et l'anticipation de la répression, celles-ci étant relatives au droit pénal de fond et nous apparaissant inextricablement liées. Nous reviendrons sur le glissement de la « *peine draconienne* » vers l'abandon de la notion de peine, liée à celui de l'idée de responsabilité. Voir *infra*, n°421 et s.

⁸⁷⁴ Voir : II2 du Code pénal allemand, art. 16 du Code pénal espagnol et art. 121-5 du Code pénal français.

⁸⁷⁵ Voir : G. JAKOBS, « *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi* », art. préc.

⁸⁷⁶ G. JAKOBS, « *Terroristas como personas en Derecho ?* », in *Derecho penal del enemigo*, op. cit., p. 61-63. Il ne s'agit plus alors pour le professeur JAKOBS d'une peine à proprement parler mais plutôt d'une mesure de sécurité.

⁸⁷⁷ *Ibid.*, p. 59-61. Voir notamment : Décision-cadre du Conseil Européen n° 32002F0475 du 13 juin 2002 et relative à la lutte contre le terrorisme, article 2, 2. : « *Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour rendre punissables les actes intentionnels suivants: a) la direction d'un groupe terroriste; b) la participation aux activités d'un groupe terroriste, y compris en fournissant des informations ou des moyens matériels, ou par toute forme de financement de ses activités, en ayant connaissance que cette participation contribuera aux activités criminelles du groupe terroriste.* » Ce même Conseil de l'Union européenne propose également, dans un document de décembre 2005, de créer des espaces juridiques de prévention de l'incitation au terrorisme, l'arrestation des terroristes dans les prisons ou les lieux de cultes comme les mosquées, le plus grand contrôle d'internet, un meilleur partage des données relatives aux voyageurs, l'intégration de données biométriques aux documents d'identité et passeports et enfin la promotion de la coopération policière et judiciaire à travers Europol et Eurojust. Voir : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmoderno*, Valencia, Tirant lo blanch, coll. U'' *alternativa*, 2007, p. 200-208 et en particulier, p. 203. Dans une nouvelle décision-cadre du 28 novembre 2008, le conseil enjoint les États de considérer comme des infractions liées au terrorisme plusieurs incriminations telles que le vol, le chantage ou le faux en écriture publique réalisés « *en vue de* » commettre une infraction terroriste. Il appelle également à la répression de l'incitation en tant que telle et non plus en tant qu'acte de complicité. Voir : Décision-cadre du Conseil Européen 2008-919-JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre le terrorisme. Sur la jurisprudence du Tribunal des Communautés européennes, et notamment l'annulation d'une décision du Conseil relative au gel de fonds d'une association pour non respect des droits de la défense, voir : C. DEMUNCK, « *Lutte contre le terrorisme et respect des droits fondamentaux : le difficile équilibre* », *Dalloz* 2008, Actualités, 16 décembre 2008.

répression à titre autonome de ce qui constituerait de simples **actes préparatoires** d'infractions terroristes et sanctionnent ces comportements, largement définis, de peines extrêmement sévères, y compris pour la seule participation à un groupement terroriste. Le Code pénal français, plusieurs fois modifié récemment, suit tout à fait cette ligne en prévoyant désormais en ses articles 421-2-1, 421-5 et 421-6 une peine de 10 ans d'emprisonnement et 225 000€ d'amende à l'encontre de celui qui participe à un groupement ou entente terroriste (voire de 20 ans de réclusion et 350 000€ d'amende selon l'infraction projetée) et une peine de 20 ans de réclusion criminelle et 500 000€ d'amende pour qui les dirige ou organise⁸⁸⁰.

Mais les législations antiterroristes incriminent également souvent à titre autonome ce qui serait normalement considéré comme une **tentative de complicité non punissable**⁸⁸¹ ou comme un élément permettant de **soupçonner un recel**⁸⁸². Parallèlement, le terrorisme étant désormais international, tous ces pays se sont dotés de législations particulièrement strictes en matière d'immigration illégale et l'« étranger » se trouve soumis à des mesures de contrôles

⁸⁷⁸ Sur les différentes définitions du terrorisme en droit comparé et international, toujours larges, et subjectives : D. CUMIN, « Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello* », R.S.C. 2004 p. 11. Ce constat est confirmé par les lois adoptées postérieurement à cette étude qui tendent à élargir encore la définition du terrorisme au travers de la notion de « *finalité terroriste* », en particulier en Italie (L. n°155 du 31 juillet 2005) et aux Etats-Unis (« *Patriot Act II* », adopté en mars 2006). Voir notamment : M. DONINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », art. préc. Le terrorisme est ainsi désormais défini aux Etats-Unis comme toute réalisation ou menace d'une action violente ou préjudiciable destinée à influencer le gouvernement ou à intimider la population dans le but de promouvoir une cause politique, religieuse ou idéologique. Voir par exemple : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., respectivement, p. 161 et 192, note 282.

⁸⁷⁹ Ainsi, et pour ne citer que les réformes les plus importantes : en plus des lois citées à la note précédente, voir pour l'Espagne, la loi du 30 juin 2003 aggravant notamment les peines encourues et restreignant les possibilités de libération conditionnelle et la loi organique 20/03 du 23 décembre 2003 ; pour l'Allemagne, la loi du 9 janvier 2002 ; pour le Royaume Uni, les lois de décembre 2001 et du 30 mars 2006. Voir : F. MUÑOZ CONDE, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », art. préc., p. 30-35. Et pour une présentation détaillée : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 120-199. L'Amérique latine est également extrêmement touchée par le phénomène ; voir : M. ZAMORA CORDERO, « La construcción del enemigo en el derecho penal del enemigo a nivel latinoamericano », [en ligne], 2006 ; et, pour l'Argentine en particulier : F. TROPEA, « La ley 25.886 y la ruptura con los principios de la penalidad moderna », [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com/>>.

⁸⁸⁰ Les dispositions citées, dont les bases ont été posées par la loi L. n° 86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme, ont ainsi été récemment aggravées successivement par les lois : L. n°96-647 du 22 juillet 1996 relative à la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes chargées d'une mission de service public, L. n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, L. n° 2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure, L. n°2004-204 du 9 mars 2004 relative à l'adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et L. n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

⁸⁸¹ Ainsi par exemple de l'article 421-2-3 du Code pénal français qualifie d'acte terroriste le financement ou les conseils donnés pour financer un acte terroriste « *indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte* », ce qui est puni de 10 ans d'emprisonnement et 225 000 € d'amende par l'article 421-5 al. 1, la tentative de ce délit étant elle-même punissable des mêmes peines en vertu de l'alinéa 2 de ce même article 421-5. On en arrive alors à criminaliser ce que le droit commun considérerait comme une tentative de tentative de complicité. Dans une optique similaire, le Royaume-Uni punit de 7 ans d'emprisonnement l'apologie de terrorisme, largement définie et l'Italie de 7 à 15 années de prison tout acte de collaboration avec une entreprise terroriste. Voir : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 177 et 157 ; E.-R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc.

⁸⁸² Ainsi de l'article 421-3-1 du Code pénal français qui punit de 7 ans d'emprisonnement et 100 000€ d'amende l'impossibilité de justifier ses ressources tout en étant en relations habituelles avec des personnes se livrant à des actes définis comme terroristes.

extrêmement poussées⁸⁸³, l'aide apportée au séjour irrégulier d'étrangers, terroristes⁸⁸⁴ ou non⁸⁸⁵, étant elle-même de plus en plus sévèrement réprimée.

399. Mais il n'y a pas qu'en droit pénal de fond que l'on trouve du droit pénal de l'ennemi, la procédure pénale est elle aussi fortement marquée par cette intrusion.

b. Une procédure aggravée.

400. Comme le souligne le professeur JAKOBS, la personne poursuivie se voit toujours privée de certains de ses droits afin de permettre le bon déroulement du procès pénal. La situation n'est pas nouvelle mais, de même qu'en droit pénal de fond, l'on peut néanmoins noter une tendance très nette au durcissement des **procédures exorbitantes du droit commun**, spécialement depuis les attentats terroristes du 11 septembre 2001. De nombreux auteurs considèrent alors que l'on se trouve désormais face à une véritable « *procédure pénale de l'ennemi* » en matière de terrorisme. Sans rentrer dans les détails de ces législations, on peut relever que cette tendance s'observe à tous les niveaux de la procédure.

Au stade de l'enquête, les forces de l'ordre peuvent ainsi recourir de plus en plus largement à des techniques d'investigations auparavant interdites ou très encadrées comme l'infiltration, la rémunération des « *indics* », le témoignage anonyme ou de « *repentis* », la surveillance des locaux d'habitation et des communications téléphoniques ou électroniques... Les fouilles de véhicules et les horaires pendant lesquels les perquisitions sont possibles ont, elles aussi, été nettement étendues. La garde à vue peut désormais atteindre en droit français une durée de 6 jours et l'intervention de l'avocat, symbole fort, est retardée à la 96^{ème} heure. Le recours à la détention provisoire est plus systématique, la prescription de l'action publique est allongée et ce sont des

⁸⁸³ Un auteur qualifie ainsi le droit des étrangers allemand de « *droit purement policier* », celui-ci limitant le droit d'asile et surtout autorisant des recherches dérogatoires du droit commun en matière de surveillance des données personnelles et des moyens de télécommunication. Voir : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 151. La France a connu une évolution similaire, la première loi antiterroriste suivant le 11 septembre élargissant notamment les conditions pour procéder à un contrôle d'identité dans les lieux publics à la demande du Procureur de la République. Voir l'article 23 de la loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne. Notons également la disposition hautement symbolique adoptée à l'article 21 de la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, à la sécurité et aux contrôles frontaliers, qui porte à 15 ans au lieu de 10 le délai pendant lequel un étranger nationalisé peut être déchu de sa nationalité française suite à une condamnation pour un crime ou un délit terroriste ou constituant une atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation.

⁸⁸⁴ Le Royaume-Uni a ainsi prévu une incrimination autonome pour qui héberge une ou plusieurs personnes qui ont pour but de commettre des actes de violence à finalité terroriste. Voir : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 161.

⁸⁸⁵ L'article L622-1 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile punit ainsi d'une peine de 5 ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende toute personne qui aura « *par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier, d'un étranger en France* ». Ce qui pourrait apparaître comme une complicité de séjour irrégulier se trouve alors réprimé, à titre autonome, bien plus sévèrement que le séjour irrégulier lui-même, puni par l'article L621-1 du même Code d'un emprisonnement et 3750 € d'amende. Il est également remarquable que le législateur ait prévu pour cette infraction, à l'article L622-4 al. 4, un cas particulier d'état de nécessité, plus restrictif que les dispositions de droit commun de l'article 122-7 du Code pénal. Il faut ainsi que cette aide soit « *nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger* » et il est exclu, non seulement en cas de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace, mais aussi « *s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte* ». C'est peut-être pour échapper au principe *specialia generalibus derogant* que la doctrine qualifie parfois cette disposition particulière d'« *immunité* », position qui expliquerait qu'une juridiction ait récemment pu fonder une relaxe sur l'état de nécessité général de l'article 122-7 du Code pénal. Voir respectivement : S. LAVRIC, « Le délit de solidarité, mythe ou réalité ? », *blog Dalloz*, 20 mai 2009, [en ligne], <<http://blog.dalloz.fr>> ; Tribunal correctionnel de Foix, 8 septembre 2009, n°713/2009 ; *Dalloz*, Actualité, 22 septembre 2009, observations S. LAVRIC, « Relaxe d'une femme poursuivie pour 'délit de solidarité' ».

juridictions spécialisées qui instruisent et jugent ces affaires⁸⁸⁶. En dehors de tout procès pénal, les législations antiterroristes, et en particulier la dernière loi française en la matière du 23 janvier 2006, incitent à la généralisation de la vidéosurveillance, au point qu'un auteur y voit l'« *instauration d'une société de contrôle et la militarisation du droit pénal*⁸⁸⁷ ».

Souvent dénoncées comme « *sécuritaires* », ces législations sont souvent légitimées, tant politiquement que philosophiquement, par l'affirmation de la nécessité de préserver la société elle-même et de lutter contre des ennemis qui voudraient la détruire.

2°/ Une justification théorique guerrière.

401. Il n'est pas besoin d'être un fin linguiste pour relever que les intitulés, exposés de motifs et justifications des lois adoptant des dispositions de droit pénal de l'ennemi utilisent un vocabulaire guerrier. Mais le professeur JAKOBS va plus loin et démontre qu'au-delà des mots (a), ces expressions renvoient à un véritable concept, concept du droit de l'ennemi qui trouve sa justification philosophique dans certaines des théories du contrat social (b).

a. Une rhétorique guerrière.

402. Depuis les attentats du 11 septembre 2001, l'expression de « *guerre contre le terrorisme* » est très souvent employée, notamment par le président américain Georges W. BUSH qui a ainsi justifié pendant plusieurs années les arrestations, détentions et tortures de suspects en dehors de tout cadre légal, le droit de la guerre même n'étant pas appliqué⁸⁸⁸. Bien que les pays européens se refusent en général à cautionner de telles pratiques, il est néanmoins évident que les législations

⁸⁸⁶ Voir notamment : D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », *Le champ pénal ; Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 53-69. Pour l'étranger, voir par exemple, sur les mesures portant atteinte au secret des correspondances et à l'inviolabilité du domicile et sur l'admission de nouveaux modes de preuve : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 141 et s. pour l'Espagne, p. 152 pour l'Allemagne, p. 157 et s. pour l'Italie, p. 170 et s. pour le Royaume Uni (qui permet, en particulier, la détention illimitée des étrangers suspectés de terrorisme et leur expulsion) et p. 178 et s. pour les Etats-Unis (qui permettent eux aussi une détention illimitée des non-citoyens américains constituant un risque pour la sécurité du pays et leur interdit de choisir librement un avocat, ceux-ci ne pouvant être représentés que par des personnes désignées par le gouvernement). Depuis la dernière loi de mars 2006, de simples témoins peuvent même y être détenus matériellement en dehors de toutes poursuites. *Ibid.*, p. 193. Le droit italien permet également, depuis 2005, aux procureurs d'effectuer des « *écoutes préventives* » en matière terroriste sans que celles-ci n'aient à être autorisées par un juge, aucune infraction n'ayant encore été commise. Voir : M. DONINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », art. préc.

⁸⁸⁷ G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 169 : « *La ley antiterrorista francesa de 2006 confirma algunas de las tesis que se han ido exponiendo en el presente trabajo : la instauración de una sociedad de control y la militarización del Derecho penal.* »

⁸⁸⁸ Après avoir reconnu en 2003 le droit à un avocat pour les détenus à Guantanamo, la Cour Suprême des Etats-Unis a invalidé le 29 juin 2006, la création des tribunaux militaires d'exception destinés à les juger les prisonniers en faisant référence aux Conventions de Genève de 1949 relatives aux prisonniers de guerre que les Etats-Unis refusaient jusqu'alors d'appliquer. Elle a ainsi reconnu aux prisonniers de Guantanamo la possibilité d'un recours fondé sur l'*habeas corpus* devant les juridictions américaines. Voir la décision n°05-184, HAMDAN contre RUMSFELD : [en ligne] <<http://www.libertysecurity.org/IMG/pdf/hamdam.pdf>>. Le gouvernement américain n'a pour autant pas renoncé au contournement du droit international, et, par une interprétation contestée des Conventions de Genève, a récemment fait valoir devant le Congrès que « *Certaines interdictions comme l'interdiction d'atteinte à la dignité* » invitent à considérer les circonstances entourant les actions ». Le président G. W. BUSH a également, en mars 2007, opposé son veto à une loi qui aurait interdit à la C.I.A. de recourir à certaines méthodes d'interrogatoires souvent qualifiées de torture comme les simulations de noyades. Voir : « Lutte antiterroriste : les agents de la CIA seraient autorisés à contourner le droit international », *Le Monde*, 27 avril 2008. Un tournant important s'est cependant produit depuis le changement de majorité politique, la nouvelle administration s'étant engagée à renoncer à la torture. Malgré la fermeture annoncée du camp de Guantanamo, il semble que des tribunaux d'exception militaires puissent être maintenus. Voir : « Torture : le futur ministre de la justice respectera la loi », *Le Monde*, 17 janvier 2009. « Guantanamo : les tribunaux d'exception pourraient être relancés », *Le Monde*, 3 mai 2009. Sur ces questions, et la « *militarisation* » du droit en matière terroriste aux Etats-Unis, voir en particulier : M. Delmas-Marty, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », art. préc. ; M. DELMAS-MARTY, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », art. préc.

dérogatoires que nous avons évoquées plus haut empruntent beaucoup au champ sémantique de la guerre.

Le professeur JAKOBS cite ainsi une loi allemande du 19 décembre 1986 intitulée « *loi pour la lutte contre le terrorisme* » et d'autres lois de « *combat* » contre la criminalité économique, le trafic de stupéfiants ou la criminalité organisée⁸⁸⁹. La loi française du 23 janvier 2006 « *relative à la lutte contre le terrorisme* »⁸⁹⁰ fournit une excellente illustration de l'utilisation de ce vocabulaire dans notre pays. En plus de l'utilisation du terme « *lutte* » dans l'intitulé même de la loi, le rapport de la Commission des Lois de l'Assemblée Nationale du 16 novembre 2005 dirigée par le député Alain MARSAUD fait référence à une « *lutte contre un ennemi impossible à identifier* », parle de « *combattre* » la menace terroriste et va jusqu'à la définir comme une « *nouvelle forme de guerre [qui] impose de trouver des moyens de lutte efficaces* »⁸⁹¹. Le professeur JAKOBS s'interroge alors sur l'emploi de ce vocabulaire et pose ainsi la question: sont-ce seulement des mots ou faut-il voir dans cette guerre au terrorisme un véritable concept⁸⁹²? La réponse à cette question se trouve pour lui dans le « *droit pénal de l'ennemi* », ce concept permettant de rendre compte du caractère « *belliciste* » de cette forme de droit pénal sans le confondre exactement avec un droit pénal de la guerre⁸⁹³.

403. Mais après avoir théorisé le concept de « *droit pénal de l'ennemi* » à partir de l'observation de la législation, conformément aux présupposés épistémologiques qui fondent sa pensée, le professeur JAKOBS est allé plus loin et a dégagé les fondements permettant d'expliquer, et peut-être de justifier, cette catégorie de droit pénal⁸⁹⁴.

b. Une justification philosophique fondée sur le contrat social.

404. A l'instar du Code pénal français qui qualifie en son article 421-1 certaines infractions, limitativement énumérées, de terroristes lorsqu'elles sont « *intentionnellement en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* », la Décision cadre du Conseil Européen précitée renvoie aux infractions qui, « *par leur nature ou leur contexte, peuvent porter gravement atteinte à un pays ou à une organisation internationale lorsque l'auteur les commet dans le but de: - gravement intimider une population ou- contraindre indûment des pouvoirs publics ou une organisation internationale à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir un acte quelconque ou- gravement déstabiliser ou détruire les structures fondamentales politiques, constitutionnelles, économiques ou sociales d'un pays ou une organisation internationale* »⁸⁹⁵.

Considérant que l'idée maîtresse de la définition du terrorisme réside dans sa recherche de déstabilisation, voire de destruction de l'ordre social et institutionnel, le professeur JAKOBS propose un fondement philosophique au droit pénal de l'ennemi en s'inspirant des théories du

⁸⁸⁹ G. JAKOBS, « *Terroristas como personas en Derecho ?* », art. préc., p. 59-60.

⁸⁹⁰ Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers.

⁸⁹¹ *Rapport n°2681 du 16 novembre 2005* au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme.

⁸⁹² G. JAKOBS, « *Terroristas como personas en Derecho ?* », art. préc. p. 74. La même question est posée par M. DELMAS-MARTY, « *Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ?* », art. préc.

⁸⁹³ Voir : F. MUÑOZ CONDE, « *Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ?* », art. préc.

⁸⁹⁴ Même si nous allons voir que les fondements qu'ils proposent sont tout à fait compatibles, d'un point de vue ontologique, avec sa théorie fonctionnelle-systémique pour avoir en commun de considérer le droit comme un système autopoïétique, il nous semble que cette recherche de fondements au droit pénal de l'ennemi constitue une rupture épistémologique de l'auteur avec ses postulats de départ, la méthode sociologique qui fonde sa théorie du délit étant construite sur l'observation et la déduction à partir des faits sociaux et le refus de toute considération métaphysique. Sur les fondements de la théorie du fonctionnalisme systémique ; voir *supra*, n° 360 et s.

⁸⁹⁵ Décision Cadre du Conseil Européen n° 32002F0475 du 13 juin 2002 et relative à la lutte contre le terrorisme, article 1.

contrat social de HOBBS et de KANT⁸⁹⁶. Il rejette dans un premier temps les théories strictes du contrat social de ROUSSEAU et FICHTE qui voient dans tout délinquant un ennemi du pacte social⁸⁹⁷ et considère avec HOBBS que le délinquant doit par principe continuer à être considéré comme un citoyen. Ce principe connaît néanmoins des exceptions lorsque l'acte commis ne constitue pas seulement une entorse au pacte social mais une rébellion face à celui-ci. Pour HOBBS, celui qui se rend coupable de haute trahison rechute dans l'état de nature et doit être à ce titre considéré comme un ennemi, dépourvu de droits et soumis à des mesures coercitives destinées à préserver le pacte social⁸⁹⁸. Dans une optique similaire, KANT admet que l'on puisse imposer aux individus de rejoindre le contrat social et que s'ils refusent de l'intégrer, ils puissent être traités comme des ennemis de celui-ci⁸⁹⁹.

Reprenant ces fondements à son compte, le professeur JAKOBS en conclut que les ennemis, c'est-à-dire les terroristes qui poursuivent la destruction du système, doivent être exclus des garanties qu'offre un État de droit aux citoyens ordinaires⁹⁰⁰. La scission du droit pénal qui en découle en « *droit pénal du citoyen* » et « *droit pénal de l'ennemi* » apparaît pour JAKOBS non seulement légitime mais absolument indispensable⁹⁰¹, le droit pénal du citoyen étant pour lui la réaffirmation de la validité de la loi violée et n'étant donc pas adapté à des individus qui contestent le système normatif lui-même. Il faut alors leur imposer des sanctions qui obéissent à une logique différente, non plus tournées vers le maintien de la norme mais uniquement vers le maintien de la sécurité et la neutralisation des risques qu'ils représentent, de leur dangerosité⁹⁰².

405. Même s'il souligne que l'État n'a que la liberté de priver les terroristes des droits conférés aux citoyens et qu'il n'est pas obligé de le faire, le professeur JAKOBS a provoqué, avec sa théorie, une véritable levée de boucliers⁹⁰³.

⁸⁹⁶ Nous avons déjà signalé que le professeur JAKOBS avait été le premier à dégager le concept de droit pénal de l'ennemi dès la promulgation des premières lois antiterroristes du milieu des années 1980. Il semble qu'il ait dans un premier temps laissé planer un doute sur son adhésion à cette forme de législation, doute désormais très nettement levé par les justifications philosophiques que nous allons étudier.

⁸⁹⁷ Pour ces auteurs, celui qui s'écarte du contrat social en commettant une infraction perd sa qualité de membre du « *contrat social* » et les droits qui y sont attachés et doit être considéré comme étant en guerre contre l'État. Voir: G. JAKOBS, « *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo* », art. préc., p. 28-29 et G. JAKOBS, « *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi* », art. préc. Voir également : E.-L. AGUIRRE, « *La concepción de la enemidad en el pensamiento de los clásicos. Rousseau y los infractores del pacto social* », 2007, [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com/>>

⁸⁹⁸ G. JAKOBS, « *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo* », art. préc., p. 30-31.

⁸⁹⁹ *Ibid.*, p. 31.

⁹⁰⁰ *Ibid.*, p. 33-34.

⁹⁰¹ Dans son article le plus récent, le professeur revient sur la nécessité de ce « *droit pénal de l'ennemi* » et s'appuie sur des exemples issus du droit positif allemand et européen pour la justifier. Voir : G. JAKOBS, « *Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi* », art. préc.

⁹⁰² G. JAKOBS, « *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo* », p. 34 ; G. JAKOBS, « *¿ Terroristas como personas en Derecho ?* », art. préc., p. 72-74. Le professeur JAKOBS souligne dans ces pages que ce n'est en réalité pas les terroristes que visent le droit pénal de l'ennemi mais le terrorisme lui-même, les terroristes n'étant qu'un intermédiaire, une sorte de substrat à la sanction.

⁹⁰³ G. JAKOBS, « *Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo* », art. préc., p. 34. Sur la réaction quasi unanime de rejet violent de sa construction, voir notamment la longue liste d'auteurs qu'il cite lui-même en note de bas de page : G. JAKOBS, « *¿ Terroristas como personas en Derecho ?* », art. préc., p. 72, note 14.

B. Les dérives du « droit pénal de l'ennemi ».

406. Si la justification exposée plus haut semble, à première vue du moins, convaincante au regard de la théorie du contrat social⁹⁰⁴, elle conduit le professeur JAKOBS à des positions extrêmes qui permettent de douter sérieusement de la légitimité de ce droit pénal de l'ennemi.

Car si l'on admet l'utilité des critères d'identification qu'il a dégagés, et qu'il déplore l'expansion démesurée de ce type de législation (2), nous ne pouvons adhérer à la négation de la qualité de personne de ceux désignés comme des « ennemis » (1) ni à la dérive vers un modèle « totalitaire⁹⁰⁵ » à laquelle conduit la propagation du « droit pénal de l'ennemi ».

1°/ La dépersonnalisation de l' « ennemi ».

407. A partir d'une définition normative des personnes (a), le professeur JAKOBS en arrive à nier la qualité de personne aux terroristes (b).

a. La définition normative des personnes.

408. A la justification philosophique fondée sur le contrat social, le professeur JAKOBS ajoute une argumentation tirée de sa théorie de la prévention générale positive pour nier la qualité même de personne aux individus qui se seraient livrés à des actes terroristes. De même qu'il considère que le maintien de l'ordre juridique exige une certaine réalité cognitive de la norme, c'est-à-dire une certaine assurance de son application, l'individu ne peut bénéficier de la qualité de personne, qualité attribuée par le Droit, que si l'on peut avoir à son égard certaines attentes normatives⁹⁰⁶.

Pour faire comprendre cette idée, il prend l'exemple d'un neveu qui tuerait son oncle afin d'en percevoir l'héritage. Bien qu'il ait commis un acte grave, le neveu demeure une personne, soumise au droit commun, parce qu'il offre, par ailleurs, les garanties de se comporter comme un citoyen et de respecter les grandes lignes du pacte social. Il n'en est pas de même du terroriste qui ne peut

⁹⁰⁴ Plus que FICHTE et ROUSSEAU, il semble bien que ce soit en réalité les théories de SCHMITT avec leur dichotomie ami/ennemi et leur reconnaissance d'un *ius belli* à l'État, libre de déterminer qui sont ses ennemis et comment les combattre, y compris par la disposition de la vie des personnes, qui se rapprochent le plus du fondement avancé au droit pénal de l'ennemi. En ce sens : F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc. ; G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 234-235 ; E.-R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc. Sans attaquer directement la construction du professeur JAKOBS, le même parallèle est établi par M. DELMAS-MARTY, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », art. préc.

⁹⁰⁵ Nous employons ce terme dans le sens dégagé par le professeur DELMAS-MARTY dans sa présentation des systèmes de politique criminelle, le modèle totalitaire connaissant selon elle trois variantes : la généralisation de la répression par « une clause générale permettant le raisonnement par analogie, ainsi dans le Code nazi où 'tout acte contraire au saint instinct du peuple doit être criminalisé et réprimé' », un dédoublement de la répression par « la proclamation d'un état d'exception ou d'un état d'urgence permettant de déroger aux règles classiques » et enfin une répression « ciblée, c'est-à-dire durcie contre certaines cibles telles que la criminalité organisée, les trafics ou le terrorisme international, au risque que cette répression ciblée soit ultérieurement étendue à tout le système, par 'dilatation de la figure de l'ennemi' ». Voir : M. DELMAS-MARTY, « Violences et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », art. préc. Mais si cet auteur établit clairement un lien entre la troisième variante et la réaction des États-Unis aux attentats du 11 septembre, il nous semble que l'on peut aller plus loin. La multiplication des dispositions dérogatoires que nous avons observée dans les législations des « grandes démocraties occidentales » correspondant parfaitement à la deuxième variante et l'extension du domaine du droit pénal de l'ennemi que nous allons constater attestant de la dilution de la notion d'ennemi.

⁹⁰⁶ G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », art. préc., p. 34-38. Pour une présentation critique de cette position, replacée dans une analyse plus poussée de la notion de personne, voir : R. ALCÁZER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 57-60. Pour une critique poussée des théories systémiques et en particulier de la position de LUHMANN sur laquelle s'appuie le professeur JAKOBS, voir : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 240-266. Peut-être en réponse à ces critiques, le professeur JAKOBS a précisé les fondements de cette conception de la personne comme « destinataire, d'une part d'obligations qu'elle doit remplir et, d'autre part de droits dont elle peut attendre d'avoir la jouissance », s'appuyant ainsi sur la définition donnée par Hegel de la personne comme « porteur de droits et d'obligations, pas comme un homme, qui est présenté par Hegel comme un être ayant des désirs ». Voir : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc.

bénéficiaire d'une qualité de citoyen intimement liée à l'ordre juridique dont il conteste la légitimité et qu'il prétend renverser⁹⁰⁷.

Pour le professeur JAKOBS en effet, la proposition selon laquelle tout être humain doit être considéré comme une personne est incomplète : l'attribution de la qualité de personne exige que l'on puisse présumer la fidélité de l'individu à l'ordre juridique et cette présomption est renversée par les actes terroristes⁹⁰⁸.

409. Radicale, cette conclusion est, à juste titre, vivement contestée par la doctrine qui y voit notamment le spectre d'un droit pénal « *d'auteur* » et d'un État totalitaire.

b. La déchéance de la personnalité.

410. Mais si l'on peut admettre l'idée que les terroristes, d'une certaine façon, s'auto excluent de l'ordre institutionnel et que l'on peut éventuellement douter qu'ils se comportent par ailleurs en honnêtes citoyens, la négation de leur qualité de personne nous semble absolument inacceptable. Sur le plan juridique tout d'abord, la qualité de personne est, dans les pays démocratiques tout au moins, indissociable de l'être humain, pour peu qu'il soit né vivant (et, dans certains pays comme la France, viable). L'esclavage et l'institution de la mort civile sont depuis longtemps abolis et il est aujourd'hui juridiquement impossible de priver un individu de sa personnalité juridique⁹⁰⁹. Nous n'insisterons pas davantage sur la question tant il est évident que le débat ne se situe pas ici sur un plan positif, le professeur JAKOBS lui-même n'ayant jamais prétendu le contraire. Il nous semble en revanche nécessaire d'insister sur l'incompatibilité de cette dépersonnification permise par un certain relativisme éthique (b-2) avec les principes fondateurs des systèmes démocratiques (b-1).

b-1 L'incompatibilité avec l'État de droit.

411. Il ne nous est pas possible de reprendre ici les nombreuses objections, parfois extrêmement violentes, formulées à l'encontre de la théorie du droit pénal de l'ennemi mais il nous semble que la critique du professeur CANCIO MELIA mérite d'être rapidement exposée en premier lieu. Il démontre en effet que le « *droit pénal de l'ennemi* » est une contradiction dans les termes car le droit pénal est fondé sur la culpabilité de l'agent, culpabilité qui ne peut qu'être fondée sur l'autonomie de la volonté de la personne⁹¹⁰. En réduisant les distinctions entre fait consommé, tentative et actes préparatoires, en assimilant auteurs, complices et membres des groupements visés, le droit pénal de l'ennemi diabolise certains agents, ou plutôt, certains groupes d'agents. Il se focalise sur le danger qu'ils représentent et se désintéresse de leurs actes, faisant du droit pénal de l'ennemi un « *droit pénal d'auteur* » et non un droit sanctionnant des comportements⁹¹¹.

A la justification avancée pour ce changement de paradigme, le professeur CANCIO MELIA objecte que l'« *apostasie* » de la qualité de citoyen n'est pas possible et que l'État, en les désignant

⁹⁰⁷ ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, op. cit., p. 39-40.

⁹⁰⁸ G. JAKOBS, « ¿ Terroristas como personas en Derecho ? », art. préc., p. 66-68.

⁹⁰⁹ L'argument juridique de l'inconstitutionnalité du droit pénal de l'ennemi est néanmoins rapidement évoqué par le professeur CANCIO MELIA: M. CANCIO MELIÁ, « De nuevo : ¿ 'Derecho penal' del enemigo? », art. préc., p. 124. Ce professeur madrilène est le traducteur des deux articles du professeur JAKOBS que nous avons fréquemment cités. Les deux professeurs expliquent dans le prologue de l'ouvrage que le professeur espagnol a rencontré le professeur allemand au cours de sa thèse, qu'il a, comme de coutume en Espagne, partiellement réalisée en Allemagne. Malgré leurs profondes divergences de points de vue, et plutôt, du fait de ces divergences, ils ont décidé de publier ensemble la traduction des articles du professeur JAKOBS et la réfutation qu'en fait le professeur CANCIO MELIA. La démarche nous semble suffisamment originale pour être soulignée.

⁹¹⁰ *Ibid.*, p. 89 et 140.

⁹¹¹ *Ibid.*, p. 121-128 et 138. Le professeur CANCIO MELIA insiste beaucoup sur l'idée de diabolisation, soulignant que Lucifer est parfois désigné comme « *l'Ennemi* ». Proche de cette critique, le professeur Muñoz Conde n'hésite pas à établir un parallèle avec la législation national socialiste et les lois personnelles qui excluaient les personnes n'appartenant pas à la race aryenne des relations sociales et juridiques. Voir : F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc.

comme extérieurs à la société, comme des « autres », renforce la résonance de leurs actes⁹¹². Il souligne en effet que le renoncement de l'État de Droit à appliquer ses propres règles et à en édicter de nouvelles n'est pas la bonne réponse à apporter au point de vue symbolique et que l'application du droit des citoyens signifierait au contraire l'incapacité de ces agents à remettre en cause les éléments essentiels de l'ordre qu'ils prétendent menacer⁹¹³.

Nous ajoutons à ces critiques que le critère de l'impossible attente normative, à l'origine dégagé pour les seuls terroristes à pour conséquence, s'il est généralisé, d'étendre considérablement les individus susceptibles de se voir qualifiés d'« ennemis » et, par là-même, le domaine de ce prétendu droit d'exception⁹¹⁴. Laissée en suspens dans sa publication relative à la qualité de personne des terroristes⁹¹⁵, cette question de l'extension de la qualité d'« ennemi » à tous les individus à l'égard desquels il est impossible de nourrir de véritables « attentes cognitives » (malades mentaux, toxicomanes...) a depuis été précisée par le professeur JAKOBS qui a, par la même occasion, tenté de nuancer sa position sur la réification de ces personnes. Rejetant les critiques relatives au caractère totalitaire de sa définition de la personne, il confirme ainsi d'abord l'extension de la qualité d'« ennemi » aux individus qui ne satisfont pas aux « garanties cognitives minimales » comme ceux soumis à une détention de sûreté et le justifie par l'existence d'une obligation, pour tout citoyen, de « se présenter tant bien que mal cognitivement fiable⁹¹⁶ ». Mais il nuance ensuite les conséquences de cette qualité d'« ennemi », ne niant plus totalement leur qualité de personne mais précisant que leur « dépersonnalisation » n'est que partielle. Prenant l'exemple des prisonniers de Guantanamo, il affirme ainsi que « leurs droits à ne pas être blessés ou tués de manière arbitraire leur appartiennent toujours », ce qui est « bien évidemment déplorablement peu, mais ce n'est pas rien non plus⁹¹⁷ ».

Malgré l'ambiguïté épistémologique persistante des écrits du professeur de Bonn, entre description du « phénomène » du droit pénal de l'ennemi et légitimation de celui-ci⁹¹⁸, il nous semble que l'existence indiscutable, dans l'histoire comme dans les législations actuelles, du droit pénal de l'ennemi ne saurait conduire à accepter l'idée d'une négation de la qualité de personne ou de l'existence de « semi-personnes ». Comme le souligne fort justement le professeur ZAFFARONI, le concept même d'« ennemi », tel que défini par le professeur JAKOBS, est inconciliable avec un État de droit véritable⁹¹⁹ et il nous semble indispensable de le réaffirmer même si cela conduit à assumer une position « politique » dans le sens où elle ne se fonde pas sur le droit positif lui-même mais sur le rejet théorique d'un « État absolu » qui prétendrait octroyer et retirer la qualité, selon nous inaliénable, de personne⁹²⁰. Il apparaît en effet clairement que ces conceptions ne sont permises que par un certain relativisme éthique.

⁹¹² Voir : M. CANCIO MELIÁ, « De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? », art. préc., p. 132-137 ; E.-R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc.

⁹¹³ Dans un sens similaire, sur l'absence de nécessité du « droit pénal de l'ennemi » : F. Muñoz Conde, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc.

⁹¹⁴ En ce sens, par exemple : F. Muñoz Conde, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc.

⁹¹⁵ Le professeur établit simplement un parallélisme entre la logique de neutralisation du danger du droit pénal de l'ennemi et la logique des mesures de sécurité (qui sont imposées aux irresponsables). Voir : G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », art. préc., p. 39. Notons que le professeur ROXIN considère pour sa part les mesures de sécurité comme l'expression d'un droit pénal d'auteur : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general, op. cit.*, p. 189, n°23.

⁹¹⁶ G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc.

⁹¹⁷ *Ibid.*

⁹¹⁸ Celle-ci, souvent relevée, est à l'origine de courants divergents parmi les défenseurs de sa théorie. Voir notamment : F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc. Elle est de plus aisément observable, les théories de l'État et les exemples tirés du droit positif apparaissant alternativement comme fondements du droit pénal de l'ennemi sans qu'il soit fait de distinction véritable entre causes et conséquences.

⁹¹⁹ Voir : E.-R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc.

⁹²⁰ Nous approuvons tout à fait l'idée de l'« irréductibilité de la personne en tant qu'être humain », qui découle de l'idée de dignité humaine. Nous pensons en effet que « l'homme est comme existence dans le monde, indépendamment des perceptions subjectives des autres » et que « sa réalité ontologique s'affirme au-delà des représentations des autres agents rationnels », ce qui a pour conséquence qu'« aucune idéologie ne peut justifier la négation de l'être et de l'homme ». Voir : S. TZITZIS, « La Personne, l'Humanisme et le Droit », Les presses de l'Université Laval, coll. *Diké*, 2002, p. 36.

b-2 Le signe d'un certain relativisme éthique.

412. Synthèse de la dérive du droit pénal symbolique et d'un retour de l'idée de rétribution coupé de la faute subjective, « *le droit pénal de l'ennemi* » est en réalité la résultante d'une évolution inconnue jusqu'alors et il serait erroné de ramener cette question à une opposition politique entre une gauche qui tendrait à la décriminalisation et une droite qui serait davantage tournée vers la répression⁹²¹. Elle se retrouve en effet dans des législations de tous bords⁹²² et bien que le politique, dans la promotion de ces dispositions, se réclame souvent de la morale et des valeurs et aille parfois jusqu'à prétendre dépasser les principes du Droit en leur nom⁹²³, il semble en réalité qu'il s'appuie davantage sur une forme de relativisme éthique aujourd'hui fortement répandu.

Tirant souvent argument de l'éclatement des valeurs au sein d'une même société et de l'impossibilité, du fait des multiples sous-cultures adoptées par les différents groupes sociaux, de connaître « *le* » système de valeurs de référence que le législateur serait tenu de sauvegarder, les courants dits « *postmodernes* », qu'ils se réclament ou non du fonctionnalisme systémique de LUHMAN, en arrivent ainsi à un relativisme éthique⁹²⁴ qui ne nie pas l'existence des valeurs mais qui se refuse à toute appréciation axiologique. Qu'ils entendent, comme le professeur JAKOBS, la société uniquement en termes de communications ou qu'ils se réclament uniquement du pragmatisme, ces courants ont en commun de négliger les finalités préventives de la peine et d'envisager celle-ci uniquement comme un moyen de préserver le système juridique lui-même, promouvant ainsi de nouveau un système purement rétributif qui aurait la particularité de s'appuyer sur la dangerosité de l'individu bien plus que sur sa responsabilité subjective⁹²⁵.

Simplement destinés à assurer la « *sécurité cognitive* », la peine et le droit pénal qui l'énonce n'ont plus ni finalité ni fondement autre que la préservation du système en place, la question de son caractère juste ou injuste disparaissant totalement et l'objectif de resocialisation du délinquant s'effaçant insidieusement derrière celui de neutralisation de la dangerosité. Il n'est donc pas paradoxal de constater une diminution des pouvoirs d'individualisation du juge en même temps

⁹²¹ Voir notamment : M. CANCIO MELIÁ, « De nuevo ¿Derecho penal del enemigo? », art. préc., p. 108-110 et p. 101-106 pour des exemples de dispositions de droit pénal de l'ennemi adoptées par les majorités successives. Le professeur MUÑOZ CONDE, dans une étude plus récente, fait exactement le même constat, soulignant que si les mesures les plus emblématiques d'un droit pénal de l'ennemi ont bien été le fait, en Espagne, d'un gouvernement de droite, la gauche, après quatre ans d'exercice du pouvoir, n'en a abrogé aucune. Voir : F. MUÑOZ CONDE, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », art. préc., p. 50.

⁹²² L'analyse nous semble tout à fait transposable au droit français, la XI^{ème} législature ayant elle aussi été marquée par des lois obéissant à cette logique. L'on pense bien sûr à la loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne et adoptée suite aux attentats du 11 septembre mais l'on pourrait également citer la loi n°2001-1066 du 16 novembre relative à la lutte contre les discriminations ou à la loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs qui étend sensiblement les délais de prescription de l'action publique pour les agressions sexuelles sur mineur. La rédaction actuelle de l'association de malfaiteurs date elle aussi de la XI^{ème} législature.

⁹²³ Le professeur TRIGEAUD dénonce ainsi « *la moralisation extrême où se jette le politique* » qui, au lieu de s'attacher à promouvoir le droit, s'applique à le contourner. Voir : J.-M. TRIGEAUD, « Loi sur la rétention de sûreté et philosophie criminelle », *Revue de la B.P.C.*, Thèmes, II/2008, [en ligne], <<http://www.philosophiedudroit.org/trigeaud,%20retention%20de%20surete.htm>>, p. 9 et 6. Nous reviendrons sous peu sur la loi dont il est question dans cet article mais nous pouvons souligner que si elle est particulièrement emblématique du phénomène, elle n'en est pas la première illustration. On se souvient ainsi des propos d'un Garde des Sceaux qui, sur le « *risque d'inconstitutionnalité* » de l'application immédiate d'une surveillance électronique des délinquants déjà condamnés telle que prévue par la loi n°2005-1649 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, avait déclaré vouloir courir ce risque et exhorté les parlementaires à le prendre avec lui : « *Il suffira pour eux de ne pas saisir le Conseil Constitutionnel et ceux qui le saisiront prendront sans doute la responsabilité politique et humaine d'empêcher la nouvelle loi de s'appliquer au stock de détenus* ». Sur ces propos et les vives réactions qu'ils ont entraînées, notamment par le président du Conseil Constitutionnel d'alors : « Bracelet électronique : la question du respect de la Constitution soulève une vive polémique », *Le Monde*, 27 septembre 2005.

⁹²⁴ Dénonçant la réification des valeurs, le « *nilisme philosophique* » et le « *non cognitivisme* » de la « *méta-éthique* » « *culturellement encouragé dans toutes les sphères de l'Etat* » : Voir : J.-M. TRIGEAUD, « Loi sur la rétention de sûreté et philosophie criminelle », art. préc., p. 3.

⁹²⁵ En ce sens : G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, *op. cit.*, p. 228-266 et p. 318-324.

que la focalisation sur la personne du délinquant au détriment de l'acte qui lui est reproché⁹²⁶. La personne même est niée dans son essence et devient en quelque sorte une création du système normatif.

413. Mais si nous reconnaissons que notre rejet d'une définition normative de la personne se situe d'abord sur un plan moral, il nous faut néanmoins reconnaître un mérite certain à la théorie du professeur JAKOBS : celui de permettre la conceptualisation, et donc la critique, d'un certain type de droit positif.

2°/ L'expansion du « *droit pénal de l'ennemi* ».

414. Nous avons vu plus haut que le professeur JAKOBS reconnaissait le droit pénal de l'ennemi à plusieurs signes distinctifs et que ceux-ci étaient très nettement observables dans le droit positif relatif au terrorisme : anticipation de la répression, peines extrêmement sévères, diminution ou suppression des garanties procédurales, quasi-assimilation des différents niveaux de participation, rhétorique guerrière, orientation vers la neutralisation d'un danger futur et stigmatisation de certaines catégories d'individus... Mais comme il s'en alarme lui-même, ces différents critères d'identification se retrouvent aujourd'hui dans de multiples domaines et il est difficile d'affirmer qu'il soit exclusivement réservé à ceux qui menacent la structure même de l'organisation sociale. Sa théorie aurait alors au moins le mérite de permettre une identification des dispositions du droit pénal de l'ennemi (a) et d'apporter des éléments de réflexion intéressants sur le risque d'abandon de la responsabilité comme fondement du droit pénal (b), notamment dans la législation française.

a. La gangrène du droit commun par le « *droit pénal de l'ennemi* ».

415. Sans rejeter cette sévérité en matière de terrorisme, le professeur JAKOBS s'alarme de voir des dispositions de droit pénal de l'ennemi voir le jour en de multiples matières et même s'imposer en droit pénal général comme un mode de commission de l'infraction⁹²⁷. Ce phénomène d'imprégnation du droit commun⁹²⁸ et de généralisation du droit pénal d'exception est souvent dénoncé à l'étranger et inquiète parfois jusqu'aux plus hautes institutions⁹²⁹. Mais il est également tout à fait observable dans notre pays et s'il ne nous est pas possible de mener ici une analyse exhaustive des dispositions que l'on pourrait qualifier « *de l'ennemi* », nous pouvons relever que les

⁹²⁶ On pense bien sûr en particulier, dans notre pays, à la loi n° 2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs qui instaure des peines planchers en dessous desquelles le juge ne peut en principe pas descendre pour les récidivistes, rompant ainsi avec la suppression des *minima* legaux par le Code pénal de 1992. Il serait néanmoins erroné d'y voir le retour du déterminisme au sens où on l'entendait au début du XX^{ème} siècle dans le positivisme italien ; on peut d'ailleurs relever que les discours de politique criminelle qui accompagnent ces législations insistent au contraire beaucoup sur l'idée de responsabilité individuelle. La dangerosité se fonde aujourd'hui beaucoup plus sur l'idée de « *risque* ». Voir notamment : J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal, Champ pénal / Penal Field*, 7 octobre 2008, [en ligne], <<http://champpenal.revues.org/document6013.html>. Consulté le 14 avril 2009>.

⁹²⁷ G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », art. préc., p. 61.

⁹²⁸ *Ibid.*, p. 48.

⁹²⁹ Le Conseil Général du Pouvoir Judiciaire espagnol, « *organe de gouvernement* » de l'administration de la justice espagnole en vertu de l'article 122 de la Constitution de ce pays, a ainsi consacré une de ses dernières publications à l'analyse et à la critique de ce phénomène : CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, *La generalización del Derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, Centro de documentación judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, n°128, 2007, 268 p.

tendances significatives souvent observées par les auteurs d'inspiration germanique⁹³⁰ se retrouvent dans notre droit positif.

Au-delà des mots et des nombreuses « lutttes⁹³¹ » que mène le législateur, on peut souligner que le trafic de stupéfiants⁹³² connaît depuis longtemps des dispositions similaires à celles que nous avons observées en matière terroriste. Plus récemment, le législateur a également introduit des règles spécifiques, tant de fond que procédurales, en matière d'atteintes, en particulier sexuelles, aux mineurs⁹³³. Mais en dehors de ces matières spécifiques⁹³⁴ ou de la répression particulièrement sévère déjà évoquée de la figure du récidiviste ou du multirécidivant⁹³⁵, on remarque une nette tendance, en diverses matières, au recours aux deux techniques législatives que le professeur JAKOBS a dégagé comme des caractéristiques essentielles du droit pénal de l'ennemi : des procédures dérogatoires (a-1) et une répression anticipée (a-2).

a-1 La multiplication des procédures dérogatoires.

416. Nous avons vu plus haut qu'en matière terroriste, les garanties du procès pénal étaient souvent diminuées par rapport à celles que connaît le droit commun. Or aux côtés des matières spécifiques visées par le Code de procédure pénale⁹³⁶, le cadre de ces procédures exceptionnelles a

⁹³⁰ Il ne nous est pas possible ici de rechercher l'ensemble de ces dispositions dans tous les pays démocratiques auxquels nous faisons référence depuis le début de notre étude mais nous pouvons être certaine que le constat que nous faisons ici s'agissant de la législation française y est partagé. Voir ainsi par exemple : J. GONZÁLEZ CUSSAC José, « La generalización del derecho penal de excepción : la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad », in *La generalización del derecho penal de excepción*, op. cit., p. 227-268 ; W. HASSEMER, « Los rostros del derecho penal », art. préc., p. 113 (utilisant le terme de « *derecho penal amenazante* ») ; Ph. MARY, « A propos des similitudes entre 'guerre anti-terroriste' et 'lutte contre la délinquance' », R.S.C. 2006, p. 476 ; F. MUÑOZ CONDE « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », art. préc. ; Ch. RODRÍGUEZ, « Actuales tendencias del derecho penal : del garantismo al moderno derecho penal », 2007, [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com>> ; R. SÁEZ VALCÁRCEL, « Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización ? », in *La generalización del derecho penal de excepción*, op. cit., n°128, p. 51-87 ; E. ZAFFARONI Eugenio, « El derecho penal liberal y sus enemigos », 2007, <<http://neopanopticum.wordpress.com/>>.

⁹³¹ En plus de la loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme, on peut citer : la loi n°2004-1486 du 30 décembre 2004 relative à la création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité, la loi n°2003-495 du 12 juin 2003 relative à la lutte contre la violence routière, la loi n°2000-595 du 30 juin 2000 relative à la lutte contre la corruption, la loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs...

⁹³² Sur les procédures dérogatoires en matière de stupéfiants puis de terrorisme et leur extension progressive depuis les années 1980 et leur propagation à d'autres domaines jusqu'à une « *procédure dérogatoire commune* ». Voir par exemple : E. RUBI-CAVAGNA, « L'extension des procédures dérogatoires », R.S.C. 2008, p. 23 et s ; D. THOMAS, « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », art. préc.

⁹³³ Les mineurs sont ainsi protégés, en droit français, par des incriminations particulières prévues au chapitre VII du titre I du livre deuxième du Code pénal mais aussi par de nombreuses circonstances aggravantes qui prévoient des peines plus sévères lorsque la victime de l'infraction contre les personnes est un mineur de 15 ans. Au niveau procédural, le titre XIX du livre quatrième du Code de procédure pénale prévoit ainsi par exemple une expertise médicale pour les auteurs de ces infractions et les articles 7 et 8 du même Code rallongent sensiblement le délai de prescription de l'action publique, porté à 20 ans à compter de la majorité de la victime pour certains crimes et à 10 ou 20 ans pour certains délits. Notons que l'appartenance de cette matière au droit pénal de l'ennemi est désormais clairement approuvée par le professeur JAKOBS : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc.

⁹³⁴ Celles-ci sont souvent assimilées au terrorisme et admises comme relevant du domaine du droit pénal de l'ennemi par les auteurs qui ne contestent pas celui-ci en tant que tel. Voir par exemple : M. DONINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », art. préc.

⁹³⁵ Voir notamment *supra* n°187 et s. sur la loi n°2005-1549 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales qui introduit à l'article 132-16-7 du Code pénal la notion de « *réitération d'infractions pénales* ». Voir également, employant le terme de « *droit pénal de l'ennemi* » en la matière : C.-L. DJUISSI SIGHA, « Béatrice LAPEROUSCHENEIDER : Le nouveau droit de la récidive », Actes du colloque du 25 janvier 2007, Université de Franche-Comté, R.S.C. 2009, p. 266.

⁹³⁶ L'ensemble du quatrième livre du Code de procédure leur est consacré ; on y trouve ainsi, en plus des matières déjà évoquées, des dispositions spécifiques en matière de crimes et délits contre les intérêts fondamentaux de la nation, de délinquance économique et financière, sanitaire...

fait l'objet d'une extension considérable par la loi dite « *Perben II* » du 9 mars 2004⁹³⁷ qui, en prétendant lutter contre une « *criminalité organisée* » mal définie⁹³⁸ et en visant une liste certes limitative mais très fournie d'incriminations de gravité variable⁹³⁹, a conduit à une généralisation des gardes à vues pouvant atteindre 4 jours avec un accès tardif à l'avocat et des modes de preuves exclues par le droit commun⁹⁴⁰ pendant la phase policière. Or si la phase d'instruction reste pour l'instant préservée et protectrice des droits de la défense, son importance se voit déjà fortement réduite par ces nouveaux moyens d'enquête autorisés dans le cadre de la phase policière et le rapprochement des modalités de l'enquête préliminaire avec celles de l'enquête de flagrance⁹⁴¹.

417. Par ailleurs, on a vu se multiplier les fichiers et en particulier s'étendre le domaine du fichier national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes et du fichier national automatisé des empreintes génétiques. A l'origine limité à la délinquance sexuelle en raison de ses particularités criminologiques et notamment du risque particulièrement important de récidive et aux personnes définitivement condamnées⁹⁴², le premier a notamment été étendu en 2001 aux crimes graves contre les personnes et en 2005⁹⁴³ à toutes les infractions violentes. Peuvent désormais y figurer pour une durée très longue non seulement les personnes condamnées définitivement pour ces infractions mais également les agents dont la condamnation n'est pas définitive, les mis en examen placés sous contrôle judiciaire ou encore les personnes ayant bénéficié d'un non lieu ou ayant été relaxées ou acquittées pour cause de trouble psychique⁹⁴⁴. Le fichier national des empreintes génétiques, créé par la loi du 15 novembre 2001⁹⁴⁵, a lui aussi vu

⁹³⁷ Sur cette loi, voir par exemple : B. de LAMY, « La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé - Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *Dalloz* 2004, Chron. p. 1910.

⁹³⁸ La loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ne comportait en effet aucune définition de la « *bande organisée* », notion qui détermine pourtant l'application des dispositions procédurales d'exception prévues par la loi. Le Conseil Constitutionnel a nié que l'expression soit obscure ou ambiguë mais a tout de même rappelé les définitions données par l'article 132-71 de la circonstance aggravante de bande organisée et par la Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée adoptée à New York le 15 novembre 2000. Voir : Décision n°2004-492 DC du 2 mars 2004, Considérant n°13 et 14. Il a également censuré ce qui devait devenir l'article 706-104 du Code de procédure pénale, disposition qui prévoyait que le fait que la circonstance aggravante de bande organisée ne soit finalement pas retenue ne constituait pas une cause de nullité des actes de procédure accomplis en application des dispositions dérogatoires prévues pour la criminalité organisée. *Ibid.*, Considérant n°67. Sur la notion de bande organisée, voir : E. VERGES, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pénal* 2004, p. 181. Sur la décision du Conseil Constitutionnel : Ch. LAZERGES, « Le Conseil Constitutionnel acteur de la politique criminelle », art. préc.

⁹³⁹ L'article 706-73 du Code de procédure pénale inclut ainsi des crimes comme le meurtre, les tortures et actes de barbarie, le trafic de stupéfiants, l'enlèvement ou la séquestration mais également des délits, y compris contre les biens, comme le vol ou la destruction de biens... L'article 706-74, qui ne permet le recours qu'à certaines dispositions dérogatoires, vise quant à lui tous les crimes ou délits commis en bande organisée.

⁹⁴⁰ Voir les articles 706-80 à 706-106 du Code de procédure pénale.

⁹⁴¹ Voir notamment : J.-F. BARRE, D. MIEN, « Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ? », *AJ Pénal* 2004, p. 235 ; J. DANET, « Cinq ans de frénésie pénale », art. préc. ; C. MARIE, « La montée en puissance de l'enquête », *AJ Pénal* 2004, p. 221. La phase d'instruction est par ailleurs actuellement menacée dans son existence même, la réforme annoncée de la procédure pénale devant conduire à la suppression de la distinction entre enquête policière et information judiciaire. Voir : *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 1er septembre 2009, [en ligne], < http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf >.

⁹⁴² Ce fichier a été créé par la loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.

⁹⁴³ Loi n°2005-1649 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales, modifiant notamment l'article 706-53-1 du Code de procédure pénale.

⁹⁴⁴ Article 706-53-2 du Code de procédure pénale et 706-53-4 pour la durée d'inscription dans le fichier en cas de condamnation de l'agent (jusqu'au décès de la personne ou à l'expiration d'un délai de 20 ou 30 ans après que les décisions enregistrées ont cessé de produire leurs effets). D'après la CNIL, il contenait en 2007 environ 25 000 personnes déjà condamnées : < <http://www.cnil.fr/index.php?id=1855#2652> >.

⁹⁴⁵ Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.

son domaine s'étendre depuis une liste limitative de crimes jusqu'à recouvrir une grande partie de la délinquance de droit commun, y compris délictuelle⁹⁴⁶.

Mais la multiplication des fichiers ne concerne pas uniquement les personnes soupçonnées d'avoir commis une infraction. Le Système de traitement des infractions constatées, dit « STIC », vaste fichier policier qui regroupe les informations provenant des enquêtes effectuées dans le cadre d'une procédure pénale, a ainsi la particularité de recenser les personnes mises en cause mais aussi les victimes des infractions concernées⁹⁴⁷. Le décret n° 2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE⁹⁴⁸ » prévoyait par ailleurs de recenser les personnes, y compris mineures de plus de 13 ans, « susceptibles de porter atteinte à l'ordre public » mais également les « personnes physiques ou morales ayant sollicité, exercé ou exerçant un mandat politique, syndical ou économique ou qui jouent un rôle institutionnel, économique, social ou religieux significatif, sous condition que ces informations soient nécessaires au Gouvernement ou à ses représentants pour l'exercice de leurs responsabilités » et permettait de faire figurer nombre d'informations parmi lesquelles des mentions relatives aux origines raciales, ethniques, à la santé et à la vie sexuelle⁹⁴⁹. Retiré le 19 novembre 2008⁹⁵⁰ suite à une forte opposition de l'« opinion », le fichier qui devait le remplacer devait être épuré des mentions les plus discutées et adopté par voie législative, conformément aux indications d'un récent rapport parlementaire qui préconise un renforcement des garanties des justiciables en la matière⁹⁵¹. Pourtant, c'est encore la voie réglementaire qui a été choisie par le ministère de l'intérieur, un peu moins d'un an plus tard, pour la création d'un fichier « relatif à la prévention des atteintes à la sécurité publique » qui n'est pas sans soulever quelques interrogations. Outre l'incertitude sur le contenu relatif à la mention des « origines géographiques » de la personne fichée, c'est surtout l'absence de cadre précis des motifs permettant l'intégration d'un individu à la base de données qui pose problème. L'article 1^{er} du

⁹⁴⁶ L'article 706-55 du Code de procédure pénale vise ainsi désormais : « 1° Les infractions de nature sexuelle visées à l'article 706-47 du présent Code ainsi que le délit prévu par l'article 222-32 du Code pénal ; 2° Les crimes contre l'humanité et les crimes et délits d'atteintes volontaires à la vie de la personne, de torture et actes de barbarie, de violences volontaires, de menaces d'atteintes aux personnes, de trafic de stupéfiants, d'atteintes aux libertés de la personne, de traite des êtres humains, de proxénétisme, d'exploitation de la mendicité et de mise en péril des mineurs, prévus par les articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 du Code pénal ; 3° Les crimes et délits de vols, d'extorsions, d'escroqueries, de destructions, de dégradations, de détériorations et de menaces d'atteintes aux biens prévus par les articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 du Code pénal ; 4° Les atteintes aux intérêts fondamentaux de la nation, les actes de terrorisme, la fausse monnaie et l'association de malfaiteurs prévus par les articles 410-1 à 413-12, 421-1 à 421-4, 442-1 à 442-5 et 450-1 du Code pénal ; 5° Les délits prévus par les articles L. 2353-4 et L. 2339-1 à L. 2339-11 du Code de la défense ; 6° Les infractions de recel ou de blanchiment du produit de l'une des infractions mentionnées aux 1° à 5°, prévues par les articles 321-1 à 321-7 et 324-1 à 324-6 du Code pénal. » Notons qu'en vertu de l'article R 53-10 du même Code, y figurent également les empreintes génétiques des personnes portées disparues, des cadavres non identifiés mais aussi les traces relevées au cours d'une enquête de police ou d'une information judiciaire. En 2007, ce fichier recensait, d'après la CNIL, 615 590 prélèvements d'individus : [en ligne], <<http://www.cnil.fr/index.php?id=1809>>.

⁹⁴⁷ D'après la CNIL, y figurent à l'heure actuelle 5 552 313 personnes en tant que « mis en cause » et 23 329 276 personnes en tant que « victimes » dans le cadre de 36 500 000 procédures. Notons que le manque de fiabilité des informations contenues par ce fichier est très souvent dénoncé, la CNIL affichant ainsi un taux d'exactitude des fiches de 17% ! Voir, [en ligne] <<http://www.cnil.fr/en-savoir-plus/fichiers-en-fiche/fichier/article/91/stic-systeme-de-traitement-des-infractions-constatees/>> ; C. BIGET, « La Cnil veut mieux contrôler le fichier Stic », *AJDA* 2009, p. 124.

⁹⁴⁸ Il devait se substituer au décret n°91-1051 du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

⁹⁴⁹ Notons que la CNIL avait exprimé de grandes réticences au regard de ce fichier dans son avis, uniquement consultatif. Voir : Délibération n° 2008-174 du 16 juin 2008 portant avis sur un projet de décret en Conseil d'Etat portant création au profit de la direction centrale de la sécurité publique d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE ». Celle-ci appelle de façon générale à un meilleur contrôle des fichiers et de leur actualisation et souhaite, avec une partie de la doctrine, être dotée d'un plus grand pouvoir de contrôle. Voir par exemple : F. ROME, « Fini de rire, navrante Edvige », *Dalloz* 2008, p. 2217.

⁹⁵⁰ Décret n°2008-1199 du 19 novembre 2008 portant retrait du décret n°2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE ».

⁹⁵¹ Voir : I. MANDRAUD, « Le décret sur l'ex-fichier Edvige prévoit de prolonger l'inscription des mineurs jusqu'à 21 ans », 20 septembre 2008 ; J.-M. PASTOR, « Un rapport estime que la création des fichiers de police doit être confiée à la loi », *AJDA* 2009, p. 624. Sur les propositions de ce rapport du 24 mars 2009 fait au nom de la commission des lois de l'Assemblée nationale, en particulier la restriction des possibilités de fichier les mineurs et l'instauration d'un droit à l'oubli, voir : S. LAVRIC, « Fichiers de police : publication d'un rapport parlementaire », *Dalloz* 2009, p. 938.

décret l'instituant prévoit en effet que le « *traitement a notamment pour finalité de recueillir, de conserver et d'analyser les informations qui concernent les personnes susceptibles d'être impliquées dans des actions de violence collectives, en particulier en milieu urbain ou à l'occasion de manifestations sportives* », ce qui conduit à une absence de critère véritable permettant de définir ce que sont les « *personnes dont l'activité individuelle ou collective indique qu'elles peuvent porter atteinte à la sécurité publique* »⁹⁵².

418. Mais aux côtés de la question des fichiers, amenée à évoluer encore dans un avenir proche⁹⁵³, cette extension du droit pénal de l'ennemi à des domaines jusqu'à récemment soumis au droit commun ne touche pas que la procédure pénale et l'on constate également une contamination du droit pénal de fond.

a-2 La contamination du droit pénal de fond.

419. Nous avons vu qu'en matière terroriste, le droit pénal de l'ennemi avait conduit à une répression anticipée sur le chemin de *l'iter criminis* par l'incrimination, à titre autonome, de comportements qui ne tomberaient pas sous le coup de la loi pénale si l'on appliquait les règles de la tentative. Mais ce phénomène est en réalité loin d'être limité au domaine particulier du terrorisme.

L'incrimination d'association de malfaiteurs de l'article 450-1 du Code pénal est particulièrement emblématique puisqu'elle permet désormais la répression, à titre autonome, pour tous les crimes et délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement de ce qui apparaîtrait comme des actes préparatoires de l'infraction consommée envisagée⁹⁵⁴. La peine encourue est, de plus, sévère et peut même parfois être identique à celle de l'infraction consommée correspondante⁹⁵⁵. Souvent critiquées par la doctrine, des dispositions similaires ont vu le jour

⁹⁵² Décret n° 2009-1249 du 16 octobre 2009 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la prévention des atteintes à la sécurité publique.

⁹⁵³ Le projet de loi n°2007 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2009, prévoit en effet de renforcer les obligations de justification d'adresse des personnes inscrites au fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes, de permettre une interconnection entre ce fichier et celui des personnes recherchées, de pouvoir inscrire dans le fichier national des empreintes génétiques les personnes ayant bénéficié d'une déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental et d'étendre les cas où ce dernier fichier peut être consulté. Le projet de loi prévoit également la création d'un « *répertoire de données à caractère personnel collectées dans le cadre des procédures judiciaires* », destiné à recueillir les expertises, examens et évaluations psychiatriques, médico-psychologiques, psychologiques et pluridisciplinaires réalisés dans le cadre de l'enquête, de l'instruction, de l'exécution des peines ou des mesures de sûreté, concernant les personnes poursuivies ou condamnées pour l'une des infractions pour lesquelles le suivi socio-judiciaire est encouru.

⁹⁵⁴ L'autonomie de cette incrimination est néanmoins poussée à son paroxysme par la jurisprudence, qui considère que « *lorsque l'infraction préparée entre dans sa phase d'exécution, l'association de malfaiteurs n'est pas absorbée par les textes spéciaux qui répriment ladite infraction* » et admet ainsi le cumul de qualifications. Voir : Cass. Crim., 22 janvier 1986, *Bull. crim.* n°29.

⁹⁵⁵ La peine n'est en effet pas strictement alignée sur celle de l'infraction préparée mais elle peut être identique dans certains cas de figure (délits punis d'exactly 5 et 10 ans d'emprisonnement et, respectivement, 75 000 et 150 000€ d'amende). L'identité de certains des éléments constitutifs de l'infraction autonome d'association de malfaiteurs avec ceux de la circonstance aggravante de bande organisée est d'ailleurs souvent relevée par la doctrine. Voir par exemple : P. LEMOINE, « Le délit d'association de malfaiteurs et la circonstance de bande organisée », *Revue pénitentiaire*, n°2, avril-juin 2007, p. 278-283. Le futur délit d'« *appartenance à une bande* », dont la rédaction exacte n'est pas encore connue, devrait être moins réprimé mais plus extensif que l'association de malfaiteurs, l'objectif affiché de celui-ci étant de permettre la répression de bandes non structurées, ce qui pose question au regard du principe de la responsabilité personnelle. Voir : LECLERC Jean-Marc, « Loi antibandes : ce que prépare l'Élysée », *Le Figaro*, 2 avril 2009.

dans d'autres pays européens et notamment en Allemagne où le professeur JAKOBS lui-même s'alarme de cette situation⁹⁵⁶.

Dans la même logique, on voit se multiplier les incriminations d'apologie ou de provocations non suivies d'effets⁹⁵⁷ ainsi que la répression de plus en plus généralisée de l'impossibilité de justifier ses ressources, infractions à l'élément matériel fort « *édulcoré* »⁹⁵⁸.

Plus largement, le législateur incrimine de plus en plus souvent des comportements traditionnellement considérés comme simplement déviants tels que, en France, le racolage passif ou la mendicité agressive (celle-ci excluant, par définition, les cas constitutifs d'extorsion) ou l'occupation de hall d'immeuble⁹⁵⁹. Sauf à admettre que la tranquillité publique, traditionnellement protégée par le droit administratif, puisse constituer, en elle-même, un bien juridique protégeable, on doit conclure avec le professeur MUÑOZ CONDE que ce type d'incriminations ne réprime pas de véritables comportements dommageables mais plus largement des attitudes ou des modes de vie, la politique criminelle de « *tolérance zéro* » conduisant ainsi à traiter en « *ennemi* » les personnes marginales et à glisser vers un droit pénal non plus de l'acte mais « *d'auteur* »⁹⁶⁰.

420. Si nous avons déjà rejeté les extrémités auxquelles conduit la théorie du professeur JAKOBS, nous devons néanmoins reconnaître l'utilité des éléments d'identification du droit pénal de l'ennemi qu'il a introduit et l'approuver lorsqu'il prévient que cette infiltration du droit pénal de l'ennemi dans le droit pénal est bien plus dangereuse que sa consécration en tant que branche autonome⁹⁶¹. Même si les garanties essentielles du droit pénal doivent selon nous continuer à s'appliquer en toute matière, il nous semble que l'adoption de dispositions exorbitantes du droit commun peut trouver à se justifier dans des matières aussi spécifiques que le terrorisme ou la grande criminalité. En revanche, il faut absolument veiller à ce que le droit pénal dans son

⁹⁵⁶ Établissant un parallèle avec la modification législative intervenue en 1943 dans l'Allemagne nazie et qui fit passer la peine des actes préparatoires des crimes graves de 3 à 5 ans d'emprisonnement à une peine identique à celle de l'infraction projetée, il dénonce la prévision par la partie générale du Code pénal allemand de la sanction de toute provocation à un crime par une peine seulement légèrement inférieure à celle de l'incrimination en question. Le §30 du Code pénal allemand dispose en effet :

« (1) *Celui qui détermine autrui à commettre un crime ou l'induit à le faire sera puni conformément aux dispositions sur la tentative de crime. Néanmoins, on doit atténuer la peine conformément au §49 al.1. Le II3 al.3 peut s'appliquer le cas échéant.*

(2) *De la même manière, sera puni celui qui se déclare disposé, qui accepte l'offre d'autrui ou qui se concerta avec autrui pour commettre un crime ou l'induire. »*

Voir : G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », art. préc., p. 61.

Notons que le terme crime désigne, d'après le I du Code pénal allemand, toute incrimination punie de plus d'un an d'emprisonnement, ce qui donne au texte évoqué une portée bien plus grande que ce que le vocabulaire français semblerait indiquer. L'on peut rappeler ici que le droit pénal français ne punit d'ailleurs pas, sauf incrimination autonome, la provocation non suivie d'effet.

⁹⁵⁷ Sur le droit étranger, voir par exemple : F. MUÑOZ CONDE, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », art. préc., p. 59-60. ; G. PORTILLA CONTRERAS, *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, op. cit., p. 177. Pour la France, voir par exemple : S. GRUNVALD, « À propos de l'élément matériel de l'infraction : quelques questions de frontières », *Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 133-135. Une proposition de loi visant à lutter contre les incitations à la recherche d'une maigreur extrême ou à l'anorexie, adoptée en première lecture par l'Assemblée nationale le 15 avril 2008, prévoit ainsi de punir de deux ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende « *le fait de provoquer une personne à rechercher une maigreur excessive en encourageant des restrictions alimentaires prolongées ayant pour effet de l'exposer à un danger de mort ou de compromettre directement sa santé* » et « *la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de parvenir à une maigreur excessive ayant pour effet de compromettre directement la santé* ». La peine serait portée à 3 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende si la provocation a été suivie de la mort d'une personne. Voir : Texte n° 132 adopté par l'Assemblée nationale le 15 avril 2008.

⁹⁵⁸ L'expression est de Sylvie GRUNVALD, qui relève notamment l'étrange incrimination de l'impossibilité de justifier ses ressources par qui est en relation habituelle avec des personnes se livrant aux activités d'association de malfaiteurs... c'est-à-dire n'ayant pas encore réalisé d'infraction. Voir : S. GRUNVALD, « À propos de l'élément matériel de l'infraction : quelques questions de frontières », art. préc., p. 138-140.

⁹⁵⁹ Voir : J.-F. SEUVIC, « Présentation générale de la loi pour la sécurité intérieure », R.S.C. 2003, p. 817.

⁹⁶⁰ Citant des exemples comme la pénalisation de la prostitution, et plus largement de la pauvreté : F. MUÑOZ CONDE, « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », art. préc., en particulier p. 27-39. Le même auteur souligne aussi que ces extensions sont rendues possibles par l'indétermination de la notion d'« *ennemi* » ; voir : F. MUÑOZ CONDE, « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », art. préc.

⁹⁶¹ G. JAKOBS, « Derecho penal del ciudadano y derecho penal del enemigo », art. préc., p. 48-50.

ensemble ne change pas subrepticement de paradigme pour se transformer en « *droit pénal du danger*⁹⁶² », sanctionnant des auteurs davantage que des actes et balayant les garanties du droit pénal moderne et en particulier le principe de la responsabilité subjective.

b. Le risque d'abandon du fondement de la responsabilité.

421. Comme le souligne le professeur TRIGEAUD, le « *fondement deux fois millénaire de la philosophie criminelle* » est le jugement de l'acte et non de la personne⁹⁶³. Or si ce fondement n'interdit pas de prendre en compte la personnalité de l'agent lors du prononcé ou de l'exécution de la peine, ce ne peut être cette personnalité, pour déviant qu'elle soit, qui fonde à elle seule la responsabilité de l'agent. Incontestée jusqu'à récemment comme une garantie essentielle de l'État libéral, cette affirmation est pourtant aujourd'hui fortement remise en question et le glissement que nous avons observé vers un droit pénal du risque ou du danger a selon nous récemment atteint une dimension particulièrement inquiétante avec la loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Il ne faut pas alors s'étonner que cette loi, par la mise en place de mesures de « *neutralisation* » fondées sur la dangerosité ait donné lieu à d'intenses discussions doctrinales qui ne sont pas sans rappeler celles qui agitent la doctrine des pays d'inspiration germanique à propos du « *droit pénal de l'ennemi*⁹⁶⁴ ». Après avoir brièvement rappelé le contexte, significatif, qui a vu naître la loi, nous nous arrêterons plus précisément sur ses deux innovations majeures : la rétention de sûreté (b-1) et le prononcé de mesures de sûreté à l'encontre de la personne déclarée irresponsable (b-2).

422. **Contexte de la loi n°2008-174 du 25 février 2008.** Avant de s'arrêter sur les dispositions de cette loi, nous pouvons d'ores et déjà constater qu'elle est particulièrement emblématique des mouvements que nous avons dénoncés comme étant la cause de l'inflation pénale, à savoir la détournement de la fonction symbolique et l'utilisation de la loi comme instrument de communication politique en réaction à des faits divers à fort contenu émotionnel extrêmement médiatisés. Le législateur a ainsi lui-même expliqué avoir trouvé dans deux faits divers précis et dans l'émotion de l'opinion la justification de la nécessité d'une loi nouvelle⁹⁶⁵. Certains de ses promoteurs n'ont pas hésité à désigner les personnes qui pourraient y être soumises comme des « *monstres* »⁹⁶⁶, s'approchant ainsi fort de la négation de la personnalité des « *ennemis* ». Ajoutons

⁹⁶² L'expression est citée notamment par : M. CANCIO MELIÁ, « De nuevo : ¿ 'Derecho penal' del enemigo? », art. préc., p. 130.

⁹⁶³ J.-M. TRIGEAUD, « Loi sur la rétention de sûreté et philosophie criminelle », art. préc., p. 7. S'il est vrai que sous l'influence de courants comme celui de la défense sociale nouvelle davantage d'attention a été portée à la personne dans la réponse pénale dans un souci d'individualisation de la peine et de resocialisation, le fondement de la responsabilité, repensé comme responsabilité sociale et non morale, n'a jamais été abandonné. Voir : R. MERLE, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale », art. préc., p. 729-730.

⁹⁶⁴ L'appartenance de la « *détention de sûreté* » allemande au droit pénal de l'ennemi ne fait d'ailleurs aucun doute pour le professeur JAKOBS. Voir : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc. Celle-ci n'est cependant pas identique à la rétention de sûreté française et a notamment un champ d'application beaucoup plus large. Instituée par une loi du 24 novembre 1933, elle a plusieurs fois vu son cadre restreint ou, plus récemment, élargi et connaît des conditions et des régimes différenciés. Voir : Ch. KUPFERBERG, « La *Sicherungsverwahrung* ou la rétention de sûreté allemande », *Droit pénal* n°5, mai 2008, étude 8 ; J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté *vs* *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ Pénal* 2008, p. 209 ; et, pour une historique plus précise : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 février 2004, [en ligne], <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008562/doc.htm>>.

⁹⁶⁵ Repréant les propos du rapporteur de la loi, voir les déclarations du Garde des Sceaux, largement reprises par la presse ; par exemple : « Dati : la rétention de sûreté n'est pas en 'rupture' avec le droit », *Nouvel Obs.com*, 9 janvier 2008. La presse alla parfois même jusqu'à dire que la réforme « *s'imposait* » à la suite de ces faits divers ; par exemple : M. VIGNAUD, « Rétention de sûreté : les dispositions prévues par la loi », *Le Point*, 28 avril 2008. L'opinion publique soutenait pour sa part largement la loi, 80% des sondés se déclarant favorables à son adoption et 64% estimant qu'elle devait s'appliquer immédiatement aux personnes déjà condamnées ; voir : « L'opinion largement favorable à la rétention de sûreté », *Le Figaro*, 26 février 2008.

⁹⁶⁶ Ainsi du chef de l'État lui-même. Voir par exemple : « Rétention de sûreté : levée de boucliers contre l'initiative de Nicolas Sarkozy », *Le Monde*, 23 février 2008.

qu'après avoir fait l'objet de trois rapports, la loi a été adoptée dans le cadre d'une procédure d'urgence⁹⁶⁷.

b-1 La rétention de sûreté.

423. Nature de la rétention de sûreté. — Au-delà de la forme, ce qui choque particulièrement dans les dispositions de cette loi est leur positionnement volontaire « hors du Droit ⁹⁶⁸ ». On peut ainsi tout d'abord relever qu'après avoir envisagé de confier les décisions relatives au placement en « rétention de sûreté » à des « commissions régionales de la rétention de sûreté⁹⁶⁹ », le législateur a finalement consacré une procédure juridictionnelle par la création de nouvelles juridictions spécialisées, statuant après avis de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté : les « juridictions régionales de la rétention de sûreté ⁹⁷⁰ ». Ces juridictions pourront donc, dans les cas prévus par la loi⁹⁷¹, placer les personnes présentant, à la fin de leur peine, une « particulière dangerosité » en rétention de sûreté.

Cette rétention, dont le régime est fixé par décret⁹⁷², est privative de liberté mais n'est pas, selon le législateur approuvé par le Conseil Constitutionnel⁹⁷³, une peine ; et ne relevant pas du droit pénal, elle n'est pas soumise aux règles et garanties de celui-ci. Ce serait une « mesure de sûreté », définie par sa seule finalité préventive.

⁹⁶⁷ Sur le contenu du rapport de la commission Santé-Justice présidée par J.-F. BURGELIN, du rapport d'information au Sénat par P. GOJON et C. GAUTIER et du rapport la commission parlementaire présidée par J.-P. GARRAUD ainsi que sur le contexte et la procédure de la réforme, voir : J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *Dalloz* 2008, p. 1000.

⁹⁶⁸ En ce sens : J.-M. TRIGEAUD, « Loi sur la rétention de sûreté et philosophie criminelle », art. préc., p. 10 ; J.-H. ROBERT, « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », art. préc. Soulignons que ce positionnement « hors du droit » est un trait caractéristique du « droit pénal de l'ennemi » ; voir par exemple : M. DONINI, « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », art. préc.

⁹⁶⁹ Voir l'article 1^{er} du Texte n°77 adopté par l'Assemblée Nationale le 9 janvier 2008 prévoyant de créer un article 706-53-15 du Code de procédure pénale ainsi rédigé : « la décision de rétention de sûreté est prise par la commission régionale de la rétention de sûreté territorialement compétente. Cette commission est composée d'un président de chambre et de deux conseillers de la cour d'appel, désignés par le premier président de cette cour pour une durée de trois ans ».

⁹⁷⁰ Voir l'article 1^{er} de la loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, créant un article 706-53-15 du Code de procédure pénale ainsi rédigé : « La décision de rétention de sûreté est prise par la juridiction régionale de la rétention de sûreté territorialement compétente. Cette juridiction est composée d'un président de chambre et de deux conseillers de la cour d'appel, désignés par le premier président de cette cour pour une durée de trois ans. Cette juridiction est saisie à cette fin par le procureur général, sur proposition de la commission pluridisciplinaire des mesures de sûreté prévue par l'article 763-10 ». On peut remarquer que la différence entre la commission initialement envisagée et la juridiction finalement créée se trouve quelque peu amoindrie par le filtre que constitue la commission pluridisciplinaire, seule à avoir directement accès aux conclusions de l'évaluation pluridisciplinaire.

⁹⁷¹ Initialement, le projet de loi ne devait concerner que les « personnes condamnées pour des crimes commis contre les mineurs, en particulier de nature sexuelle » mais le texte finalement adopté a un domaine d'application bien plus vaste, l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale disposant ainsi la possibilité de l'appliquer aux personnes « condamnées à une peine de réclusion criminelle d'une durée égale ou supérieure à quinze ans pour les crimes, commis sur une victime mineure, d'assassinat ou de meurtre, de torture ou actes de barbarie, de viol, d'enlèvement ou de séquestration. Il en est de même pour les crimes, commis sur une victime majeure, d'assassinat ou de meurtre aggravé, de torture ou actes de barbarie aggravés, de viol aggravé, d'enlèvement ou de séquestration aggravé, prévus par les articles 221-2, 221-3, 221-4, 222-2, 222-3, 222-4, 222-5, 222-6, 222-24, 222-25, 222-26, 224-2, 224-3 et 224-5-2 du Code pénal ».

⁹⁷² Décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008 relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté.

⁹⁷³ Le projet de loi n°442, déposé à l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2007 parle ainsi des « mesures de police ou de sûreté » puis des « mesures de rétention ». Le Conseil Constitutionnel valide l'exclusion de la qualification de peine dans son considérant n°9 sans pour autant véritablement lever l'ambiguïté : « [la rétention de sûreté] repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assises, mais sur sa particulière dangerosité appréciée par la juridiction régionale à la date de sa décision ; qu'elle n'est mise en œuvre qu'après l'accomplissement de la peine par le condamné ; qu'elle a pour but d'empêcher et de prévenir la récidive par des personnes souffrant d'un trouble grave de la personnalité ; qu'ainsi, la rétention de sûreté n'est ni une peine, ni une sanction ayant le caractère d'une punition ; que la surveillance de sûreté ne l'est pas davantage ». Voir : Cons. Const., 21 février 2008, n°2008-562 DC.

Outre les faiblesses de la distinction avancée sur le fondement de la « *finalité préventive* » des mesures de sûreté⁹⁷⁴, ce qui est particulièrement marquant est l'utilisation de cette dénomination comme justification au contournement des garanties du droit pénal, contournement d'autant plus problématique que notre système juridique ne connaît pas ces « *mesures de sûreté* » et ne leur attribue pas, par conséquent, de cadre juridique véritable⁹⁷⁵... Uniquement définies par un critère négatif, ces « *non peines* », qui sont pourtant parfois identiques à des peines complémentaires désignées comme telles⁹⁷⁶, ne sont ni définies ni encadrées par notre Code pénal, qui avait fait le choix d'un système de sanctions moniste. Il faudrait alors comprendre que l'agent qui y est soumis ne peut se prévaloir des garanties du droit pénal⁹⁷⁷ mais qu'il ne peut pas non plus se tourner vers celles d'une autre branche du droit, inexistante.

Souhaitée par le législateur, la solution a partiellement emporté l'adhésion du Conseil Constitutionnel qui, après avoir exclu la surveillance de sûreté et la rétention de sûreté de la catégorie des peines, a confirmé qu'elles n'étaient pas soumises aux principes gouvernant le droit pénal et notamment, au principe de non rétroactivité⁹⁷⁸. Il a néanmoins fortement nuancé sa position en affirmant aussitôt après qu'« *eu égard à sa nature privative de liberté, à la durée de cette privation, à son caractère renouvelable sans limite et au fait qu'elle est prononcée après une condamnation par une juridiction, [la rétention de sûreté] ne saurait être appliquée à des personnes condamnées avant la publication de*

⁹⁷⁴ La référence à la finalité uniquement préventive de la rétention de sûreté n'est pas en effet pleinement convainquante, la peine elle-même ayant souvent étant définie par sa finalité préventive, générale, spéciale ou générale positive et le caractère contraignant des mesures de sûreté faisant qu'elles sont souvent vécues comme une sanction par ceux qui y sont soumis et par l'« *opinion* ». Voir notamment : Ph. CONTE, « Aux fous ? », *Droit Pénal* n°4, avril 2008, *repère* 4. Dans sa décision du 5 février 2004 relative à la possible application immédiate de la suppression du délai maximum prévu pour certains cas d'une forme de rétention de sûreté, la Cour constitutionnelle fédérale allemande revient longuement sur la question de la distinction avec la peine et sur ses faiblesses, même si elle la maintient. Voir : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 février 2004, préc., p. 84-90. Ces réserves ne nous semblent pas correctement restituées dans un article relatif à cette décision ; voir : Th. WEIGEND et al., « Droit constitutionnel allemand », *R.S.C.* 2004, *Chronique de droit constitutionnel pénal*, p. 688-697.

⁹⁷⁵ C'est là une différence essentielle avec les droits allemand et espagnol par exemple, qui ont adopté un système dualiste de sanction et un cadre juridique spécifique distinct pour les peines et les mesures de sûreté. Si les secondes obéissent à des principes moins protecteurs que les premières, le principe de non rétroactivité étant par exemple écarté en Allemagne au profit de celui, plus souple de confiance légitime, elles n'en restent pas moins soumises à des règles précises et déterminées. Voir : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 février 2004, préc. et, *infra* note 979 ; et plus largement sur les systèmes dualistes : J. LEBLOIS-HAPPE, « Rétention de sûreté *vs* *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », art. préc. ; R. ROTH, « Nouveau droit des sanctions en Suisse : entre l'ami et l'ennemi », *R.S.C.* 2006, p. 117.

⁹⁷⁶ Voir par exemple : S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *R.S.C.* 2008, p. 273 ; D. ROETS, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 2004, p. 1991.

⁹⁷⁷ Le projet de loi affirmait bien que la mise en œuvre de ces mesures serait faite « *dans le respect des exigences constitutionnelles de nécessité, de proportionnalité et de garantie judiciaire des libertés individuelles, à l'égard de ces personnes* » et faisait référence aux « *importantes garanties* » qui entourent la rétention de sûreté mais sans se référer à un cadre précis qui régirait la matière, les règles du droit pénal étant exclues et les mesures de sûreté n'ayant pas été reconnues par le législateur de 1992 ni définies par une loi postérieure. Voir : Projet de loi n°442, déposé à l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2007. Même s'ils regrettent parfois l'inexistence d'un « *statut-cadre* », un grand nombre d'auteurs estiment cet objectif satisfait et que le cadre institué pour les surveillance et rétention de sûreté présente des garanties suffisantes ; voir par exemple : H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la 'dangerosité' et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Droit pénal*, n°4, avril 2008, étude 5 ; G. ROUJOU de BOUBÉE, « Les rétentions de sûreté », *Dalloz* 2008, p. 464. ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », art. préc.

⁹⁷⁸ Le Conseil Constitutionnel a ainsi déclaré : « *Considérant qu'aux termes de l'article 8 de la Déclaration de 1789, 'La loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires et nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi établie et promulguée antérieurement au délit et légalement appliquée' ; qu'il s'ensuit que ces principes ne s'appliquent qu'aux peines et aux sanctions ayant le caractère d'une punition* ». Or la rétention et la surveillance de sûreté n'étant pas des peines, « *dès lors, les griefs tirés de la méconnaissance de l'article 8 de la Déclaration de 1789 sont inopérants* ». Il accepte néanmoins de vérifier la conformité de ces mesures à l'article 9 de la Déclaration et donc les exigences de nécessité et de proportionnalité. Voir : Cons. Const., 21 février 2008, n°2008-562 DC, considérants n°8-10 et 11-23. Des auteurs voient ainsi dans cette décision une avancée importante dans la consécration des principes de nécessité, de proportionnalité et « *d'adéquation* ». Voir : R. BOUSTA, « Jurisprudence du Conseil Constitutionnel : une avancée *a minima* ? », art. préc. F. CHALTIEL, « La réforme de la justice devant le Conseil Constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *Petites Affiches*, 20 mars 2008, n°58, p. 3.

la loi ou faisant l'objet d'une condamnation postérieure pour des faits commis antérieurement ». Peut-être par crainte d'un désaveu par la Cour Européenne des Droits de l'Homme qui, par la notion de « *matière pénale* », a étendu les garanties du droit pénal en dehors des peines strictement désignées comme telles par le législateur⁹⁷⁹, le Conseil Constitutionnel censure donc les dispositions prévoyant l'application immédiate de la rétention de sûreté en invoquant la nature particulière de cette mesure... mais sans donner le fondement de valeur constitutionnelle motivant la solution⁹⁸⁰.

Cette décision peut ainsi déjà paraître surprenante mais elle devient quasiment incompréhensible lorsque le Conseil Constitutionnel ne censure pas les dispositions de l'article 706-53-19 al. 3 du Code de procédure pénale qui prévoit que la personne placée sous surveillance de sûreté peut être placée en rétention de sûreté si « *la méconnaissance des obligations qui lui sont imposées font apparaître que celle-ci présente à nouveau une particulière dangerosité* »⁹⁸¹. Il semblerait donc que la rétention de sûreté puisse finalement s'appliquer immédiatement aux personnes condamnées pour des faits antérieurs à la loi nouvelle pour peu qu'elles aient fait l'objet, au préalable, d'un placement sous surveillance de sûreté dont elles n'auraient pas respecté les obligations. Extrêmement discutable pour violer le considérant n°8 précité et pour ne pas satisfaire à l'exigence posée à l'article 706-53-1 al. 3 du Code de procédure pénale d'une prévision expresse par la cour d'assise jugeant les faits de cette possibilité de placer la personne en rétention de sûreté

⁹⁷⁹ Par le biais de la notion de « *matière pénale* », la Cour européenne des droits de l'homme a en effet étendu les garanties du droit pénal à toutes les mesures ayant le caractère d'une sanction, indépendamment de leur appellation. Pour déterminer le champ de la matière pénale, il faut donc se référer à un faisceau de critères comme la nature, le but et la gravité de la mesure. Voir : CEDH, 8 juin 1995, *Jamil v/ France* ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal Général*, *op. cit.*, p. 81-82, n°132 et p. 85, n°139 ; D. ROETS Damien, « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », art. préc. Sur le possible risque de censure, voir par exemple : Ph. CONTE, « Aux fous ? », art. préc. ; M. HERZOG-EVANS, « Conflits de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? », note sous Cass. Crim., 21 janvier 2009, *Bull. crim. n°23, AJ Pénal* 2009, p. 124 ; J.-M. TRIGEAUD, « Loi sur la rétention de sûreté et philosophie criminelle », art. préc., p. 2. Notons d'ailleurs que si la décision précitée de la Cour constitutionnelle allemande admet l'application immédiate de la loi supprimant la limitation dans le temps de la rétention de sûreté, elle souligne que cette mesure reste soumise au principe de la confiance légitime et laisse entendre qu'une loi qui aurait créé un nouveau cas d'application de la mesure aurait été inconstitutionnelle. Voir : Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 février 2004, *op. cit.*, p. 90 et s. L'Allemagne reconnaît en effet au travers du principe de la confiance légitime l'existence d'un « *principe de sécurité juridique* » qui correspond à l'« *exigence fondamentale* » posée la Cour de Justice des Communautés Européennes comme par la CEDH. Voir : B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », art. préc., p. 151 et s. Signalons également que cette affaire, dite « *Mücke contre Allemagne* », a été portée devant la CEDH et que la décision est attendue pour le début de l'année 2010. Sur la question de la conformité au droit européen de la loi finalement en vigueur, majoritairement admise ; voir : J.-P. CÉRÉ, « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal* 2008, p. 220 ; A. HAROUNE, F. LOMBARD, « Vers la fin de la rétention en France ? », *R.S.C.* 2008, p. 2910 ; D. ROETS, « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *Dalloz* 2008, p. 1840.

⁹⁸⁰ Plusieurs auteurs dénoncent ainsi la contradiction évidente du Conseil Constitutionnel qui, après avoir exclu la qualification de peine, semble appliquer néanmoins le principe de non rétroactivité ; voir par exemple : Ph. CONTE, « Aux fous ? », art. préc. ; M. HERZOG-EVANS, « La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des 'principes cardinaux' de notre droit », *AJ Pénal* 2008, p. 161 ; B. de LAMY, « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *R.S.C.* 2009, p. 166 ; Ch. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil Constitutionnel », *R.S.C.* 2008, p. 731. En dépit de l'absence de fondement véritable de la distinction, certains auteurs approuvent la rétroactivité de principe des mesures de sûreté et la mise en place d'une exception lorsque celles-ci sont privatives de liberté ; voir par exemple : H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la 'dangerosité' et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », art. préc. ; Y. MAYAUD, « La mesure de sûreté après la décision du Conseil Constitutionnel n°2008-562 DC du 21 février 2008 », *Dalloz* 2008, p. 1359 ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », art. préc. ; G. ROUJOU de BOUBÉE, « Les rétentions de sûreté », *Dalloz* 2008, p. 464.

⁹⁸¹ On doit d'ailleurs remarquer l'étrange rédaction de cet article, le premier alinéa prévoyant la possibilité de placer la personne précédemment placée en rétention de sûreté sous surveillance de sûreté et la rédaction du troisième alinéa, par l'emploi du terme « *à nouveau* », ne semblant pouvoir s'appliquer que dans ce cadre là. Cette interprétation est néanmoins interdite par l'esprit du texte, exprimé par le Garde des Sceaux dès le projet de loi : « *elles pourront alors être placées en rétention de sûreté, même si la mesure n'avait pas été envisagée ab initio par la juridiction de jugement, ce qui sera notamment le cas pour les personnes condamnées avant l'entrée en vigueur de la loi pour des faits entrant dans le champ d'application de la loi et placées sous surveillance judiciaire* ». Voir : Projet de loi n° 442, déposé à l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2007.

à l'issue de sa peine, cette interprétation, débattue par la doctrine⁹⁸², semble néanmoins acquise pour le gouvernement et le législateur⁹⁸³.

424. ___ Fondements de la rétention de sûreté. ___ Mais les difficultés ne se limitent pas à la détermination de la nature et du champ d'application de la rétention de sûreté, c'est surtout son fondement qui soulève de nombreuses questions. Nous avons vu qu'une des conditions d'application essentielles de cette mesure est la « *dangerosité* » de la personne, dangerosité appréciée non pas au moment de la commission de l'infraction mais au moment du prononcé de la mesure ou de son renouvellement⁹⁸⁴. Pourtant, la loi se refuse à adopter ce seul fondement et limite les personnes potentiellement concernées aux agents ayant été condamnés, pour certains crimes limitativement énumérés, à une peine supérieure ou égale à 15 années de réclusion criminelle. Même dans le cas précédemment évoqué de la personne placée sous surveillance de sûreté et faisant l'objet d'un (nouveau) placement en rétention, la dangerosité seule ne suffit pas : il faut un manquement aux obligations imposées par la surveillance de sûreté, manquement que l'on doit supposer imputable pour qu'il puisse produire ses effets⁹⁸⁵. On ne peut donc pas affirmer que la rétention de sûreté soit fondée sur la seule dangerosité mais il est également exclu de considérer qu'elle se fonde sur la responsabilité⁹⁸⁶.

⁹⁸² Voir par exemple, admettant cette application immédiate dans ce cas précis : P. JAN, « Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût », art. préc. ; et critiquant cette admission : M. HERZOG-EVANS, « La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des 'principes cardinaux' de notre droit », art. préc., p. 161, et, M. HERZOG-EVANS, « Conflits de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? », art. préc., p. 124.

⁹⁸³ La possibilité d'appliquer immédiatement la rétention de sûreté aux personnes qui auraient violé les obligations de la surveillance de sûreté est en effet clairement admise pour le Garde des Sceaux et le Président de la République, qui la reprend dans la lettre de mission adressée au Premier président de la Cour de cassation le 25 février 2008 lui enjoignant d'examiner la situation née de la décision du Conseil Constitutionnel afin de faire « *toutes propositions utiles d'adaptation de notre droit pour que les condamnés, exécutant actuellement leur peine et présentant les risques les plus grands de récidive puissent se voir appliquer un dispositif tendant à l'amoindrissement de ces risques.* » Voir, respectivement : [en ligne], <<http://www.justice.gouv.fr/>> - <<http://www.elysee.fr/download/>> ; P. JAN, « Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA* 2008, p. 714. Le rapport remis par le Premier président de la Haute Juridiction, s'il ne revient pas sur la non rétroactivité de la rétention de sûreté *ab initio*, admet néanmoins la possibilité d'une application immédiate de la rétention de sûreté prononcée suite à la méconnaissance des obligations de la surveillance de sûreté en mettant en avant l'existence d'un « *fait nouveau* ». Voir : Vincent LAMANDA, *Rapport à Mr le Président de la République ; Amoindrir les risques de récidive des condamnés dangereux*, 30 mai 2008, [en ligne], <<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/>> ; M. HERZOG-EVANS, « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *Dalloz* 2009, p. 2146. Le premier centre socio-médico-judiciaire de sûreté a ainsi été inauguré le 8 novembre 2008 par le Garde des Sceaux ; voir, [en ligne], <<http://www.justice.gouv.fr/>>. Un projet de loi destiné à lutter contre la récidive confirme cette application immédiate de la rétention de sûreté suivant la violation des obligations de la surveillance de sûreté en précisant que son prononcé ne peut intervenir que si le renforcement des obligations de la surveillance de sûreté est insuffisant pour prévenir la récidive. Il en étend également indirectement le champ d'application, notamment par l'admission de la possibilité de prononcer une surveillance de sûreté à l'encontre de celui qui aurait violé les obligations d'une surveillance judiciaire et à qui toutes les réductions de peines auraient été retirées. Voir : Projet de loi n°2007 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2009, respectivement, articles 2 et 4.

⁹⁸⁴ Sur cette notion aux contours incertains et la distinction parfois avancée entre « *dangerosité criminologique* » et « *dangerosité psychiatrique* », voir par exemple : J. DANET, C. SAAS, « Le fou et sa 'dangerosité', un risque spécifique pour la justice pénale », *R.S.C.* 2007, p. 779 ; J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », art. préc. ; P.-J. DELAGE, « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *R.S.C.*, 2007 p. 797 ; Ch. LAZERGES, « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil Constitutionnel » ; C. MANZANERA, J.-L. SENON, « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ Pénal* 2008, p. 176 ; J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », art. préc.

⁹⁸⁵ Ce n'est pourtant pas le point de vue exprimé par la circulaire d'application, qui semble bien écarter cette exigence d'imputabilité en soulignant que ce manquement « *ne constitue pas une infraction* ». Voir : Circulaire de la DACG CRIM 08-17/E8 NOR : JUSD0830031C relative à la présentation générale des dispositions relatives à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté, p. 11.

⁹⁸⁶ Le Conseil Constitutionnel exprime clairement cette idée : « *la rétention de sûreté ; qu'elle repose non sur la culpabilité de la personne condamnée par la cour d'assise mais sur sa particulière dangerosité* ». Cons. Const., 21 février 2008, n°2008-562 DC, considérant n°8.

C'est en effet la peine qui se fonde sur la responsabilité et le simple fait que la rétention de sûreté s'ajoute à la peine et ne s'y substitue pas, même partiellement, indique bien qu'elle n'a pas le même fondement ; d'autant plus que, comme nous l'avons dit, alors que la responsabilité s'apprécie au moment où sont commis les faits délictuels, la nécessité de recourir à une rétention de sûreté est appréciée au moment du prononcé de la mesure. La prévision de l'application immédiate de la rétention de sûreté aux personnes condamnées antérieurement imposait davantage encore cette interprétation puisque la peine prononcée antérieurement ne pouvait prendre en compte cette possibilité et qu'aucune infraction nouvelle ne pouvait justifier une nouvelle responsabilité.

Cette rapide analyse fait ainsi apparaître d'importantes et délicates confusions entre responsabilité et irresponsabilité et entre peines et mesures sanitaires. La rétention de sûreté n'est en effet applicable qu'aux personnes condamnées et donc jugées responsables de leurs actes (au moment des faits) mais elle se justifie par « *des troubles graves de la personnalité* », elle n'est pas une peine mais elle est privative de liberté, elle est prononcée par une juridiction mais elle est réalisée dans des « *centres socio-médico-judiciaires de sûreté* », régis par le Code de la santé publique et situés dans des locaux pénitentiaires⁹⁸⁷...

425. Dans le même esprit de confusion des logiques sanitaires et répressives, la personne déclarée irresponsable sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal peut désormais se voir soumise à une « *mesure de sûreté* ».

b-2 Les mesures de sûreté à l'encontre de l'irresponsable.

426. Depuis la loi du 25 février 2008, la juridiction même qui déclare la personne poursuivie irresponsable sur le fondement de l'article 122-1 du Code pénal peut prononcer à son encontre une « *mesure de sûreté* »⁹⁸⁸.

Celle-ci peut tout d'abord consister en une hospitalisation d'office, mesure jusqu'alors considérée comme relevant exclusivement du domaine sanitaire et complètement détachée de la commission d'une infraction⁹⁸⁹.

Les autres mesures de sûreté que peut prononcer le juge pénal en cas de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause trouble mental, prévues à l'article 706-36 du Code de

⁹⁸⁷ Article 7 de la loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Le décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008 relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté montre bien le caractère hybride de la rétention de sûreté. L'article R.53-8-55 prévoit ainsi que les « *centres socio-médico-judiciaires de sûreté* » sont des structures placées sous l'autorité conjointe du ministre chargé de la santé et du ministre de la justice et l'article 53-8-56 organise la répartition des compétences, au sein de chaque centre, entre le directeur des services pénitentiaires et le directeur d'établissement public de santé. Pour une étude du régime de la rétention de sûreté et une comparaison avec le système carcéral, voir : M. HERZOG-EVANS, « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté ; l'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution de la peine », *Dalloz* 2008, p. 3098.

⁹⁸⁸ Nous étudierons plus bas les conditions et la procédure encadrant cette possibilité ; voir *infra* n°684 et s.

⁹⁸⁹ La réforme annoncée de cette hospitalisation d'office semble néanmoins aller dans le sens d'un rapprochement avec la rétention de sûreté, la question de la dangerosité de l'agent devant être amenée à y jouer un rôle beaucoup plus important. Une telle orientation suscite de vifs débats dans le monde psychiatrique, les experts manifestant souvent une grande réticence face à l'idée de devoir établir, non un diagnostic, mais un pronostic sur la dangerosité des personnes. Beaucoup ont ainsi exprimé leur crainte d'un retour à une conception sécuritaire de la médecine psychiatrique. Voir par exemple : C. PRIEUR, « Psychiatrie : la régression sécuritaire », *Le Monde*, 6 décembre 2008 ; P. FARAGGI, « Le fou, ou les figures de la peur », *Le Monde*, 30 décembre 2008.

procédure pénale⁹⁹⁰, sont bien moins coercitives que l'hospitalisation d'office mais il faut relever que leur régime est particulier. Si la personne qui y est soumise peut en effet en demander la modification ou la levée, elles peuvent être initialement prononcées pour une durée pouvant atteindre dix ans en matière correctionnelle et vingt ans si les faits commis constituent un crime ou un délit puni de dix ans d'emprisonnement⁹⁹¹, c'est-à-dire qu'elles peuvent, selon les cas, être d'une durée plus longue ou moins longue que la peine maximale encourue. On pourrait comprendre que, leur fondement étant distincts, elles n'obéissent pas aux mêmes limitations de durée mais il semble étrange que cette dépendance existe partiellement, et il est discutable que les mesures de sûreté puissent excéder la durée de la peine maximale encourue⁹⁹².

427. Malgré ces observations et les réticences qui ont pu s'exprimer sur la judiciarisation de l'hospitalisation d'office, la possibilité de prononcer des mesures de sûreté à l'encontre de la personne déclarée irresponsable n'a pas été le point le plus discuté de la réforme. Le fondement de la responsabilité était clairement exclu et la qualification de ces mesures de sûreté moins problématique que la rétention de sûreté, l'hospitalisation d'office en particulier n'étant pas modifiée au-delà de l'autorité qui la prononce. C'est pourtant sur le fondement de ces mesures, et plus précisément de la question de leur application immédiate, que la Cour de cassation a rendu une décision qui semble bien faire éclater les fragiles distinctions qui régissaient la matière.

428. Le 21 janvier 2009, la Chambre criminelle a en effet rejeté le pourvoi formé contre un arrêt d'une chambre d'instruction qui n'avait pas appliqué les mesures de l'article 706-136 du Code de procédure pénale à la personne déclarée irresponsable pour des faits d'homicide volontaire commis antérieurement à la loi du 25 février 2008 aux motifs que : « ***l'article 112-1, alinéa 2, du Code pénal fait obstacle à l'application immédiate d'une procédure qui a pour effet de faire encourir à une personne des peines prévues à l'article 706-136 du Code de procédure pénale que son état mental ne lui faisait pas encourir sous l'empire de la loi ancienne applicable au moment où les faits ont été commis***⁹⁹³ ». Bien que l'arrêt soit trop récent, et trop lapidaire, pour pouvoir en tirer des conclusions définitives à ce jour, nous ne pouvons que partager la stupéfaction des, déjà nombreux, commentateurs : les personnes irresponsables sont donc susceptibles d'être condamnées à des peines?

On pourrait voir dans cette décision un refus de la distinction entre peine et mesure de sûreté et, en particulier, de l'exclusion des secondes du principe de non rétroactivité des lois pénales plus sévères⁹⁹⁴. Mais outre qu'il n'aurait pas été besoin de qualifier ces mesures de « *peines* » pour nier

⁹⁹⁰ Là encore, les autres mesures de sûreté qui peuvent être prononcées ne sont pas sans rappeler certaines peines complémentaires ou modalités d'exécution des peines... normalement réservées aux personnes responsables. L'article 706-136 du Code de procédure pénale prévoit ainsi l'interdiction de rentrer en contact avec certaines personnes, de paraître dans certains lieux, de détenir ou de porter une arme, d'exercer une activité professionnelle, la suspension ou l'annulation du permis de conduire. L'aspect sanitaire apparaît seulement dans la prévision d'une expertise psychiatrique chargée de s'assurer que ces mesures ne constituent pas un obstacle aux soins. On peut alors se demander avec un auteur s'il ne s'agit pas là de « *de contourner l'irresponsabilité pénale de celui dont le discernement est aboli* ». En ce sens : Ph. BONFILS, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », R.S.C. 2008, p. 392.

⁹⁹¹ Article 706-137 et 706-136 du Code de procédure pénale.

⁹⁹² Même si cela reste sans doute moins discutable que les mesures de sûreté venant d'ajouter à la peine, une fois celle-ci purgée, et y compris si elles n'existaient pas au moment de la commission des faits...

⁹⁹³ Voir : Cass. Crim., 21 janvier 2009, *Bull. crim. n°24* ; *AJ Pénal* 2009, p. 178, note J. LASSERRE CAPDEVILLE « Impossibilité d'appliquer les 'peines' prévues à l'article 706-136 du Code de procédure pénale à une hypothèse antérieure » ; R.S.C. 2009, p. 136, note A. GIUDICELLI, « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate » ; R.S.C. 2009, p. 69, note P.-J. DELAGE, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale » ; *Dalloz* 2009, p. 1111, note H. MATSOPOULOU, « L'application non-rétroactive des 'peines' frappant désormais les délinquants aliénés ».

⁹⁹⁴ Précisons que l'arrêt vise le seul article 706-136, ce qui exclut d'y voir l'application du « *principe* » dégagé par le Conseil Constitutionnel sur l'application immédiate des mesures de sûreté à l'exception de celles qui sont privatives de liberté, l'hospitalisation d'office étant prévue par l'article 706-135.

leur application immédiate⁹⁹⁵, un arrêt du même jour interdit absolument cette interprétation en confirmant la jurisprudence antérieure par la censure d'une décision de cour d'appel qui avait refusé d'appliquer une surveillance judiciaire aux motifs que les faits avaient été commis antérieurement à l'entrée en vigueur du texte instituant la mesure⁹⁹⁶. Par ailleurs, si la Cour avait visé l'article 112-1 alinéa 1 du Code pénal, on aurait pu penser qu'elle réaffirmerait l'exigence du discernement pour constituer une infraction antérieurement à la loi du 25 février 2008 en même temps qu'elle constatait l'abandon de cette condition pour le prononcé des peines de l'articles 706-136⁹⁹⁷... mais c'est bien le deuxième alinéa de cet article qui est cité.

Or, si nous ne désapprouvons pas le qualificatif de ces « mesures » comme des peines dans le sens où, comme nous l'avons relevé, leur contenu est parfois identique à des peines complémentaires⁹⁹⁸, nous ne pouvons admettre la solution que semble imposer cet arrêt : l'imputation d'une peine à une personne pénalement irresponsable. Le seul obstacle au prononcé des peines prévues par le Code pénal à l'encontre des irresponsables serait-il alors le principe *specialia generalibus derogant* qui imposerait de se référer aux articles 706-135 et suivants du Code de procédure pénale ?

429. La frontière, jusqu'alors bien nette entre responsabilité et irresponsabilité est aujourd'hui troublée, la définition de la peine et des mesures de sûreté encore davantage, les peines elles-mêmes étant de plus en plus souvent associées à des mesures de soins⁹⁹⁹. Le domaine du droit pénal, par l'apparition en négatif du « non-droit pénal », du « sous-droit pénal » ou même du « hors droit », apparaît alors aussi indéterminé en droit positif qu'il peut l'être dans les théories qui prétendent le définir *a priori*.

Le fondement du pouvoir étatique de punir, clairement inscrit dans la liberté de la personne depuis la Révolution, s'efface en même temps que l'idée de responsabilité au profit d'une dangerosité qu'il s'agit de neutraliser. Parallèlement, la répression intervient de plus en plus souvent avant que ne se produise un résultat dommageable et se fonde sur des comportements seuls ou sur des présomptions. Dans le droit pénal de la « société moderne » comme dans celui de l'« ennemi », le risque tend donc à constituer à lui seul l'élément matériel comme l'élément moral de ce qu'il reste de l'« infraction » dans son analyse classique.

430. **Conclusion du Chapitre.** — Même s'il propose deux systèmes de légitimation différents pour le droit commun et pour le « droit pénal de l'ennemi », il n'en reste pas moins troublant de constater que c'est le même auteur, le professeur JAKOBS, qui a, le premier, défendu la légitimité d'un « droit pénal de l'ennemi » et l'inanité du bien juridique.

À la différence de ce que l'on a pu connaître dans les systèmes normativistes traditionnels du début du XX^{ème} siècle, ce n'est pas pour ce professeur d'une prise de position théorique et philosophique que découle une méthode d'interprétation et d'analyse du droit mais bien l'inverse :

⁹⁹⁵ La Cour aurait pu se fonder sur le droit européen et la notion de matière pénale pour la rejeter, s'inscrivant en faux par rapport au Conseil Constitutionnel et à sa jurisprudence antérieure mais respectant la logique juridique et défendant une solution proposée par un important courant doctrinal.

⁹⁹⁶ Voir : Cass. Crim., 21 janvier 2009, *Bull. crim. n°23* ; *AJ Pénal* 2009, p. 124, note M. HERZOG-EVANS, « Conflits de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? ».

⁹⁹⁷ C'est peut-être ce que suggère un auteur, qui considère que la décision se fonde sur le principe de légalité davantage que sur celui de non-rétroactivité ; voir : J. LASSERRE CAPDEVILLE « Impossibilité d'appliquer les 'peines' prévues à l'article 706-136 du Code de procédure pénale à une hypothèse antérieure », note sous Cass. Crim., 21 janvier 2009, *Bull. crim. n°24*, art. préc.

⁹⁹⁸ P.-J. DELAGE, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale », note sous Cass. Crim., 21 janvier 2009, *Bull. crim. n°24*, art. préc.

⁹⁹⁹ L'article 6 de la loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental prévoit ainsi notamment la possibilité d'un recours à la « castration chimique » des détenus consentants et une dérogation au secret médical pour les praticiens exerçant en milieu pénitentiaire.

ce sont des considérations épistémologiques qui emportent des conséquences sur le fond. Dans les postulats fonctionnel-systémiques, c'est la fonctionnalité du droit qui le justifie ; le droit n'est pas juste parce qu'il est conforme aux valeurs morales ou sociales ou encore parce qu'il émane d'une source légale et légitime pour exprimer la volonté générale, il est juste parce qu'il simplifie les relations sociales et qu'il est, de ce fait, fonctionnel. Étendu aux concepts, le critère de la fonctionnalité devrait conduire à abandonner le bien juridique comme objet de protection du droit pénal dans les systèmes qui l'ont consacré et à se garder de l'importer dans une théorie française qui s'en est passée jusqu'ici. Inutile dans la légitimation de la neutralisation de l'« ennemi », impuissant à limiter l'inflation pénale, inconsistant s'il veut s'adapter au droit pénal des domaines d'activités de la « société moderne », le bien juridique n'aurait plus guère qu'une utilité technique résiduelle et serait absolument inutile dans la délimitation du domaine du droit pénal.

Mais si le système proposé par le fonctionnalisme systémique peut être séduisant pour sa cohérence interne et sa plus grande facilité à intégrer les mutations actuelles du droit pénal qu'une théorie classique totalement impuissante à expliquer l'affaiblissement simultané des éléments objectif et subjectif de l'infraction et dont les catégories fondamentales sont sans cesse remises en question, cette cohérence est au prix d'une conception absolument autopoïétique du système juridique. Or, s'il était possible au XIX^{ème} siècle, de croire en la rationalité indubitable d'un État construit sur la philosophie libérale des Lumières, l'histoire a montré que les risques de la légitimation *a priori* de tout contenu normatif n'était pas seulement théoriques et le droit positif nous enseigne que les fondements premiers du droit pénal moderne ne sont pas à l'abri de la politique criminelle. Or si la crise du droit pénal est indiscutable et qu'il ne semble subsister aucun critère véritablement susceptible de le définir, il ne faut sans doute pas en accuser le bien juridique mais simplement admettre qu'il n'a pas mieux résisté que les autres concepts à la dilution du droit pénal.

431. ___ **Conclusion du Titre.** ___ La dilution du droit pénal s'est accompagnée de la dilution de son objet de protection et l'observation du droit positif, que ce soit dans les pays qui ont adopté le modèle allemand ou en France, ne permet pas de dégager une acception unique du bien juridique protégé.

Omniprésent, il est entendu différemment au gré des objectifs recherchés par le législateur ou la jurisprudence. Que ce soit en droit pénal général, en droit pénal spécial ou même en procédure pénale, il est souvent conçu de façon abstraite et complètement dématérialisée mais aussi parfois de façon concrète, son lien même avec son titulaire étant à l'occasion déterminant. Il subit donc les conséquences de l'extension du domaine du droit pénal en même temps que les effets d'une politique criminelle guidée par la volonté de résoudre des problèmes précis de façon pragmatique, sans trop de considération pour la cohérence globale du système juridique et encore moins pour celle de la théorie du délit.

Il n'est guère surprenant, de ce fait, que le bien juridique tel qu'il est ne corresponde pas à un concept véritable mais à des réalités diverses. Mais de là à déduire que l'évidente évanescence du bien juridique tel qu'il apparaît prescrit d'abandonner toute recherche de théorisation, il y a un pas que la loi de HUME nous interdit de franchir.

Pour cocasse que puisse paraître cette référence dans notre propos, il nous semble pourtant que l'on peut sans mal la détourner de son objectif initial pour affirmer que ce n'est pas parce que le bien juridique n'est pas un concept uniforme qu'il ne doit pas être un concept du tout. Défendre le contraire serait souscrire à une position méthodologique qui confond le fait et le droit, et les conséquences théoriques auxquelles mènent les conceptions fonctionnelles-systémiques qui les défendent actuellement dans la science juridique ne nous paraissent guère souhaitables. Loin de permettre de résoudre le problème de la perte de substance, et même de sens, du droit pénal, elles ne peuvent selon nous que les aggraver. Renoncer à toute délimitation matérielle du droit pénal et s'accommoder de l'effritement de ses critères formels à l'heure même où ses fondements libéraux sont menacés, c'est légitimer, *a priori*, toutes les conséquences de sa réorientation vers la prévention du « *risque* », quel qu'il soit.

432. ___ **Conclusion de la Partie.** ___ La propension du bien juridique à déterminer le domaine du droit pénal dépend nécessairement de la conception que l'on adopte. Or, si nous avons relevé dans notre droit pénal des signes d'hostilité à la consécration d'un concept matériel destiné à délimiter le *ius puniendi*, nous avons vu également qu'il recourrait fréquemment à ses différentes facettes, y compris substantielles, dans de nombreux mécanismes. Si le bien juridique n'est donc pas un concept unitaire, ni en droit positif, ni en théorie, il n'en reste pas moins impossible de nier son existence.

A y regarder de plus près, l'hostilité du droit français au concept semble d'ailleurs pouvoir être relativisée à la lumière des observations que nous avons pu faire sur l'évolution du droit pénal, qui font apparaître d'étranges coïncidences. D'un côté, nous avons relevé que la doctrine française était majoritairement fort attachée aux idéaux philosophiques révolutionnaires, fondés sur l'idée de liberté et de responsabilité qui en découle... or on se souvient que c'est précisément le plus « révolutionnaire » des auteurs allemands, FEUERBACH, qui a introduit le concept. Il se trouve par ailleurs que le chef de file du courant abolitionniste du bien juridique s'appuie sur une légitimité purement fonctionnelle du droit, ce qui menace non seulement les idéaux révolutionnaires pour occulter la question de la responsabilité mais également les garanties essentielles exprimées par nos principes français de légalité criminelle, de nécessité et de proportionnalité.

En réalité, à l'opposition fondamentale que nous avons dégagée entre une conception de l'infraction comme atteinte à la loi et comme atteinte au bien juridique, il faudrait ajouter une opposition première entre des systèmes dictés par des considérations théoriques et philosophiques et un système fonctionnel-systémique guidé par le seul pragmatisme et dont l'auto-référence est encore plus marquée que dans les théories traditionnelles les plus positivistes. Car si l'on a pu reprocher au législateur de substituer sa seule volonté à l'ordre des choses, sa volonté, dans les théories classiques libérales, restait déterminée par la volonté générale, expression, en démocratie, de la souveraineté populaire. Or même si cette conception a pu conduire à des dérives, le fonctionnalisme systémique paraît plus dangereux encore puisque l'autopréservation du système apparaît à la fois comme son seul fondement et sa seule finalité. Même le législateur est privé de sa rationalité, la seule rationalité qui importe vraiment étant celle du système lui-même, auquel le Droit est inféodé en tant que sous-système.

433. ___ **Transition.** ___ À ce stade de notre réflexion, nous pourrions certes être convaincue du danger que les théories relativistes représentent, en particulier sur leur versant fonctionnel-systémique, mais il ne paraît pas certain qu'un concept aussi fuyant que le bien juridique soit véritablement à la hauteur des enjeux auxquels est confronté le droit pénal. S'il a déjà échoué par le passé à limiter son domaine, on peut légitimement douter de son aptitude à garantir, à l'avenir, son unité et sa cohérence. Il ressort néanmoins que la doctrine étrangère a majoritairement tiré des conclusions inverses et que le bien juridique fait l'objet d'un vif regain d'intérêt dans les propositions tendant à dépasser la crise actuelle du droit pénal.

Il est vrai que l'importation d'un concept étranger est toujours fort délicate mais les outils théoriques traditionnels de l'infraction française apparaissent comme totalement impuissants à endiguer, et même à analyser les évolutions actuelles du droit pénal. La grille de lecture qu'elle utilise, entre éléments objectifs et éléments subjectifs est en effet totalement dépassée et de plus en plus d'auteurs s'accordent pour le reconnaître. Comment voir dans le maintien des infractions de résultat fondamentales que sont les atteintes à l'intégrité physique de la personne la marque d'une conception objective quand, parallèlement, se développent des incriminations quasiment dépourvues d'élément matériel ? A l'inverse, comment interpréter la répression accrue, par le biais d'incriminations autonomes, de simples actes préparatoires ou de présomptions de recel comme une marque de subjectivisme quand, dans le même mouvement, la répression entend se passer de l'imputabilité de l'agent, fondement indispensable à la responsabilité subjective ?

Traditionnellement considérée comme appartenant à un système mixte qui avait su faire la part des choses entre les conséquences extrêmes des théories objectivistes et subjectivistes, la théorie française de l'infraction, par l'affaiblissement concurrent des éléments matériel et moral, semble de plus en plus n'appartenir à aucun système et emprunter à l'une ou à l'autre de ces deux conceptions au gré de la finalité répressive recherchée. Or, si l'équilibre entre répression du comportement et répression de la culpabilité ne peut plus véritablement éclairer l'analyse du droit positif, l'alternative consiste à se résoudre à l'abandon de toute théorie générale de l'infraction ou à rechercher de nouveaux outils.

Mais s'il est certain que la définition du bien juridique devra être précisée, et que le concept ne pourra sans doute pas être unitaire et devra se diviser en différentes catégories pour intégrer ses différents visages, sa consécration en tant qu'objet de protection de la loi pénale pourra permettre une relecture du droit positif au sein d'un cadre théorique renouvelé. Sans nier que la loi soit l'unique source du droit pénal, admettre qu'elle protège un « *bien juridique* » matériellement entendu et que sa violation ne cause pas seulement une atteinte à la norme mais également à ce bien permettra d'affirmer la double nature du droit pénal, protecteur à la fois du système juridique juridique lui-même et des personnes qui le composent. Plus que l'espoir illusoire d'une délimitation du domaine du droit pénal par la détermination de biens juridiques *a priori* dignes de protection, c'est une rupture épistémologique qui se dessine et la possibilité d'un encadrement du droit répressif par la théorie de l'infraction.

Partie II

**DE L'INTEGRATION DU CONCEPT
DANS LA THEORIE DE
L'INFRACTION.**

434. Refuser de considérer que l'infraction ne protège que la loi elle-même ou la société dans son ensemble et fonder la légitimité de la répression pénale sur la protection d'un objet déterminé et matériellement défini, désigné par le concept de « *bien juridique* », c'est admettre que la réalisation des éléments décrits par le texte d'incrimination ne suffit pas, à elle seule, à établir la contrariété au droit.

Pour que la contrariété au droit, et plus précisément au droit pénal, puisse être reconnue, il sera certes nécessaire que le comportement viole formellement la loi pénale, seule source possible de l'infraction en vertu du principe de légalité, mais il faudra aussi établir qu'il porte atteinte à son objet de protection, c'est-à-dire qu'il affecte de façon injustifiée un bien juridique. Mais cette atteinte au bien juridique protégé par le comportement prohibé ne saurait suffire à qualifier l'infraction pénale ; le principe de la responsabilité personnelle l'interdit strictement.

Pour qualifier une infraction véritable, il faut non seulement un comportement conforme aux prescriptions du texte d'incrimination, matériellement contraire au droit en ce qu'il porte une atteinte antijuridique à son objet de protection, mais également que cette atteinte puisse être subjectivement imputée à une personne responsable. Bien qu'elle soit en grande partie motivée par la recherche d'un cadre nouveau susceptible de délimiter le domaine du droit pénal par l'intégration de sa finalité de protection au sein même de l'infraction, et que l'articulation proposée autour du pivot de l'« *injuste* » semble bien étrangère à notre conception française du délit, nous verrons que, contrairement aux apparences, l'intérêt de la construction n'est pas purement dogmatique et que le droit positif lui-même s'appuie bien souvent sur la notion, innommée, d'injuste au sens où nous l'entendons¹⁰⁰⁰.

Si l'on s'inspire de la terminologie du modèle allemand, on peut alors affirmer que l'atteinte au bien juridique est une condition de l'injuste (Titre 1) et que l'injuste est un élément qualifiant de l'infraction (Titre 2) qui, bien qu'essentiel, ne peut suffire à la constituer.

¹⁰⁰⁰ Nous devons signaler qu'une conciliation particulièrement intéressante entre la théorie de l'infraction dans le modèle allemand et le droit positif français a déjà été menée, en France, par le professeur PIN dans son manuel de droit pénal général et que la structure que nous défendons ici en est largement inspirée. Voir : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 111-257, et, pour une vision d'ensemble, la table des matières de la deuxième partie de son manuel, p. 393-395.

TITRE 1

**L'ATTEINTE AU BIEN JURIDIQUE,
CONDITION DE L'INJUSTE.**

435. L'affirmation selon laquelle l'infraction et, avant elle, l'injuste, exige, pour être constituée, que le comportement prohibé porte une certaine forme d'atteinte, antijuridique, au bien juridique protégé suppose, pour avoir un sens, d'être parvenu à dégager un véritable concept, matériel, de bien juridique. Une acception purement formelle de celui-ci conduirait en effet à vider cette exigence de toute substance et à la priver de tout intérêt théorique : si le bien juridique n'est que l'objet formellement protégé par le texte d'incrimination, la simple vérification des conditions de celui-ci entraîne, *ipso facto*, son atteinte et l'injuste ne serait alors rien d'autre que la contrariété formelle du comportement à la loi, ce qui n'offre guère plus de perspectives que l'« *élément injuste* » de GARRAUD comme absence de fait justificatif.

Mais puisque nous avons vu qu'il est impossible de dégager, à partir de ses manifestations en droit positif, un concept unitaire de bien juridique, et que la multitude de constructions théoriques proposées dans les pays d'inspiration germanique ne permet pas davantage de s'appuyer sur une définition unique, il va nous falloir entreprendre une reconstruction du concept (Chapitre 1) avant de pouvoir le consacrer comme véritable objet de protection du droit pénal, et d'en tirer toutes les conséquences dans l'opération de qualification de l'injuste (Chapitre 2).

Chapitre 1

La reconstruction du concept.

436. Le caractère protéiforme du bien juridique en droit positif, s'il permet souvent de dévoiler les présupposés et, parfois, les contradictions théoriques et même idéologiques de notre droit répressif, le prive en même temps de toute possibilité d'apparaître comme un véritable élément de l'infraction et encore davantage comme une limite au *ius puniendi*. Pour qu'il puisse avoir une utilité véritable dans l'analyse juridique, il sera indispensable de parvenir à la théorisation d'un véritable concept, matériel, de bien juridique (Section 2), ce qui suppose au préalable d'accepter de renoncer à une conception purement formelle du droit pénal pour adopter le cadre d'une conception matérielle de l'infraction (Section 1) et, plus largement de l'État de droit.

Section 1

Le cadre d'une conception matérielle de l'infraction.

437. La reconnaissance de la protection du bien juridique comme finalité du droit pénal implique que l'atteinte à celui-ci soit reconnue comme le fondement matériel de l'infraction (II), ce qui implique, sur un plan théorique, la rupture avec une conception formelle de l'infraction en déclin (I) et qui faisait de l'atteinte à la loi le véritable et unique résultat de l'infraction.

I La rupture avec une conception formelle en déclin.

438. Nous avons vu que l'empreinte du positivisme étatique reste très forte dans le droit pénal français, construit depuis la Révolution sur le culte de la loi et une certaine compréhension du principe de légalité. Malgré cela, le déclin de l'acception traditionnelle de ce principe premier est aujourd'hui unanimement constaté en doctrine, ce qui n'est guère à déplorer s'il traduit la reconnaissance du leurre que constitue la compréhension classique du principe d'interprétation stricte (A) et une rupture avec le mythe de la rationalité indubitable de la loi (B).

A. Le leurre de l'interprétation stricte.

439. Avant même la question pratique, déjà évoquée, de l'insuffisante qualité des lois pénales, de leur multiplication et l'utilisation de plus en plus fréquentes de « *types ouverts*¹⁰⁰¹ » qui rendent difficile, sinon illusoire, la possibilité d'une interprétation « *stricte* », celle-ci nous semble déjà être un leurre d'un point de vue purement théorique. Elle repose en effet sur le mythe d'une interprétation-connaissance (1) qui nie la réalité d'une interprétation reposant sur la volonté (2).

1°/ Le mythe de l'interprétation-connaissance.

440. L'idée beccarienne du juge comme « *bouche de la loi* », dont nous avons vu qu'elle continuait de marquer la conception française du principe d'interprétation stricte¹⁰⁰² nie tout pouvoir créateur de norme au juge et lui interdit d'apprécier la loi ou de l'appliquer en s'appuyant sur des références externes au droit. Même lorsque la voie de l'interprétation téléologique lui est ouverte du fait de l'obscurité du texte, celle-ci ne saurait reposer directement sur des valeurs mais doit se référer à l'« *esprit de la loi* », c'est-à-dire à la volonté du législateur telle qu'exprimée dans les travaux parlementaires ou les circulaires d'application. La loi est ainsi appréhendée comme un acte de

¹⁰⁰¹ Ceux-ci, qui prévoient l'atteinte d'un résultat déterminé « *par tout moyen* » sont en effet difficilement compatibles avec l'exigence de précision de la loi pénale et ne permettent pas, par définition, une interprétation stricte du comportement prohibé. Ils ont pourtant tendance à se multiplier. Un auteur avait ainsi comparé la proportion des définitions simples étroites, larges et complexes entre le Code de 1810 et le Code de 1992 au moment de son adoption, celles-ci passant respectivement de 44% à 22%, de 24% à 30% et de 12% à 32%. Voir : J.-F. CHASSAING, « Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », art. préc., p. 445 et s.

¹⁰⁰² Voir *supra*, n°227 et s.

volonté du législateur, par nature insusceptible d'être vrai ou faux¹⁰⁰³, alors que la jurisprudence apparaît comme un acte de connaissance de la loi et de la volonté du législateur. La conclusion du syllogisme judiciaire prôné par BECCARIA apparaît comme la seule solution possible puisqu'elle est le résultat d'une déduction logique, la conséquence nécessaire de la subsumption de la conduite (prémisse mineure) à la loi (prémisse majeure)¹⁰⁰⁴.

441. Encore aujourd'hui majoritairement défendue, cette conception de la fonction de la jurisprudence en matière pénale se manifeste notamment dans la forme particulière des décisions de la Haute juridiction française, réputées pour être particulièrement courtes et concises. L'interprétation qui est faite du texte appliqué y apparaît en effet, au terme d'un raisonnement déductif, comme l'expression du sens vrai du texte interprété, sans que ne soient mentionnés, ni dans la décision, ni dans la reproduction d'éventuelles opinions dissidentes, les arguments qui auraient pu justifier une décision contraire¹⁰⁰⁵. Il n'est alors pas rare de lire, suite à un revirement jurisprudentiel, l'affirmation d'une vérité nouvelle absolument incompatible avec la vérité anciennement exprimée, sans aucune référence à celle-ci et sans autre justification que le sens, supposé découvert, du même texte législatif¹⁰⁰⁶.

442. Mais si l'existence même de revirements de jurisprudence démontre que le sens du texte légal n'est pas une réalité empirique immédiatement saisissable et qu'il est au contraire susceptible de plusieurs acceptions, ce sont les théories réalistes de l'interprétation qui ont le mieux démontré que le juge ne fait pas qu'appliquer la norme et qu'il en est, au moins en partie, nécessairement l'auteur.

2°/ L'inévitable interprétation-volonté.

443. Même si le juge pénal se plie, au moins en apparence, à cette conception de l'interprétation stricte, l'obéissance du juge à la logique déductive classique n'est en réalité qu'une illusion et la soumission du juge au pouvoir législatif qu'elle suppose, dans le but affiché d'une garantie contre l'arbitraire, qu'un simple leurre. Il apparaît en effet que la déduction de la solution à apporter au cas d'espèce ne peut intervenir qu'après une décision sur le sens de l'énoncé appliqué, décision

¹⁰⁰³ Si cette conception ne nie pas que la loi soit politique dans son contenu et se réclame même souvent des valeurs, il n'en reste pas moins qu'elle y est considérée comme un acte de volonté, ce qui empêche absolument de la qualifier de juste ou d'erronée. Une norme ne pourrait être vraie ou fautive puisqu'elle ne porte pas sur une réalité préexistante mais au contraire sur une réalité que l'on souhaite voir advenir. En ce sens : P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°39, 2004, p. 201.

¹⁰⁰⁴ *Ibid.*, p. 198.

¹⁰⁰⁵ Sur la spécificité de la rédaction des arrêts de la Cour de cassation et sur les autres voies qu'empruntent les droits étrangers, incluant notamment les interprétations environnantes, y compris dissidentes, les opinions doctrinales et les données culturelles, économiques et sociales ; voir par exemple : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archives de philosophie du droit*, n°50, Dalloz, 2007, p. 49-53 et 64-76.

¹⁰⁰⁶ On peut citer un exemple connu à propos de l'incrimination de viol et de la question de la possibilité d'admettre cette qualification lorsque la pénétration est, non pas subie par la victime, mais pratiquée sur l'agresseur. Sur le seul fondement de l'article 222-23 du Code pénal, demeuré inchangé, la Chambre criminelle affirmait ainsi le 16 décembre 1997, « *qu'en effet, tout acte de fellation constitue un viol au sens des articles précités, dès lors qu'il est imposé par violence, contrainte, menace ou surprise, à celui qui le subit ou à celui qui le pratique* » et le 22 août 2001 « *qu'en effet, l'élément matériel du crime de viol n'est caractérisé que si l'auteur réalise l'acte de pénétration sexuelle sur la personne de la victime* ». Voir : Cass. Crim., 16 décembre 1997, *Bull. crim.* n°429 ; Cass. Crim., 22 août 2001, *Bull. crim.* n°169. Il eût sans doute été préférable (et plus exact) que le revirement soit justifié par une argumentation relative à la moindre atteinte à la liberté sexuelle de la victime plutôt que par une découverte de sens de l'élément « *pénétration* » contraire à celui retenu antérieurement.

dont les théories réalistes de l'interprétation¹⁰⁰⁷ ont fort bien démontré la nature : celle d'un acte de volonté.

444. Pour les théories réalistes de l'interprétation, c'est le juge qui crée le droit dans la mesure où, selon eux, les énoncés légaux n'ont pas de sens véritable avant d'avoir été interprétés par le juge¹⁰⁰⁸. Sans rentrer ici dans un débat qui nous dépasse largement sur l'existence d'une signification intrinsèque des énoncés, ce qui doit retenir particulièrement notre attention est la réplique de ces théoriciens à ceux qui leur reproche de légitimer le pouvoir du juge et, plus précisément, de leur conférer un monopole dans l'édition du droit.

En plus de se retrancher derrière leur point de départ épistémologique, à savoir la description de ce qui est et l'absence totale de caractère prescriptif de leur théorie, les réalistes opposent un argument qui nous semble absolument imparable : il n'existe aucune possibilité de contester juridiquement l'interprétation retenue par le juge. Quel que soit le sens qu'il reconnaît à l'énoncé,

¹⁰⁰⁷ Ces théories réalistes de l'interprétation, dont le premier représentant est l'anglais AUSTIN, sont à n'en pas douter des théories positivistes et se rattachent clairement, au moins pour le courant français mené par le professeur Michel TROPPEL, à la conception kelsénienne. Voir : Ph. RAYNAUD, « Positivism juridique et démocratie », art. préc., p. 871. Il peut sembler paradoxal *a priori* que la critique la plus convaincante de la conception de l'interprétation-connaissance provienne de théories positivistes mais cela s'explique en réalité fort bien par la rupture consommée par KELSEN avec la confusion entre la volonté du législateur et l'obligation de s'y conformer. Pour lui, ce n'est pas de cette volonté elle-même que naît l'obligation de respecter la loi mais de la validité de la norme, validité qui dépendra de sa conformité à la norme supérieure. Voir : P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », art. préc., p. 192-193.

¹⁰⁰⁸ Michel TROPPEL affirme ainsi que : « Comme les normes ne sont que les significations de certains énoncés, les normes ne sont pas posées par les créateurs des énoncés mais par les interprètes authentiques. Avant d'être interprétés, les énoncés n'ont aucune signification ». Cité par : É. MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », art. préc., p. 732. On distingue néanmoins le « réalisme radical » qui considère que tout le droit est créé par le juge du « réalisme modéré » qui admet seulement que le juge participe nécessairement, en partie, à la création du droit. *Ibid.*, p. 731. Notons que si les réflexions de cette école sont construites en référence au juge constitutionnel, elles nous semblent tout à fait transposables à l'interprétation que mènent les juridictions supranationales ou judiciaires et en particulier à la Cour de cassation dans ses opérations de qualification ou dans sa vérification de la conventionnalité des lois ou de la légalité des règlements.

celui-ci sera juridiquement valide¹⁰⁰⁹ et ne pourra être remis en cause par personne, pas même par l'auteur de l'énoncé¹⁰¹⁰.

Dans ces conditions, l'existence d'interprétations divergentes entre deux ordres de juridiction ou de revirements de jurisprudence n'a plus rien de choquant et se révèle au contraire tout à fait naturel. Ainsi par exemple, lorsque la Cour de cassation refuse d'admettre, au motif de l'interprétation stricte de la loi pénale, que le fœtus puisse être la victime d'un homicide involontaire au sens de l'article 221-6 du Code pénal¹⁰¹¹, elle aurait pu tout aussi valablement adopter la solution inverse. Certes, son raisonnement aurait dû être différent et se fonder, par exemple, sur l'autonomie du droit pénal pour défendre l'idée que le texte d'incrimination ne protège pas seulement la personne au sens du droit civil mais la vie humaine en tant que telle¹⁰¹² mais sa décision aurait été tout aussi valide juridiquement et absolument inattaquable¹⁰¹³.

Ce constat permet aux tenants des théories réalistes de l'interprétation d'affirmer que l'interprétation du juge n'est pas un acte de connaissance de la loi mais bien un acte de volonté¹⁰¹⁴, la motivation des décisions apparaissant alors, pour reprendre l'expression du professeur PUIG,

¹⁰⁰⁹ « Être valide, dans ce sens spécifique – objectif, signifie 'devoir être observé'. Cette 'validité' d'une norme est son **existence spécifique et idéale**. Dire qu'une norme 'est valide' signifie qu'elle existe. » Ainsi, « Une norme valide est un pléonasme. Une norme non valide est une *contradictio in adjecto* ». Or « le fondement de la validité d'une norme, d'un devoir-être, ne peut-être qu'un autre devoir-être, la validité d'une autre norme », ce qui « constitue un rapport entre norme 'supérieure' et 'inférieure' ». Voir : H. KELSEN, *Théorie générale des normes*, traduit de l'Allemand par O. Beaud et F. Malkani, P.U.F., coll. *Léviathan*, 1996, respectivement p. 33, 230, 232, et 345. Pour une présentation critique : P. AMSELEK, « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », art. préc.

¹⁰¹⁰ Une telle affirmation suppose que l'on raisonne sur une décision rendue par une juridiction unique comme la CEDH ou le Conseil Constitutionnel ou par la plus haute juridiction de l'ordre judiciaire ou administratif concerné. L'interprétation rendue par une juridiction de fond pourra en effet toujours être censurée par le tribunal de Cassation si l'affaire est portée devant lui ou reniée au cours d'une affaire postérieure. Nous devons également préciser que le législateur peut procéder à une loi interprétative, d'application immédiate, pour infléchir l'interprétation jurisprudentielle ou adopter une nouvelle loi qui exprimerait mieux la façon dont il entend que le droit soit appliqué. Ces possibilités n'ont néanmoins aucun effet sur la validité juridique des décisions définitives rendues antérieurement et restent soumises au même aléa interprétatif. On pense par exemple aux réformes successives du domaine des infractions non intentionnelles dans le but de réduire leur champ d'application. Le législateur était ainsi intervenu en 1996 pour redéfinir la faute pénale dans le sens d'une appréciation *in concreto* plus restrictive mais la jurisprudence avait considéré la loi nouvelle comme simplement expressive et, si elle l'avait reconnue comme immédiatement applicable, elle n'avait aucunement modifié son appréciation de la faute. La Cour de cassation n'avait ainsi annulé aucune des condamnations rendues antérieurement sur le fondement de la rétroactivité *in mitius*. Le législateur, qui ne cacha pas sa déception, dut alors intervenir une nouvelle fois quatre ans plus tard et mettre en place un nouveau mécanisme, totalement inédit, régissant la responsabilité pour des faits non intentionnels. Malgré des premières applications conformes à la volonté du législateur, longuement exprimée de façon casuistique dans la circulaire d'application, les juges s'en éloignèrent assez rapidement et entendent de nouveau largement les conditions de la responsabilité. Voir : Loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence. ; Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels. ; Rapport de la Cour de Cassation 1998, « La faute pénale non intentionnelle des fonctionnaires », *La Documentation française*, p. 100. ; A. d'HAUTEVILLE, « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudence », art. préc. ; M. LACAZE, « Triste bilan sur la causalité issue de la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », in *Recherches et Travaux, Mélanges DEA*, Université Montpellier I, n°5, mai 2006, p. 103-107 et 118-121. ; Rapport de la Cour de Cassation 1998, « La faute pénale non intentionnelle des fonctionnaires », *La Documentation française*, p. 100.

¹⁰¹¹ Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, *Bull. crim. n°16* ; Cass. Crim., 25 juin 2002, *Bull. crim. n°144*.

¹⁰¹² Pour une présentation de ces arguments par un des rares auteurs favorables à la solution adoptée par la Cour de cassation : J. MOULY, « Du prétendu homicide de l'enfant à naître ; Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *R.S.C.* 2005, p. 47 et s.

¹⁰¹³ Une réserve est à apporter s'agissant de la Cour de cassation puisque la CEDH, nous l'avons vu, peut contrôler la conformité de la solution au regard de la CESDH. Outre que celle-ci s'était déjà refusée à condamner la France pour ce refus de protection pénale de l'embryon sur le fondement de l'homicide involontaire (Voir CEDH 8 juillet 2004, *VO c/ France*, *RTD Civ.* 2004 p. 714, note J. HAUSER, « L'embryon et la tentation de Strasbourg »), si elle avait dû se prononcer, cela n'aurait fait que déplacer le problème à son niveau.

¹⁰¹⁴ En ce sens, déjà, KELSEN ; voir : Ph. RAYNAUD, « Positivismisme juridique et démocratie », art. préc., p. 877.

comme le « *vêtement juridique* » permettant d'habiller les jugements de valeurs¹⁰¹⁵ ou, au moins, les contraintes¹⁰¹⁶ qui ont poussé le juge à se prononcer en ce sens. En réalité, si le juge prétend déduire une solution particulière de la loi générale par un raisonnement purement déductif, il ne s'y conforme qu'en apparence et il peut tout à fait, en choisissant les prémisses majeures et en les interprétant comme il lui convient, parvenir à la solution désirée ; la partie réellement logique, déductive, de son raisonnement n'a lieu que dans un second temps, lorsqu'il leur confronte la prémisses mineure, c'est-à-dire dans notre cas, le comportement qu'il s'agit de qualifier de délictuel¹⁰¹⁷.

445. Sans adhérer aux conclusions extrêmes de certains théoriciens qui font du Droit une lecture en termes d'opinions et de pouvoirs¹⁰¹⁸, ce qui revient à admettre la confusion que nous combattons entre le fait et le droit, il nous semble en revanche indéniable que le juge fait nécessairement œuvre créatrice de droit (positif)¹⁰¹⁹, ce qui remet fortement en cause la conséquence principale du principe de légalité criminelle dans son acception révolutionnaire¹⁰²⁰.

On pourrait même ajouter, comme l'ont signalé de brillants auteurs, que paradoxalement, cette théorie « *mécaniste* » de la loi, qui réduit l'interprétation du juge à un « *pur exercice de logique* » déductive, et son rôle à celui de « *bouche de la loi* », a pour effet de renforcer la « *puissance créatrice* » de droit du juge judiciaire. Ainsi souscrit-on tout à fait au constat selon lequel : « *La jurisprudence, au moins la judiciaire, n'avouant jamais sa création d'une règle juridique nouvelle et la présentant toujours au moyen d'une interprétation constructive comme une application de la loi, la règle jurisprudentielle prend, par cette fiction, figure et valeur de règle légale*¹⁰²¹ ».

¹⁰¹⁵ L'idée est qu'aucune norme ne se trouve jamais produite par un raisonnement logique mais que ce dernier peut justifier rationnellement, une norme posée par un acte de volonté. Voir : Ch. AGOSTINI, « Pour une théorie réaliste de la validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel TROPPEL*, Economica, 2006, p. 9. Un auteur a ainsi pu dire que : « *La signification de norme autant que l'interprétation des termes qui la forment, constituent des enjeux, des confrontations d'intérêts, dont le champ de pratique rhétorique spécifique institué par le droit est le théâtre* ». Voir : A. JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », art. préc., p. 8.

¹⁰¹⁶ Les tenants de la théorie réaliste de l'interprétation, et en particulier Michel TROPPEL, ont développé ce qu'ils appellent la « *théorie des contraintes* », théorie qui dégage et explique les contraintes de tous ordres (contraintes spécifiques liées au système juridique lui-même mais aussi psychologiques, sociales, carriéristes...) qui vont déterminer la solution choisie par le juge. Voir : M. TROPPEL et al., *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 2005, 201 p.

¹⁰¹⁷ Sur la décomposition du raisonnement du juge et l'absence d'applicabilité d'un raisonnement déductif à l'ensemble de celui-ci, voir en particulier : P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », art. préc., p. 198-199 et p. 216-217. S'agissant du débat sur la protection pénale du fœtus dans l'infraction d'homicide involontaire, un auteur considère ainsi que : « [Le point de vue de la Cour de cassation] repose sur un syllogisme inexact, comme beaucoup de syllogismes (le droit pénal interdit de tuer les personnes ; le droit pénal permet de supprimer les fœtus ; donc le fœtus n'est pas une personne) alors que le vrai raisonnement est : le droit pénal interdit, en principe, de tuer les personnes ; mais le droit pénal permet de supprimer les fœtus ; donc le droit pénal permet de tuer certaines personnes. » Voir : M.-L. RASSAT, « Le fœtus n'est pas une personne susceptible d'être victime de l'infraction d'homicide par imprudence », note sous Cass. Ass. Plén. 29 juin 2001, *J.C.P. G* 2001, II, 10560. Il nous semblait pour notre part que le syllogisme opéré par la Cour était : l'homicide involontaire protège les personnes (dotées de la personnalité juridique), les fœtus ne sont pas (juridiquement) des personnes, donc l'homicide involontaire ne protège pas les fœtus. Il semble difficile de justifier logiquement la validité de l'un des trois syllogismes et de rejeter celle des deux autres ; c'est bien le choix des prémisses qui détermine seul la solution.

¹⁰¹⁸ Un auteur affirme ainsi que « *le droit est seulement affaire de pouvoir* ». Voir : É. MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », art. préc., p. 733. Une conclusion aussi extrême, avec comme conséquence le règne de l'arbitraire le plus total et la réduction des différentes normes à des « *opinions* » est néanmoins souvent contestée pour confondre validité logique et validité juridique et oublier que le droit est le fruit de la « *raison pratique argumentative* ». Voir : P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », p. 204-215.

¹⁰¹⁹ Nous adoptons là seulement le constat des théories réalistes de l'interprétation, il ne s'agit aucunement de légitimer cet état de fait et en particulier les différentes contraintes qui déterminent le raisonnement du juge. Un autre débat est en effet le point de savoir si ces théories ont pour effet de légitimer ce « *pouvoir* » du juge ou si elles fournissent au contraire un point de départ à l'action, notamment politique. Sur ce débat : É. MILLARD, « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », art. préc., p. 726 et p. 733-734.

¹⁰²⁰ S'il est besoin de préciser, il n'est pas question pour nous de défendre l'abandon des garanties recherchées par le principe de légalité criminelle telles que la prohibition de l'analogie, simplement d'en constater les limites théoriques.

¹⁰²¹ Ce sont les mots de MAURY, cité par : P. DEUMIER, « Création du droit et rédaction des arrêtés par la Cour de cassation », art. préc., p. 60.

La négation de la jurisprudence comme source de droit ne trouverait plus alors comme appui que ce qui en est en réalité une conséquence : l'application immédiate de l'interprétation nouvelle au cas d'espèce et l'impossibilité d'invoquer l'erreur de droit en cas de revirement de jurisprudence entre le moment des faits et la date du jugement¹⁰²².

446. Mais si on ne peut inférer de ce constat sur l'interprétation le caractère erroné des conceptions de l'État qui l'avaient fondée, celui-ci peut néanmoins expliquer en bonne partie le déclin du mythe de la rationalité indubitable de la loi.

B. Le déclin du mythe de la rationalité indubitable de la loi.

447. Le mythe de la rationalité indubitable de la loi se trouve aujourd'hui fortement affaibli, non seulement en raison de l'exclusion par le Code pénal de 1992 de la possibilité de justifier la commission de crimes contre l'humanité par l'ordre ou l'autorisation de la loi¹⁰²³, mais beaucoup plus largement par la conception aujourd'hui majoritaire, en doctrine¹⁰²⁴ comme en droit positif, de la validité de la norme. D'une part, le législateur exprime aujourd'hui sa volonté à différents niveaux de l'ordre juridique ou dans des ordres juridiques distincts¹⁰²⁵, ce qui conduit à de possibles contradictions et, partant, à une relativisation de la volonté exprimée par les normes en conflit. D'autre part, il a accepté de soumettre le fruit du travail législatif à des procédures de contrôle juridictionnel, et ce, là encore, à différents niveaux. On retrouve alors la théorie de la validité de KELSEN qui a établi que les normes n'existent pas du seul fait de la volonté du législateur mais à la condition de leur validité formelle (1) et, bien au-delà désormais, l'exigence de plus en plus grande de validité matérielle des normes (2).

1°/ La fin de la volonté comme unique source de normativité.

448. Lorsque nous avons évoqué l'empreinte de la tradition légaliste en droit pénal français, nous avons relevé que des auteurs parlaient aujourd'hui au passé du « *culte de la loi* ». Et si nous avons vu que ce culte avait laissé des traces importantes et continuait encore de fonder certaines positions assimilant le délit à une violation de la loi, il est indéniable qu'il est aujourd'hui fortement malmené, notamment du fait du déclin du mythe de sa rationalité indubitable. Chez ROUSSEAU, la loi trouvait sa source dans la volonté générale, dotée du droit de commander et d'exiger l'obéissance en tant que dépositaire de la raison du peuple souverain et ce « *souverain* » était seul juge de ses propres bornes¹⁰²⁶. Plus tard, l'école historique du droit de SAVIGNY changea un peu de perspective en considérant que la norme posée par le législateur était un acte de volonté exprimant la « *vraie norme* » dont la loi n'est qu'une manifestation¹⁰²⁷ mais l'idée demeure dans les

¹⁰²² Sur cette question, et la discutabile position de la Cour de cassation à ce sujet, voir *infra*, n°643.

¹⁰²³ Voir *supra*, n°20.

¹⁰²⁴ Nous entendons ici la doctrine juridique au sens large, une partie importante de la doctrine pénale en particulier demeurant beaucoup plus fortement attachée au positivisme étatique ; voir *supra* n°249 et s.

¹⁰²⁵ Sur le débat entre système moniste auquel la France est rattachée et qui considère que droit interne et droit international ne sont pas d'essence différente et système dualiste auquel sont rattachés l'Allemagne, les Etats-Unis et le Royaume-Uni qui reconnaissent une différence entre les deux ordres et exigent un acte national pour intégrer les normes internationales à l'ordre interne, voir : P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », art. préc., p 9.

¹⁰²⁶ Voir : J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, p. 74. ; Ph. RAYNAUD, « Positivisme juridique et démocratie », art. préc., p. 874.

¹⁰²⁷ Voir : P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », p. 198.

deux théories qui ont le plus imprégné le droit pénal moderne du XIX^{ème} et du début du XX^{ème} siècle, que c'est la Raison qui est à l'origine du droit et celle-ci ne peut être remise en question¹⁰²⁸.

C'est cette confusion entre volonté du souverain et normativité qui va, la première, être remise en question, là encore par un auteur positiviste.

449. KELSEN est reconnu par les théoriciens du droit pour avoir permis de distinguer la loi et le droit, autrement dit, pour avoir permis de fonder la normativité des lois, et partant, leur caractère obligatoire, sur autre chose que la volonté même du législateur. S'il ne rompt pas avec les théories contractualistes ou de l'autolimitation sur le fait que les lois trouvent leur source dans un acte de volonté du législateur et non dans un droit naturel préexistant saisi par lui, il considère en revanche que cette volonté seule ne peut fonder le droit, la normativité. Comment distinguer, par le seul critère de la volonté, la volonté du législateur et la volonté d'un malfrat ? Pour que la volonté devienne loi, elle doit devenir une norme et ce caractère normatif ne peut exister que si la loi est juridiquement valide.

Nous ne pouvons rentrer ici dans les détails de la théorie kelsénienne ni dans les nombreux développements ou critiques qu'elle a suscités, mais nous pouvons souligner que sa théorie fut fondamentale dans le développement du système de la hiérarchie des normes et dans la mise en place d'une procédure de contrôle de leur validité (formelle)¹⁰²⁹. Cette hiérarchie des normes, qu'il appelle « *dynamique*¹⁰³⁰ », est désormais unanimement reconnue et a été traduite dans les droits positifs par la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois par des Cours constitutionnelles, ce qui porte déjà un coup sérieux à l'idée de la rationalité indubitable de la loi. Certes, le législateur, pouvoir constituant constitué, peut instituer ou au moins modifier la Constitution et on peut donc considérer que c'est sur le fondement d'un texte né de sa volonté que les lois inférieures seront contrôlées, mais l'existence même d'un contrôle permettant de neutraliser certaines manifestations de volonté du législateur en les privant de la qualité de norme démontre que sa rationalité n'est pas infaillible. Si tel était le cas, il ne pourrait exprimer de volontés incompatibles entre elles.

450. Bien que limitée à un contrôle de la validité formelle des lois, cette séparation théorique de la volonté et de la normativité ouvre déjà une brèche importante qui va permettre le développement d'un autre type de contrôle des lois, que KELSEN appelait « *hiérarchie statique* » et qui va permettre de délimiter, cette fois, le contenu possible des normes.

¹⁰²⁸ Pour ROUSSEAU, la volonté générale « est toujours droite et tend toujours à l'utilité publique » ; pour l'école historique du droit, le droit est un produit de l'Histoire, ce qui lui confère une autorité absolue. Voir : J.-J. ROUSSEAU, *Du contrat social, op. cit.*, p. 87 ; P. BRUNET, « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », p. 198 ; H. HORMAZÁBAL MALARÉE, *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho, op. cit.*, p. 22. On se souvient ainsi de l'influence des théories du contrat social sur FEUHEURBACH et du lien entre la conception de SAVIGNY et la théorie des normes de BINDING. Voir respectivement *supra*, respectivement, n°30 et s. et 48 et s.

¹⁰²⁹ C'est pour cela que les théories de KELSEN sont très souvent présentées comme historiquement liées à la théorie démocratique, la liberté individuelle et la sécurité juridique étant considérées comme mieux garanties dans un système de normes formellement valides. Car c'est ce système de validité formelle qui a ainsi été à l'origine de la mise en place d'un contrôle de constitutionnalité des lois. Voir : Ph. RAYNAUD, « Positivism juridique et démocratie », art. préc., p. 871-874.

¹⁰³⁰ Chez KELSEN, la « *hiérarchie dynamique* » s'oppose à la hiérarchie dite « *statique* », qui porte sur la conformité du contenu de la norme inférieure à la norme supérieure. Seule la première détermine la validité, c'est-à-dire pour lui l'existence, de la norme inférieure. Voir : P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D. Civ.* 2001, Chron., p. 1-2.

2°/ Le contenu de la volonté comme condition de la validité normative.

451. Même si Kelsen accordait une importance bien plus grande à la hiérarchie dite dynamique qu'à la hiérarchie statique puisque seule la première détermine la validité de la norme¹⁰³¹, il n'en reste pas moins que les auteurs se réfèrent encore très souvent à ces deux ordres hiérarchiques, parfois en utilisant un vocabulaire différent¹⁰³², lorsqu'ils développent des conceptions relatives au contrôle du contenu de la loi. Or l'ouverture récente d'une possibilité de contrôle de la constitutionnalité des lois par voie d'exception¹⁰³³ et l'expansion du droit international, européen et communautaire entraînent une multiplication des cas de contrôle de la conformité de la norme et suscitent un vif intérêt en doctrine, tant du côté des *jusnaturalistes* que du côté des positivistes. Cet ordre hiérarchique est en effet propice à l'appréciation et à la confrontation des valeurs exprimées par les différentes normes en même temps qu'il est à l'origine d'une multiplication des organes de contrôle susceptible de désorganiser le système hiérarchique.

452. La loi n'est plus, depuis longtemps, l'unique réceptacle de la volonté du législateur ; aux côtés des lois ordinaires et constitutionnelles, celui-ci a ratifié de nombreuses conventions internationales, européennes et communautaires. Sans rentrer dans le détail des problèmes, nombreux et délicats, soulevés par ces différentes sources de normativité dans la hiérarchie des normes¹⁰³⁴, ce qui nous intéresse ici véritablement est le contenu de ces textes et la façon dont il va encadrer la loi nationale ordinaire, et donc l'espace dans lequel peut s'exprimer la volonté du législateur à l'occasion de l'édition d'une norme particulière.

Dans la matière pénale, on trouve plusieurs textes particulièrement importants qui se trouvent, en vertu de l'article 55 de la Constitution française, à un niveau hiérarchique supérieur à la loi pénale ordinaire. On pense bien sûr, pour ne citer que les plus importants, à la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen et au préambule de la Constitution de 1946 au niveau du bloc de constitutionnalité mais également à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales au niveau européen, et enfin au Pacte international relatif aux Droits Civils et Politiques ou au Statut de Rome de la Cour Pénale Internationale en droit international¹⁰³⁵.

Même si ces différents textes ont bien été, à un moment donné, adoptés du fait de la volonté du législateur, ils ont en commun d'être désormais situés à un niveau hiérarchique supérieur à la loi et d'être difficilement modifiables¹⁰³⁶. Ils sont à cet égard des limites d'autant plus importantes à la loi ordinaire qu'elles relèvent d'une hiérarchie dite statique¹⁰³⁷ et que leur respect par le législateur est assuré, parfois concurremment, par le Conseil Constitutionnel et les juridictions de droit commun des ordres judiciaires et administratifs et par des juridictions spécifiques comme la

¹⁰³¹ Cette distinction entre les deux hiérarchies aurait d'ailleurs été motivée par le souci de préserver la cohérence de la hiérarchie des normes même en cas d'absence de conformité de la norme inférieure à la norme supérieure : comme seule sa validité (formelle) détermine l'existence de la norme, une norme non conforme matériellement à la norme supérieure demeure une norme. Il est en ce sens sans doute abusif d'attribuer au succès de sa théorie normativiste le succès actuel des contrôles matériels des lois. Voir : P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », art. préc., p. 1-2.

¹⁰³² Le professeur FERRAJOLI, par une théorie dite « *des normes de compétence* », distingue ainsi par exemple la validité pleine ou formelle de la vigueur ou validité au sens faible, ou encore validité matérielle ou empirique. Voir : Ch. AGOSTINI, « Pour une théorie réaliste de la validité », art. préc., p. 11-12.

¹⁰³³ Voir *supra*, note 492.

¹⁰³⁴ Sur cette question, voir, longuement Ch. AGOSTINI, « Pour une théorie réaliste de la validité », art. préc.

¹⁰³⁵ Nous laissons de côté les Déclarations de droits qui ne sont pas directement applicables en droit interne ou dont l'application directe est fort discutée.

¹⁰³⁶ Si, en droit international, un État peut toujours, plus ou moins facilement, se retirer de ses engagements, la question de la possibilité de modifier la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen reste très incertaine, bien qu'il en soit parfois question dans la sphère politique.

¹⁰³⁷ Un auteur a ainsi pu dire que cinq catégories de juges « *se disputent le pouvoir de contrôler la loi française* ». Denys de BECHILLON, cité par : G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions ; L'inévitable dialogue des juges ? », art. préc., p. 18-19.

Cour européenne des droits de l'homme, la Cour de justice des communautés européennes ou la Cour Pénale Internationale¹⁰³⁸.

Au-delà des problèmes qu'il peut poser en l'absence de véritable hiérarchie institutionnelle entre les différentes juridictions chargées de l'assurer¹⁰³⁹, ce contrôle est en effet particulièrement important au regard de notre étude en ce qu'il a pour objets les droits et libertés fondamentaux et les grands principes du droit pénal. Ces normes expriment en effet le plus souvent des valeurs, en consacrant notamment certains biens juridiques¹⁰⁴⁰, et la vérification de la conformité des lois pénales ordinaires revient le plus souvent à une appréciation axiologique sur la norme, peu goûtée par les théories légalistes. Propices aux discussions sur les valeurs que portent les normes pénales et à l'érection de principes généraux, ces contrôles peuvent ainsi bien souvent révéler des contradictions entre les différentes manifestations de volonté du législateur et les éventuelles divergences de jurisprudences entre les ordres de juridictions.

Or ces contradictions ne peuvent être résolues que par des mécanismes de dialogue, les différents ordres juridictionnels n'ayant pas le plus souvent la possibilité d'imposer leur interprétation aux autres¹⁰⁴¹. Le législateur se trouve alors contraint, du fait de sa propre volonté, de respecter le cadre de ces textes et d'accepter que la volonté exprimée dans la loi soit jugée contraire à la volonté exprimée dans les textes supérieurs, avec les conséquences que cela suppose sur la normativité de celle-ci¹⁰⁴².

453. Certains auteurs, nous avons eu l'occasion de la relever plus haut, s'alarment de la situation que nous venons d'esquisser du fait de l'atteinte au pouvoir législatif qu'elle entraîne et de la trop grande insécurité juridique engendrée par l'appréciation d'un droit jugé « *mou* »¹⁰⁴³ et par l'absence de hiérarchie claire entre les interprétations concurrentes. L'atteinte au mythe de la rationalité indubitable de la loi est en effet sévère lorsqu'une loi se trouve annulée ou la France condamnée en vertu d'une disposition supérieure à laquelle le législateur n'avait pas attribué le même sens ou

¹⁰³⁸ La question de la Cour Pénale Internationale est néanmoins distincte en ce que sa compétence obéit au principe de complémentarité, c'est-à-dire qu'elle n'intervient que si l'État qui a normalement compétence pour juger les crimes visés par le statut de Rome se montre défaillant, soit qu'il n'engage aucune poursuite, soit qu'il n'ait pas une volonté véritable de les mener à bien. Sur cette question et ses implications sur la hiérarchie des normes : M. DELMAS-MARTY, « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », R.S.C. 2003, p. 1.

¹⁰³⁹ Sur ce point, voir les développements particulièrement intéressants sur l'autonomie de principe des différentes juridictions et les interactions entre elles, avec notamment les cas de conflits qui peuvent exister : G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions; L'inévitable dialogue des juges ? », art. préc., p. 21-36.

¹⁰⁴⁰ On se souvient du succès, en Allemagne et dans les pays hispanophones, des théories du bien juridique constitutionnel et du bien juridique supra-légal. Voir *supra*, n°137 et s.

¹⁰⁴¹ Cette affirmation est à nuancer s'agissant de la soumission de principe des juridictions administratives et judiciaires internes aux décisions du Conseil Constitutionnel mais cette soumission n'est garantie par aucun mécanisme. Il faut également noter l'obligation du juge interne de se soumettre à un recours préjudiciel en interprétation devant la CJCE pour les normes communautaires mais celui-ci peut être contourné par un recours abusif à la théorie de l'« acte clair ». On peut en revanche souligner que même en l'absence de hiérarchie formelle, il existe des soumissions de fait entre juridictions ; la CJCE ayant par exemple choisi de se mettre « *en relevance* » par rapport à la CEDH, de même que la CPI. Voir : G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions; L'inévitable dialogue des juges ? », art. préc., p. 25-26 et p. 29-30.

¹⁰⁴² Celles-ci ne sont pas identiques selon les procédures de contrôles et les juridictions. Alors qu'une censure du Conseil Constitutionnel privera tout à fait la norme de validité en rendant sa promulgation impossible si le contrôle est effectué par voie d'action ou en l'abrogeant à compter de la publication de la décision (ou d'une date ultérieure fixée par elle) si le contrôle a lieu par voie d'exception. Par ailleurs, la loi sera simplement écartée si la Cour de cassation relève une absence de conformité avec les conventions internationales et l'existence de la loi ne sera pas directement affectée en cas de condamnation par la CEDH. Voir *supra*, n°217 et s. On peut ainsi voir l'influence de la jurisprudence européenne en matière d'atteintes à l'honneur lorsque la Chambre criminelle pose désormais que celles-ci ne constituent pas une infraction si « *leur contenu ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression* ». Voir : Cass. Crim., 12 novembre 2008, *Bull. crim.* n°229, qui semble pouvoir s'analyser comme la prise en compte de la condamnation de la France en matière de diffamation de chefs d'État étrangers par la CEDH, le 25 juin 2002 dans l'affaire Colombani c/ France.

¹⁰⁴³ Nous avons ainsi relevé la grande méfiance d'une partie de la doctrine pénale contemporaine à l'égard des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité ; voir *supra*, n°217 et s.

qu'il n'avait pas souhaité respecter, et ce en vertu d'un jugement de valeur¹⁰⁴⁴. La loi n'exprime alors plus qu'une volonté encadrée, limitée dans son contenu et dont la rationalité peut être contestée, sur le fond, par des organes de plus en plus nombreux.

Mais si nous partageons le constat, nous ne partageons guère ces craintes car malgré le « *désordre hiérarchique* », un dialogue des différents acteurs¹⁰⁴⁵ ou une nouvelle appréhension des problèmes autour de l'idée d'un « *principe hiérarchique* »¹⁰⁴⁶ et de hiérarchie des valeurs normatives peuvent permettre de réduire les risques d'insécurité juridique tout en garantissant le respect des valeurs libérales fondamentales et consensuelles exprimées par ces textes par une nouvelle compréhension du principe de légalité criminelle. Celui-ci ne serait alors plus seulement une garantie contre l'arbitraire judiciaire, nous l'avons vu somme toute assez illusoire, mais une façon de poursuivre l'objectif de qualité de la loi pénale par un plus grand contrôle de son contenu¹⁰⁴⁷. Même imparfaites, ces garanties matérielles nous semblent tout à fait essentielles et leur contrôle effectif absolument nécessaire à l'heure où les gouvernements démocratiques se montrent de plus en plus tentés d'y déroger en certaines matières¹⁰⁴⁸ au nom du « *droit à la sécurité* »¹⁰⁴⁹ ou de la « *guerre contre le terrorisme* », faisant fi des mises en garde d'une partie importante de la doctrine¹⁰⁵⁰.

454. Les mouvements contradictoires, entre développement et reflux de ces mécanismes de contrôle¹⁰⁵¹, comme la division de la doctrine entre rejet virulent et engouement, nous paraissent particulièrement significatifs de l'importance des enjeux qui touchent aujourd'hui le droit pénal et parfaitement éclairer la question de sa délimitation matérielle. Pendant qu'une partie de la doctrine s'accroche à une compréhension orthodoxe d'un principe de légalité conçu comme unique fondement des garanties libérales du droit pénal, une autre, consciente des faiblesses intrinsèques

¹⁰⁴⁴ Voir par exemple : P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », p. 18 : « *La hiérarchie substantielle des normes permet d'habiller d'un vêtement juridique les jugements de valeur qui inspirent et gouvernent notre société, et, pour peu qu'on y intègre les droits européens et communautaires, ceux qui président au développement des sociétés démocratiques.* »

¹⁰⁴⁵ En ce sens : G. GIUDICELLI-DELAGE, « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions; L'inévitable dialogue des juges ? », art. préc., p. 32-36.

¹⁰⁴⁶ En ce sens : P. PUIG, « Hiérarchie des normes : du système au principe », art. préc., p. 18-22. Celui-ci permettrait d'appréhender la hiérarchie des normes plus souples, sans évacuer la discussion sur les différents intérêts en présence et de la finalité des lois et en se trouvant en concurrence avec d'autres principes, quitte à faire primer, parfois, une norme inférieure sur une norme supérieure d'un point de vue formel.

¹⁰⁴⁷ En ce sens, voir : A. GIUDICELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français ; Aspects légistiques et jurisprudentiels », art. préc., p. 509 et s. L'enthousiasme que peut susciter cette perspective doit néanmoins être modéré au vu des observations faites plus haut à propos du leurre de l'interprétation stricte ; l'interprétation du juge restant soumise aux mêmes aléas lorsqu'il contrôle le contenu de la norme que lorsqu'il prétend en extraire le sens.

¹⁰⁴⁸ Voir *supra* sur le « droit pénal de l'ennemi » et son extension en droit positif; n° 395 et s.

¹⁰⁴⁹ Celui-ci a été érigé en droit constitutionnel par la Décision du 18 janvier 1995 n°94-352 DC qui a posé que : « *La prévention de l'ordre public, notamment d'atteintes à la sécurité des personnes et des biens, et à la recherche des auteurs d'infractions sont nécessaires à la sauvegarde de principes et droits à valeurs constitutionnelles* ». Certains auteurs y voient un véritable changement de paradigme, l'ordre public n'étant plus considéré comme une limite à la liberté mais comme une condition de celle-ci. Voir : Ch. POULY, « La crise de l'État de Droit au prisme de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », art. préc., p. 191.

¹⁰⁵⁰ Si nous avons vu qu'un pan de la doctrine reste fortement attaché aux conceptions positivistes, un autre attache davantage d'importance aux principes libéraux fondateurs du droit pénal moderne et a récemment manifesté ses vives inquiétudes à l'occasion de l'adoption de la loi n°2008-174 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental. Des universitaires renommés, aux côtés de magistrats et d'avocats, ont ainsi publié une lettre ouverte aux membres du Conseil Constitutionnel rappelant l'importance des principes de non rétroactivité de la loi pénale, de proportionnalité et de nécessité et les risques d'une telle loi pour les fondements même de notre droit. La possible contrariété de celle-ci à la jurisprudence de la CEDH y est d'ailleurs soulignée. Voir : « Lettre ouverte aux membres du Conseil Constitutionnel », Libération, 18 février 2008 ; signée notamment par Th. CLAY, G. GIUDICELLI-DELAGE, J.-P. JEAN, Ch. LAZERGES, M. MASSE, R. OTTHENHOF et P. PONCELA.

¹⁰⁵¹ Le Conseil Constitutionnel a par exemple, substitué à une conception extrêmement protectrice du « *cliquet anti-retour* » une position beaucoup plus restrictive dans son contrôle des atteintes aux libertés individuelles. Voir par exemple l'intéressante étude comparée des décisions récentes et plus anciennes : Ch. POULY, « La crise de l'État de Droit au prisme de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », art. préc., p. 181-197. On peut d'ailleurs relever un certain paradoxe dans l'extension récente du contrôle de constitutionnalité à la voie d'exception à l'heure où la défiance du législateur envers ses décisions n'a jamais semblée aussi forte. Sur ce dernier point : Voir ainsi par exemple *supra* notes n°828 et 983.

d'une position idéaliste fondée sur les mythes de l'interprétation et de la rationalité indubitable de la loi, tend à imposer dans la théorie du droit une analyse réaliste de la création des normes qui n'est pas sans rappeler le positionnement épistémologique des théories du fonctionnalisme systémique.

Or si nous ne voulons pas nous résoudre à réduire le droit à un simple instrument d'un système global qui s'impose par les faits et par la force, il faut rechercher une troisième voie et reconnaître les faiblesses théoriques des conceptions légalistes tout en réaffirmant la validité matérielle des principes directeurs qu'elles ont dégagés et qui ont souvent trouvé à s'exprimer dans les normes supra-légales. Plutôt que de nier le contenu axiologique des lois pénales sous prétexte de préserver intacts des fondements libéraux largement affaiblis sur un plan théorique, il faut s'opposer au relativisme des théories fondant le droit sur le fait en assumant une position épistémologique guidée une certaine conception, matérielle, de l'Etat de droit et du droit pénal qui s'y rattache.

II L'affirmation du bien juridique comme fondement matériel de l'infraction.

455. Comme l'exprime clairement le professeur ZAFFARONI, le « *paradigme de stricte séparation entre le scientifique et le politique dominait et restreignait la conscience juridique, et l'horizon de projection du droit pénal du siècle dernier* » et il n'est plus possible aujourd'hui de nier que tout « *système dogmatique juridique de compréhension du droit pénal est inévitablement un projet politiques* » et que « *le lien de la théorie à la loi est inévitable*¹⁰⁵² ». Face au relativisme post-moderne et au risque d'autoritarisme et même de totalitarisme qu'il comporte, nous assumons alors une position épistémologique qui défend le maintien des principes d'un système libéral et la nécessité d'une conception matérielle du droit pénal comme garantie d'un État de Droit lui-même matériellement entendu.

Réaffirmé comme la condition première de toute intervention du droit répressif, le principe de légalité implique que la loi est nécessairement violée par le comportement prohibé mais la légitimation du droit pénal par sa validité matérielle impose de reconnaître que l'infraction du délinquant cause une double atteinte : à la loi elle-même mais aussi à son objet de protection, le bien juridique. La reconnaissance de cette dualité de l'atteinte est ainsi nécessaire (A) même si l'articulation entre ces deux aspects devra être précisée (B).

A. Une reconnaissance nécessaire.

456. Les exigences d'un État de droit au sens matériel du terme (1) imposent en effet de fonder la répression sur la protection des biens juridiques, ce qui, malgré l'empreinte en droit pénal français d'une conception de l'infraction comme atteinte à la loi, est permis par l'attachement de notre droit aux principes d'un droit pénal libéral et en particulier à la primauté axiologique de la personne sur le système (2).

1°/ Une conception matérielle de l'État de droit.

457. Au début du XXème siècle, FERRI admettait déjà que tout délit comportait deux objets juridiques, l'un générique constitué par la norme pénale imposée par l'État et enfreinte par le délinquant, et l'autre spécifique à chaque incrimination¹⁰⁵³. Il fallait alors distinguer un sujet passif spécifique qui subit un « *dommage privé* » aux côtés du sujet passif générique qui est l'État et qui

¹⁰⁵² E.-R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc. Dans le même sens, notamment : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc.

¹⁰⁵³ Celui-ci était pour lui un droit subjectif, réellement atteint ou mis en danger, ou à défaut, un bien ou intérêt pénalement protégé. Voir : E. FERRI, *Elementos y circunstancias del delito*, op. cit., p. 32.

subit « *dommage public* » du fait de l'offense à sa souveraineté et à son droit à exiger l'obéissance¹⁰⁵⁴. Cette reconnaissance d'une dualité de l'atteinte n'emporte pas, en soi, la reconnaissance d'un contenu matériel au bien juridique protégé mais elle ouvre déjà une brèche importante du fait de l'admission d'une atteinte distincte à celle de la loi. Exprimée avec un vocabulaire varié, cette considération relative à l'objet atteint par le comportement prohibé se retrouve chez de nombreux auteurs de toutes tendances¹⁰⁵⁵ et a été prolongée par les partisans de la reconnaissance du bien juridique comme objet exclusif de protection de la loi: ce n'est pas seulement la norme ou son autorité qui est atteinte mais, avant elle, le bien juridique qu'elle protège.

Comme le rappellent souvent d'éminents auteurs de pays d'inspiration germanique, « *il est possible de comprendre l'injuste comme opposition à la norme mais cette conception est le propre des systèmes autoritaires parce que la norme est la manifestation du pouvoir de l'État et que voir dans le délit une opposition du citoyen à la volonté de l'État est une position basiquement autoritaire qui réprouve le délit pour être une opposition au Pouvoir*¹⁰⁵⁶ ». Pour être véritablement démocratique, le droit pénal ne peut par conséquent être fondé sur sa seule autorité normative, c'est-à-dire sur la force, ni sur sa seule fonctionnalité dans le maintien du système social et juridique en place, il doit avoir pour finalité première la protection des personnes. Il est alors nécessaire d'admettre une dualité de l'atteinte : atteinte au bien juridique protégé par la norme et atteinte à la norme qui le protège.

458. Une conception matérielle de l'État de droit n'admet pas, en effet, la soumission de l'individu au système et considère au contraire que celui-ci doit être mis au service des personnes pour être légitime.

2°/ Une conception libérale de l'État.

459. Nous avons relevé plus haut l'attachement du droit pénal français à la conception de l'infraction comme violation de la loi¹⁰⁵⁷ et souligné que la prise en compte, par le droit positif, d'un bien juridique abstraitement entendu pouvait être assimilé à celle-ci¹⁰⁵⁸, toute gradation de l'injuste ou critère de consommation étant impossibles si l'on raisonne sur un bien juridique complètement idéalisé et par conséquent insusceptible de lésion véritable. Néanmoins, nous avons également relevé des utilisations du bien juridique concrètement entendu comme rattaché à un titulaire¹⁰⁵⁹ ainsi que quelques utilisations d'une conception matérielle du bien juridique au travers de l'idée de pondération d'intérêts dans les faits justificatifs¹⁰⁶⁰. Bien que surprenante théoriquement et peut-être incohérente, la cohabitation indéniable, dans notre droit, de ces différentes manifestations conduit à admettre la réalité de la prise en compte duale, même imparfaite, de l'atteinte causée par le comportement prohibé.

Malgré l'existence de dispositions de droit pénal général qui vont dans le sens d'une conception de l'infraction comme atteinte à la loi et le développement observé d'un « *droit pénal de l'ennemi* », la primauté axiologique de la personne nous semble être un trait essentiel de notre droit positif dont il faut réaffirmer l'exigence.

¹⁰⁵⁴ *Ibid.*, p. 156.

¹⁰⁵⁵ Voir également la théorie de MERKEL, assez proche, présentée par ROCCO, qui considère que se confondent droit de l'État à exiger l'obéissance au précepte pénal et droit au respect de l'intérêt lui-même qui est atteint ou mis en danger par l'action délictuelle : A. ROCCO, *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal*, *op. cit.*, p. 211-230. Pour la doctrine contemporaine, voir par exemple : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 123-125 ; R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, *op. cit.*, p. 15.

¹⁰⁵⁶ « *En algunos trabajos he señalado que es posible entender el injusto como oposición a la norma, pero esta concepción es propia de sistemas autoritarios porque la norma es la manifestación del poder del Estado y ver en el delito una oposición del ciudadano a la voluntad del Estado es un planteamiento básicamente autoritario que reprocha al delito por ser oposición al Poder.* » Voir : S. MIR PUIG, « Entrevista al Profesor Doctor Santiago MIR PUIG por Eduardo ALCOCER POVIS », *préc.*, p. 2.

¹⁰⁵⁷ Voir *supra*, n°168 et s.

¹⁰⁵⁸ Voir *supra*, notamment la position extrême de MEZGER, n°84 et s.

¹⁰⁵⁹ Voir *supra*, en particulier n°281 pour la qualification des concours d'infractions, n°282 pour l'aggravation ponctuelle par la pluralité de victimes et n°292 pour la subordination exceptionnelle de l'exercice de l'action publique à la plainte de la victime.

¹⁰⁶⁰ Voir *supra*, n°285.

On se souvient tout d'abord que lors de l'élaboration du nouveau Code pénal, le législateur avait clairement souhaité instaurer, dans la partie spéciale du Code, une hiérarchie entre la protection de l'autorité publique et des personnes au profit de ces dernières¹⁰⁶¹, ce qui va tout à fait dans le sens de la prééminence de la personne sur le système. Au niveau supra-légal, une telle exigence apparaît encore plus clairement. On se souvient ainsi que le caractère legaliste du droit pénal issu de la Révolution provenait d'une volonté de protection du citoyen face à l'arbitraire des juges mais également plus largement face à l'État. Le droit pénal moderne, ou libéral, affirme ainsi clairement dans la DDHC son humanisme en consacrant des droits de la défense et de résistance à l'oppression et la confiance faite au législateur, dépositaire de la volonté générale, doit davantage être comprise comme une garantie contre un arbitraire judiciaire redouté que comme un blanc-seing au pouvoir législatif¹⁰⁶².

Les conventions internationales ratifiées par la France, au premier rang desquelles la CESDH, consacrent elles aussi les droits et libertés fondamentaux des personnes et leur offrent des garanties contre le pouvoir coercitif de l'État¹⁰⁶³. Les principes de nécessité et de proportionnalité régissent ainsi la matière pénale et les lois pénales font désormais l'objet d'un contrôle de leur contenu matériel à différents niveaux, contrôle dans lequel le critère du bien juridique joue un rôle important. Nécessité et proportionnalité s'analysent en effet essentiellement par une mise en balance de l'atteinte à la liberté individuelle causée par l'intervention du droit pénal avec l'objet de protection de l'incrimination et la gravité de l'atteinte qui lui est portée.

460. Mais puisque la norme ou son autorité ne peuvent être les seuls fondements du droit pénal d'un État libéral matériellement entendu et qu'il faut admettre que l'infraction protège un bien juridique antérieur à elle, il convient maintenant de se demander comment va s'articuler la reconnaissance de la dualité de l'atteinte causée par le comportement prohibé qu'implique cette finalité de protection des biens juridiques.

B. Une articulation à préciser.

461. Puisqu'on ne peut admettre que l'unique fondement du droit pénal soit la protection du système juridique en tant que tel et que l'on ne peut nier que le conflit né du comportement délictuel implique un trouble social qui dépasse les personnes sujets actif et passif du délit, il faut donc s'attacher à déterminer comment cette double facette d'atteinte à la loi et à un bien juridique va pouvoir s'articuler théoriquement. Atteinte à la loi et à un bien juridique vont apparaître comme des conditions cumulatives de l'interdit pénal (1) et vont chacune jouer un rôle dans la théorie de la peine (2).

1°/ Dans le fondement de l'interdit pénal.

462. ___ **Le bien juridique, expression législative d'un « devoir être »** ___ Admettre que la loi protège des biens juridiques conduit nécessairement à reconnaître que le fondement de la répression ne se trouve pas uniquement dans la désobéissance à l'État souverain mais dans l'atteinte à un « bien », bien antérieur à la norme et que le législateur a considéré comme digne de protection¹⁰⁶⁴. En octroyant une protection pénale à ce « bien », le législateur opère une valorisation de l'objet qu'il pense devoir protéger ; il n'affirme pas seulement sa volonté, il exprime un « devoir être » : la préservation de l'intégrité de l'objet valorisé. Mais si la norme pénale puise ainsi sa raison d'être dans la protection de ce bien et acquiert de ce fait une légitimité

¹⁰⁶¹ Voir *supra*, n°264 et s.

¹⁰⁶² Voir également *supra*, n°249 et s.

¹⁰⁶³ Sur ce contrôle et le tiède accueil d'une partie de la doctrine, voir *supra*, n°221 et s.

¹⁰⁶⁴ L'affirmation, par de nombreux auteurs, du caractère sanctionnateur du droit pénal, n'est selon nous pas contradictoire avec cette position, le problème étant simplement déplacé au niveau de la norme extrapénale que vient sanctionner le droit pénal. Nous verrons néanmoins que le bien juridico-pénal, par la particularité de la valorisation pénale est selon nous un concept autonome des autres branches du droit. Voir *infra*, n°473.

matérielle, elle n'existe que si elle est valide d'un point de vue formel. Il n'est pas question en effet de fonder le droit pénal directement sur ces « biens » préjuridiques : les garanties premières du droit pénal moderne, à savoir le principe de légalité et ses corrolaires, doivent impérativement être maintenues.

Car c'est également de cette consécration législative que naît le caractère public du conflit issu du comportement délictuel et l'affirmation de la finalité de protection des biens juridiques de la norme pénale ne doit pas faire oublier que l'infraction à la loi pénale n'affecte pas le seul titulaire du bien juridique mais la société toute entière. Que cette idée soit formulée comme atteinte au contrat social, comme atteinte au lien intersubjectif des individus appartenant à la même communauté étatique, ou encore comme remise en cause des processus de communication et des attentes normatives qui fondent le système social des sociétés complexes actuelles, elle demeure identique. Les deux conditions apparaissent alors comme cumulatives : **la répression n'est fondée que si le comportement incriminé porte atteinte ou met en danger un bien juridique protégé par une loi pénale, que s'il porte atteinte à la fois à l'autorité de la norme de conduite exprimée par le précepte pénal et à l'objet que celui-ci protège.**

La question va alors se trouver dans la hiérarchisation de l'importance respective de l'atteinte à la communauté et au sujet passif de l'infraction : le comportement incriminé porte-t-il d'abord atteinte à un bien juridique, ce qui a pour effet de troubler l'ordre social dans son ensemble ou porte-t-il d'abord atteinte à la communauté, l'atteinte au bien juridique du sujet passif n'étant que secondaire ? Il nous semble que, même si cette question devra être nuancée en fonction des biens juridiques en cause, le principe est que les deux atteintes n'ont pas à être hiérarchisées puisqu'elles sont des conditions cumulatives de l'interdit pénal¹⁰⁶⁵.

463. Mais si cette double atteinte joue un rôle important dans la question du fondement de l'interdit pénal, elle se retrouve également au niveau du fondement et de la finalité de la répression.

2°/ Dans le fondement et la finalité de la répression.

464. **Bref rappel théorique.** — Affirmer que la finalité première de la loi pénale est la protection d'un « bien » antérieur à elle conduit à considérer que la répression a une finalité essentiellement préventive : la sanction pénale aurait pour but de dissuader le délinquant potentiel de passer à l'acte. Défend dès la Révolution par BECCARIA puis par de grands auteurs comme FEUERBACH et par le courant utilitariste, cette idée renvoie à ce que l'on a coutume d'appeler la prévention générale¹⁰⁶⁶. On se souvient que LISZT et le courant de la défense sociale puis de la défense sociale nouvelle avaient pour leur part insisté sur l'importance de la prévention spéciale¹⁰⁶⁷, c'est-à-dire sur la lutte contre la réitération et la récidive et sur l'importance de la resocialisation du délinquant. Rattachées aux théories du bien juridique, ces finalités de la peine ne sont pourtant pas incompatibles avec les conceptions rétributives ni avec les conceptions sociologiques initiées par DURKHEIM et actuellement défendues sous le nom de prévention générale positive¹⁰⁶⁸ dans laquelle la sanction est nécessaire à la réaffirmation de la norme. Elle exprime l'attachement de la société à la norme de conduite violée par le délinquant et la subsistance de son autorité malgré sa négation par le délinquant. Dans cette perspective, la sanction pénale n'apparaît plus comme tournée vers le futur, vers l'évitement d'atteintes au bien juridique mais davantage comme tournée vers le passé, comme l'« effacement » symbolique du mal causé par le délit. La protection du bien juridique serait alors la finalité de la peine et la violation de la loi le fondement de la mise en œuvre de la répression.

¹⁰⁶⁵ Sur les conséquences sur la théorie du délit, dans le cadre de la notion d'antijuridicité, voir *infra* n°551 et s.

¹⁰⁶⁶ Sur cet auteur, voir plus longuement, *supra*, n°29 et s.

¹⁰⁶⁷ Sur les liens entre le concept de bien juridique et la finalité de la peine chez LISZT, voir précisément, *supra*, n°67 et s.

¹⁰⁶⁸ Sur celle-ci, voir plus longuement *supra*, n°363.

465. ____ **Conciliation.** ____ Puisque la protection du bien juridique est tournée vers le futur et que la réaffirmation de la norme est tournée vers le passé, ces deux aspects de la peine ne seraient pas incompatibles mais au contraire complémentaires. Un auteur affirme ainsi que si la protection des biens juridiques, assurée par l'édition d'une norme de conduite sous la menace, est la finalité première de la sanction pénale alors que la réaffirmation de l'autorité de la norme par l'imposition de la peine, composant réactif orienté vers le passé, en est la fonction¹⁰⁶⁹. L'analyse nous semble intéressante même si elle nous paraît devoir être quelque peu nuancée.

Il ne fait selon nous aucun doute que la mise en œuvre de la répression pénale accompli, dans les faits, une indéniable fonction de réaffirmation des valeurs du système social et est un instrument de cohésion de celui-ci. Historiquement mise en scène lors des exécutions ou châtiments publics, cette fonction symbolique de la peine n'a jamais été démentie¹⁰⁷⁰ et se retrouve aujourd'hui largement dans l'attention que portent les *media* à la recherche des responsables et à la peine qu'ils encourrent et purgent.

Mais l'existence de cette fonction de la peine, qui trouve son fondement dans la violation de la loi, ne doit pas conduire à occulter sa finalité, finalité qui doit nécessairement se trouver hors de cette fonction symbolique si l'on ne veut pas retomber dans une conception autopoïétique du système pénal. Surtout, elle ne peut pas justifier de se passer de son fondement : la responsabilité. **Il est en effet nécessaire de ne pas perdre de vue que l'on ne punit pas pour attribuer une responsabilité mais que l'on attribue au contraire une responsabilité pour (pouvoir) punir,** sans quoi la répression pénale pourrait se trouver complètement instrumentalisée, le tout étant de trouver des boucs émissaires susceptibles de souder la cohésion sociale.

466. Le déclin du culte de la loi, mais surtout la mise au jour de l'artifice que constitue un principe d'interprétation stricte entendu comme imposant un raisonnement purement déductif, ont révélé l'impuissance des principes traditionnels du droit pénal à assurer une véritable sécurité juridique. Mais le constat de ces faiblesses de la conception classique du droit pénal, encore souvent défendue dans notre pays, ne doivent pas selon nous mener à un relativisme absolu qui permettrait de légitimer tout contenu normatif par sa seule existence factuelle. Au contraire, il faut y voir une chance de se départir d'un positivisme étatique stérilisant pour affirmer le nécessaire contenu axiologique de la loi pénale et exiger, aux côtés de sa validité formelle, une validité matérielle indispensable dans un État de droit au sens matériel du terme. Celui-ci, porteur des valeurs libérales et protecteur des libertés individuelles, ne pourra alors fonder la répression sur la seule contradiction à la loi, pas plus qu'il ne pourra poursuivre comme seule finalité la pérennité du système lui-même. Fondement et finalité de la loi pénale sont alors distingués de ses seules fonctions, empiriquement observées, et se retrouvent au cœur de la réflexion juridique.

467. Mais puisque les exigences d'un État de droit au sens matériel du terme excluent de voir dans la loi seule ou dans le système lui-même l'objet de protection du droit pénal et imposent d'affirmer que le droit pénal puise sa légitimité dans la protection de biens juridiques existant indépendamment de leur consécration normative, il est indispensable de parvenir à théoriser un véritable concept, matériel, de bien juridique.

¹⁰⁶⁹ En ce sens, voir : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 124-128.

¹⁰⁷⁰ Sur les utilisations de la douleur par le droit, voir notamment : B. DURAND et al., *La douleur et le droit*, PUF, 1997, p. 161-342. Sur l'idée d'exemplarité de la peine, et sa théorisation chez LEPELTIER DE SAINT-FARGEAU, un des pères du Code pénal révolutionnaire ; voir : P. LASCOUMES, P. PONCELA et al., *Au nom de l'ordre: Une histoire politique du Code pénal*, *op. cit.*, p. 105-109.

Section 2

La théorisation d'un concept matériel de bien juridique.

468. De la même façon que l'infraction désigne à la fois le comportement incriminé et la réalisation de ce comportement, le concept de bien juridique renvoie à la fois à l'objet de la protection pénale (I) et à l'objet atteint par le comportement incriminé (II) ce qui, si l'on adopte une définition matérielle du concept, permet de replacer la question de la finalité et des fondements du droit pénal au cœur de la théorie de l'infraction.

I Le bien juridique, objet de la protection pénale.

469. Un philosophe du droit a pu affirmer que, le juriste lorsqu'il se trouve confronté à la théorie des valeurs, adopte l'une des deux attitudes générales suivantes : soit il essaie de « *contourner la difficulté en enfermant les valeurs au sein du système normatif* » et en fait ainsi des valeurs « *infra-juridiques* », soit il essaie de « *faire appel à la Morale pour donner une assise externe plus stable*¹⁰⁷¹ ». Puisque nous avons rejeté la première option et la légitimité *a priori* de tout contenu normatif qu'elle porte en elle, il nous faudrait alors nous tourner vers la morale pour définir le bien juridique... Or le droit pénal, plus encore que les autres branches du droit, proscribit formellement de confondre droit et morale et de fonder la répression sur autre chose que sur la violation de la loi pénale. Mais si cet acquis fondamental de la conception libérale du droit pénal ne doit pas être remis en question, il sera néanmoins possible d'admettre le contenu axiologique du bien juridique, son existence *préjuridique*, dès lors que sa consécration par le droit pénal demeure indispensable à la répression des atteintes qui lui sont portées. Le bien juridique pourra alors être défini comme une émanation de la valeur (A) dont la protection va constituer la finalité de l'infraction légalement instituée (B).

A. Le bien juridico-pénal, émanation de la valeur.

470. Nous avons déjà dénoncé les positions relativistes qui, par la négation de l'existence même des valeurs, en arrivent à légitimer les normes par leur seule effectivité factuelle. Or, s'il est certain que les valeurs ne peuvent jamais faire l'objet d'une connaissance absolue, la conscience humaine étant nécessairement limitée, et qu'il existe ainsi d'inévitables divergences et même des contradictions sur le contenu de celles-ci, la difficulté de leur détermination ne doit pas conduire à la négation de leur existence¹⁰⁷². Mais l'admission de l'existence des valeurs ne résout pas, loin s'en faut, le problème de la détermination du contenu matériel du bien juridique (1) et encore moins celui de la sélection des biens juridiques nécessitant une protection pénale, que l'on peut appeler avec le professeur MIR PUIG, les biens « *juridico-pénaux* » (2).

¹⁰⁷¹ Voir : Ch. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, 1982, p. 27.

¹⁰⁷² En ce sens notamment : A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, *op. cit.*, p. 37 et s. L'auteur expose ainsi que le Droit constitue un « *devoir permanent* » pour le juriste et que si nul ne peut jamais atteindre parfaitement la connaissance, le discernement étant toujours imparfait, il faut tout de même s'y efforcer si l'on ne veut pas sombrer dans le positivisme. Il précise ainsi que la confusion du droit et de la morale est le propre des systèmes autoritaires et que le droit doit seulement être orienté vers un but moral.

1°/ Le contenu axiologique du bien juridique.

471. La définition des valeurs est extrêmement délicate et nous ne prétendons pas résoudre en quelques lignes ce qui a occupé et occupe encore des générations de théologiens, philosophes et sociologues. Nous retiendrons seulement qu'existe une opposition basique entre valeurs morales (et/ou religieuses) et valeurs sociales, les premières étant absolument transcendantes et accessibles à la connaissance par l'Esprit et les secondes étant au contraire issues de la société et, en tant que fait social, observables scientifiquement¹⁰⁷³.

Même si les premières restent plus discutées que les secondes, qui trouvent naturellement leur place dans un système démocratique censé représenter les citoyens qui en demandent la protection, il ne nous semble pas falloir exclure leur existence. Bien que celle-ci ne soit pas plus démontrable que leur contenu et que personne ne puisse prétendre avoir qualité pour affirmer le contraire, une telle exclusion conduirait à légitimer toutes les normes juridiques conformes aux valeurs sociales et à retomber dans une conception sociologique proche du fonctionnalisme. Or il nous semble inexact de réduire les valeurs aux valeurs sociales, entendues comme des faits sociaux, sans s'interroger sur leur origine première¹⁰⁷⁴.

Sans que nous puissions le démontrer¹⁰⁷⁵, nous pensons en effet que chacun, depuis son point de vue particulier, saisit les valeurs et que si la démocratie suppose un certain relativisme¹⁰⁷⁶ en ce qu'elle impose de respecter *a priori* toute compréhension des valeurs, cela ne signifie pas pour autant qu'elle ramène nécessairement celles-ci à de pures opinions insusceptibles d'appréciation axiologique¹⁰⁷⁷. De la même façon, lorsqu'il détermine quels biens juridiques le droit pénal doit protéger, le législateur ne se détermine pas par rapport à sa seule volonté, il opère un acte de connaissance des valeurs et est en cela guidé par la société qu'il représente.

Il nous semble dès lors que l'on peut reprendre la **métaphore de la caverne de PLATON : si les valeurs existent, elles ne parviennent aux hommes que de façon déformées et le législateur, lorsqu'il saisit la valeur, est lui-même soumis à cette déformation et n'est pas à l'abri d'une erreur**. Le bien juridique serait alors l'ombre de la valeur morale et non la valeur elle-même¹⁰⁷⁸.

472. Mais une fois admis que le bien juridique émane de la valeur, il faut voir qu'il ne porte pas en lui-même la nécessité de sa protection par le droit pénal. Le professeur MIR PUIG en a convaincu une grande partie de la doctrine hispanophone en introduisant, aux côtés du bien juridique, le concept de bien juridico-pénal¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷³ Sur les différentes conceptions des valeurs, avec des distinctions beaucoup plus fines que celle que nous évoquons ici, voir en particulier, Ch. GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, p. 35-107. Si l'on s'en tient à cette distinction fondamentale, nous pourrions esquisser une classification des auteurs qui ont proposé des théories du bien juridique en séparant d'un côté BIRNBAUM, MEZGER et WELZEL (valeurs transcendantes) et de l'autre LISZT, AMELUNG et HASSEMER (valeurs sociales).

¹⁰⁷⁴ Ce serait alors de nouveau réduire les valeurs, et donc le droit sur lesquelles il se fonde, aux faits. Voir: A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, *op. cit.*, p. 61.

¹⁰⁷⁵ Comme l'explique fort bien KAUFMANN, les valeurs (transcendantes) ne peuvent être connues qu'émotionnellement, elles ne peuvent pas l'être « intellectuellement » et ne sont donc pas accessibles à la démonstration. *Ibid.*, p. 79.

¹⁰⁷⁶ Voir notamment : G. RADBRUCH, « El relativismo en la filosofía del derecho », art. préc.

¹⁰⁷⁷ Voir par exemple : R. ALCÁZER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 30-31.

¹⁰⁷⁸ Nous adoptons alors une position proche de celle de KAUFMANN, qu'il définit comme relevant d'un « réalisme modéré » (ou idéalisme modéré), intermédiaire entre le réalisme conceptuel et le nominalisme et qui considère que les faits « contiennent » les valeurs et participent de leur réalité. Voir: A. KAUFMANN, *Derecho, moral e historicidad*, *op. cit.*, p. 76-79. Appliqué aux biens juridiques, cela signifie que ceux-ci ne se confondent pas avec les valeurs objectives ou idéales comme chez MEZGER mais qu'ils **sont** une émanation de la valeur, c'est-à-dire que celle-ci fait partie de leur être et ne leur est pas seulement attribuée, *post rem*, par la Raison du législateur comme chez BINDING ou du fait de leur reconnaissance sociale comme dans le positivisme sociologique. Le bien juridique est ainsi profondément axiologique mais il appartient au monde réel, ce qui permettra de l'envisager de façon concrète, comme rattaché à des titulaires déterminés.

¹⁰⁷⁹ Voir : S. MIR PUIG, « Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al *ius puniendi* », art. préc. ; P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, *op. cit.*, p. 114.

2°/ La sélection des biens juridico-pénaux.

473. Conformément au principe d'*ultima ratio*, le droit pénal ne doit pas protéger l'ensemble des biens juridiques contre l'ensemble des attaques dont ils peuvent faire l'objet : si tous les biens juridiques peuvent trouver une protection juridique, tous ne méritent pas d'être des biens juridico-pénaux. Seuls les biens les plus importants doivent être protégés par le droit pénal, les autres n'étant protégés que par le droit civil, administratif ou par d'autres branches du droit. Or pour déterminer quels sont les biens juridiques susceptibles de protection pénale, on ne peut se contenter du concept de bien juridique, il faut faire appel aux grands principes du droit pénal que sont les principes de nécessité et de proportionnalité.

La restriction de liberté engendrée par la création d'un interdit pénal ne peut en effet être acceptée, dans un système libéral, que si elle est indispensable à la protection des personnes ou de la société et que si sa gravité est proportionnelle à l'importance du bien protégé et à la gravité de son atteinte¹⁰⁸⁰. Le bien juridique fournit alors un très bon critère d'appréciation de la nécessité, seuls les biens les plus importants devant être protégés, mais également de la proportionnalité puisqu'il permet de mettre en balance le bien juridique protégé avec la restriction de liberté imposée par l'incrimination et avec l'atteinte aux droits et libertés de la personne condamnée¹⁰⁸¹. Une telle mise en balance des biens juridiques permet alors nettement de **différencier le concept de celui d'intérêt protégé** car si les titulaires des biens juridico-pénaux peuvent bien avoir un « intérêt » à les voir protégés efficacement, tous les intérêts ne sont pas dignes de protection et ce n'est pas dans l'intérêt que réside la justification de la restriction de la liberté engendrée par l'érection d'une incrimination¹⁰⁸².

De plus, puisque le bien juridico-pénal est le bien juridique qui mérite une protection pénale, il faut admettre que l'octroi de cette protection particulière lui confère une autonomie normative au regard des biens juridiques protégés par les autres branches du droit. Le droit pénal n'est plus un droit purement sanctionnateur, il est doté d'une normativité qui lui est propre. Il n'est plus le « *gendarme du droit* », il est un droit autonome. Si cette autonomie a une importance sur le domaine des incriminations et permet notamment de justifier, par exemple, que le vol protège la propriété de façon beaucoup plus extensive que le droit subjectif à la propriété du droit civil, c'est pour la question de la détermination des titulaires du bien juridique protégé et de leurs prérogatives qu'elle se révélera fondamentale¹⁰⁸³.

474. Le bien juridico-pénal se définit ainsi comme une émanation de la valeur, consacrée par une valorisation normative du législateur pénal, ce qui implique que sa protection devient la finalité de la loi pénale.

¹⁰⁸⁰ On trouve une idée similaire chez ORTOLAN lorsqu'il expose que la « *théorie véritable de la pénalité humaine* » limite le champ d'intervention du droit pénal à « *tout acte contraire à la notion du juste et qu'il importe à la conservation ou au bien-être social de réprimer* ». Voir : J.-L. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 91.

¹⁰⁸¹ On retrouve alors ce que la doctrine des pays qui reconnaissent le bien juridique appelle parfois le « *principe de nécessité des sacrifices* » et qui recouvre l'adéquation entre la fin et les moyens, la nécessité des moyens employés (l'État devant choisir une autre voie que la loi pénale si cela est suffisant) et la proportionnalité au sens strict, c'est-à-dire la pondération des biens juridiques. Voir par exemple : P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo : tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, op. cit., p. 119.

¹⁰⁸² Il nous semble particulièrement important d'insister sur cette idée et sur la contamination du Droit par la logique économique que traduit le terme d'« *intérêt protégé* ». Entendre le droit comme un moyen technique de résolution de conflits d'intérêts conduit en effet à nier la séparation du monde des valeurs de celui des faits et à éliminer la question de la justice du champ du droit. Voir notamment : F.-S. BENAVIDES VANEGAS, « *La crisis de la modernidad y los fundamentos del derecho penal* », 2007, [en ligne], <<http://derechopenalonline.com>>. Cette distinction entre l'intérêt et le bien juridico-pénal laisse déjà entrevoir que la lésion du bien juridique ne doit pas, elle non plus, être appréciée en termes d'intérêts, ce qui nous conduira à détacher la question de la participation du sujet passif de l'infraction au procès pénal de celle de la réparation du préjudice. Voir *infra*, n°701 et s.

¹⁰⁸³ Voir *infra* n°708 et s.

B. La protection du bien juridico-pénal, finalité de la loi pénale.

475. S'il n'est pas du ressort du juriste de proposer une liste de biens juridiques *a priori* dignes de protection, la définition matérielle du bien juridico-pénal comme émanation de la valeur conduit à assumer le caractère éminemment axiologique, et nécessairement politique, du droit pénal et à préférer à une méthode déductive stérile faussement imposée par le principe de légalité, une approche épistémologique véritablement téléologique, qui nie que la finalité du droit pénal puisse se réduire à sa fonction de « *gendarme du droit* ». Ainsi défini, le bien juridico-pénal pourrait constituer un outil précieux pour le législateur (1) dans la mise en œuvre d'une politique criminelle cohérente et respectueuse des principes matériels du droit pénal, mais aussi pour l'interprète (2).

1°/ Un outil pour le législateur.

476. Peu suivis, en pratique, par une politique criminelle parfois tentée de profiter de la fonction dissuasive de la loi pénale pour l'utiliser hors de son domaine de protection des biens juridico-pénaux et de sa fonction expressive pour multiplier les incriminations, les apports de la consécration du bien juridico-pénal comme véritable objet de protection du droit pénal dans le sens d'une meilleure cohérence et d'une plus grande clarté de la matière pénale nous paraissent mériter d'être brièvement explicités.

Il découle en effet de la définition défendue du bien juridico-pénal que l'importance de celui-ci ainsi que la gravité de l'atteinte *lato sensu* (lésion ou risque) qui lui est portée devraient permettre au législateur, en s'appuyant sur les principes de nécessité et de proportionnalité, de déterminer l'intensité de la répression qu'il convient de mettre en place en fonction de la réprobation qu'il attache au comportement lui-même, à son résultat et à la faute qui l'accompagne.

Replacé au centre de la réflexion sur l'incrimination des comportements, le bien juridico-pénal apparaît ainsi comme un instrument privilégié de classification des incriminations permettant au législateur de vérifier la cohérence de la hiérarchie des peines encourues et de la diversité des comportements incriminés afin d'éviter les lacunes dans la répression mais aussi les doublons, incompatibles avec les principes d'accessibilité et de prévisibilité de la loi pénale et, partant, nuisibles à la sécurité juridique.

Reconnu comme objet premier de la protection pénale, le bien juridico-pénal devrait ainsi être envisagé, dès le stade de l'incrimination du comportement, comme l'objet de l'atteinte du comportement prohibé, ce qui devrait conduire à une gradation objective de la répression en fonction de la gravité de l'atteinte incriminée et du nombre de biens juridiques concrets affectés par le comportement. Parfois pris en compte comme circonstance aggravante, le concours réel d'infractions, homogène ou hétérogène, pourrait opportunément se voir davantage réprimé afin de mieux rendre compte de la multiplicité des biens juridiques affectés. A l'inverse, il conviendrait de tirer les conséquences d'une moindre réprobation du résultat en diminuant la répression des infractions simplement tentées et, *a fortiori*, des infractions autonomes incriminant des actes préparatoires au regard de la peine encourue pour l'infraction pleinement consommée. De la même façon, hors le cas de l'« *auteur intellectuel* » dont l'intensité de la faute compense la moindre participation matérielle, il serait bon de distinguer la pénalité de celui qui porte directement atteinte au bien juridique de celle encourue par celui qui ne fait que la faciliter.

Distingué des simples biens juridiques et, plus encore des biens juridiques purement formels, le bien juridico-pénal pourrait enfin guider la politique criminelle en offrant une perspective intéressante pour distinguer le droit pénal véritable d'un « *droit administratif pénal* » qu'il conviendrait de rejeter hors du domaine du droit pénal *stricto sensu*. En ne conservant dans le droit pénal que les atteintes les plus graves aux biens juridico-pénaux véritables, les matières criminelle et délictuelle pourraient être véritablement distinguées d'un domaine contraventionnel étendu qui

serait caractérisé par des sanctions et une procédure moins coercitives mais, parallèlement, par une plus grande souplesse eu égard aux principes protecteurs du droit pénal¹⁰⁸⁴.

477. Mais si l'on admet que le droit pénal a pour finalité de protéger les biens juridico-pénaux, ceux-ci se trouvent alors au cœur de l'interprétation.

2°/ Un outil pour l'interprète.

478. L'interprétation des textes est un préalable indispensable au travail du juge, qui doit appliquer des textes répressifs nécessairement généraux et abstraits aux cas d'espèce qui lui sont soumis mais également à celui de la doctrine dans son analyse du droit positif.

479. **Interprétation par le juge.** — A une interprétation stricte encore trop souvent entendue comme une interprétation littérale, la finalité de protection des biens juridico-pénaux commande de substituer une interprétation téléologique guidée par le bien juridique protégé et par les grands principes de nécessité et de proportionnalité auxquels il est profondément lié. Nous avons vu en effet que le syllogisme judiciaire, avec le raisonnement déductif qui le caractérise, n'est en réalité qu'apparemment protecteur contre l'arbitraire judiciaire. Sous couvert de sécurité juridique, la dialectique juridique est niée alors que le débat qu'elle permet sur les présupposés théoriques et philosophiques est bien mieux protecteur des garanties, formelles mais surtout matérielles, de l'État de droit que des syllogismes bien souvent régressifs¹⁰⁸⁵. Dès lors qu'elle reste enfermée dans les limites de l'interprétation littérale des termes de la loi, l'interprétation stricte devrait ainsi être comprise comme une interprétation téléologique guidée par les principes généraux du droit pénal davantage que par la volonté ponctuellement exprimée du législateur.

480. **Interprétation par la doctrine.** — Mais ce qui est vrai pour l'interprétation prétorienne l'est encore davantage pour l'analyse doctrinale, qui devrait rompre définitivement avec des prétentions de scientificité calquées sur les sciences naturelles. Si elle ne veut être condamnée au technicisme et à la casuistique, la « *science juridique* » doit en effet rechercher, au-delà des dispositions particulières d'un droit positif dérogeant de plus en plus souvent aux principes généraux qu'il prétend consacrer, les principes matériels qui fondent le droit pénal et les théories ou philosophies qui animent la politique criminelle.

Là encore, il s'agit de renoncer à une prétendue neutralité axiologique et à une méthodologie faussement déductive que trahit l'existence d'une variété des interprétations insusceptible d'apparaître selon les dogmes du positivisme juridique. L'affirmation des présupposés idéologiques propres à chacun, loin d'ouvrir la voie à une confusion entre droit et morale, permettrait au contraire de consommer une rupture nécessaire avec un culte de la loi lui-même marqué idéologiquement et de se prémunir, par la dialectique, contre l'insidieuse propagation de conceptions fonctionnalistes réduisant le Droit au fait¹⁰⁸⁶. Car si personne ne peut prétendre accéder à une connaissance pleine et entière des valeurs et qu'il ne s'agit pas d'assimiler le bien

¹⁰⁸⁴ Si cette idée de scission du droit pénal a été rencontrée chez HASSEMER (voir *supra* n°134 et s.), nous ne partageons pas néanmoins son critère de distinction dans le sens où nous ne pensons pas que tous les biens juridiques collectifs correspondant à la « *société moderne* » doivent être exclus du domaine du droit pénal pour revenir au noyau droit pénal conçu comme protégeant seulement les personnes et la puissance publique. Il nous semble en effet que certains biens juridiques collectifs ou même diffus (environnement, intégrité de l'espèce humaine...) sont d'une importance première et peuvent à ce titre mériter une protection pénale même si celle-ci devra s'adapter à leur nature particulière. Sur la catégorie de biens juridiques collectifs et diffus, voir *supra*, n°340 et s.; sur la détermination de leurs titulaires, voir *infra*, n°716 et s.

¹⁰⁸⁵ Cela a été longuement démontré *supra*, n°439 et s.

¹⁰⁸⁶ Nous sommes en effet convaincue qu'une neutralité axiologique totale est absolument impossible et que le fait même d'adopter une position acritique est en réalité déjà un positionnement éthique et politique, positionnement qui peut mener à un aveuglement idéologique conduisant au maintien des valeurs de fait dominantes. En ce sens notamment : R. ALCÁCER GUIRAO, *Lesión del bien jurídico o lesión de deber?*, *op. cit.*, p. 30-31 ; S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc.

juridico-pénal à un « *droit naturel* » que l'on prétendrait avoir découvert, il nous semble indispensable **que la doctrine pénaliste assume et débâte du contenu axiologique de son objet d'étude** et reconnaisse qu'aucun système dogmatique n'est absolument neutre¹⁰⁸⁷.

Admise dans les pays d'inspiration germanique et par la plupart des autres disciplines juridiques, cette « *rupture épistémologique* » paraît d'autant plus nécessaire que le droit pénal positif ne s'intègre plus à la théorie classique du délit qu'au prix d'une multitude d'exceptions aux principes qui sont censés la gouverner.

481. Mais si les conséquences que nous tirons d'une consécration véritable du bien juridico-pénal comme objet de protection de « *l'infraction du législateur* » ne peuvent apparaître que comme des vœux sans grand espoir de concrétisation dans l'orientation actuelle de la politique criminelle¹⁰⁸⁸, il en va autrement dans l'« *infraction du délinquant* », le concept révélant immédiatement ses profonds intérêts théoriques.

II Le bien juridique, objet atteint par le comportement incriminé.

482. Objet de protection de l'infraction, le bien juridique est également l'objet atteint par le comportement incriminé. Il nous faut alors tirer les conséquences de la définition proposée du bien juridico-pénal pour préciser les liens du concept de bien juridique avec l'objet matériel de l'infraction (A) et avec l'objet juridique de celle-ci (B) et faire apparaître l'utilité de ces distinctions dans la précision de la notion de résultat de l'infraction.

A. Bien juridique et objet matériel de l'infraction.

483. Alors que BINDING avait eu recours au concept de bien juridique pour parer à la difficulté dogmatique du résultat de l'infraction (le droit ne pouvant selon lui jamais subir de lésion) et considérait que le bien juridique était détruit ou altéré par le comportement incriminé (dans les infractions matérielles), une telle conception n'est guère plus défendue depuis von LISZT¹⁰⁸⁹. Celui-ci a en effet permis d'isoler le concept d'objet de l'action de celui de bien juridique : l'action matérielle porte atteinte au premier, substrat matériel du second, qui, bien que concret en tant que rattaché à un titulaire, n'appartient pas au monde empirique et ne peut donc faire l'objet de véritable lésion. Cette distinction fondamentale entre objet de l'action, ou objet matériel du délit, et bien juridique protégé nous semble devoir être conservée pour plusieurs raisons.

484. Il est d'abord tout à fait clair que lorsque le législateur incrimine par exemple les violences, il n'entend pas protéger un élément constitué d'atomes mais bien l'intégrité physique de chaque personne, intégrité que les valeurs sociales (et sans doute morales), commandent de préserver. Mais au-delà de cet aspect, la distinction apparaît comme indispensable à la bonne compréhension

¹⁰⁸⁷ Nous approuvons en ce sens le professeur ZAFFARONI, pour qui « *tout système dogmatique juridique de compréhension du droit pénal est inévitablement un projet politique* ». E.-R. ZAFFARONI, « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », art. préc.

¹⁰⁸⁸ Il nous semble néanmoins que ce n'est pas là une raison justifiant d'abandonner ces prescriptions. En effet, comme le souligne le même auteur à propos du « *droit pénal de l'ennemi* » : « *Les lois continuent d'exister, mais la science juridique pénale doit les délégitimer et proposer leur inconstitutionnalité, en soulignant leur irrationalité, fournir les arguments pour qu'elles soient disqualifiées par les juridictions nationales et internationales, par l'opinion publique nationale et internationale, démasquer leur condition de lois d'Etat absolu, montrer leur incompatibilité avec l'Etat de droit. C'est la puissance du discours, qui est l'unique force qu'exerce le savoir juridique.* » *Ibid.*

¹⁰⁸⁹ Voir plus précisément *supra*, n°53 et 64.

de certaines incriminations : dans le faux, par exemple, il est certain que ce qui est protégé n'est pas le document altéré en lui-même mais bien, comme l'indique sa place dans le Code pénal, la confiance publique¹⁰⁹⁰.

Une telle détermination du bien juridico-pénal est souvent plus délicate que celle de l'objet matériel du délit (l'abus de confiance protège-t-il la confiance ou la propriété ? que protègent les atteintes au cadavre ou les sévices graves envers les animaux ?) mais nous verrons qu'elle est nécessaire pour la mise en œuvre des règles relatives aux concours et pour une exacte interprétation des incriminations.

Il nous semble ainsi par exemple que la proposition d'un auteur de qualifier de viol la contamination volontaire d'autrui par le virus du SIDA au cours de relations sexuelles non protégées est particulièrement pertinente : le virus affecte bien la santé mais les dégradations physiques semblent bien n'être là qu'une conséquence matérielle d'une atteinte première à la liberté sexuelle de la victime¹⁰⁹¹.

Elle permet également, si l'on adopte le point de vue ici défendu, de dépasser, dans les limites du texte légal, les bornes qu'imposaient une conception purement naturaliste de l'objet du délit. On peut ici penser par exemple à l'extension de la notion de « chose » dans les atteintes contre les biens, « chose » qui n'est pas encore totalement dématérialisée mais que le droit positif entend de façon de plus en plus large afin d'y faire figurer de plus en plus de comportements qui apparaissent comme une atteinte au bien juridique propriété, ou plus précisément à la « propriété intellectuelle » sans porter sur une chose corporelle et mobilière¹⁰⁹². L'objet de l'action délictuelle perdrait alors de l'importance, ce qui rejoint les observations faites plus haut sur la multiplication et l'importance croissante, aux côtés des biens juridiques dématérialisés traditionnels comme l'honneur, de biens juridiques collectifs dont le substrat matériel est parfois difficilement identifiable comme dans les infractions en matière environnementale.

Si ce mouvement est inéluctable compte tenu de la multiplication des biens juridiques collectifs et de la dématérialisation croissante des objets et des rapports sociaux, il faut déplorer que ces élargissements ne s'accompagnent pas de précisions sur la forme de l'atteinte dans le cadre d'un élément matériel repensé. Il nous semble en effet erroné de considérer que l'atteinte à tous les biens juridiques immatériels, et donc tous les biens juridiques collectifs soit insusceptible de gradation. Même si elles ne peuvent être appréciées de façon identique à celle d'une chose corporelle (intacte, abîmée, détruite), il nous semble quand même possible de différencier les atteintes. Si l'on pense par exemple à l'environnement, peut-on sérieusement soutenir qu'il est affecté de la même façon par le projet de déverser des produits toxiques dans une rivière, par le stockage de produits toxiques dans des containers non réglementaires mais étanches, par une fuite dans les containers contenant les produits toxiques et par le déversement effectif de ces produits dans une rivière ?

485. Mais au-delà de la question de la difficile détermination des substrats matériels des biens juridiques, la multiplication des infractions de risque pose une question sans doute plus délicate mais aussi plus essentielle, celle de la distinction entre objet juridique du délit et bien juridique protégé.

B. Bien juridique et objet juridique de l'infraction.

486. Lorsque nous avons étudié l'apparition du concept de bien juridique, nous avons vu que la doctrine avait unanimement reconnu à BIRNBAUM une importante avancée dogmatique : grâce au concept de bien juridique, il était désormais possible de distinguer les infractions consommées des infractions tentées, les premières supposant une atteinte du bien juridique qui n'existe pas dans les

¹⁰⁹⁰ Voir par exemple : V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 401 et s.

¹⁰⁹¹ Voir : B. CHAPLEAU, « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », art préc. ; et *supra*, n°271.

¹⁰⁹² Sur cette problématique, voir *supra*, note 849.

secondes¹⁰⁹³. Reprise pour classer les infractions entre matérielles et formelles et pour différencier ainsi réprobation du résultat et réprobation de l'acte, cette opposition fondamentale souffre de nombreuses limites si l'on admet une définition du bien juridique autre que purement formelle. Elle paraît même avant cela nettement insuffisante pour classer l'ensemble des incriminations et notamment celles que l'on peut rattacher à la société moderne.

487. ___ Exposé du problème. ___ Dans le droit pénal objectiviste directement issu de la révolution, les infractions correspondaient pour la plupart à une atteinte matérielle à un bien juridique dont le substrat matériel était détruit ou dégradé par le comportement délictuel. Mais, comme nous l'avons vu plus haut, l'essor des théories subjectivistes puis le développement de la « *société du risque* » ont conduit à avancer le seuil de la répression sur l'*iter criminis* et à inventer de nouvelles formes de délits. Les biens juridiques les plus importants font désormais l'objet de ce que certains auteurs appellent une « *typification en continu*¹⁰⁹⁴ », c'est-à-dire que des incriminations vont exister à tous les niveaux d'atteinte ou de menace de ceux-ci.

Si l'on prend l'exemple de la vie, le droit pénal la protège à la fois contre les atteintes (meurtre), les attentats (empoisonnement), les risques, concrets et même peut-être abstraits (mise en danger de la vie d'autrui). Et il ne s'agit là que des incriminations visant des comportements actifs et, sinon intentionnels, au moins volontaires. Pour que le tableau soit complet, il faudrait ajouter les omissions (omission de porter secours, omission d'empêcher la commission d'un crime contre les personnes... omissions qui sont, nous l'avons vu, des infractions formelles), les atteintes non intentionnelles (homicide involontaire) et une multitude de délits obstacles qui pénalisent toute sorte de comportements qui peuvent avoir pour effet de mettre la vie en danger (infractions en matière de sécurité routière, de produits défectueux, de santé publique dont les infractions en matière de drogue...). En plus que de distinguer atteinte et attentat au bien juridique, il faut alors préciser les niveaux de risque puisque **différents degrés de probabilité de lésion d'un bien juridique concret sont représentés en droit positif**, depuis la quasi certitude d'atteinte dans l'empoisonnement jusqu'à la simple possibilité abstraite dans la conception légale des infractions en matière de drogue (qui ne distingue pas selon les drogues) et dans la conception prétorienne de la mise en danger de la vie d'autrui. En plus de poser la question de la légitimité de l'« *avancement de la barrière préventive* » déjà longuement évoquée¹⁰⁹⁵, cet état du droit positif nous impose, pour parvenir à une classification des infractions, de distinguer entre bien juridique protégé et objet juridique du délit.

488. ___ Précisions terminologiques. ___ En matière de classification d'infractions en fonction du seuil de consommation, les différences terminologiques sont nombreuses en doctrine et il nous faudra préciser les définitions que nous utilisons. Nous prendrons comme base de réflexion **que l'objet juridique du délit est ce qui est effectivement atteint dans les infractions matérielles et ce qui est mis en danger dans les infractions formelles et de prévention**. La différence essentielle entre ces deux dernières catégories réside dans l'indifférence de la réalisation du danger dans les infractions formelles alors que la survenance de l'atteinte à l'objet juridique fait disparaître l'infraction de prévention, absorbée par l'infraction matérielle correspondante. Les délits obstacles, que l'on peut définir comme « *l'incrimination d'une attitude ou d'un comportement sans portée immédiate et effective*¹⁰⁹⁶ », restent néanmoins très difficiles à différencier des infractions de prévention.

D'éminents auteurs avaient par le passé défendu que le délit obstacle ne constituant pas la cause « *inéluçtable et fatale* » du résultat que le législateur souhaite éviter, il pouvait se trouver en

¹⁰⁹³ Voir *supra*, n°41.

¹⁰⁹⁴ Par exemple : P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, *op. cit.*, p. 60.

¹⁰⁹⁵ La doctrine française parle parfois « *d'ouvrage avancé de la répression* » ; ainsi du professeur JEANDIDIER, reprenant les professeurs STEFANI, LEVASSEUR et BOULOC : W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 226.

¹⁰⁹⁶ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal général*, *op. cit.*, 1967, p. 369, n°384.

concours avec l'infraction matérielle correspondante si elle trouvait à se réaliser¹⁰⁹⁷. Mais bien que cette solution ait parfois été suivie par la jurisprudence¹⁰⁹⁸, la multiplication des circonstances aggravante a conduit à priver la question de tout intérêt pratique, le délit obstacle constituant désormais quasiment toujours une circonstance aggravante de l'infraction matérielle correspondante comme dans l'exemple donné par ces auteurs de la conduite en état d'ivresse et de l'homicide involontaire¹⁰⁹⁹.

On pourrait considérer cela comme une consécration légale de cette prise de position théorique ou y voir la sanction, au-delà de l'atteinte à l'objet juridique du délit, du risque que l'agent lui a fait encourrir, c'est-à-dire d'une faute plus grave que la faute d'imprudence suffisante pour engager la responsabilité¹¹⁰⁰. Cette analyse paraît *a priori* plus convainquante mais ne permet pas d'expliquer l'aggravation générale de responsabilité prévue à l'article 221-6-1 du Code pénal pour les homicides non intentionnels commis par « le conducteur d'un véhicule terrestre à moteur », punis de 5 ans d'emprisonnement et 75 000€ d'amende, en l'absence de toute circonstance aggravante, au lieu de 3 ans et 45 000€ d'amende pour l'homicide non intentionnel de droit commun de l'article 221-6. Pourquoi les atteintes non intentionnelles à l'intégrité physique devraient-elles être davantage réprimées, à faute égale et résultat égal, du seul fait qu'elles sont commises à l'occasion de la conduite d'un véhicule ? On pourrait certes avancer l'argument de la prévention générale, la menace de sanctions plus lourdes devant inspirer au conducteur une plus grande prudence... S'agissant de fautes d'imprudence simple, l'argument nous semble peu convainquant, et surtout contraire aux principes dégagés plus haut selon lesquels la répression ne peut être fondée sur elle-même, ce qui implique que la plus grande sévérité doit être justifiée soit par la plus grande importance de l'objet protégé, soit par la plus grande atteinte de celui-ci, soit enfin par la gravité supérieure de la faute ou la conjonction de plusieurs fautes distinctes¹¹⁰¹.

Une autre piste mérite alors selon nous d'être explorée : celle de l'atteinte à deux objets de protection distincts.

489. ___ Objet juridique et délit-obstacle. ___ Lorsqu'elle étudie les délits obstacles, la doctrine des pays d'inspiration germanique expose parfois que ceux-ci, puisqu'ils ont pour but de prévenir les atteintes aux biens juridiques en avançant le seuil de l'illicite, constituent des « *présomptions irréfragables de risque pour le bien juridique*¹¹⁰² ». Ainsi, le fait de conduire en état d'ivresse fait-il courrir un risque pour l'intégrité physique et la vie des autres usagers de la route et des piétons, risque qui est présumé de façon irréfragable, la preuve de l'absence de risque (concret) n'étant pas admise par le droit positif pour se dégager de toute responsabilité. Mais aux côtés de ce risque pour l'intégrité des personnes, il est possible de distinguer un autre résultat (légal) : l'atteinte à la sécurité routière, objet juridique protégé collectif.

¹⁰⁹⁷ R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal général, op. cit.*, 1967, p. 370, n°384 ; comparer : R. MERLE, A. VITU, *Traité de droit criminel ; Droit pénal général, op. cit.*, 1997, p. 650, n°514. Les auteurs fondent leur raisonnement sur la causalité et qualifient ce concours de réel, ce qui nous semble tout à fait discutable, la conduite en état d'ivresse et la conduite ayant causé l'accident nous semblant devoir être considéré comme un fait unique. Il faudrait alors retenir un concours idéal, ce qui impose de différencier deux « *intérêts protégés* » distincts, la faute ne semblant pouvoir être dissociée (nous allons voir que cela est possible). Ce point de vue est fort proche de celui défendu par : A. LÉGAL, « Le concours idéal et le cas de deux infractions dont l'une est un élément constitutif de l'autre », art. préc., p. 874.

¹⁰⁹⁸ Voir : Cass. Crim., 25 mars 1965, *Bull. crim. n°88* condamnant un automobiliste pour dépassement dangereux et homicide involontaire, le concours étant qualifié de réel.

¹⁰⁹⁹ L'article 221-6-1, 2° prévoit ainsi désormais spécifiquement ce cas de figure comme homicide non intentionnel aggravé.

¹¹⁰⁰ On se souvient que depuis la loi du 10 juillet 2000, la faute simple demeure suffisante en cas de causalité directe mais ne l'est plus en cas de causalité indirecte, une faute qualifiée étant alors exigée pour engager la responsabilité. Conformément à la volonté affichée du législateur, la jurisprudence qualifie néanmoins systématiquement la causalité de directe en matière d'accident de la circulation, ce qui atténue fortement la portée de la distinction dans ce domaine. Voir également *infra*, n°524 et s.

¹¹⁰¹ Il ne nous semble pas en effet que l'on soit face à un de ces cas de figure, le défaut de maîtrise de son véhicule, en l'absence d'autres circonstances aggravantes, ne nous paraissant pas, en elle-même, être une faute d'une gravité supérieure à celle qui peut être commise à l'occasion d'autres activités.

¹¹⁰² En ce sens : R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, op. cit.*, p. 53 ; P. CUESTA PASTOR, *Delitos obstáculo: tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico, op. cit.*, p. 49. Nous verrons néanmoins que le caractère irréfragable de la présomption devrait être rejeté ; *infra*, n°592.

Cette précision n'apporte pas grand-chose pour l'incrimination de la conduite en état d'ivresse elle-même mais permettrait d'expliquer l'aggravation systématique de la répression en cas d'homicide non intentionnel causé par un conducteur : la vie de la victime n'a pas été seule atteinte, la sécurité routière l'a été également¹¹⁰³. **La dualité d'objet atteint par le comportement pourrait alors expliquer la possibilité théorique de retenir un concours (idéal) d'infractions et justifier l'aggravation législative de la répression**¹¹⁰⁴.

La question se pose alors de savoir si les deux objets atteints par l'infraction constituent de véritables biens juridiques et, plus précisément, de savoir si la sécurité routière est un véritable bien juridique autonome ou s'il est rattaché à la protection de la personne et constituerait alors un bien juridique médiat, dérivé du bien juridique primaire vie ou intégrité physique.

490. ___ Biens juridiques primaires et dérivés. ___ Avant de trancher la question, il nous faut préciser que si nous avons vu que les délits obstacles intervenaient en amont de *l'iter criminis* et ne comportaient pas d'atteinte au bien juridique, il serait erroné d'en déduire que ce sont nécessairement des infractions sans résultat (matériel) ; au contraire, **certains délits obstacles sont bien des infractions matérielles**. Si l'on prend par exemple le délit de l'article 511-5-1 du Code pénal qui punit de 2 ans d'emprisonnement et 30 000€ d'amende le fait de « *procéder à des prélèvements à des fins scientifiques sur une personne décédée sans avoir transmis le protocole prévu par le Code de la santé publique* », nous sommes bien face à une infraction matérielle qui comporte un résultat : un prélèvement doit avoir eu lieu sur le corps, le corps doit avoir été matériellement affecté. Le corps humain de la personne décédée apparaît alors comme l'objet matériel de l'infraction mais sans doute aussi comme son objet juridique puisque l'incrimination appartient à une section du Code pénal intitulée « *de la protection du corps humain* ». Pour autant, il est clair que cette incrimination ne protège pas le seul corps humain et que l'absence de respect des dispositions légales du Code de la santé publique renvoie à une certaine éthique biomédicale et à un autre objet de protection, supérieur, qui a trait à la protection de l'espèce humaine. Du point de vue du respect de l'espèce humaine, cette incrimination est alors bien un délit obstacle : l'absence de respect du protocole fait courir le risque de manipulations génétiques illégales. L'objet juridique de ce délit subit par conséquent une lésion alors qu'un autre bien juridique protégé est seulement mis en danger.

Si l'on n'adopte pas une conception purement formelle du bien juridique mais que l'on conserve la définition proposée plus haut, on doit alors distinguer, entre les différents objets de protections atteints ou mis en danger par les comportements prohibés, ceux qui sont de véritables biens juridiques et ceux qui n'en sont pas. Il faut ainsi considérer que **l'objet juridique du délit peut être soit un bien juridique primaire** (par exemple, la vie), soit un **bien juridique secondaire ou médiat**, c'est-à-dire un bien juridique dont l'atteinte cause un risque au bien juridique primaire (par exemple : la santé publique), **soit enfin un bien juridique formel, que l'on ne peut directement rattacher à un bien juridique primaire** (par exemple : l'hygiène). En plus d'ouvrir d'intéressantes perspectives de politique criminelle dans la détermination du domaine du droit pénal, elle permet une distinction des différentes incriminations.

491. ___ Classification des incriminations. ___ Aux côtés des infractions matérielles qui exigent, pour être consommées, une atteinte à l'objet juridique du délit et des infractions formelles qui se consomment par la seule réalisation du comportement prohibé, se trouveraient deux types d'infractions de « *mise en péril* » qu'il serait possible de distinguer. **Alors que les infractions de prévention ont le même objet juridique que l'infraction matérielle qu'elles prétendent**

¹¹⁰³ Dans le même sens, évoquant « *la vie ou l'intégrité physique* » d'un côté et « *la discipline de la circulation* » de l'autre mais sans opérer de distinction de nature entre les « *valeurs sociales* » ; voir : A. VARINARD, « Qualifications multiples - Notion et régime », art. préc., p. 247 et s. L'auteur justifie également l'absence d'incompatibilité entre la qualification de tromperie (qui avait déjà fait l'objet de condamnations) et d'empoisonnement tel que jugé par la Cour de cassation le 22 juin 1994 dans l'affaire du sang contaminé.

¹¹⁰⁴ La circonstance aggravante serait alors justifiée par la prise en compte de la multiplicité de biens juridiques affectés et reviendrait en quelque sorte à prendre en compte un concours d'infractions. On retrouve là l'utilisation du bien juridique protégé comme facteur d'aggravation de la répression.

éviter, cela ne serait pas le cas des délits obstacles. La mise en danger de la vie d'autrui serait alors bien une infraction de prévention puisqu'elle protège, à des degrés différents, le même bien juridique primaire « *vie* » que l'homicide involontaire alors que la conduite en état d'ivresse serait un délit obstacle puisque son objet juridique est la sécurité routière, bien juridique secondaire qui protège, en arrière plan, la vie et l'intégrité physique des personnes.

Cela expliquerait que **si le résultat redouté se produit, les règles relatives au concours idéal d'infractions sont inapplicables aux infractions de prévention puisque l'atteinte au bien juridique absorbe sa mise en danger alors qu'elles peuvent être justifiées pour les délits obstacles, l'atteinte au bien juridique primaire se trouvant aux côtés de l'atteinte au bien juridique secondaire ou formel**¹¹⁰⁵. Le même raisonnement pourrait être étendu pour légitimer la possibilité de réprimer, au titre des **circonstances aggravantes**, les éléments du délit obstacle qui a finalement causé l'atteinte redoutée au bien juridique protégé.

Bien qu'elle permette une classification plus fine des différents types d'incriminations, cette distinction pourrait être discutée du point de vue des conséquences qui lui sont attachées : d'une part, elle ne paraît pas être toujours correspondre au droit positif puisque le législateur réprime au titre de la faute délibérée une faute qui est identique à celle de l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui¹¹⁰⁶, et, d'autre, part la pertinence de l'admission du concours entre atteinte au bien juridique primaire et au bien juridique secondaire peut être discutée du point de vue de la politique criminelle en ce qu'il serait tout à fait possible de considérer que le bien juridique médiate n'est pas véritablement distinct du bien juridique primaire mais en est au contraire un dérivé. Il nous semble néanmoins que même si la sécurité routière, par exemple, a bien pour but de protéger la vie et l'intégrité des personnes, l'atteinte à une victime particulière n'absorbe pas l'atteinte à la sécurité routière, c'est-à-dire le risque qui a été causé à l'ensemble des usagers présents ou potentiels et qui n'ont pas été affectés. Le bien juridique sécurité routière, bien que secondaire, pourrait alors se voir reconnaître une certaine autonomie.

Il nous semble néanmoins que si la légitimité de ces incriminations et de leurs conséquences peuvent (et doivent) être soumises à discussion, le concept générique d'objet juridique du délit peut, dans ses relations avec le bien juridique matériellement défini, constituer un outil dogmatique précieux pour la qualification des concours d'infractions mais, avant cela, dans la vérification des éléments de l'infraction, **la répression fondée sur l'atteinte à deux objets juridiques distincts imposant selon nous de vérifier les conditions de l'injuste au regard de chacun d'eux**¹¹⁰⁷.

492. L'affirmation de l'exigence d'une conception matérielle de l'État de droit, attachée aux valeurs libérales d'une société démocratique, nous a conduit à défendre la nécessité de fonder la répression pénale sur la protection d'un objet antérieur à elle, c'est-à-dire sur un bien juridique lui-même entendu de façon matérielle. Mais l'imprécision du concept le privait de toute efficacité et il a fallu dégager des catégories pour parvenir à une théorisation véritable. Le bien juridique apparaît ainsi comme une émanation de la valeur qui, suite à sa consécration par le législateur comme objet digne de protection pénale, devient un bien juridico-pénal et acquiert de ce fait une autonomie au regard des autres branches du droit. Distinct des substrats matériels qui subissent les conséquences de l'infraction, le bien juridique n'en est pas moins conçu de façon concrète ce qui permet de distinguer différents types d'atteintes qui peuvent lui être portées : destruction, lésion, risque concret ou risque abstrait. Il se distingue alors de l'objet juridique du délit, objet de l'atteinte *lato sensu* causée par le comportement prohibé et qui peut correspondre, quelle que soit le

¹¹⁰⁵ Une position similaire est défendue par Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 185-186, n°323.

¹¹⁰⁶ L'admission par la jurisprudence de la constitution de l'infraction de mise en danger en l'absence de risque concret pour les personnes permet ainsi de douter de la validité de ce raisonnement et conduire à expliquer l'absence de concours par l'absorption de l'infraction de prévention par la faute qualifiée ou la circonstance aggravante de faute qualifiée. Sur cette position prétorienne, voir *supra*, note 867.

¹¹⁰⁷ Voir *infra*, n°522 et 596.

type d'infractions en cause (matérielle, formelle, de prévention ou délit-obstacle), à un bien juridique primaire ou à un bien juridique dérivé.

493. ___ Conclusion de Chapitre. ___ Malgré les doutes relevés au début de notre étude sur la compatibilité du système juridique français avec le concept de bien juridique, nous avons vu qu'il était en réalité souhaitable et même nécessaire de reconnaître au droit pénal un fondement extérieur à sa propre existence normative, un « *troisième terme* » qui assure sa légitimité matérielle aux côtés de sa validité formelle. Le concept de bien juridico-pénal, bien que distinct de la valeur dont il émane, permet d'apporter ce référent externe indispensable à la reconnaissance de l'indéniable caractère axiologique du droit pénal.

Doté d'un contenu matériel, le bien juridique permet de guider le législateur dans le choix des incriminations, le juge dans son interprétation et la doctrine dans ses appréciations. Dépourvu de toute autorité normative en l'absence de consécration légale, le bien juridique ne peut fonder directement le droit mais se trouve au cœur de l'infraction dès lors qu'il a été reconnu par le législateur en tant qu'objet de protection du droit pénal. Distinct de l'objet matériel mais surtout de l'objet juridique formellement protégé par les incriminations, il permet de préciser la classification des infractions et fournit ainsi un précieux critère de qualification.

494. ___ Transition. ___ Sans nier la réalité des fonctions de la loi pénale observées par les théories sociologiques ni l'exclusivité des sources juridiques dans l'énoncé des interdits pénaux, accorder au bien juridique la place qui doit être la sienne dans l'infraction pénale permettra de défendre une conception plus réaliste et plus cohérente de celle-ci, dans le but avoué de donner tout leur sens aux principes supérieurs du droit pénal qu'ont dégagés les sociétés démocratiques.

Admettre que la finalité du droit pénal réside dans la protection de biens juridiques conduit nécessairement à considérer que l'infraction elle-même protège des biens juridico-pénaux que le comportement incriminé vient atteindre ou mettre en danger. De ce fait, du point de vue de « *l'infraction du délinquant* », il faut reconnaître que c'est cette atteinte au bien juridico-pénal qui va fonder la répression.

Mais les conséquences de l'admission du bien juridique comme objet de protection du droit pénal ne peuvent être correctement exposées dans le cadre de la structure tripartite traditionnelle de l'infraction française. En plus de son inadaptation aux évolutions du droit pénal actuel, il apparaît nettement que la structure classique est incapable d'absorber l'exigence d'atteinte au bien juridique protégé. Nous avons vu en effet que celle-ci ne peut être entièrement intégrée à la question du résultat, qu'elle dépasse largement.

La reconnaissance de la finalité de protection des biens juridiques impose ainsi une appréciation nouvelle de l'ensemble des éléments de l'infraction et notamment la reconnaissance d'éléments d'appréciation axiologiques en dehors de la seule question de l'élément moral. Avant de pouvoir qualifier une infraction véritable, il faut au préalable s'assurer qu'existe une atteinte interdite par la loi à un bien juridique protégé, ce qui, compte tenu de son lien avec les valeurs, implique nécessairement une première réprobation, objective, du comportement en cause en tant que tel. Cette réprobation *in abstracto* de l'atteinte au bien juridique protégé par l'incrimination sera alors l'objet de la qualification de l'injuste¹¹⁰⁸.

¹¹⁰⁸ Précisons que les exigences que nous dégagons ne tendent pas à s'appliquer à toutes les infractions à proprement parler mais seulement aux crimes et délits, le domaine contraventionnel n'étant pas tenu par la finalité de protection des seuls biens juridico-pénaux. Voir *supra*, n°476.

Chapitre 2

La qualification de l'injuste.

495. Comme nous l'avons déjà signalé à plusieurs reprises, la qualification de l'« *injuste* » correspond à la reconnaissance d'un comportement typique antijuridique, c'est-à-dire d'un comportement prohibé par la loi pénale et contraire au droit. L'injuste dépasse alors largement ce que la doctrine française a parfois défendu comme étant l'« *élément injuste* » pour s'entendre de ce qui constitue objectivement un fait infractionnel¹¹⁰⁹. Il ne faudrait pourtant pas croire que l'on en revienne, par cette appellation, à la qualification de ce que la doctrine appelait autre fois « *imputatio facti* », en opposition à « *imputatio iuris* », c'est-à-dire à un élément purement objectif et descriptif, déconnecté de l'étude du sujet délinquant, dans laquelle était repoussée toutes les questions relatives à la faute et à la culpabilité¹¹¹⁰. Nous verrons en effet que la reconnaissance d'un injuste impose de vérifier l'existence d'une faute pénale et n'est pas exempte d'éléments normatifs, tant dans la qualification de l'acte typique (Section 1) que dans celle de l'antijuridicité (Section 2).

¹¹⁰⁹ Sur cette terminologie, voir *supra*, note 160.

¹¹¹⁰ Sur cette distinction, voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 223-225. Sur la construction binaire, commune à la doctrine française et allemande du XVIII^{ème} siècle et de la première moitié du XIX^{ème} siècle, voir : J.-H. ROBERT, « L'histoire des éléments de l'infraction », art. préc., p. 269-277.

Section 1

Un comportement typique.

496. Conformément aux exigences du principe de légalité, l'infraction pénale ne peut exister qu'en présence d'un texte d'incrimination, texte légal pour les délits et réglementaire pour les contraventions. Sans nous arrêter sur les difficultés que peuvent poser certaines techniques législatives comme les « lois en blanc »¹¹¹¹, nous nous intéresserons essentiellement à la place qu'occupe le bien juridique dans la qualification du comportement typique, c'est-à-dire dans l'admission d'un comportement au sens du droit pénal (I), comportement qui doit correspondre aux prévisions du texte légal pour que soit reconnue sa typicité (II).

I Le comportement.

497. Lorsque nous avons étudié les critiques adressées au bien juridique, nous avons relevé l'argument selon lequel le droit pénal ne pouvait être considéré comme protecteur des biens juridiques sans faire du monde un immense « cimetière de biens juridiques ». Nous avons alors renversé celui-ci en mettant en avant que la protection du droit pénal ne concernait évidemment que des comportements humains imputables¹¹¹². Bien qu'exacte, l'affirmation doit maintenant être précisée pour déterminer ce qui peut constituer un comportement au sens du droit pénal (A) et, en négatif, ce qui ne peut être qualifié ainsi (B).

A. Définition du comportement.

498. Si nous avons longuement évoqué l'évolution du droit pénal contemporain dans le sens d'un développement des infractions d'omissions et que nous avons vu que celle-ci pouvait être discutée du point de vue de la politique criminelle¹¹¹³, nous nous intéresserons ici uniquement à l'influence éventuelle du bien juridique sur les différents types de comportements prohibés par le droit pénal. Nous verrons ainsi qu'il ne doit selon nous pas intervenir à ce stade de la qualification à l'exception peut-être des comportements dits d'« omission dans la fonction ». Si le comportement doit être le fruit d'une volonté humaine (1), il n'est pas besoin pour le qualifier de s'intéresser à sa finalité (2).

1°/ La manifestation à l'extérieur d'une volonté humaine.

499. Nous avons vu plus haut que l'action était le plus souvent définie par la doctrine française comme la manifestation de la volonté dans le monde extérieur, c'est-à-dire qu'elle suppose une modification du monde extérieur¹¹¹⁴. Proche des conceptions classiques et naturalistes, cette

¹¹¹¹ L'expression désigne les lois pénales qui prévoient une incrimination mais renvoient à une loi non pénale pour ce qui est de la détermination de tout ou partie des éléments de faits la caractérisant, comme par exemple l'article L. 2222-3 du Code de la santé publique : « Le fait de procéder à une intervention volontaire de grossesse après diagnostic sans avoir respecté les modalités prévues par la loi est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30 000€ d'amende. » Malgré les réticences de la doctrine, le Conseil Constitutionnel et la Cour de cassation ont admis la validité du procédé, y compris lorsque la loi pénale renvoie à un simple règlement. Voir par exemple : A. GIUDICCELLI, « Le principe de légalité en droit pénal français ; Aspects légistiques et jurisprudentiels », art., préc., p. 509 et s.

¹¹¹² Voir *supra*, n°358 et s.

¹¹¹³ Voir *supra*, n°381 et s.

¹¹¹⁴ Voir *supra*, n°247.

définition nous semble devoir être maintenue pour être ancrée dans la réalité et conforme à la perception sociale de ce qu'est un comportement. Il importe alors de s'assurer que la volonté s'est exprimée dans le monde extérieur et que l'on ne se trouve pas seulement au stade de l'opinion ou de l'idéation d'un comportement futur. Mais s'il n'est pas exigé que le comportement ait eu un résultat matériel distinct du comportement lui-même¹¹¹⁵, il est admis depuis la Révolution française que le comportement doit être tangible pour ne pas permettre au droit pénal de pénétrer les consciences et de formuler un jugement purement moral. Parfois malmené par certaines incriminations d'omission, le principe reste néanmoins affirmé avec force par la jurisprudence qui continue à refuser d'assimiler l'omission à l'action et à exiger que la loi pénale vise explicitement un comportement passif pour punir l'omission pure et simple. L'admission, en revanche, d'omissions dans l'action et dans la fonction ne nous paraît pas poser de véritables difficultés, la première correspondant bien à un comportement actif volontairement non interrompu et la seconde à l'existence d'un devoir reconnu par le droit¹¹¹⁶. De la même façon que dans les incriminations d'omission, est alors sanctionné le non respect d'un devoir particulier qui tient en principe à la protection de biens juridiques fondamentaux¹¹¹⁷.

500. Mais si nous ne voulons pas revenir ici sur des questions de politique criminelle, il nous faut simplement retenir que l'unique condition de l'admission du comportement est qu'il soit le fruit d'une volonté humaine, quelle que soit la finalité poursuivie par celle-ci.

2°/ L'indifférence de la finalité poursuivie.

501. Le comportement tel qu'il apparaît à ce stade de l'infraction, bien que nécessairement volontaire, ne prend pas encore en compte la finalité poursuivie par l'agent. Il nous semble en effet que l'intégration de la finalité de l'action, comme le prouvaient les théories finalistes, n'est pas souhaitable au sein même du concept d'action pour introduire déjà des éléments d'appréciation normative dans ce qui n'est pour l'instant que le constat d'une réalité ontologique¹¹¹⁸ et pour être difficilement maniable en matière d'infraction d'imprudence. WELZEL lui-même reconnut ainsi avoir construit son concept finaliste d'action en référence aux infractions intentionnelles et changea plusieurs fois de position pour parvenir à y intégrer les comportements imprudents. Après avoir défendu que ceux-ci ne comportaient pas de finalité, il précisa que leur élément subjectif devait être apprécié au regard du caractère imprudent de leur exécution avant de considérer que ce qui les caractérisait était une finalité « *potentielle* », c'est-à-dire que si l'agent avait agi prudemment, il aurait pu avoir pour finalité d'éviter le résultat et se donner les moyens pour cela. Face aux critiques, il finit par admettre que la finalité des comportements imprudents ne pouvait se définir que par la poursuite d'une fin distincte de celle de l'incrimination¹¹¹⁹. Ainsi vidée de toute substance, la prise en compte de la finalité au stade du comportement ne présente guère plus d'intérêt et apparaît au contraire comme un élément de complexification inutile.

¹¹¹⁵ Nous n'adhérons pas, par conséquent, aux premières théories naturalistes qui incluaient au concept d'action la modification du monde extérieur qui était entraînée par une relation de cause à effet ni aux théories ayant défendu un concept « *social* » de l'action et qui jugeaient la prévisibilité du résultat ou la possibilité de maîtrise du cours causal pour admettre ou non l'existence d'un comportement. Sur ces théories, voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, respectivement, p. 250-252 et p. 256-261.

¹¹¹⁶ Voir *supra*, n°382 et s. sur le refus d'assimiler à l'action la « *commission par omission* » et sur l'admission de l'omission dans la fonction.

¹¹¹⁷ Ainsi par exemple du devoir du chef d'entreprise d'assurer la sécurité de ses employés. Les difficultés que peuvent soulever ces omissions dans la fonction se trouveront alors essentiellement dans la question de l'imputation de l'infraction au regard du principe de la responsabilité personnelle. Nous l'étudierons *infra*, n°675 et s.

¹¹¹⁸ La même raison nous conduit à rejeter les constructions doctrinales ayant défendu un concept d'« *action typique* », seule étant considérée comme une action celle qui entre dans le cadre légal d'une incrimination. Voir D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 261.

¹¹¹⁹ *Ibid.*, p. 252-256. Nous retrouverons la question de la finalité du comportement au sein de l'étude de la faute intentionnelle ; voir *infra*, n°530.

502. Mais si la question de la finalité du comportement réapparaîtra plus bas dans d'autres éléments de l'infraction, nous pouvons pour l'instant la mettre de côté et nous intéresser à ce qui permet d'écarter la reconnaissance d'un comportement au sens du droit pénal : l'absence d'intervention de la volonté.

B. Exclusion du comportement.

503. Affirmer qu'un comportement ne peut être considéré comme tel que s'il est volontaire ne doit pas s'entendre comme l'exigence de la reconnaissance du libre arbitre de la personne ou comme la négation de tout déterminisme. Pour reprendre les définitions naturalistes, il s'agit simplement de ne considérer comme des comportements véritables que ceux réalisés dans un état de conscience, c'est-à-dire qui font intervenir le système nerveux central¹¹²⁰. Il ne s'agit pas ici d'essayer de comprendre les causes profondes qui ont mené au choix du comportement en entrant dans des considérations sociologiques ou psychanalytiques mais simplement d'exclure de cette catégorie les mouvements réalisés en état d'inconscience comme les actes réflexes, les actes commis sous hypnose ou les situations discutées de somnambulisme¹¹²¹. Pour reprendre une expression du professeur ROXIN, il faut que le comportement soit une manifestation de la personnalité¹¹²². Mais au-delà de ces cas particuliers, et pour tout dire, marginaux, il nous faut nous arrêter un instant sur ce que nous considérons comme une cause d'exclusion du comportement, la contrainte (1), et sur la question de l'admission du comportement réalisé en état d'inconscience provoquée (2).

1°/ L'exclusion du comportement par la contrainte.

504. Contrairement à la présentation dominante qui range la contrainte dans la catégorie des causes subjectives d'irresponsabilité, il nous semble que celle-ci doit être considérée comme un obstacle à la reconnaissance d'un véritable comportement. Cela a pour conséquence de scinder le concept d'imputabilité puisque si le comportement disparaît en présence d'une contrainte, il demeure en l'absence de discernement.

505. **Disparition du comportement par la contrainte.** Nous avons vu plus haut que la contrainte est, en droit français, une cause d'irresponsabilité pénale et est le plus souvent présentée par la doctrine comme une cause subjective d'irresponsabilité pénale, et plus particulièrement comme une cause de non imputabilité¹¹²³. Or, s'il est vrai que c'est le législateur lui-même qui fait de la contrainte une cause d'irresponsabilité et que l'on peut sans difficulté admettre qu'elle est bien personnelle et donc subjective, il nous semble que ces affirmations cachent une réalité première : l'acte réalisé sous la contrainte n'est pas seulement non imputable, ce n'est pas à proprement parler un comportement car il n'est pas le fruit d'une volonté. Or en l'absence de comportement, la question de la typicité, pas plus que celles de l'antijuridicité ou de la responsabilité ne se posent véritablement : ce qui n'est pas un comportement ne peut relever du droit pénal. On pourrait même ajouter que ce qui n'est pas un comportement ne peut davantage

¹¹²⁰ *Ibid.*, p. 265.

¹¹²¹ Il n'en va pas de même de l'imprudence inconsciente, sur laquelle nous reviendrons. Dans celle-ci, c'est en effet la faute qui est inconsciente et non le comportement lui-même, qui est bien volontaire. Voir *infra*, n°647. S'agissant du somnambulisme, notons que la doctrine française majoritaire n'y voit pas une absence de comportement mais l'assimile à un trouble psychique au sens de l'article 122-1 al. 1. Voir : [Troubles psychiques], E. BONIS-GARÇON, *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, Dalloz, 2002.

¹¹²² Le professeur ROXIN, dont on se souvient qu'il s'est fortement opposé aux conceptions finalistes et en particulier au concept d'action finale, défend ainsi un « *concept personnel de l'action* » pour qui l'action est la manifestation de la pensée ou de la volonté dans le monde extérieur, c'est-à-dire une manifestation du « *Moi* » au sens psychanalytique. La modification du monde extérieur n'est plus alors exigée, ce qui permet d'intégrer facilement les omissions dans la catégorie des actions *lato sensu*. Voir : C. ROXIN, « Contribución a la crítica de la teoría final de la acción », art. préc., ; C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, *op. cit.*, p. 252-266.

¹¹²³ Notons que c'est également la position défendue par le professeur PIN. Voir : X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 213, n°247.

relever, en principe, du droit civil : la responsabilité civile est en effet exclue en cas de force majeure, force majeure dont on dit souvent qu'elle prête ses conditions d'imprévisibilité¹¹²⁴ et d'irrésistibilité¹¹²⁵ à la contrainte du droit pénal. On pourrait alors mieux expliquer l'appréciation *in abstracto* que mène la jurisprudence de la condition d'irrésistibilité¹¹²⁶ et l'absence de responsabilité civile dans ce cas¹¹²⁷, conséquence inexplicable par le recours au concept de causes subjectives d'irresponsabilité puisque l'on enseigne en général que celles-ci laissent intacte la responsabilité civile¹¹²⁸. Une telle affirmation ne doit pour autant pas être mal comprise et laisser penser que nous souhaitons ici introduire l'imputabilité comme condition préalable de l'infraction pénale.

506. — Persistance du comportement en l'absence de discernement. — L'imputabilité au sens strict est le plus souvent définie comme le « caractère de ce qui peut être mis au compte d'une personne comme une faute en raison de ce que cette personne jouit d'une volonté libre et consciente¹¹²⁹ ». Conscience et volonté apparaissent alors comme des conditions cumulatives indispensables à l'imputation de la faute à l'agent et parfois même, chez certains auteurs, comme des éléments du dol général, c'est-à-dire de la faute intentionnelle elle-même avant que de son imputation¹¹³⁰. On touche là un problème théorique particulièrement épineux : comment admettre l'existence d'une faute en

¹¹²⁴ L'imprévisibilité n'est cependant pas appréciée de la même façon en droit pénal et en droit civil. La prévisibilité de l'évènement, si rien ne pouvait être fait pour l'éviter, ne semble pas faire obstacle à l'admission de la contrainte en droit pénal. Voir par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 369-370, n° 430. C'est là une différence essentielle avec la force majeure du droit civil. Un temps abandonnée par la première Chambre civile de la Cour de cassation, la condition d'imprévisibilité de la force majeure lorsque la prévision de l'évènement ne permettait pas de le conjurer, a été réaffirmée conformément à la position de la deuxième Chambre civile et de l'Assemblée plénière. Voir : Civ. 1, 30 novembre 2008, *Bull. I, n°243*; *Dalloz* 2008, *Actualités*, note I. GALIMEISTER, « Exigence de l'imprévisibilité de la force majeure ».

¹¹²⁵ On sait en effet que la jurisprudence pénale, parfois même en employant le terme de « force majeure » en lieu et place de celui de « contrainte », considère depuis longtemps que celle-ci « ne peut résulter que d'un évènement indépendant de la volonté humaine que celle-ci n'a pu ni prévoir ni conjurer ». Voir : Cass. Crim., 29 janvier 1921, *S. 1922. 1. 185*. Un doute sérieux existait néanmoins sur l'exigence du caractère extérieur de l'évènement constitutif de la force majeure, tant en droit civil qu'en droit pénal. Il semble néanmoins que celui-ci soit désormais levé, la Chambre criminelle ayant admis qu'un « *malaise brutal et imprévisible* » puisse être constitutif d'une contrainte et l'Assemblée plénière, après une période d'incertitude de la jurisprudence civile, ayant reconnu la maladie du débiteur comme un cas possible de force majeure. Voir respectivement : Cass. Crim., 15 novembre 2005, *Bull. crim. n°29* ; « Le 'malaise brutal et imprévisible', cas de force majeure pour l'auteur d'un accident de la circulation routière », *R.S.C. 2006*, p. 61, note Y. MAYAUD. et Cass. Ass. Plén., 14 avril 2006, *Bull. civ. n°5 et 6* ; « La maladie du débiteur cas de force majeure », *Dalloz* 2006, p. 1556, note D. NOGUÉRO. Si la doctrine civiliste nourrit encore quelques doutes sur l'abandon de la condition d'extériorité en matière de responsabilité civile délictuelle, la solution n'est guère discutée en droit pénal, seule la contrainte morale faisant l'objet d'une appréciation extrêmement sévère de l'irrésistibilité, la contrainte morale interne étant systématiquement rejetée. Nous verrons que ces solutions doivent être approuvées mais que l'on peut dans ces situations proposer une exclusion ou une atténuation de la responsabilité par l'introduction, dans la question de la responsabilité, de la condition d'exigibilité. Sur celle-ci et ce problème en particulier, voir *infra*, n°659.

¹¹²⁶ Cette appréciation *in abstracto* est même parfois qualifiée de « radicale » ; voir : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 208, n°364.

¹¹²⁷ Il faut néanmoins relativiser fortement cette consécration civile de la contrainte du droit pénal au regard de ce que nous avons observé à la note 1124 sur la condition d'imprévisibilité. Il faut également remarquer que s'agissant de la responsabilité civile, délictuelle ou contractuelle, du fait des choses, la Cour de Cassation a considéré que « les appréciations du juge pénal sur l'existence d'un évènement de force majeure ne peuvent lier le juge civil ». La solution peut s'expliquer par l'absence d'identité absolue entre les concepts de force majeure en droit civil et en droit pénal, *a fortiori* en matière criminelle et délictuelle où les textes ne renvoient pas à ce terme-là mais à celui de contrainte. Voir par exemple : C. BENAYOUN, « De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère », *Dalloz* 1999, p. 476. Pour une excellente comparaison, quoiqu'un peu ancienne, et qui n'assimile à la force majeure que la seule contrainte externe : G. STEFANI et al., *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, *Dalloz*, 1956, p. 258-271. On peut néanmoins remarquer que cette solution ne contredit pas notre propos étant donné que dans la responsabilité civile du fait des choses, ce n'est pas véritablement un comportement qui est en cause mais la qualité de gardien de la chose.

¹¹²⁸ La contrainte est alors présentée comme une exception à la règle selon laquelle les causes objectives d'irresponsabilité font disparaître la responsabilité civile (l'état de nécessité étant lui aussi discuté) alors que ce n'est pas le cas des causes subjectives d'irresponsabilité. Voir par exemple : F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°672.

¹¹²⁹ En ce sens : G. CORNU, *Vocabulaire juridique, op. cit.*

¹¹³⁰ On se souvient en effet que de nombreux auteurs définissent le dol général comme la « conscience et la volonté de violer la loi pénale ». Voir *supra*, n°247.

l'absence de discernement et de volonté ? Comment admettre, à l'inverse, l'absence de dol général sans conclure à l'absence de constitution de l'infraction mais seulement à l'absence d'imputabilité, c'est-à-dire à la seule existence d'une cause subjective d'exclusion de la responsabilité ?

Sans anticiper sur nos développements futurs et sur le dépassement de ce problème par une conception neutre du dol au sein de l'injuste, on perçoit que la question se pose dans les mêmes termes à l'heure de déterminer si le comportement volontaire doit être le fruit d'une volonté éclairée, c'est-à-dire s'il exige, pour être retenu, que l'agent ait été doté de discernement. Il peut en effet sembler paradoxal d'exiger, d'un côté, un comportement volontaire et conscient et de considérer comme indifférent, de l'autre, que l'auteur du comportement en question n'ait pas conscience du bien et du mal ou même qu'il ait agi sous l'emprise d'un trouble mental qui lui a ôté toute capacité de décider raisonnablement de ses actes. Mais en plus d'être largement admise, au sein de la question des causes d'irresponsabilité, cette distinction entre capacité de vouloir et capacité de comprendre, est tout à fait compatible avec la définition, purement descriptive et presque naturaliste, que nous avons choisie pour le comportement¹¹³¹. La question du discernement, de la distinction du bien et du mal, peut alors être rejetée sans mal dans l'appréciation de la responsabilité, c'est-à-dire de la réprobation du sujet actif lui-même.

507. Mais si l'on admet pour l'heure la scission de l'imputabilité et la seule appréciation de la volonté au stade du comportement, il nous reste à envisager le cas du comportement certes involontaire mais provoqué par une volonté antérieure consciente.

2°/ L'absence d'exclusion du comportement involontaire provoqué par une volonté antérieure.

508. Si le principe est bien celui de l'impossibilité de qualifier pénalement le fait générateur du résultat prohibé qui ne constitue pas un comportement, la solution peut paraître discutable lorsque la situation d'inconscience ou de contrainte dans laquelle se trouve l'agent est la conséquence d'un comportement volontaire antérieur¹¹³². Notre droit positif exclut le bénéfice de la contrainte en cas de faute antérieure, solution qui nous paraît le plus souvent opportune en pratique mais dont les fondements nous semblent devoir être précisés.

509. — **Rappel de la théorie de la faute antérieure.** — La jurisprudence a, s'agissant de la force majeure, posé en principe depuis longtemps que celle-ci ne pouvait être invoquée par l'agent lorsque la situation de contrainte a été « occasionnée par la faute qu'il avait commise¹¹³³ ». Cette construction fondée sur la faute antérieure de l'agent a été beaucoup discutée en doctrine¹¹³⁴ et, si nous ne prétendons pas trancher le débat, nous essaierons néanmoins de l'éclairer par la définition que nous avons proposée du comportement.

Certains auteurs ont tout d'abord critiqué cette jurisprudence pour opérer une confusion entre culpabilité et imputabilité, la faute antérieure de l'agent étant utilisée pour apprécier l'imputabilité. Si, pour nous, la question de la contrainte se situe au stade de l'appréciation du comportement et non de la responsabilité, l'objection ne s'en impose pas moins avec force puisqu'une telle théorie de la faute antérieure conduit bien à introduire des considérations normatives dans la question du comportement par la nécessaire reconnaissance d'une faute.

¹¹³¹ En ce sens, affirmant clairement que la volonté exigée pour constituer le comportement « n'a rien de commun avec le 'libre arbitre' » : F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand, op. cit.*, p. 178.

¹¹³² Puisque nous avons vu que l'appréciation de l'existence d'un comportement susceptible de recouvrir une qualification pénale n'inclutait pas la question du discernement, nous n'envisagerons pas ici le cas de l'agent qui verrait seulement sa perception des choses altérées comme dans l'ivresse. Ces altérations du discernement seront étudiées *infra*, n°635, dans la question de la responsabilité.

¹¹³³ Voir : Cass. Crim., 29 janvier 1921, *Trémintin*, J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, n°44. La solution est, depuis, constante ; voir par exemple : Cass. Crim., 13 septembre 2000, *Inédit, pourvoi n° 99-84955* ; Crim. 29 novembre 2000, *Inédit, pourvoi n° 00-80.173*.

¹¹³⁴ Pour une excellente présentation des différentes positions doctrinales, partiellement reprises ici, voir : J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général, op. cit.*, n°44.

On pourrait certes considérer que l'existence d'une faute antérieure fasse disparaître l'imprévisibilité nécessaire à l'admission la force majeure mais, outre que cette condition ne semble pas exigée, en principe, pour la contrainte du droit pénal, il nous semble surtout que ce comportement antérieur, fautif ou non, prive en réalité la contrainte de son fondement : l'absence d'intervention de la volonté. Or il nous semble indispensable de souligner que cette question déborde celle de la force majeure pour inclure celle des situations d'inconscience, ce qui nous conduit à essayer de dégager des critères permettant d'englober ces situations et à proposer des solutions, certes proches de celles du droit positif, mais expliquées sans recourir à la notion de faute. Pour ce faire, il nous faut nous inspirer de la théorie allemande de l'*actio liberae in causa*, proche de la théorie de la faute antérieure mais plus extensive et, nous le verrons, adaptable à une conception purement descriptive du comportement.

510. — Rapide présentation de l'*actio liberae in causa*. — Souvent attribuée au juriste allemand KLEINDSCHROD¹¹³⁵, l'*actio liberae in causa* désigne le cas où les éléments de l'incrimination sont réalisés alors que l'agent se trouve dans une situation d'inimputabilité provoquée, intentionnellement ou du fait d'une imprudence, par un comportement responsable qui se trouve dans une relation de cause à effet avec la production du résultat prohibé. Dans la question qui nous intéresse ici, cette théorie pourrait intervenir dans le cas où un comportement (volontaire) aura causé une situation dans laquelle l'agent réalise les éléments de l'incrimination en état d'inconscience ou de contrainte. Pour reprendre un exemple célèbre de von LISZT¹¹³⁶, est dans cette situation la mère qui prend son bébé avec elle dans son lit et qui l'étouffe pendant son sommeil : le comportement initial est bien volontaire mais le fait qui cause la mort, lui, n'est pas un comportement au sens du droit pénal puisqu'il est commis en état d'inconscience.

Si l'on se place sur le terrain de la contrainte, et pour reprendre les faits du célèbre arrêt du « *marin déserteur* », le raisonnement peut être le même : lorsque le marin s'ennivre, il le fait volontairement mais il ne commet pas un comportement (par omission) lorsqu'il ne regagne pas son navire puisqu'il est physiquement retenu au poste de police et est de ce fait privé de toute possibilité d'action. Dans les deux cas, la doctrine majoritaire des pays d'inspiration germanique refuse d'exclure l'existence d'un comportement car la situation dans laquelle se trouve l'agent est la résultante d'un comportement initial, volontaire et fautif, qui constitue l'impulsion de la chaîne causale qui mène à la réalisation des éléments de l'incrimination¹¹³⁷. Mais si l'on veut conserver une conception purement ontologique du comportement, il nous faut adapter cette théorie en l'épurant de la référence à une faute antérieure, ce qui va demander quelques précisions pour écarter le risque d'une régression à l'infini depuis la situation involontaire jusqu'à n'importe quel comportement volontaire antérieur.

511. — Adaptation de l'*actio liberae in causa*. — Puisque selon nous, un comportement est ou n'est pas quelle que soit la réprobation éventuelle que l'on peut lui rattacher, ce qui nous semble devoir être retenu de la théorie de l'*actio liberae in causa* est l'idée « *d'impulsion de la chaîne causale* », la possibilité de rattacher la situation d'inconscience ou de contrainte à l'origine du résultat prohibé à un comportement antérieur volontaire. Peu importe, à ce stade, que l'agent ait agi dans le but de se trouver dans cette situation ou qu'il n'ait agi que par imprudence ; peu importe même que cette imprudence ne soit pas suffisamment grave pour être pénalement qualifiée de fautive : il suffit de s'assurer qu'un comportement volontaire a bien entraîné, par une

¹¹³⁵ Voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 284, qui situe l'invention de la notion en 1794.

¹¹³⁶ F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 243-244.

¹¹³⁷ *Ibid.*

relation de cause à effet prévisible, la situation pénalement sanctionnée¹¹³⁸. Mais sans exigence d'une faute antérieure, on peut à juste titre craindre d'en arriver à supprimer toute possibilité d'écarter la reconnaissance d'un comportement, toute situation étant bien issue, directement ou indirectement, d'un comportement antérieur volontaire.

C'est pour éviter cela qu'il faut bien insister sur la nécessité que cette relation de cause à effets n'ait pas elle-même été troublée par un évènement imprévisible. Si tel était le cas, la situation d'inconscience ou de contrainte ne pourrait plus être rattachée au comportement volontaire initial. Si l'on prend l'exemple de deux personnes qui font un malaise au volant et qui causent un accident, il nous faudra distinguer selon que le conducteur était ou non en bonne santé et, si ce n'est pas le cas, selon qu'il prenait ou non un traitement approprié. Si le premier conducteur se savait atteint d'épilepsie et n'a pas pris son traitement, le caractère irrésistible de son malaise épileptique n'empêchera pas de reconnaître l'existence d'un comportement : lorsqu'il a pris le volant, il était tout à fait prévisible, *a priori* et toute considération relative à la faute mise à part, qu'il fasse un malaise et qu'il provoque ainsi un accident. Si le deuxième conducteur était, en revanche, tout à fait en bonne santé de l'avis des médecins qui le suivaient, il n'est pas possible de rattacher son malaise au comportement volontaire qui l'a précédé : son malaise, et l'accident qui l'a suivi, n'était pas prévisible. Ces exemples font apparaître une nuance sur les éléments traditionnels de la contrainte : **l'irrésistibilité seule fait disparaître le comportement alors que l'imprévisibilité s'oppose uniquement à ce que cette situation irrésistible puisse être rattachée à un comportement antérieur.**

512. ___ Intérêt de la construction. ___ Cette distinction entre les éléments traditionnels de la contrainte pénale permettrait de parer aux critiques les plus sérieuses adressées à la théorie de la faute antérieure.

En libérant la question du rattachement de la situation de contrainte ou d'inconscience de toute appréciation de la faute, il est ainsi possible d'exclure du bénéfice de la contrainte les cas les plus discutables mais sans anticiper sur l'appréciation de la culpabilité ou du discernement. L'admission d'un comportement ne présume en effet aucunement de la reconnaissance ultérieure des autres éléments de l'infraction : l'imputation objective du résultat prohibé devra en effet être appréciée au regard du comportement initial¹¹³⁹ et, si celui-ci n'est pas dolosif mais simplement imprudent, la qualification intentionnelle des faits sera impossible¹¹⁴⁰.

¹¹³⁸ Si nous suivons notre raisonnement jusqu'au bout, il est même possible de se dégager, pour l'appréciation du seul comportement, de la théorie initiale de l'*actio liberae in causa* en n'exigeant pas que le comportement initial ait été imputable mais simplement volontaire. De cette façon, on peut toujours qualifier de comportement l'action de l'*infans* ou de l'agent atteint de troubles psychiques qui aurait provoqué une situation de contrainte ou d'inconscience. L'absence de discernement n'interviendra alors que plus tard, dans l'appréciation de la responsabilité pénale, elle n'empêchera pas de reconnaître l'existence d'un comportement constitutif d'un injuste ou générateur de responsabilité civile. Pour reprendre l'exemple de von LISZT, cela permettrait ainsi d'éviter de devoir admettre l'existence d'un comportement dans le cas de la mère saine d'esprit qui prend son nourrisson pour dormir dans son lit et de devoir l'exclure si la mère était privée de discernement au moment où elle prend le bébé avec elle. Une telle solution serait en effet celle à laquelle aboutirait la théorie classique de l'*actio liberae in causa* : la faute antérieure de l'agent ne lui étant pas imputable, il ne paraît pas logique de l'admettre comme fondement de l'exclusion du comportement (ou, de la même façon, comme faute antérieure écartant le bénéfice de la force majeure). Il serait certes possible d'objecter, dans le cadre de notre proposition de construction, que la faute, même non imputable, peut être constitutive d'un injuste et donc entraîner l'application de la théorie de l'*actio liberae in causa*, mais il nous semble que l'exclusion de toute considération relative à la faute permet une solution plus claire et moins discutable.

¹¹³⁹ C'est en effet alors le comportement initial antérieur qui se substituera à la situation de contrainte ou d'inconscience dans l'analyse de la typicité et en particulier de l'imputation objective. Celle-ci étant plus restrictive que la simple absence d'imprévisibilité, le résultat pourra ne pas être imputable au comportement initial. Sur l'imputation objective, voir *infra*, n°606 et s.

¹¹⁴⁰ On rejoint alors la solution défendue par la doctrine française majoritaire, qui refuse que la théorie de la faute antérieure puisse conduire à l'admission d'une infraction intentionnelle lorsque ladite faute n'est que d'imprudence. Voir par exemple : PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général, op. cit.*, n°44.

De la même façon, la légitime critique relative au moment de l'appréciation des éléments constitutifs de l'infraction¹¹⁴¹ disparaît également : l'opération de qualification sera toute entière effectuée en référence au comportement antérieur et volontaire retenu et non plus, comme actuellement, pour partie au moment du comportement fautif antérieur et pour partie au moment du comportement auquel on refuse le qualificatif de contraint¹¹⁴².

513. Bien que relativement extensif, un tel rattachement nous apparaît tout à fait inévitable pour limiter le risque d'une exclusion trop facile du comportement et nous semble admissible dès lors qu'il laisse ouverte toute possibilité de nier les autres éléments de l'infraction et en particulier la typicité, condition que nous allons maintenant étudier.

II La typicité.

514. L'analyse de la typicité du comportement correspond à l'opération que la doctrine de tradition germanique désigne sous le vocable de subsumption, ou, pour employer une terminologie plus habituelle, à la correspondance du comportement, de ses conséquences et de l'état d'esprit de l'agent à la description du texte d'incrimination. Cette qualification, qui comporte des éléments objectifs (A) et subjectifs (B), n'est pas sans rappeler les traditionnels éléments matériel et moral mais nous verrons qu'ils s'en distinguent du fait de l'apport du bien juridique à la théorie de l'infraction¹¹⁴³.

A. Éléments objectifs.

515. Pour que le comportement puisse être qualifié de typique, il faut qu'existe un comportement prohibé (1) et, dans les infractions matérielles, que celui-ci ait causé (3) un résultat prohibé (2).

1°/ Le comportement prohibé.

516. ____ « *Subsumption* » du comportement au texte d'incrimination. ____ En principe, toute incrimination suppose la réalisation d'un comportement prohibé¹¹⁴⁴. A ce stade, il suffit de s'assurer que le comportement du sujet actif, dès lors qu'il peut véritablement être qualifié comme tel au regard du critère exposé plus haut, correspond bien au comportement prohibé par le texte d'incrimination. Il est à noter que très souvent, certaines modalités du comportement conduisent à retenir des circonstances aggravantes relatives aux circonstances ou aux moyens employés. Sans

¹¹⁴¹ D'illustres auteurs relèvent en effet que cette solution va à l'encontre des exigences du Code pénal qui impliquent que les différents éléments de l'infraction doivent être appréciés au moment de la réalisation du comportement délictuel, ce qui devrait interdire d'utiliser un comportement antérieur, fût-il fautif, pour écarter la contrainte et caractériser l'infraction. Voir par exemple : *Ibid.* ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 209, n°366.

¹¹⁴² Ainsi, pour reprendre l'exemple du marin déserteur, l'irrésistibilité de son maintien en cellule de dégrisement conduira à s'interroger sur la prévisibilité de cette arrestation au moment où, par un comportement volontaire, il s'est enivré. Si l'on admet cette prévisibilité, c'est à partir de ce comportement volontaire qu'il faudra raisonner : en s'ennivrant, avait-il l'intention de désertier, avait-il envisagé et accepté le risque d'être retenu et de ne pouvoir rejoindre son navire, aurait-il dû envisager ce risque ou n'avait-il eu aucunement envisagé cette possibilité ? Selon la réponse à ces questions, la désertion ne pourra être retenue que dans le premier cas si l'incrimination est intentionnelle, dans tous les cas si elle est non intentionnelle, dans certains cas seulement si elle est non intentionnelle mais exige une faute d'imprudence aggravée.

¹¹⁴³ Notre construction ne reprend pas le discuté élément légal, dont nous faisons, avec de nombreux auteurs, la source de l'infraction pénale. En ce sens par exemple, mais soulignant le peu d'intérêt de la discussion : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 129, n°219.

¹¹⁴⁴ Sur la douteuse légitimité d'incriminations n'exigeant aucun comportement, comme celles d'« impossibilité de justifier ses ressources ». Voir *supra*, n°398 et 419. La question n'est pas reprise plus longuement ici pour relever de la politique criminelle davantage que de la qualification du comportement, inexistant.

revenir sur les différents types de comportement que peut prohiber le droit pénal (action ou omission), on rappellera seulement l'impossibilité d'assimiler l'omission à l'action en l'absence de prévision expresse par le législateur ou d'omission dans la fonction¹¹⁴⁵.

517. Même si les questions de l'adéquation du comportement et de sa finalité, qui impliquent le concept, apparaîtront plus bas, on voit bien qu'à ce stade le bien juridique n'intervient pas. C'est ainsi que la qualification de l'infraction en instantanée ou continue sera appréciée relativement au comportement exigé, et non en fonction de la durée de l'atteinte subie par le bien juridique¹¹⁴⁶. Celle-ci sera en effet un élément d'appréciation du résultat prohibé, élément qu'il nous faut maintenant étudier.

2°/ Le résultat prohibé.

518. Conformément aux distinctions établies plus haut, le résultat légal est apprécié au regard, non du concept protéiforme de bien juridique, mais de celui d'objet juridique du délit (a), ce qui mérite quelques précisions dans les cas, nombreux, où une même infraction exige l'atteinte *lato sensu* à plusieurs objets juridiques distincts (b).

a. Appréciation au regard de l'objet juridique du délit

519. Nous avons vu plus haut que le concept de bien juridique apparaissait souvent, au moins implicitement, dans les différentes constructions doctrinales relatives à la notion de résultat. Il ne nous semble pas nécessaire de revenir sur ce point autrement que pour rappeler que selon nous, le seuil de consommation de l'infraction, ou résultat légal, s'apprécie relativement à l'objet juridique de l'infraction et que le degré d'atteinte ou de risque subi par le bien juridico-pénal n'est identique à celui de l'objet juridique du délit que lorsque l'incrimination protège directement un bien juridique primaire. Que l'infraction soit matérielle ou formelle du point de vue de l'objet juridique du délit, elle peut alors avoir pour résultat juridique, c'est-à-dire comme résultat au regard du bien juridico-pénal, soit une lésion (meurtre, homicide non intentionnel...), soit un risque concret (délaissement de mineur ou de personne hors d'état de se protéger, omission de porter secours...), soit un risque abstrait (conduite en état d'ivresse, mise en danger de la vie d'autrui tel qu'entendu par la jurisprudence, port d'arme illégal, association de malfaiteurs selon l'infraction projetée...). A ce stade de l'analyse de la qualification néanmoins, ce n'est pas le résultat juridique qui est apprécié mais seulement la production du résultat légal exigé par le texte au regard de l'objet juridique du délit¹¹⁴⁷.

520. Il s'agit en effet simplement de vérifier ici l'identité de l'atteinte subie par l'objet juridique du délit avec celle exigée par le texte d'incrimination, peu important en principe que le titulaire de

¹¹⁴⁵ Voir *supra*, n°382.

¹¹⁴⁶ Sur ce point, voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 114-117. La question est d'importance, notamment en ce qui concerne le départ du délai de la prescription de l'action publique pour des faits de diffamation (infraction instantanée) publiée sur internet. Tirant toutes les conséquences du caractère instantané de la diffamation, la Cour de Cassation fixe le point de départ du délai de prescription au moment de la publication de l'imputation diffamatoire, peu important que l'atteinte à l'honneur de la personne visée se prolonge. Voir par exemple : Cass. Crim., 16 oct. 2001, *Bull. crim. n° 211* ; Crim. 27 novembre 2001, *Bull. crim. n° 246*, note J. FRANCILLON, « Publication sur internet de messages délictueux. Détermination du point de départ de la prescription de l'action publique : la jurisprudence se fixe... mais le débat se poursuit ». Pour ce qui est des infractions continues, on pourrait néanmoins défendre que la condamnation de l'agent épuise en principe la qualification, l'atteinte au bien juridique étant acquise une fois pour toutes (par exemple pour les vaccinations obligatoires ou le séjour irrégulier ininterrompu sur le territoire français).

¹¹⁴⁷ Les discussions quant à la légitimité des infractions dites de « *risque abstrait* », comme celles relatives à la nature de l'objet juridique du délit (bien juridico-pénal, bien juridique dérivé ou bien juridique formel) pourront ressurgir à l'heure de vérifier l'antijuridicité positive (*infra*, n°591 et s.), elles doivent pour l'instant être laissées de côté.

l'objet juridique atteint par le comportement prohibé soit identifié ou non¹¹⁴⁸. Il nous faut néanmoins rappeler que c'est la typicité même qui disparaît lorsque l'objet juridique n'est aucunement affecté (séquestration consentie) ou lorsque le titulaire du bien juridique protégé par l'incrimination manifeste un consentement exclusif de la qualification valable¹¹⁴⁹.

521. Mais quelques précisions doivent également être apportées en cas de multiplicité d'objets juridiques atteints par le comportement délictuel.

b. **Appréciation au regard de tous les objets juridiques.**

522. Même si de nombreux auteurs plaident pour que chaque incrimination ne protège qu'un seul et unique objet juridique clairement déterminé¹¹⁵⁰, force est de constater que tel n'est pas l'état du droit positif. Nous avons en effet relevé que l'existence d'une atteinte à un deuxième bien juridique constituait souvent, en droit français, une circonstance aggravante de l'infraction¹¹⁵¹ et que certaines incriminations pouvaient avoir pour élément constitutif une autre infraction protégeant un bien juridique distinct¹¹⁵². Si l'on raisonne par rapport à l'objet juridique du délit, l'ensemble des délits obstacles sera concerné puisque ceux-ci peuvent être qualifiés d'infractions de « *lésion-danger* »¹¹⁵³, ce qui rend parfaitement compte de la dualité de leur résultat : lésion pour l'objet juridique correspondant au bien juridique dérivé dont l'atteinte est insusceptible de gradation (par exemple : la sécurité routière), danger pour le bien juridique primaire qui justifie l'incrimination (dans cet exemple, la vie et l'intégrité physique des usagers de la route)¹¹⁵⁴.

La question qui se pose alors est de savoir s'il est nécessaire de vérifier que la totalité des biens juridiques en cause ont bien subi une atteinte *lato sensu* ou si l'on peut admettre que seule doit être établie l'atteinte à l'objet juridique de l'incrimination qui consomme l'infraction, les atteintes aux biens juridiques correspondant à une circonstance aggravante ou à la finalité de protection des délits obstacles n'ayant pas à être vérifiées. Il nous semble, qu'à ce stade, la réponse doit être nuancée : s'il faut bien vérifier l'existence de l'atteinte à un autre bien juridique qui viendrait permettre ou aggraver la répression, il n'est pas nécessaire de s'assurer que le bien juridique primaire est véritablement mis en danger dans les délits-obstacles. Cette distinction se justifie par la différence entre ce qui s'apparente, d'un point de vue criminologique, à un concours d'infractions dont chacune doit être établie¹¹⁵⁵, et de ce qui relève d'un « *avancement de la barrière*

¹¹⁴⁸ Lorsqu'il n'est pas nécessaire que la victime ait une qualité particulière ou soit dans une situation déterminée comme une situation de faiblesse, le fait qu'elle ne soit pas identifiée est sans influence sur la qualification du résultat typique tant que l'on est sûr qu'un bien juridique concret a bien été atteint dans les conditions prévues par le texte. C'est d'ailleurs la solution du droit positif ; voir : Cass. Crim., 15 mai 1946, *Bull. crim. n°120* : « *il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait lieu de poursuivre l'auteur d'un crime ou d'un délit, que les personnes lésées par ce crime ou ce délit soient désignées* ».

¹¹⁴⁹ Sur la notion de consentement exclusif et sa distinction avec le consentement justificatif, voir *supra*, n°206. Nous reviendrons sur la question du consentement justificatif, *infra*, n°583 et s.

¹¹⁵⁰ Pour la doctrine française, voir par exemple : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand, op. cit.*, p. 393.

¹¹⁵¹ Ainsi par exemple de la qualité d'agent public du sujet actif ou passif ou des destructions et dégradations dangereuses pour les personnes. Voir, *supra*, n°282. On se souvient également que l'existence de ces circonstances aggravantes rend particulièrement délicate la classification des incriminations. Voir *supra*, n°313.

¹¹⁵² Ainsi par exemple d'une escroquerie qui serait commise grâce à un faux : l'escroquerie constitue une atteinte au patrimoine alors que l'infraction-moyen qui permet de la réaliser porte atteinte à la confiance publique.

¹¹⁵³ L'expression est fréquente dans la doctrine des pays d'inspiration germanique. Voir par exemple : R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro, op. cit.*, p. 55-62.

¹¹⁵⁴ On se souvient que c'est par cette dualité d'objets de protection que peuvent se justifier les cas d'aggravation de l'infraction d'atteinte au bien juridique primaire par l'atteinte au bien juridique secondaire. Voir *supra*, n°488 et s.

¹¹⁵⁵ On peut relever que le législateur souscrit le plus souvent à cette exigence en prévoyant par exemple que la qualité d'agent public du sujet actif ne peut aggraver la répression que si l'atteinte à l'intégrité physique du sujet passif a été commise « *dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions* ». De la même façon, si l'agent public est cette fois le sujet passif du délit, il faut que l'atteinte à son intégrité physique ait eu lieu « *dans l'exercice ou du fait de ses fonctions* ». Des formules similaires sont employées pour les circonstances aggravantes relatives à un mobile discriminatoire. Voir par exemple l'article 222-7 du Code pénal et sa liste de circonstances aggravantes.

défensive » du bien juridique primaire dont l'atteinte n'est pas un véritable élément de l'incrimination (du type) et devra seulement être appréciée au sein de l'antijuridicité positive¹¹⁵⁶.

523. Une fois vérifiée l'existence d'un comportement et d'un résultat prohibés, il faudra s'assurer que le second a bien été causé par le premier.

3°/ Le lien de causalité.

524. Même si la loi du 10 juillet 2000 a introduit une distinction entre causes directes et indirectes en matière d'infractions non intentionnelles commises par les personnes physiques, le critère premier du droit français en ce qui concerne le lien de causalité demeure celui de l'équivalence des conditions, c'est-à-dire celui de la certitude du lien de causalité¹¹⁵⁷. Bien qu'on lui reproche souvent d'être trop extensif, il nous semble qu'il doit être maintenu (a) et, qu'il pourrait même être opportunément assoupli (b).

a. Maintien de l'équivalence des conditions.

525. De façon plus traditionnelle, le critère de l'équivalence des conditions a souvent été contesté pour permettre une « régression à l'infini » et pour mettre sur un pied d'égalité toutes les causes matérielles du dommage, que celles-ci aient été ou non adéquates pour le produire (appréciation *ex ante*) ou qu'elles aient été déterminantes ou non dans sa survenance (appréciation *ex post*). L'introduction de la distinction entre causes directes et indirectes dans les infractions non intentionnelles, loin de clarifier la situation, l'a complexifiée sans rompre avec la théorie de l'équivalence des conditions dans la mesure où seule la nature de la faute exigée varie en cas de lien de causalité indirect entre le comportement de la personne physique et le dommage mais où toute cause peut continuer à engager la responsabilité pénale¹¹⁵⁸. Malgré les critiques adressées à la théorie, nous pensons devoir maintenir le critère matériel de l'équivalence des conditions du fait du caractère essentiellement ontologique de la causalité. Nous verrons néanmoins que le concept de bien juridique permettra d'écarter l'injuste dans les cas les plus discutables où, bien que la certitude du lien de causalité soit établie, le cours causal apparaît comme anormal.

526. Mais avant que de revenir sur cette question de l'imputation objective du résultat au comportement typique, qui relève selon nous de l'antijuridicité¹¹⁵⁹, voyons si le critère de la certitude du lien de causalité, souvent dénoncé pour son extension, n'est pas en réalité trop restrictif dans certaines matières.

b. Proposition d'extension du critère de la certitude du lien causal.

527. Lorsque nous avons évoqué les difficultés d'adaptation du droit pénal aux évolutions sociales, nous avons relevé que la complexification de la société du risque rendait souvent difficile l'affirmation de la certitude du lien de causalité entre des comportements multiples et souvent disséminés et les dommages subis par des victimes parfois nombreuses dans des domaines comme les catastrophes collectives ou les produits défectueux industriels ou médicaux¹¹⁶⁰. Si la

¹¹⁵⁶ Voir *infra*, n°590 et s.

¹¹⁵⁷ Même si les causes ne sont plus équivalentes puisque sont distinguées les causes directes et les causes indirectes, toutes les causes certaines du dommage n'en demeurent pas moins susceptibles d'engager la responsabilité pénale pour peu que la faute corresponde aux exigences du texte légal. Voir par exemple : J. PRADEL, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », *Dalloz* 2000, point de vue n°29, p.VII.

¹¹⁵⁸ Nous verrons en effet que la loi du 10 juillet 2000 a seulement eu pour effet de créer des conditions particulières pour l'imputation subjective de l'injuste à l'auteur indirect. voir *infra*, n°675 et s. Sur le maintien de l'équivalence des conditions, voir déjà : *supra*, n°386 et s.

¹¹⁵⁹ Voir *infra*, n°606 et s.

¹¹⁶⁰ Voir *supra*, n°386 et s.

solution ne conduit pas nécessairement à l'impunité des comportements fautifs dans la mesure où se sont multipliées les infractions obstacles et de prévention, il nous semble que l'on pourrait néanmoins admettre l'existence d'un lien de causalité de nature à engager la responsabilité pénale lorsque l'on peut avoir la certitude que le comportement prohibé identifié a bien causé l'atteinte exigée au bien juridique protégé et ce même si cette certitude ne peut être établie, de manière scientifique et individuelle, relativement à chaque sujet passif potentiel.

A l'image de ce que défend parfois la doctrine pénaliste des pays de tradition germanique¹¹⁶¹ et de ce qu'a fini par admettre la première Chambre civile de la Cour de Cassation, il serait ainsi possible d'admettre l'existence du lien de causalité en considérant qu'« *une telle preuve peut résulter de présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes* »¹¹⁶². Ainsi, réserve faite des autres éléments de l'infraction, pourrait-on par exemple condamner pour homicide involontaire celui qui a distribué plusieurs milliers de produits dont il est établi de façon certaine qu'ils causent la mort dans 5% des cas. Il est vrai que cela aurait pour conséquence d'assouplir le critère du lien de causalité dans un sens moins empiriste mais cela ne nous paraît pas véritablement choquant dans la mesure où il peut-être admis que des biens juridiques concrets ont bien été atteints conformément aux exigences du texte légal¹¹⁶³.

528. Une fois vérifiée la concordance du comportement et du résultat qu'il a causé avec les prévisions du texte d'incrimination, il faut encore vérifier que celui-ci soit bien constitutif d'une faute au sens du droit pénal, ce qui implique que nous nous penchions sur les éléments subjectifs nécessaires à la reconnaissance de la typicité du comportement.

B. Éléments subjectifs.

529. Sans revenir sur les termes du débat qui anime la doctrine sur le point de savoir si l'élément moral de l'infraction comporte seulement la faute intentionnelle ou non intentionnelle ou doit

¹¹⁶¹ Pour une proposition intéressante de critères que peut utiliser le juge et l'articulation entre causalité scientifique, causalité juridique et imputation objective, voir en particulier : D. PANTA CUEVA, « El problema de la causalidad y su relación con los criterios normativos de imputación », *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea*, [en ligne], < <http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=13,221,0,0,1,0.>>

¹¹⁶² Voir : Civ. 1, 22 mai 2008, *Bull. I*, n°148 et 149 ; *Bulletin d'information de la Cour de Cassation* n°689 du 15 octobre 2008. Par ces deux arrêts relatifs à l'apparition de la sclérose en plaque suite à une vaccination contre l'hépatite B, la Cour de Cassation aligne sa jurisprudence sur celle du Conseil d'État, qui avait reconnu l'existence d'une présomption de causalité en la matière le 9 mars 2007. Voir : CE, 5e et 4e s.-sect. réun., 9 mars 2007, *Dalloz* 2007, 2204-2208, *Note Laurent NEYRET*, cité par *Rapport de la Cour de Cassation 2007*, « Le fait générateur de la responsabilité à l'épreuve de la nature de l'activité de santé ». Notons que si ce rapport laissait entendre la possibilité du revirement de jurisprudence en matière de responsabilité civile, il ne fait aucune allusion à ce problème en matière pénale lorsqu'il envisage la question de la certitude du lien de causalité. L'admission de présomptions de causalité dans ce domaine en matière civile a depuis franchi un pas supplémentaire puisque si la Cour de cassation considère qu'« *il appartenait à la victime de prouver qu'elle avait été exposée au médicament litigieux* », elle admet que si cette preuve est apportée, c'est à chacun des laboratoires l'ayant commercialisé « *de prouver que son produit n'est pas à l'origine du dommage* ». Voir, respectivement : Civ. 1, 24 septembre 2009, pourvois n°08-10.081 et 08-16.305, *Dalloz* 2009, p. 2342-2343, observations I. GALLMEISTER, « Une avancée décisive pour les victimes du Distilbène ».

¹¹⁶³ Bien qu'il ait été rendu en matière d'infraction intentionnelle, un arrêt ancien nous semble pouvoir appuyer cette solution. En effet, nous avons vu que la Cour de Cassation avait pu considérer que « *sauf dans les cas où la détermination, soit de l'âge, soit de la qualité de la victime, doit servir à la qualification du fait ou à l'aggravation de la peine, il n'est pas nécessaire, pour qu'il y ait lieu de poursuivre l'auteur d'un crime ou d'un délit, que les personnes lésées par ce crime ou ce délit soient désignées* ; ainsi donc en matière de meurtre, il suffit que soient affirmées l'intention de l'auteur et la personnalité humaine de la victime ». Voir : Cass. Crim., 15 mai 1946, *Bull. crim.* n°120. Plus récemment, la Chambre criminelle a rejeté le pourvoi formé contre un arrêt qui avait admis le lien de causalité entre la prise d'un produit amincissant et des pathologies lourdes au motif qu'« *aucune autre cause ne semblait exister* ». La Cour de cassation ayant choisi d'occulter la question de la causalité de sa motivation pour s'attacher uniquement à la qualification d'une faute caractérisée, il convient de rester extrêmement prudent sur la portée de cet arrêt mais l'absence de censure permet peut-être d'y voir le signe d'un inflexionnement sur la condition de certitude du lien causal. Voir : Cass. Crim., 1^{er} avril 2008, *Bull. crim.* n°88 ; R.S.C. 2009, p. 109, note C. AMBROISE-CASTÉROT, « Culpabilité et action civile en matière d'homicide involontaire après ingestion de 'médicaments' amincissants ».

également intégrer la question de l'imputabilité, qui serait alors extérieure à l'infraction¹¹⁶⁴, nous pouvons affirmer que la structure que nous avons choisi exclut d'envisager la conscience de l'antijuridicité (et donc le discernement qui la sous-tend) comme élément de l'injuste¹¹⁶⁵. Ce dernier pourra alors être apprécié *in abstracto* y compris pour ce qui est de l'élément subjectif de l'injuste, et ce que la faute exigée soit intentionnelle (1) ou non intentionnelle (2).

1°/ La faute intentionnelle.

530. ___ Rejet de la définition majoritaire. ___ On se souvient que de nombreux auteurs, à la suite de GARÇON, définissent l'intention criminelle comme « *la connaissance ou la conscience chez l'agent qu'il accomplit un acte illicite*¹¹⁶⁶ » ou comme « *la conscience et la volonté de violer la loi pénale*¹¹⁶⁷ » alors que d'autres insistent davantage sur la tension de la volonté de l'agent vers un résultat illicite¹¹⁶⁸. Pour majoritaires qu'elles soient, ces définitions présentent, selon nous, deux inconvénients majeurs : celui de renvoyer à la conception d'un *dolus malus* représentatif des conceptions de l'infraction comme violation de la loi¹¹⁶⁹ et celui de faire des éléments de l'imputabilité une condition de l'intention.

L'exigence de la volonté de réaliser un acte illicite nous semble d'abord devoir être rejetée en ce qu'elle fait de la connaissance de la loi pénale une condition du dol général alors même que celui-ci doit en principe être prouvé par l'accusation comme tout élément de l'infraction et que celle-là est présumée en droit positif. Il apparaît également que cette conscience de l'illicéité ne peut, pour des raisons logiques, être une condition de l'injuste¹¹⁷⁰ mais seulement de son imputation au sujet actif¹¹⁷¹.

De la même façon, l'exigence de discernement du sujet actif nous semble devoir être rejetée à partir du moment où cet élément de l'imputabilité, lui aussi présumé, vient troubler l'appréciation abstraite de l'injuste par l'introduction d'éléments relatifs à l'auteur qui priveraient le concept d'une grande partie de son utilité en droit français¹¹⁷². Il faut d'ailleurs ajouter que l'existence d'un discernement n'est aucunement imposé par le droit positif, qui admet au contraire tout à fait la possibilité de retenir une faute, y compris intentionnelle, en son absence¹¹⁷³.

¹¹⁶⁴ Sur cette discussion, voir par exemple : S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », art. préc.

¹¹⁶⁵ Cette impossibilité a été expliquée à l'occasion de la présentation historique du concept de bien juridique et est acquise par la doctrine majoritaire dans le modèle allemand depuis WELZEL. Voir *supra*, n°115.

¹¹⁶⁶ Voir : B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 238, n°257 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 298, n°322.

¹¹⁶⁷ En ce sens par exemple : F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n°471 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., n°169.

¹¹⁶⁸ Voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, op. cit., p. 217, n°381.

¹¹⁶⁹ Voir *supra*, n°245.

¹¹⁷⁰ Le professeur ROBERT souligne également l'absurdité d'une condition qui devrait conduire à vérifier que le délinquant s'est bien assuré de commettre un acte illégal et définit alors l'intention, « *dans l'esprit de l'agent doué de discernement* », comme « *représentation exacte du monde environnement et de l'impact qu'y imprime son geste* ». Voir : J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 320.

¹¹⁷¹ Il faut préciser que la jurisprudence considérant que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable* » n'est pas selon nous un obstacle à ce que nous défendons ici. Le fait que la violation en connaissance de cause **implique** l'intention ne signifie aucunement qu'elle soit une condition de celle-ci, seulement qu'elle peut être utilisée pour en fournir la preuve. Voir : Cass. Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim. n°203*, souvent citée à l'appui de la définition majoritaire. Admettre le contraire reviendrait à vider le dol général de toute substance, la connaissance de la loi étant présumée. Voir : F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n°473.

¹¹⁷² Nous verrons en effet que le droit positif français tend à une consécration de ce que l'on appelle ici l'injuste, justement de par le rattachement de conséquences juridiques à des faits qualifiés d'infraction en l'absence de responsabilité pénale du sujet actif. Sur cette question, voir *infra*, n°684 et s.

¹¹⁷³ Le Code civil l'exprime clairement en son article 414-3, qui dispose que « *Celui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation* » et n'exclut aucunement du champ de son application la responsabilité civile délictuelle pour faute. En droit pénal, l'affirmation peut sembler plus surprenante mais peut être déduite notamment de la possibilité de retenir comme « *fait principal punissable* » les actes d'une personne privée de discernement alors même que la notion de fait principal punissable exige bien que l'infraction soit constituée en tous ses éléments, y compris « *l'élément moral* », et donc l'intention. Nous reviendrons sur cette question *infra*, n° 667 et s.

531. Si l'on exclut alors les critères du discernement et du *dolus malus*, il reste que l'on doit définir l'intention délictuelle comme la connaissance de la situation sociale visée par le texte d'incrimination et la volonté de réaliser tous les éléments de l'infraction, ce qui consiste à réaliser un comportement volontaire ayant pour finalité la production du résultat prohibé (que l'agent ait ou non conscience de sa prohibition)¹¹⁷⁴. Puisque nous avons défini le résultat légal comme l'atteinte *lato sensu* à l'objet juridique du délit, il faudra alors entendre le dol général comme la négation du bien juridique protégé, la volonté de lui porter atteinte¹¹⁷⁵. Mais cette recherche de l'atteinte à l'objet juridique du délit doit être précisée (a) et ses conséquences soulignées (b).

a. La recherche de l'atteinte prohibée à l'objet juridique du délit.

532. Si l'on ne veut pas retomber dans les travers de l'intention entendue comme *dolus malus*, il faudra mener une appréciation abstraite de la recherche de l'atteinte à l'objet juridique du délit à partir du comportement, ce qui emportera l'assimilation des conséquences nécessaires aux conséquences recherchées.

533. **___ Éléments d'appréciation. ___** Lorsque l'on prétend mener une appréciation *in abstracto* de l'intention, on n'entend pas exclure les éléments connus de la volonté précise du sujet actif (qu'il aurait par exemple exprimés) mais seulement indiquer que le droit pénal ne peut pénétrer les consciences et doit donc déduire l'intention de l'agent des éléments de faits en sa possession, et en particulier du comportement, nous l'avons vu nécessairement volontaire de l'agent. On retrouve là en quelque sorte l'idée défendue par les théories finalistes selon lesquelles tout comportement est guidé par une finalité¹¹⁷⁶, finalité qui permettra de caractériser la faute intentionnelle dès lors qu'elle correspondra à la recherche du résultat légal, c'est-à-dire, selon les textes, à la lésion ou à la mise en danger (abstraite ou concrète) de l'objet juridique du délit. Compatible avec la jurisprudence¹¹⁷⁷, cette appréciation est également pleinement conforme avec le droit positif tant du point de vue de l'indifférence de principe des mobiles (il s'agit seulement de rechercher la finalité du comportement, non pourquoi l'agent a décidé de le réaliser) que de l'impossible assimilation du dol indéterminé au dol général en l'absence de prévision expresse du législateur (le comportement doit bien tendre vers la réalisation du résultat légal, il ne suffit pas qu'il soit volontaire).

534. **___ Extension aux conséquences nécessaires. ___** Mais si l'on admet que l'intention s'apprécie au regard de la finalité du comportement, il nous faut préciser que doit être assimilée à la recherche directe du résultat prohibé la poursuite d'une finalité distincte lorsque le

¹¹⁷⁴ Cette définition laisse donc demeurer les deux éléments, cognitif et volontaire, du dol général mais l'élément cognitif se détache de la connaissance de l'antijuridicité pour ne renvoyer qu'à la connaissance de la situation sociale objective et la volonté s'apprécie indépendamment de l'exigibilité, c'est-à-dire de la possibilité d'imputer subjectivement la faute à l'agent doté de discernement. Il y a ainsi dol dès lors que l'agent savait ce qu'il faisait et voulait le faire. Voir : J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HOMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁷⁵ En ce sens : S. MIR PUIG, « Límites del normativismo en derecho penal », art. préc., p. 19.

¹¹⁷⁶ Sur ces théories, voir *supra*, n°98 et s.

¹¹⁷⁷ Celle-ci a admis en de nombreuses occasions que « l'élément intentionnel résulte de la nature même du délit et n'a pas besoin d'être affirmé par le juge ». Voir : Cass. Crim., 4 janvier 1902, *D.P.* 1904, 1, 528 ou Cass. Crim., 16 janvier 1947, *Bull. crim.* n°23, respectivement cités par W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 301, n°326 et F. DESPORTES, F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°473. Or, si l'on ne souscrit pas à l'absence de nécessité pour le juge d'affirmer l'existence de l'intention, on perçoit clairement que la Cour déduit ici l'élément intentionnel de la signification du comportement.

comportement a pour nécessaire conséquence la production de l'atteinte à l'objet juridique du délit¹¹⁷⁸.

Là encore se pose la question de la façon dont doit s'apprécier cette certitude : faut-il établir que l'agent connaissait effectivement les conséquences inéluctables de son acte pour l'objet juridique ou peut-on se contenter d'une appréciation *in abstracto* ? S'il est établi que l'agent connaissait les conséquences dommageables de son acte mais l'a tout de même réalisé, nous serons face à un dol de deuxième degré, assimilable au dol général dit « *direct* » sans aucune difficulté ; l'essentiel est que le résultat prohibé ait été recherché, que celui-ci ne soit que le moyen d'atteindre un autre résultat n'est qu'un mobile, indifférent si le résultat final n'est pas lui-même prohibé. Mais comme la preuve de la connaissance effective des conséquences s'avère la plupart du temps tout aussi impossible que celle de l'intention elle-même, il nous semble qu'il faut ici encore accepter de recourir à une appréciation *in abstracto* à condition qu'elle soit suffisamment restrictive pour ne pas conduire à une présomption d'intention délictuelle. A l'image de ce qui est défendu par la doctrine majoritaire dans les pays d'inspiration germanique, doit donc être assimilé à la recherche du résultat légal la réalisation d'un comportement qui entraîne nécessairement ce résultat dès lors qu'il n'existe aucune raison objective, même minime, de penser que le résultat ne se produira pas¹¹⁷⁹.

535. Maintenant que nous avons précisé comment devait selon nous être entendu le dol général, il nous faut rapidement dégager les conséquences de cette appréciation.

b. Conséquences de la définition choisie.

536. Définir le dol général comme l'intention tendue vers le degré d'atteinte au bien juridique exigé par le législateur pour consommer l'infraction nous conduit à regretter la position de la jurisprudence française en matière d'infractions formelles et à appeler à une clarification de l'intention exigée en cas d'infractions complexes ou aggravées par l'atteinte à un second bien juridique. Nous verrons en revanche rapidement que la définition ici défendue n'affecte pas les conséquences reconnues à l'erreur de fait par le droit positif.

537. ____ **Conséquences sur l'intention dans les infractions formelles.** ____ Nous avons rappelé plus haut les controverses doctrinales quant au dol exigé par les infractions formelles et en particulier par le crime d'empoisonnement. On se souvient ainsi qu'après avoir considéré que « *la seule connaissance du pouvoir mortel de la substance administrée ne suffit pas à caractériser l'intention homicide* », la Cour de Cassation a affirmé que « *le crime d'empoisonnement ne peut être caractérisé que si l'auteur a agi avec l'intention de donner la mort, élément moral commun à l'empoisonnement et aux autres crimes d'atteinte volontaire à la vie de la personne* »¹¹⁸⁰. Bien qu'elle conduise à placer le bien juridique au cœur de l'appréciation de l'élément intentionnel, cette exigence d'*animus necandi* étant parfois analysée par la doctrine comme celle d'un dol spécial consistant en l'intention de porter atteinte au bien juridique protégé, cette solution de la Cour de Cassation nous semble critiquable sur plusieurs points.

¹¹⁷⁸ Cette position est défendue par certains auteurs, qui précisent que l'agent doit avoir « *conscience du fait que son action va produire, de façon certaine, le résultat incriminé* ». Voir : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 218, n°381.

¹¹⁷⁹ Il s'agit là de la « *théorie restreinte de l'acceptation* », qui n'exclut de l'intention l'acceptation des conséquences nécessaires du comportement que si l'homme moyen idéal pouvait espérer, sur la base d'éléments un minimum fondés objectivement, que le résultat ne se produirait pas. Voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, *op. cit.*, p. 426-427. Notons que les auteurs espagnols et allemands emploient parfois dans ce cas le terme équivoque de dol éventuel pour le distinguer de l'acceptation effective et certaine des conséquences de son acte par l'agent, alors dénommée « *dolo de segundo grado* ». *Ibid.*, p. 415. Il semble néanmoins que ce dernier était initialement dénommé dol éventuel par la doctrine germanique du début du XX^{ème} siècle, FRANK désignant ainsi la conviction de la production nécessaire du résultat qui n'a pas empêché l'agent de commettre l'acte. Voir : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal*, *op. cit.*, T. II., p. 413. Pour éviter toute confusion avec la définition française du dol éventuel, il semble préférable d'adopter le terme de « *dol de conséquences nécessaires* », également usité. Voir : J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HOMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 83.

¹¹⁸⁰ Voir, respectivement, Cass. Crim., 2 juillet 1998, *Bull. crim. n°211* et Cass. Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim. n°127* et les commentaires rapportés *supra*, n°269 et 270.

Outre qu'elle s'écarte du principe de légalité criminelle qui commande d'apprécier l'intention au regard du résultat prohibé, donc du résultat légal, elle apparaît également contraire à la définition ici défendue de l'intention criminelle et à la conception du droit pénal comme protecteur du bien juridique. Paradoxalement en effet, l'exigence d'une intention de porter atteinte au bien juridico-pénal va à l'encontre de l'un des intérêts majeurs de cette conception, à savoir l'établissement d'une « *gradation de l'injuste* », qui impose de prendre en compte les différents degrés d'atteinte et de danger qui peuvent être subis par le bien juridique.

Cela signifie par conséquent que l'intention doit uniquement s'apprécier au regard du degré d'atteinte du bien juridique exigé pour la consommation de l'infraction et qu'il faut absolument rejeter l'exigence de l'intention de causer une lésion à l'objet juridique du délit là où l'incrimination n'exige qu'un attentat ou un risque pour cet objet juridique pour être entièrement consommée. De ce fait, la nature intentionnelle du crime d'empoisonnement ne conduit pas à exiger un *animus necandi* mais seulement l'intention d'attenter à la vie par l'emploi d'un poison mortel et prétendre le contraire conduit à nier la gradation de l'injuste mise en place par le législateur et dont rien ne permer de fonder le cantonnement aux éléments objectifs du type¹¹⁸¹.

Mais une telle conception de l'infraction comme protection des biens juridiques va en revanche nous conduire à être plus exigeante sur la vérification de l'intention dans les infractions protégeant plusieurs biens juridiques.

538. ___ Conséquences dans les infractions complexes et aggravées. ___ Si les infractions complexes sont souvent définies par la doctrine comme des infractions nécessitant la réalisation de plusieurs actes matériels de nature différente¹¹⁸², nous pouvons les assimiler, du point de vue du bien juridique, aux infractions aggravées du fait de l'atteinte à plusieurs biens juridiques abstraits¹¹⁸³. Il apparaît en effet que, dans celles-ci comme dans celles-là, plusieurs biens juridiques sont affectés par le comportement du délinquant et l'opposition fondée sur l'unicité ou la multiplicité des actes réalisés ne nous semble pas imposer de les traiter séparément dès lors que ces infractions se présentent sous un jour identique du point de vue du bien juridique protégé, qu'elles rendent compte de l'idée d'infraction fin et d'infraction moyen ou qu'elles renvoient à l'existence d'un simple concours d'infractions érigé en incrimination autonome.

Il nous semble en effet qu'une conception de l'infraction comme protection des biens juridiques impose d'exiger la vérification de l'élément intentionnel relativement à chaque bien juridique affecté par l'incrimination, l'état d'esprit de l'agent devant correspondre, pour chacun, à la recherche du degré d'atteinte ou de menace exigé par le texte d'incrimination. Il faudra alors par exemple s'assurer que l'agent qui commet une extorsion a bien la double intention de porter atteinte à l'intégrité physique ou psychique de la victime et à son patrimoine ou encore que celui qui exerce des violences sur un agent public avait bien l'intention de porter atteinte à l'intégrité physique de la victime ainsi qu'à l'autorité publique qu'il représente (ce qui ne serait pas le cas de la victime policier tué par le mari jaloux de sa maitresse). Mais si ces solutions ne posent souvent aucun problème (celui qui utilise un faux pour une escroquerie ne peut nier avoir eu conscience de tromper la confiance publique en plus de celle de sa victime) et qu'elles sont souvent suivies par la jurisprudence, qui vérifie bien notamment l'existence des mobiles aggravant la répression du

¹¹⁸¹ On pourrait néanmoins considérer que la question n'a guère d'intérêt compte tenu de l'assimilation ici défendue des conséquences nécessaires du comportement à la finalité de celui-ci : lorsqu'un poison mortel est administré, sauf circonstances extrêmement particulières, il n'y a aucune raison objective de penser que l'agent ne mourra pas, et on doit donc assimiler volonté de l'administration et volonté de tuer.

¹¹⁸² Voir par exemple : F. DESPORTES, F. LE GUNHEC, *Droit pénal général, op. cit.*, n°439.

¹¹⁸³ Les infractions aggravées du fait de l'atteinte à plusieurs biens juridiques concrets mais où le bien juridique abstrait est identique n'entre pas dans cette problématique puisque l'intention ne sera alors appréciée que relativement à un seul résultat juridique, plusieurs fois réalisé. Les infractions d'habitude ne sont pas davantage concernées par ces développements, celles-ci correspondant également au cas d'un bien juridique abstrait unique, leur particularité tenant uniquement à l'impunité de la première atteinte à celui-ci. Pour chaque atteinte, l'appréciation du dol général sera alors relative au même objet juridique protégé.

fait de l'atteinte simultanée à un bien juridique collectif dépassant la victime directe¹¹⁸⁴, il nous semble opportun de souligner leur importance. De même dirons-nous un mot des conséquences de l'erreur de fait dans sa relation avec le bien juridique.

539. — Exclusion du dol général par l'erreur sur l'atteinte au bien juridique. —

Puisque nous avons exclu de l'intention tout élément relatif à la conscience de l'illicéité du comportement ou de la prohibition du résultat recherché, il est évident que l'existence éventuelle d'une erreur de droit, c'est-à-dire d'une croyance erronée, même excusable, en la légalité du comportement, est sans aucun effet sur la qualification de l'intention délictuelle. Dans les cas où les conditions de l'article 122-3 du Code pénal sont réunies, la responsabilité pénale ne disparaîtra donc pas du fait de l'absence d'injuste mais, nous le verrons, seulement du fait de l'impossibilité de l'imputer au sujet actif¹¹⁸⁵.

En revanche, l'erreur sur des éléments de fait nécessaires à la qualification de l'infraction¹¹⁸⁶ pourra faire disparaître l'intention délictueuse du fait de l'absence d'intention de léser le bien juridique protégé : par exemple, l'agent qui croit véritablement sa dernière conquête majeure ne peut être reconnu coupable d'atteinte sexuelle sur mineur. Lorsque l'erreur portera au contraire non sur un élément qualifiant mais seulement sur le titulaire du bien juridique par exemple, elle sera inopérante¹¹⁸⁷, à moins que la qualité particulière de la victime n'influe sur la qualification¹¹⁸⁸. Conformément au droit positif, ces solutions ne nous paraissent pas mériter de plus amples développements.

540. Maintenant que nous avons étudié la définition du dol général que nous semble appeler une conception de l'infraction comme atteinte au bien juridique, il nous faut nous pencher sur les conséquences que celle-ci peut avoir sur l'appréhension de la faute non intentionnelle.

2°/ La faute non intentionnelle.

541. Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, et si l'on met de côté le cas particulier des contraventions, il n'existe plus en droit français de « délits matériels », c'est-à-dire de délit constitué du fait de la seule réalisation du comportement et du résultat prohibés¹¹⁸⁹. Malgré l'introduction de la faute de mise en danger de la vie d'autrui, que l'on peut analyser comme une faute intentionnelle au regard du risque encouru pour le bien juridico-pénal, notre droit pénal général

¹¹⁸⁴ On peut ainsi penser par exemple à toutes les infractions aggravées par un mobile discriminatoire, dans lesquelles l'égalité apparaît comme un bien juridique diffus simultanément affecté par le comportement (les violences racistes constituent ainsi à la fois une atteinte à l'intégrité physique de la personne et une atteinte à l'égalité).

¹¹⁸⁵ Voir *infra*, n°640 et s.

¹¹⁸⁶ La doctrine germanique, qui rejette le plus souvent la distinction entre erreur de fait et de droit pour son absence de fondement juridique et l'absence d'homogénéité de leurs conséquences, parle alors parfois dans ce cas d'« erreur de subsumption » ou d'« erreur de type ». Voir : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, T. II., p. 417 ; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito, op. cit.*, p. 80-82.

¹¹⁸⁷ c/a F. von LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, p. 261-262. Celui-ci rejette en effet la distinction classique de la doctrine entre *aberratio ictus* où le résultat produit diffère de celui envisagé par l'agent du fait de circonstances extérieures et l'erreur de l'agent qui devrait être considérée comme non essentielle dès lors que le bien juridique finalement atteint est de la même importance d'un point de vue juridico-pénal, comme dans l'erreur sur la personne de la victime. Pour lui, il faudrait dans les deux cas retenir une tentative dolosive en concours avec une infraction non intentionnelle consommée, ce qui s'explique par la nature concrète qu'il attribue au bien juridique.

¹¹⁸⁸ Si par exemple l'agent pense tuer l'amant de sa femme mais tue un agent représentant l'autorité publique, il faudra alors refuser d'exclure le dol pour l'homicide puisque l'atteinte au bien juridique vie, élément qualifiant, était bien recherchée mais admettre l'exclusion de la circonstance aggravante du fait de la qualité particulière de la victime. Celle-ci apparaît en effet comme un élément qualifiant dans le sens où elle traduit l'atteinte simultanée à un bien juridique de l'autorité publique en même temps qu'à la vie de la victime.

¹¹⁸⁹ Depuis sa rédaction originelle, le Code pénal actuel prévoit en effet, outre l'exclusion des crimes non intentionnels et la nécessité pour le législateur de disposer expressément de la possibilité de poursuivre de tels faits, que les délits non intentionnels doivent être fautifs. La circulaire générale d'application du nouveau Code pénal proclame ainsi qu'« est donc supprimée la catégorie des 'délits matériels' ». Voir : Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *Journal officiel de la République française*, 1993, p. 29.

ne connaît pas les subtiles distinctions élaborées par la doctrine pour distinguer les fautes intermédiaires entre la recherche de l'atteinte au bien juridique et l'imprudence inconsciente. Il apparaît alors que si la faute pénale se doit d'avoir une certaine consistance pour ne pas permettre une « *responsabilité objective* » contraire aux principes du droit pénal moderne et à la volonté exprimée par le Code (a), celle-ci doit demeurer, au stade de la qualification de l'injuste, unique et abstraite (b), ce qui ne nous semble pas être interdit par les réformes de 1996 et de 2000.

a. Autonomie de la faute pénale.

542. Si la faute intentionnelle se définit par la recherche du résultat prohibé par le texte d'incrimination, la faute non intentionnelle se caractérise d'abord par l'absence de volonté de porter à l'objet juridique du délit l'atteinte prohibée. Mais cette non intention n'est pas suffisante pour établir une faute pénale et il faut se féliciter que, malgré une définition textuelle inchangée depuis fort longtemps, la jurisprudence se dirige vers l'exigence d'une certaine consistance de la faute pénale, qui la distingue d'une simple faute civile.

543. **Définition textuelle et prétorienne.** — Alors que les définitions des dispositions spéciales de l'ancien Code pénal définissaient la faute non intentionnelle comme une « *maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements*¹¹⁹⁰ », la rédaction originelle de l'article 121-3 al. 2 du Code pénal prévoyait simplement que « *lorsque la loi le prévoit, il y a délit en cas d'imprudence, de négligence ou de mise en danger délibérée de la personne d'autrui* ». La définition de la faute simple s'est enrichie en 1996 pour inclure le « *manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement* » mais ce dernier cas de figure ne se substituant pas à l'imprudence et à la négligence, il n'en restait pas moins possible, pour la jurisprudence, d'entendre largement ces deux notions et d'assimiler la faute pénale à la faute civile, jusqu'à se contenter d'une *culpa levisima* pour engager la responsabilité pénale¹¹⁹¹.

Conformément aux souhaits d'une grande partie de la doctrine, et dans l'esprit de la réforme du 10 juillet 2000¹¹⁹², la Cour de Cassation a mis fin, le 30 janvier 2001, au principe de l'unicité des fautes civile et pénale en censurant la Cour d'appel qui s'était fondée sur l'autorité de la chose jugée au pénal pour déduire de la relaxe de l'auteur direct l'impossibilité de retenir la responsabilité civile quasi-délictuelle de l'agent¹¹⁹³. Par cette décision, la Haute juridiction revient à la conception qui était la sienne au XIX^{ème} siècle, signifiant par là que la faute pénale doit revêtir une certaine gravité. S'il n'est pas question pour nous de reprendre les nombreuses et brillantes analyses de la

¹¹⁹⁰ Ainsi par exemple de l'article 319 de l'ancien Code pénal réprimant l'homicide non intentionnel.

¹¹⁹¹ L'unicité des fautes civile et pénale avait été posée successivement par les chambres civile et criminelle de la Cour de cassation : Civ., 18 décembre 1912 et Cass. Crim., 6 juillet 1934. Sur la conséquence de ces arrêts, voir notamment : *Rapport de la Cour de Cassation 1998*, « La faute pénale non intentionnelle des fonctionnaires », *La Documentation française*, p. 93. Sur l'évolution de la notion de faute civile, voir par exemple : Ch. RADÉ, « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 1_L'impasse », Dalloz 1999, Chron. p. 313 et s.

¹¹⁹² Celle-ci insistait en effet, par l'introduction de l'article 4-1 du Code de procédure pénale, sur la possibilité de condamner civilement l'auteur indirect relaxé devant les juridictions pénales, notamment sur le fondement de la faute inexcusable (ce qui avait déjà été admis par la jurisprudence ; voir par exemple : Soc., 15 juin 2000, *Bull. civ. n°234*). La dissociation des fautes civile et pénale simples, bien qu'esquissée par la circulaire d'application, n'est cependant pas expressément prévue par la loi. Voir : Circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR: *JUSD0030175C* : Présentation des dispositions de la loi n° 2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels, I,2,4. La doctrine s'était d'ailleurs divisée entre partisans de la dissociation et défenseurs de l'identité des fautes civile et pénale ; voir respectivement : P. JOURDAIN, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », Actes du colloque organisé par le centre de recherche en droit privé de l'Université de Paris I du 1^{er} février 2001, *R.S.C.*, 2001, p. 752 ; G. VINEY, « Conclusion », *Ibid.*, p. 767 et s. *c/a* V. BRAULT-JAMIN, « La consécration jurisprudentielle de l'irresponsabilité pénale des décideurs publics pour des fautes simples d'imprudence », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, septembre 2001, p. 531 ; J. PRADEL, « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », *Dalloz* 2000, point de vue n°29, p. VI.

¹¹⁹³ Civ. 1, 30 janvier 2001, *Bull. civ. n°19*, *Dalloz* 2001, p. 2232, note P. JOURDAIN, « Autorité au civil de la chose jugée au pénal et principe d'unité des fautes : la rupture est consommée entre faute civile et faute pénale, mais l'est-elle totalement ? » ; *R.S.C. 2001*, p. 613, note A. GIUDICELLI, « La déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence ».

doctrine sur cette question, il nous semble en revanche utile d'apporter quelques observations sur l'opportunité d'une telle solution au regard de notre conception de l'injuste.

544. ___ Importance sur l'autonomie de l'injuste. ___ Comme le souligne fort justement un des premiers commentateurs de cette décision, l'abandon du principe de l'unicité des fautes civile et pénale n'est sans doute que « *partiel* » dans le sens où si la relaxe devant le juge pénal ne « *fait pas obstacle* » à l'admission de la responsabilité civile, la solution inverse ne semble pas devoir être admise, la reconnaissance d'une faute pénale imposant d'admettre l'existence d'une faute civile¹¹⁹⁴. Mais si la doctrine fonde le plus souvent cette solution sur l'interprétation stricte de l'article 4-1 du Code de procédure pénale¹¹⁹⁵ ou sur le principe de l'autorité de la chose jugée au pénal¹¹⁹⁶, il nous semble qu'elle peut plus largement s'expliquer par la nature particulière de l'injuste.

Puisque le droit pénal est l'*ultima ratio*, il apparaît tout à fait cohérent que la faute exigée pour engager la responsabilité pénale soit plus grave que celle nécessaire pour engager la responsabilité civile¹¹⁹⁷ et donc que la qualification d'une faute pénale implique, *a fortiori*, la qualification d'une faute civile. De cette façon, si la faute est jugée suffisamment grave pour entraîner une responsabilité pénale, le juge civil ne saurait, sans contredire le juge pénal, considérer qu'elle n'est pas de nature à engager la responsabilité civile. On voit ici poindre une distinction que nous retrouverons plus avant avec la distinction entre antijuridicité civile et pénale¹¹⁹⁸ : l'injuste est plus restrictif que l'antijuridicité civile car si tout acte préjudiciable injuste appelle une réparation civile, seuls les actes les plus graves sont constitutifs d'un injuste marqué du sceau de la réprobation sociale la plus grave, celle qui entraîne la nécessité d'une sanction par une peine.

545. Mais si nous approuvons la consécration d'une faute pénale d'une certaine gravité et la rupture dans le glissement vers une responsabilité pénale objective qu'une conception trop extensive de la faute pouvait entraîner, il nous faut maintenant préciser comment cette faute doit être appréciée pour concilier à la fois les exigences du droit positif et la conception du délit ici défendue.

b. Appréciation de la faute pénale.

546. Si l'on veut préserver l'unité et l'utilité de la notion d'injuste, il est indispensable de maintenir une appréciation *in abstracto* et unitaire de la faute non intentionnelle, ce qui, malgré les apparences, nous semble possible sans contredire le droit positif.

547. ___ Appréciation *in abstracto*. ___ L'ambition affichée de la réforme de 1996 était de substituer à une appréciation *in abstracto* de la faute pénale, jugée trop sévère, une appréciation *in concreto* qui permettrait de prendre en compte « *la nature [des] missions, [des] fonctions, [des] compétences*

¹¹⁹⁴ En ce sens, P. JOURDAIN, « Autorité au civil de la chose jugée au pénal et principe d'unité des fautes : la rupture est consommée entre faute civile et faute pénale, mais l'est-elle totalement ? », note sous Civ. 1, 30 janvier 2001, *Dalloz* 2001, p. 2232.

¹¹⁹⁵ *Ibid.*

¹¹⁹⁶ Pour une présentation historique du principe et des controverses doctrinales qu'il a suscité et continue de nourrir, voir : A. GIUDICELLI, « La déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence », note sous Civ. 1, 30 janvier 2001, *R.S.C.* 2001, p. 613.

¹¹⁹⁷ Nous souscrivons ainsi tout à fait à la position exprimée par la Cour de Cassation le 28 janvier 1869 : « *Le juge criminel a uniquement pour mission de rechercher le fait générateur du délit, c'est-à-dire une imprudence assez grave pour motiver l'application de la loi pénale. S'il nie toute l'imprudence, il empiète sur le domaine du juge civil auquel il appartient de rechercher s'il n'a pas été commis une imprudence trop légère pour qu'il y ait lieu d'appliquer une peine, mais assez grave pour que la responsabilité de son auteur soit engagée. Il y a en quelque sorte une imprudence criminelle et une imprudence civile. La négation de la première n'exclut pas la seconde* ». Voir : *Ibid.*

¹¹⁹⁸ Voir *infra*, n°689 et s.

ainsi que du pouvoir et des moyens dont [l'agent] disposait »¹¹⁹⁹. Or, s'il est vrai que la rédaction de l'article 121-3 alinéa 3, avant l'intervention de la loi du 10 juillet 2000, semblait bien indiquer que les diligences normales, appréciées au regard de ces éléments, venait ôter le caractère punissable d'une faute pénale par ailleurs existante¹²⁰⁰, il nous semble qu'une telle analyse est absolument contradictoire avec la nature de la faute pénale et avec l'objectif de la réforme. Que sont en effet les « diligences normales » sinon une référence au comportement du bon père de famille ?

La mise en avant d'éléments particuliers d'appréciation comme la nature des missions et des fonctions, les compétences et les moyens dont disposait l'agent n'infirme pas cette interprétation et semble au contraire s'inscrire dans la conception majoritairement admise du standard du bon père de famille : celui-ci n'est jamais entendu de façon totalement abstraite mais toujours replacé dans les mêmes circonstances que l'agent qu'il s'agit de juger, avec les connaissances et les compétences qui sont les siennes¹²⁰¹. La Cour de Cassation a confirmé cette analyse puisque si elle a admis l'application immédiate de la loi nouvelle, elle n'en a pas moins validé les condamnations rendues sous l'empire du texte ancien¹²⁰². Il apparaît alors, comme le confirme la rédaction actuelle de l'article 121-3 al. 3¹²⁰³, que le non respect des diligences normales constitue la faute simple d'imprudence, c'est-à-dire que celle-ci se caractérise par un comportement contraire à celui qu'aurait eu le bon père de famille dans les mêmes circonstances.

L'appréciation de la faute pénale est alors bien menée *in abstracto*, conformément à sa position dans l'injuste : la réprobation de l'acte se fait indépendamment de toute considération relative à la psychologie de l'agent. Celle-ci ne trouve en effet sa place que dans l'appréciation de la responsabilité de celui-ci ou, plus précisément, dans la question de l'imputation subjective de l'injuste à l'agent. Cela explique ainsi que l'on n'envisage pas ici la question des fautes qualifiées.

548. — Appréciation unitaire. — En plus de modifier la rédaction de la faute simple d'imprudence, le législateur du 10 juillet 2000 a instauré un mécanisme complexe et inédit subordonnant la nature de la faute pénale nécessaire à l'engagement de la responsabilité pénale des personnes physiques à la nature du lien de causalité entre le comportement et le résultat prohibé. La nature juridique de la distinction opérée a suscité de nombreux débats, la solution indiquée par l'esprit du texte, à savoir que l'absence de faute qualifiée devait s'analyser comme une « cause de non responsabilité »¹²⁰⁴, paraissant assez peu convainquante¹²⁰⁵. Certains auteurs ont ainsi pu défendre qu'avaient été modifiés les éléments constitutifs des infractions d'imprudence

¹¹⁹⁹ Voir par exemple : C. ROCA, « Nouvelle définition de l'infraction non intentionnelle: une réforme qui en cache une autre plus importante », *Les Petites Affiches*, 26 octobre 2000, n°214, p. 4-8 ; F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., n°490-1. Certains auteurs ont néanmoins justement relevé que, la lettre de la réforme en trahissant l'esprit, la solution demeurerait l'appréciation *in abstracto* : Ph. CONTE, *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, *Carré Droit*, 2003, p. 21 ; P. JOURDAIN, « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », art. préc., p. 754.

¹²⁰⁰ Le texte disposait ainsi que : « Il y a également délit, lorsque la loi le prévoit, en cas d'imprudence, de négligence ou de manquement à une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou les règlements **sauf si** l'auteur des faits a accompli les diligences normales compte tenu, le cas échéant, de la nature de ses missions ou de ses fonctions, de ses compétences ainsi que du pouvoir et des moyens dont il disposait ». L'analyse qui faisait des diligences normales une cause d'irresponsabilité pénale a néanmoins été très clairement rejetée par la Cour de cassation : Cass. Crim., 14 oct. 1997 *Bull. crim.* n° 334 ; *Droit pénal* 1998., 25, observations J.-H. ROBERT ; « De la portée non justificative des diligences normales » ; R.S.C. 1998, p. 328, observations Y. MAYAUD.

¹²⁰¹ Sur cette conception *in abstracto* matissée d'*in concreto*, défendue par la majorité des auteurs, voir en particulier : V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse Bordeaux IV, 1999, en particulier, p. 7-9.

¹²⁰² Voir notamment l'analyse des décisions rendues par la Cour de cassation : F. DESPORTES, F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit. n°490-1.

¹²⁰³ Depuis la réforme du 10 juillet 2000, celui-ci dispose en effet que la faute pénale est constituée « **s'il est établi que l'auteur des faits n'a pas accompli les diligences normales** ».

¹²⁰⁴ La circulaire d'application indiquait en effet que les diligences normales étaient une cause d'irresponsabilité *sui generis* : Circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR : JUSD0030175C, II, 4.

¹²⁰⁵ Il nous semble difficilement admissible que l'absence de respect des diligences normales puisse à la fois constituer la faute pénale simple de l'auteur direct et une cause d'irresponsabilité de l'auteur indirect.

commises par les personnes physiques¹²⁰⁶, alors que d'autres voyaient dans l'absence de faute qualifiée une immunité de procédure¹²⁰⁷ ou même un fait justificatif¹²⁰⁸.

Chacune de ces propositions comportant des inconvénients majeurs, il nous semble que la position la plus convainquante avancée par la doctrine est de considérer que le législateur a en réalité instauré une distinction entre deux modes de participation des auteurs personnes physiques pour ensuite rajouter une « *condition d'imputation subjective* » aux seuls auteurs indirects, condition qui qualifierait l'« *intensité de l'imprudence*¹²⁰⁹ ». En plus de mieux s'accorder avec la rédaction de l'article 121-3 alinéa 4 qui fait référence à l'auteur indirect et non, à proprement parler, à la cause indirecte, cette position permet d'expliquer le maintien de l'indemnisation des victimes par les C.I.V.I. comme la possibilité de poursuivre la personne morale¹²¹⁰. Elle s'inscrit de plus parfaitement dans notre construction quoiqu'avec un vocabulaire un peu différent : si l'auteur indirect a bien commis une faute pénale d'imprudence en ne respectant pas les diligences normales, nous serons bien en présence d'un injuste abstraitement apprécié alors que les éléments relatifs au mode de participation à l'infraction (auteur direct ou indirect) et à la gravité de la faute de l'agent concrètement considéré ne seront pris en compte qu'à l'heure de lui imputer subjectivement cet injuste.

549. Contrairement à ce que nous aurions pu penser, il ressort que le bien juridique protégé, et plus encore la conception de l'infraction que suppose sa véritable reconnaissance comme objet de la protection pénale, joue un rôle important dans l'analyse des éléments de la typicité. Mais comme nous l'avons défendu plus haut, la simple vérification des conditions de la typicité ne suffit pas, selon nous, à justifier la répression pénale sauf à entendre l'infraction comme une pure violation de la loi. Pour que soit véritablement caractérisé un acte pénalement répréhensible, il faut en effet s'assurer qu'en plus de correspondre à la description du texte d'incrimination, celui-ci soit véritablement contraire au Droit, c'est-à-dire antijuridique.

550. Or, si nous approuvons l'idée défendue par la doctrine majoritaire des pays qui connaissent le bien juridique selon laquelle la typicité constitue une présomption d'antijuridicité, nous allons voir que cette présomption est loin d'être irréfragable¹²¹¹.

¹²⁰⁶ En ce sens : G. GIUDICELLI-DELAGE : « La responsabilité pénale dans l'entreprise après la loi du 10 juillet 2000 », *R.S.C.* 2001, p. 824-829, note sous Cass. Crim., 24 octobre 2000 : *Bull. crim.*, n°30 ; A. OUTIN-ADAM, « Le point de vue des chefs d'entreprise », Actes du colloque organisé par le centre de recherche en droit privé de l'Université de Paris I du 1^{er} février 2001, *R.S.C.* 2001, p. 758. Nous avons nous même antérieurement défendu cette position contraire à l'esprit du texte, celui-ci nous semblant alors devoir être sacrifié à une position plus claire permise par la lettre du texte et compatible avec le maintien des possibilités d'indemniser les victimes. Voir : M. LACAZE, *La réforme des infractions non intentionnelles au regard de la causalité*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, E.R.P.C, 2003, p. 73-75.

¹²⁰⁷ En ce sens : C. RUET, « La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », *Droit Pénal* 2001, Chron. p. 9. Une telle qualification semble néanmoins peu compatible avec l'idée de « *protection d'un intérêt* » que sous-tend la notion d'immunité de procédure et aurait l'inconvénient majeur d'empêcher l'examen de l'affaire au fond. Sur ces critiques, voir respectivement : J.-C. PLANQUE, « Influence de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité des personnes morales », note sous Cass. Crim., 24 octobre 2000 : *Bull. crim.* n°308 ; J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », *in Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, *Carré droit*, p. 112.

¹²⁰⁸ En faveur de la qualification de « *fait justificatif* », voir les auteurs présentés par : A. OUTIN-ADAM, « Le point de vue des chefs d'entreprise », art. préc., p. 758.

¹²⁰⁹ En ce sens : J.-Ch. SAINT-PAU, « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », art. préc., p. 112.

¹²¹⁰ Nous reviendrons sur cette question *infra*, n°671 et s.

¹²¹¹ En Allemagne, la reconnaissance de l'antijuridicité comme élément de l'infraction, de même que la présomption d'antijuridicité découlant de la typicité a été reconnue depuis longtemps par la jurisprudence, la décision citée en principe ayant été rendue le 3 avril 1930 par le Tribunal d'Empire. Voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 104.

Section 2

L'antijuridicité.

551. Nous avons déjà rencontré plusieurs fois la notion d'antijuridicité et mis en évidence les liens ténus qu'elle entretient avec le concept de bien juridique¹²¹². Nous avons ainsi observé que l'échec des tentatives doctrinales dans l'introduction de l'« *élément injuste* » pouvait s'expliquer par la limitation de celui-ci à une compréhension uniquement négative et formelle de l'antijuridicité, seule compatible avec la conception française traditionnelle de l'infraction comme atteinte à la loi¹²¹³.

Mais, si l'on adopte le point de vue ici défendu d'une infraction ayant pour finalité la protection des biens juridico-pénaux, l'antijuridicité se trouve alors au cœur de la théorie du délit et devient un élément essentiel dans la qualification de l'injuste, tant sur son versant négatif d'exclusion de la contrariété au Droit (I) que sur son versant positif d'exigence de contrariété véritable au Droit (II) du comportement typique. Celle-ci étant présumée dès lors que la typicité du comportement est établie, signalons qu'elle n'aura pas à être prouvée par l'accusation mais que cela sera à l'agent qui prétend invoquer son absence de la démontrer.

I L'antijuridicité négative.

552. Lorsqu'un comportement est typique, c'est-à-dire qu'il réalise l'ensemble des éléments du texte d'incrimination, il est présumé contraire au Droit puisqu'il correspond précisément à ce qui a été interdit par le législateur. Cette présomption d'antijuridicité n'est cependant pas irréfragable, ce dont témoigne la prévision par le législateur lui-même de faits justificatifs, ou « *causes objectives d'irresponsabilité pénale* ». Nous avons néanmoins souligné plus haut que la conception traditionnelle des faits justificatifs en terme de conflit de normes faisant disparaître l'élément légal était significative d'une infraction entendue comme une atteinte à la loi¹²¹⁴ alors qu'une conception de l'infraction ayant pour finalité la protection des biens juridico-pénaux est, au contraire, tout entière dominée par l'idée de pondération des biens juridiques¹²¹⁵. Dans ce cas, le comportement typique n'apparaît pas comme justifié uniquement parce que le législateur en a décidé ainsi dans une norme distincte de la norme de prohibition mais parce qu'il n'est pas véritablement contraire au Droit et qu'il ne peut donc constituer un injuste. Conformément à la position ici défendue, il nous faudra voir qu'au-delà de l'antijuridicité négative formelle (A), le Droit connaît également, contrairement aux prescriptions normativistes, une antijuridicité négative matérielle (B).

¹²¹² Pour une présentation historique de la notion ; voir : E. RIGHI, *Antijuridicidad y justificación*, Buenos Aires, Alfabet ediciones, coll. *Lumière*, 2002, p. 19-29 ; J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 27-82.

¹²¹³ Voir, sur l'« *élément injuste* » chez Garraud et sa réception dans la doctrine française, *supra*, n°55.

¹²¹⁴ Voir *supra*, n°190 et s.

¹²¹⁵ Nous employons ici l'expression de « *pondération des biens juridiques* » au sens plus large de la pondération, non pas entre les biens juridiques eux-mêmes mais entre les biens juridiques et le niveau de la menace qui pèse sur chacun. La doctrine allemande a traduit cette idée par celle de « *pondérations des intérêts* », pour marquer l'évolution de l'appréciation depuis une conception doctrinale initiale faisant référence à la pondération des biens juridiques *stricto sensu*. Voir : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, op. cit., p. 674, n°7. Nous préférons néanmoins maintenir l'expression de pondération des biens juridiques pour marquer notre rejet de l'assimilation des biens juridiques à la notion d'intérêt.

A. L'antijuridicité négative formelle.

553. L'antijuridicité négative formelle correspond à la prévision par le législateur de l'impunité du comportement typique. Seule permise par les théories normativistes et impérativistes, celle-ci peut néanmoins s'analyser autrement que comme un simple conflit de normes. Il est en effet évident que si l'existence d'une cause objective d'irresponsabilité pénale qui a pour fondement un texte légal pourrait en cela être analysée comme une cause de disparition de la typicité, cette position, qui reviendrait à défendre la disparition de l'« élément légal », nous semble critiquable car la justification n'efface pas la réprobation du comportement typique. Celle-ci, fondée sur l'existence d'une atteinte imputable à un bien juridique, demeure en effet et ce n'est que du fait de l'existence d'une autre situation, concomitante et valorisée par le droit, que le comportement typique n'est plus considéré comme contraire au droit¹²¹⁶.

Sauf à souscrire à une conception purement volontariste de la loi, il ressort en effet clairement que lorsque le législateur prévoit expressément la justification d'un comportement dans certaines circonstances, il opère un choix axiologique en privilégiant l'intégrité d'un bien juridique supérieur au détriment d'un bien juridique inférieur. Si l'on exclut pour l'instant la possibilité de lois injustes, il faudra alors admettre que les causes objectives d'irresponsabilité traduisent en réalité la prévision textuelle d'une absence d'antijuridicité matérielle, et ce qu'il s'agisse de faits justificatifs spéciaux mettant en application la cause objective d'irresponsabilité générale d'ordre ou d'autorisation de la loi (1), de la légitime défense (2) ou de l'état de nécessité (3) prévus par le Code pénal.

1°/ L'ordre, l'autorisation de la loi et leurs corollaires.

554. Il apparaît rapidement que la question de l'ordre et de l'autorisation de la loi est fortement marquée du sceau de la pondération des biens juridiques mais il n'est pas toujours facile de distinguer ces cas d'absence d'injuste d'autres mécanismes faisant simplement obstacle à l'imputation de l'injuste.

555. **___ Pondération des biens juridiques. ___** Si nous avons vu plus haut que l'érection, par le législateur, d'un fait justificatif général d'ordre ou d'autorisation de la loi pouvait s'analyser comme un stigmate d'une conception de l'infraction comme violation de la loi¹²¹⁷, il n'en reste pas moins que les lois particulières qui viennent ordonner ou permettre certains comportements normalement typiques indiquent une certaine hiérarchie entre les biens juridiques en présence, le législateur commandant ou autorisant le sacrifice d'un bien juridique normalement protégé. Il n'est pas question ici de rescenser l'ensemble des « faits justificatifs spéciaux »¹²¹⁸, correspondant à l'exercice d'un droit, l'accomplissement d'un devoir ou à une immunité de procédure mais de relever que l'existence d'une pondération des biens juridiques par le législateur apparaît souvent de façon extrêmement flagrante.

Il en est ainsi par exemple en matière de dénonciation de crime ou d'entrave à la manifestation de la vérité judiciaire lorsqu'est en cause un secret professionnel : alors que l'article 226-13 du Code pénal vient réprimer la violation du secret professionnel, ordonnant ainsi de le respecter même dans les cas où il peut entraver la découverte d'une infraction pénale¹²¹⁹, l'article 226-14 vient immédiatement poser des exceptions lorsque celle-ci concerne des mineurs ou des personnes vulnérables ou qu'il s'agit de dénoncer une personne particulièrement dangereuse et armée.

Mais il en est de même pour des biens juridiques qui fondent une absence d'injuste général comme le commandement de l'autorité légitime de l'article 122-4 al. 2 qui pose le principe de la

¹²¹⁶ En ce sens, par exemple : S. MIR PUIG, « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », art. préc., p. 12.

¹²¹⁷ Voir *supra*, n°195.

¹²¹⁸ Nous en avons déjà présenté quelques-uns ; voir *supra*, n°201.

¹²¹⁹ Ce que rappellent expressément les derniers alinéas des articles 434-1 et 434-11 du Code pénal.

supériorité de l'autorité publique sur des atteintes éventuelles à d'autres biens juridiques en dehors des cas où l'ordre est « *manifestement illégal* », l'autorité publique perdant alors sa légitimité. Il faut également noter que le Code pénal prévoit également l'exclusion de la justification par le commandement de l'autorité légitime, mais également par l'ordre ou l'autorisation de la loi en matière de crimes contre l'humanité¹²²⁰. On voit là l'affirmation de la nécessaire antijuridicité de ces crimes et la reconnaissance de la limite de la légalité formelle, l'autorité même de la loi cédant devant le respect des biens juridiques de l'humanité elle-même.

556. Lorsque ce n'est pas le législateur lui-même qui prévoit la pondération des intérêts, celle-ci n'en apparaît pas moins, confirmant qu'elle est inhérente à l'appréciation de l'injuste. Il suffit pour s'en convaincre d'une analyse rapide de la jurisprudence rendue sur le fondement de l'article 73 du Code de procédure pénale qui ordonne à tout citoyen d'appréhender l'auteur d'un crime ou délit flagrant et sur l'article 174 du décret du 20 mai 1903 *portant règlement sur l'organisation et le service de la gendarmerie*, dispositions qui peuvent être analysées comme érigeant la manifestation de la vérité judiciaire (derrière l'ordre public) et l'autorité publique comme des biens juridiques justifiant, en principe, certaines atteintes à l'intégrité physique. Bien que ces textes ne le prévoient pas expressément, la jurisprudence a, dans les deux cas, limité l'absence d'antijuridicité résultant de leur application, respectivement à un « *usage de la force nécessaire et proportionné aux conditions de l'arrestation*¹²²¹ » et à un « *usage (...) absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce* » de son arme de service par le gendarme¹²²². Mais l'identification de la disparition de l'antijuridicité apparaît souvent clairement, il n'en est pas toujours ainsi.

557. — **Limitation à la pondération de biens juridiques *in abstracto*.** — Il faut en effet souligner qu'il n'est pas toujours facile de distinguer les véritables faits justificatifs spéciaux d'autres mécanismes faisant simplement obstacle à la répression pénale en rendant impossible l'imputation subjective de l'injuste. Il en est ainsi par exemple des immunités familiales dans le domaine de la non dénonciation de crime, du recel de malfaiteurs et des atteintes aux biens. Bien que la Cour de cassation, en refusant d'appliquer rétroactivement la loi venant restreindre le champ d'application des immunités familiales en matière d'atteintes aux biens ait rejeté leur qualification comme immunité de procédure et semble bien avoir consacré leur appartenance aux causes objectives d'exonération¹²²³, et donc à l'antijuridicité négative, la solution nous semble critiquable du point de vue de la pondération des biens juridiques.

Si l'on comprend tout à fait que le droit puisse préférer ne pas s'immiscer dans les familles pour préserver la cohésion et l'intimité de celles-ci, les conséquences d'une absence d'injuste peuvent sembler tout à fait contradictoires avec le maintien de la responsabilité civile¹²²⁴ et disproportionnées avec la finalité recherchée étant donné que l'absence d'injuste rendrait impossible la poursuite des complices ou receleurs extérieurs à la famille¹²²⁵. En réalité, il semble qu'ici, l'antijuridicité pénale demeure et qu'il serait plus juste de considérer les immunités familiales comme de simples immunités de procédure en matière d'infractions contre les biens¹²²⁶.

¹²²⁰ Article 231-4 du Code pénal.

¹²²¹ Voir : Cass. Crim., 28 mars 2006, *Bull. crim. n°88*.

¹²²² Voir : Cass. Crim., 18 février 2003, *Bull. crim. n°41*.

¹²²³ Notons que si elle n'est pas reprise par la Cour de cassation, c'était là la formule employée par la décision attaquée que valide la Chambre criminelle. Voir : Cass. Crim., 14 novembre 2007, *Bull. crim. n°281*.

¹²²⁴ En ce sens notamment : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 312-313 ; P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », art. préc. ; X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 175. Nous verrons cependant que l'absence d'antijuridicité pénale ne fait pas nécessairement obstacle à la reconnaissance de l'antijuridicité civile. Voir *infra*, n°692 et s.

¹²²⁵ Pour maintenir la cohérence théorique, il faudrait en effet que la jurisprudence modifie sa position relative au recel de chose volée par un bénéficiaire de l'immunité familiale. En effet, elle admet jusqu'ici la possibilité de condamner le receleur (voir par exemple, Cass. Crim., 6 novembre 1936, *Bull. crim. n°111*), ce qui devient impossible si le vol au sein de la famille est couvert par une cause objective d'irresponsabilité et n'est donc plus un « *délit* » comme l'exige l'article 321-1 du Code pénal. Il en va de même en matière de complicité faute de fait principal punissable.

¹²²⁶ C'est la position majoritairement défendue par la doctrine qui s'appuie sur la formulation du Code prévoyant que l'atteinte commise par les membres de la famille visés par les textes « *ne peut donner lieu à des poursuites pénales* ». Voir *supra*, n°290.

Pour les incriminations de non dénonciation de crime, d'omission de témoigner en faveur d'un innocent et de recel de malfaiteurs, il nous semble que c'est la notion d'inexigibilité qui pourrait intervenir, justifiant l'absence d'imputation subjective d'un injuste par ailleurs constitué. Dans ces derniers cas, il nous semble en effet particulièrement difficile de défendre la prééminence de la solidarité au sein d'une famille déterminée sur la manifestation de la vérité judiciaire¹²²⁷ en matière de crime mais il est en revanche tout à fait compréhensible que, du point de vue de l'individu, il soit jugé trop sévère de sanctionner cet injuste¹²²⁸.

Il apparaît alors une distinction entre la pondération des biens juridiques *in abstracto*, qui se traduit par une exclusion de l'injuste et une pondération considérée *in concreto*, du point de vue du sujet passif, qui appartient à la seule question de l'imputation de l'injuste et que nous étudierons plus bas. Pour l'heure, il nous faut revenir aux autres cas d'antijuridicité négative prévus par le Code pénal, à savoir, d'abord, la légitime défense.

2°/ La légitime défense.

558. Malgré ce que nous avons observé plus haut sur les stigmates d'une infraction entendue comme violation de la loi, le droit positif est, en matière de légitime défense, le plus souvent compatible avec les solutions dictées par l'adoption d'une conception de l'infraction comme protection des biens juridiques. S'il n'est pas question d'étudier en profondeur les conditions de ce fait justificatif, nous verrons néanmoins que la notion d'antijuridicité ici défendue, en ce qu'elle impose une appréciation *ex ante* de l'acte antijuridique constitutif de l'agression (a) comme de l'acte de défense nécessaire et proportionné (b), permet d'éclairer et de nuancer certaines solutions prétoriennes.

a. Une agression antijuridique.

559. ___ **Antijuridicité de l'agression.** ___ La condition première de la légitime défense, à savoir une « atteinte injustifiée » contre les personnes ou un « crime ou un délit contre un bien », n'est pas sans rappeler la notion d'injuste au sens où elle est entendue ici. Même si l'article 122-5 alinéa 1 n'exige pas, dans la légitime défense des personnes, que le comportement constitutif de l'agression soit incriminé on y retrouve néanmoins plusieurs des traits caractéristiques de l'antijuridicité pénale.

Il est en effet admis sans discussion que l'agression doit être contraire au droit, c'est-à-dire antijuridique sinon nécessairement typique, et que ne peuvent donc être qualifiés comme telle des actes conformes au droit comme l'interruption volontaire de grossesse, la possession de maïs transgénique¹²²⁹, ou, plus largement, les actes eux-mêmes couverts par une cause d'exclusion de l'antijuridicité¹²³⁰. Mais il n'est surtout pas besoin que l'acte constitue une infraction véritable dans le sens où l'acte d'agression n'a pas à être subjectivement imputable à l'agent : un tel acte commis par un irresponsable ou sous l'emprise d'une autre cause d'exclusion de la responsabilité pénale est une agression injustifiée au sens de l'article 122-5 du Code pénal¹²³¹.

Il ressort donc clairement que la condition première de la légitime défense correspond à l'existence d'une agression antijuridique¹²³². La question qui se pose néanmoins est de savoir

¹²²⁷ La position que nous défendons ici est minoritaire, les auteurs admettant majoritairement qu'il s'agit là d'un cas d'autorisation de la loi ; voir notamment : P. MOUSSERON, « Les immunités familiales », art. préc. Un auteur met pour sa part en avant l'absence de constitution de l'infraction par une argumentation fondée sur la notion d'antijuridicité, l'intérêt supérieur de la famille commandant l'impunité. Voir : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 175.

¹²²⁸ Sur cette notion d'inexigibilité, voir *infra*, n°649 et s.

¹²²⁹ En ce sens, respectivement, par exemple : T.C. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal. 1995. 2*. Somm. 327 ; TGI Agen, 18 février 1998, *Dalloz 1999*, Somm. 334, note GALLOUX.

¹²³⁰ Ceci explique donc l'adage « légitime défense sur légitime défense ne vaut ». Voir : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 184, n°214.

¹²³¹ En ce sens par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 152, n° 261.

¹²³² En ce sens par exemple, soulignant l'identité de la notion d'antijuridicité dans ce cas avec celle de la théorie générale du délit : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general, op. cit.*, p. 615, n°14.

comment cette antijuridicité doit être appréciée, notamment lorsqu'il existe un décalage entre la réalité de l'agression et la perception qu'en a l'auteur de l'acte de défense.

560. — Légitime défense putative. — Au-delà des divergences terminologiques sur la notion de légitime défense putative¹²³³, il s'agit là de poser la question de l'admission de la légitime défense lorsque l'agression a été, à tort, considérée comme antijuridique par l'auteur de l'acte de défense. La jurisprudence penche pour l'admission de la justification dès lors que la personne a été « victime des apparences » et que toute personne raisonnable aurait légitimement pu croire en la réalité de l'agression injuste¹²³⁴ mais la rejette dans le cas contraire. Mais si l'opportunité de la solution est en général reconnue, son fondement est plus discuté, certains auteurs assimilant ce cas à une légitime défense réelle faisant disparaître l'infraction elle-même¹²³⁵ alors que d'autres se réfèrent aux critères de l'erreur de droit¹²³⁶.

De la même façon, dans le cas où l'erreur n'aurait pas été commise par le « bon père de famille », la doctrine oscille entre l'exclusion de toute justification et la disparition de l'infraction du fait de l'existence d'une erreur de fait faisant obstacle à la reconnaissance de l'intention délictuelle. Comme le souligne fort justement un auteur, ces positions dépendent, plus profondément, de la nature du fondement, objectif ou subjectif, reconnu à la justification¹²³⁷. Nous avons pour notre part dénoncé plus haut la conception des faits justificatifs comme conflit de normes et donc comme disparition de l'élément légal pour être rattaché à une conception normativiste de l'infraction et nous avons défendu que l'absence de responsabilité subjective de l'agent dont le comportement est justifié par une cause objective de responsabilité n'était pour nous qu'une conséquence de l'absence d'antijuridicité de son acte¹²³⁸.

Or, pour nous, l'antijuridicité de l'acte typique doit être appréciée au moment de la réalisation du comportement étant donné que la réprobation de l'acte exprimée par le législateur ne peut être guidée, si elle s'inscrit véritablement dans une finalité de protection des biens juridiques, que par une appréciation du danger encouru par le bien juridico-pénal¹²³⁹. **La qualification de l'antijuridicité du comportement doit de ce fait nécessairement s'opérer *ex ante* et *in abstracto* au regard du standard de l'homme moyen idéal**¹²⁴⁰. En admettant la légitime défense face à l'acte qui pouvait légitimement être considéré comme une agression injuste, la jurisprudence s'inscrit parfaitement dans cette analyse : au moment où est réalisé l'acte de défense, le bien juridique apparaissait bien, *in abstracto* et *ex ante* sous la menace d'une atteinte injuste, le fait qu'il s'avère, *ex post*, que le danger n'était pas réel, étant indifférent¹²⁴¹. L'antijuridicité de l'acte fait

¹²³³ Certains auteurs réservent ce terme à l'agression qui n'existe que dans l'esprit de celui qui se croit victime d'une agression injuste à l'inverse de l'agression vraisemblable alors que d'autres y incluent ces deux cas de figure. Respectivement, par exemple : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 183, n°214 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 153, n°263.

¹²³⁴ *Ibid.* Une décision de fond, ancienne mais encore citée en référence, a ainsi posé que la légitime défense n'avait pas vocation à s'appliquer uniquement en « cas de nécessité éclatante, absolue, indiscutable » mais également dans « le cas où celui que se défend peut raisonnablement croire qu'il se trouve en péril ». Voir : C.A Chambéry, 6 février 1907, *D.P 1907*. 5. 19.

¹²³⁵ Cette position est présentée comme majoritaire. Voir : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 153, n°263.

¹²³⁶ En ce sens : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 183, n°214.

¹²³⁷ Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 153, n°263.

¹²³⁸ Voir *supra*, n°241.

¹²³⁹ Cette idée est très largement défendue dans la doctrine des pays d'inspiration germanique. Ainsi le professeur MIR PUIG affirme-t-il que l'interdiction de commettre des infractions n'a de sens que si elle se comprend comme s'adressant au citoyen avant qu'il ait commis le délit (*ex ante*, c'est-à-dire au moment de la réalisation du comportement) étant donné que celle-ci arriverait trop tard si elle se référerait au délit déjà commis (*ex post*). Pour lui, la conception préventive de la peine comme la perspective *ex ante* de la théorie du délit s'imposent dans les deux piliers de l'infraction que sont l'antijuridicité et la responsabilité. Voir : S. MIR PUIG, « La perspectiva '*ex ante*' en derecho penal », *ADPCP*, 1983, p. 5-22, [en ligne], <<http://www.cienciaspenales.net>>; en particulier p. 7 et p. 9-13.

¹²⁴⁰ On voit apparaître ici ce qui fondera l'introduction de la notion d'imputation objective, le résultat effectivement produit *in concreto* et *ex post* ne pouvant être objectivement imputé au comportement qui ne pouvait normalement, *ex ante* et *in abstracto*, le produire. Sur cette notion, voir *infra*, n°606 et s.

¹²⁴¹ En ce sens par exemple : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, T. II. p. 426 ; C. ROXIN, *Derecho penal : parte general, op. cit.*, p. 631, n°45.

alors défaut et il n'est pas besoin de recourir à la notion d'erreur de droit, appartenant à l'imputation subjective de l'injuste, pour exclure la qualification de l'injuste lui-même.

L'erreur de fait de nature à établir la bonne foi de l'agent pourrait, pour sa part, réapparaître dans le cas où la croyance erronée de l'agent n'aurait pas pu être celle du bon père de famille placé dans les mêmes circonstances. Dans ce cas, le bien juridique n'est pas en danger *ex ante* et *in abstracto* et l'acte de défense n'est pas justifié du point de vue de l'antijuridicité même si la responsabilité pourra être exclue ou atténuée au moment de l'imputation subjective de l'injuste¹²⁴². L'erreur de droit n'interviendrait ainsi que lorsque l'agent se trompe sur les conditions légales du fait justificatif, la conscience de l'antijuridicité faisant alors défaut et l'imputation subjective de l'injuste pouvant être écartée si les conditions de l'erreur excusable sont réunies.

561. Mais si le bien juridique peut éclairer l'appréciation de l'acte d'agression, il va encore davantage intervenir dans la qualification de l'acte de défense.

b. La nécessité et la proportionnalité de l'acte de défense.

562. En ce qui concerne la deuxième condition de la légitime défense, celle d'un acte de défense nécessaire et non disproportionné pour la légitime défense des personnes et strictement nécessaire et proportionné pour la légitime défense des biens, les nuances prévues par le législateur dans son appréciation n'enlèvent rien au principe directeur de cette cause d'exclusion de l'antijuridicité : celui de la pondération entre les biens juridiques en présence et des atteintes auxquelles ils sont exposés. Mais plutôt que de s'attarder sur des questions déjà exhaustivement étudiées, penchons nous sur l'apport que peut constituer une théorie du délit comme atteinte aux biens juridiques sur les problèmes théoriques les plus souvent évoqués, à savoir l'excès de légitime défense et l'acte de défense non intentionnel.

563. ____ **L'excès de légitime défense.** ____ L'excès de légitime défense se rencontre lorsque, face à une agression antijuridique, l'agent riposte au-delà de ce qui est permis par le droit. Nous ne reviendrons pas ici sur les critères choisis par le législateur dans la pondération des biens juridiques¹²⁴³ mais nous signalerons simplement que la rédaction de l'article 122-5 du Code pénal conforte la position défendue d'une appréciation de l'antijuridicité du comportement *ex ante* et *in abstracto*. Celui-ci, en se référant à l'absence de disproportion et à la proportion des **moyens** employés, indique en effet qu'il ne s'agit pas d'apprécier le résultat de l'acte de défense, c'est-à-dire les conséquences véritables de l'acte produites *ex post*, mais au contraire les conséquences que l'on peut abstraitement attendre du comportement. La légitime défense pourra ainsi être retenue si l'acte apparaissait comme proportionné *ex ante* quelle que soit la gravité du résultat effectivement subi par la victime mais, à l'inverse, devra être exclue si l'acte laissait craindre une atteinte disproportionnée à un bien juridique de l'agresseur, peu important alors que celle-ci ait finalement été proportionnée *ex post*.

Une question peut néanmoins se poser lorsque le recours à un acte de défense non nécessaire ou la disproportion des moyens choisis n'est pas volontaire mais résulte d'une erreur d'appréciation de la part de l'agent. Dans ce cas, il nous semble falloir raisonner de la même façon qu'en matière de légitime défense putative : si l'erreur de l'agent avait pu être commise par le bon père de famille, alors, les moyens employés doivent être considérés comme proportionnés *ex ante* et la légitime défense doit être admise (par exemple si l'agent utilise une arme présentée comme non létale et qui se révèle finalement létale¹²⁴⁴).

¹²⁴² La bonne foi peut en effet permettre de nier la conscience de l'antijuridicité. Sur celle-ci, voir *infra*, n°656 et s. On pourrait en effet envisager que l'erreur n'ait pas pu être commise par le bon père de famille mais soit néanmoins excusable *in concreto* ; rapprocher, *infra*, note 1355.

¹²⁴³ Voir *supra*, n°285 et 286.

¹²⁴⁴ L'hypothèse d'école pourrait venir à se présenter, par exemple pour celui qui aurait utilisé un « taser » en légitime défense des biens...

A l'inverse, si l'erreur de l'agent n'aurait pu être commise par l'homme moyen normalement diligent, la riposte n'est pas proportionnée *ex ante* et la légitime défense doit être écartée, une éventuelle atténuation de la responsabilité étant alors envisageable au seul niveau de l'imputation subjective de l'injuste (par exemple si l'agent, anormalement paniqué par la vue d'un cambrioleur, confond une arme factice destinée à faire peur avec une arme véritable et tue le voleur). Mais si ces solutions semblent imposées par le droit positif lui-même, il en va autrement dans la question l'acte de défense non intentionnel.

564. ___ L'acte de défense non intentionnel. ___ La jurisprudence a depuis longtemps posé le principe selon lequel « *la légitime défense est inconciliable avec le caractère involontaire de l'infraction*¹²⁴⁵ ». Même si un arrêt a semblé indiquer un infléchissement de la position de la Cour de cassation¹²⁴⁶, la solution est considérée comme acquise malgré les critiques de la doctrine qui contestent l'intrusion d'un élément psychologique dans le domaine des faits justificatifs¹²⁴⁷ ou l'incohérence de la position au regard des autres faits justificatifs¹²⁴⁸.

Un autre argument peut être invoqué pour la rejeter, qui s'appuie, une fois encore, sur la façon dont doit être appréciée l'antijuridicité et sur la confusion qu'opère cette jurisprudence entre volonté de l'acte et intention du résultat. Si l'on admet en effet que l'antijuridicité de l'acte doit être apprécié *ex ante*, il faut seulement s'assurer que le comportement adopté en défense a bien été volontaire, c'est-à-dire qu'il n'a pas été contraint et qu'il avait bien pour finalité d'atteindre un bien juridique de l'agresseur dans le but de stopper l'agression. Il importe peu en revanche que le résultat finalement produit par cet acte de défense ait été ou non recherché, et donc que l'infraction ait été non intentionnelle du point de vue du résultat légal¹²⁴⁹. Cela signifie par conséquent que celui qui souhaite par exemple menacer son agresseur d'une arme (voie de fait volontaire) mais qui, par accident, le tue (atteinte non intentionnelle à la vie), pourra être couvert par la légitime défense dès lors que les autres conditions sont réunies. Notons que cette position n'aurait pas selon nous pour effet nécessaire de priver le tiers victime d'un acte de défense mal maîtrisé de toute indemnisation civile du fait de la dissociation que nous défendons entre antijuridicité pénale et civile¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ Cass. Crim., 16 février 1967, *Bull. crim. n°70* ; Cass. Crim., 9 juillet 1984, *Gazette du Palais*, 1984, II, 751, note J.-P. DOUCET.

¹²⁴⁶ Un arrêt a ainsi admis la légitime défense dans un cas où l'agresseur « *s'étant penché vers lui pour l'empoigner par les vêtements* », l'agent « *a eu un geste de recul et a tiré dans la direction de son antagoniste, l'atteignant d'une balle en plein cœur* ». Voir : Cass. Crim., 21 février 1996, *Bull. crim. n°84*. Il faut néanmoins relativiser la portée de cet arrêt car si les faits se rattachent clairement à une infraction non intentionnelle dans le sens où le résultat de mort ne semble dû qu'à un mouvement de recul et n'a donc pas été recherché, la qualification retenue en l'espèce pour l'acte de défense était bien intentionnelle puisqu'il s'agissait du meurtre. La Cour de Cassation s'est de plus bien gardée de mettre cet élément en évidence dans sa motivation, qui ne se réfère qu'à la proportionnalité des moyens employés. Notons également la solution aurait pu s'expliquer, en amont, par la qualification d'un mouvement réflexe faisant obstacle à la reconnaissance d'un comportement véritable. Un arrêt récent semble de plus confirmer le maintien de la solution de principe. La Cour de cassation a en effet censuré la condamnation pour homicide involontaire de l'agent qui invoquait avoir intentionnellement tué un agresseur en état de légitime défense, au motif que la cour devait s'interroger sur le caractère intentionnel des faits qui lui étaient soumis et, le cas échéant, se déclarer incompétente. Voir : Cass. Crim., 24 mars 2009, *pourvoi n°08-84.849*.

¹²⁴⁷ Voir par exemple : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 185, n°215.

¹²⁴⁸ En ce sens : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 154, n°265. L'ordre ou l'autorisation de la loi n'ont en effet pas été jugés comme incompatibles avec le caractère non intentionnel de l'infraction. Voir, s'agissant de l'homicide non intentionnel du gendarme dans le cadre de l'article 174 du décret du 20 mai 1903 : Cass. Crim., 18 février 2003, *Bull. crim. n°41*.

¹²⁴⁹ En ce sens, considérant l'exclusion des infractions non intentionnelles du champ de la légitime défense « *illogique et injuste* » et soulignant que les conditions de la légitime défense doivent s'apprécier du point de vue de l'acte de défense et non du résultat, voir par exemple : A. VITU, note sous CA Paris, 5 juin 1985, *R.S.C. 1987*, 865.

¹²⁵⁰ L'absence d'antijuridicité pénale de l'acte emporte en effet l'absence d'antijuridicité civile du même acte face à l'agresseur du fait de la faute de la victime mais, du point de vue du tiers, il nous semble que l'on peut défendre le maintien d'une antijuridicité civile. Voir *infra*, n°692 et s. De plus, si on admet la possibilité d'un concours lorsqu'un même bien juridique abstrait a été atteint mais qu'il existe des biens juridiques concrets distincts au regard desquels l'élément moral varie, il serait possible de retenir un homicide non intentionnel en concours avec le comportement justifié par la légitime défense. Sur cette question, voir *supra*, n°279.

565. Maintenant que nous avons dégagé l'influence que peut exercer une conception de l'infraction comme protection des biens juridiques dans la légitime défense, il nous faut nous intéresser à la dernière cause objective d'irresponsabilité pénale prévue par le Code pénal et dont la légitime défense apparaît souvent comme un cas particulier : l'état de nécessité.

3°/ L'état de nécessité.

566. Étant donné la proximité entre la légitime défense et l'état de nécessité, nous ne serons pas surpris de constater la similitude des solutions qui doivent régir la matière, tant du point de vue de la situation de danger (a) pour le bien juridique que du comportement typique réalisé (b).

a. La situation de danger.

567. ___ **Danger non-conforme au droit.** ___ La doctrine affirme parfois que la situation de danger doit être « *injuste* » pour exprimer l'idée que l'agent ne doit pas être légalement tenu de la supporter¹²⁵¹. Il nous semble néanmoins préférable de ne pas reprendre cette expression à notre compte pour ne pas créer de confusion avec la notion ici défendue d'injuste. La situation de danger n'a pas à être incriminée et surtout, à la différence de la légitime défense, elle n'a même pas à être antijuridique dans le sens où elle peut résulter d'événements de toutes sortes, y compris purement accidentels ou naturels et donc insusceptibles d'être contraires au droit. Il faut ainsi considérer simplement que la situation de danger ne doit pas être conforme au droit, et notamment que celui-ci n'impose pas à l'agent de la subir (comme par exemple, le soldat, tenu de mettre sa vie en danger pour défendre son pays). Comme dans la légitime défense, en revanche, le danger doit être réel, c'est-à-dire certain et non seulement hypothétique et actuel ou imminent. Sans développer ces questions dans lesquelles le bien juridique n'intervient que peu, nous évoquerons seulement rapidement le problème de la situation de danger provoquée par une faute antérieure.

568. ___ **Question de la faute antérieure.** ___ De la même façon que pour la contrainte, la jurisprudence considère que l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'agent qui a provoqué lui-même la situation de danger par une faute antérieure¹²⁵². Si certains auteurs justifient la solution par l'absence de véritable danger actuel ou imminent dans ce cas¹²⁵³, l'argument nous semble peu convainquant. Celui qui joue avec des allumettes est sans doute fautif mais il n'en reste pas moins que s'il provoque un incendie, sa vie sera véritablement menacée et qu'il se trouvera dans une situation nécessitant d'agir pour la protéger. Quelle que soit l'origine du péril, la réalité de celui-ci n'est pas exclue et l'affirmation nous semble devoir être maintenue même en cas de provocation intentionnelle de la situation de danger. Comme tous les autres éléments des causes d'exclusion de l'antijuridicité, le danger doit en effet s'apprécier objectivement, c'est-à-dire qu'est aussi indifférente la recherche du danger que la surévaluation de celui-ci par l'agent : il faut simplement s'assurer que le bien juridique encoure un péril véritable. Ce n'est donc pas selon nous du côté du danger qu'il faut rechercher la justification d'une exclusion de la justification qui pourrait par ailleurs apparaître comme tout à fait choquante, particulièrement en cas de provocation intentionnelle de la situation de nécessité.

¹²⁵¹ En ce sens : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 157, n°272.

¹²⁵² Voir le célèbre arrêt *Lesage* du 28 juin 1958, dans lequel la Cour de cassation pose que la faute antérieure de l'agent, bien que non intentionnelle (possible défaut d'entretien du véhicule), est exclusive du bénéfice de l'état de nécessité : « *qu'en effet les juges d'appel auraient dû démontrer (...) qu'il n'avait pas créé lui-même ce prétendu état de nécessité en laissant sa femme et son enfant prendre place à ses côtés dans une voiture dont la portière était sujette à s'ouvrir soit d'elle-même, soit par une fausse manœuvre de sa femme ou de son enfant* ». Voir : Cass. Crim., 28 juin 1958, J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, n°24. La solution a été maintenue depuis la consécration textuelle de l'état de nécessité et bien que l'article 122-7 du Code pénal n'y fasse pas référence. Voir : Cass. Crim., 22 septembre 1999, *Bull. crim.* n°193.

¹²⁵³ En ce sens : B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 351, n°405.

569. — Résolution par l'*actio liberae in causa*. — Il nous semble que, comme pour la contrainte, c'est à la théorie de l'*actio liberae in causa* qu'il faut recourir pour tenter de résoudre la difficulté¹²⁵⁴. Conformément aux principes dégagés plus haut, le comportement typique rendu nécessaire par la faute antérieure de l'agent pourra être justifié s'il satisfait aux autres conditions de l'état de nécessité mais il sera possible de remonter au comportement ayant causé la situation de danger et de chercher une possible qualification pénale au regard du résultat causé par l'acte nécessaire. Ce n'est en effet pas l'atteinte au bien juridique sacrifié en tant que telle qui est justifiée mais seulement l'acte qui l'a entraînée. Pour reprendre le cas de l'arrêt *Lesage* d'un défaut d'entretien du véhicule, trois situations sont à distinguer selon la nature de la faute de l'agent.

570. Tout d'abord, comme dans l'arrêt précité, celui-ci peut n'avoir aucunement recherché la situation de danger malgré sa négligence, consciente ou inconsciente. Dans ce cas, lorsqu'il précipite sa voiture sur un véhicule arrivant en sens inverse pour ne pas écraser sa femme tombée du véhicule, il commet bien un comportement typique selon nous qualifiable de violences volontaires¹²⁵⁵. La situation de danger étant néanmoins bien réelle et le moyen employé pour éviter l'atteinte à la vie de sa femme proportionné, ce comportement typique doit être justifié par l'état de nécessité. Cela sera alors à la négligence originelle du défaut d'entretien du véhicule qu'il faudra chercher à imputer le résultat dommageable d'atteinte à l'intégrité physique des tiers.

Si l'on suit simplement les critères de la typicité, les blessures des tiers étant bien en relation de causalité certaine avec l'absence de diligences de l'agent, il sera possible de retenir la qualification de blessures involontaires, mais en aucun cas celle de violences volontaires. Si l'on accepte d'intégrer l'imputation objective¹²⁵⁶ comme élément de l'injuste, la solution est plus douteuse : même si le résultat de blessure dans un accident de la circulation correspond bien à la finalité de la norme imposant un entretien soigneux des véhicules dans le sens où le défaut d'entretien fait courir un risque à la sécurité routière, bien juridique secondaire visant précisément à protéger l'intégrité physique des usagers de la route, il semble que le cours causal puisse bien ici être qualifié d'anormal et exclue ainsi l'imputation du résultat à l'imprudence originelle. De ce fait, il semble que seul soit punissable, à titre autonome et s'il correspond à une incrimination, le défaut d'entretien du véhicule.

571. L'agent peut ensuite avoir recherché la situation de danger mais non le résultat dommageable produit sur les tiers, par exemple parce qu'il espérait avoir un accident lui permettant de recevoir une indemnisation de la part de l'assurance de son véhicule. Admettons que l'agent se trouve ainsi, lancé à vive allure, privé de frein et doive se précipiter sur un véhicule arrivant en sens inverse pour éviter de renverser un piéton. Bien que recherchée, la situation de danger n'en est pas moins réelle et il apparaît comme nécessaire et proportionné de heurter un autre véhicule plutôt que risquer de tuer un piéton.

Pour autant, si le comportement typique de violences volontaires est bien justifié par la nécessité, le défaut d'entretien originel se trouve bien en relation de causalité avec les blessures infligées au tiers. Il sera alors possible de qualifier un comportement typique de blessures involontaires, aggravées par une faute délibérée. L'imputation objective du résultat à l'imprudence originelle semble ici plus sûrement devoir être admise, le dommage produit rentrant bien dans la finalité de protection de la norme imposant d'entretenir son véhicule et le cours causal n'apparaissant pas dans ce cas comme imprévisible ou même anormal (à rouler sans freins, on s'expose précisément à ce genre de situation). Dans tous les cas, et même si le cours causal devait

¹²⁵⁴ Sur cette notion, voir *supra*, n°510.

¹²⁵⁵ La qualification retenue par l'arrêt *Lesage*, à savoir les blessures involontaires, nous semble discutable si elle exclut toute justification du comportement : en précipitant son véhicule sur un autre, l'agent savait qu'il allait nécessairement porter atteinte, au moins légèrement, à l'intégrité physique et psychique des passagers du véhicule. De cette façon, si l'on suit la technique d'incrimination suivie par le législateur en matière de violences, il y a bien une voie de fait volontaire et on devrait retenir la qualification de violences volontaires et non de blessures non intentionnelles.

¹²⁵⁶ Sur l'imputation objective, voir plus précisément, *infra*, n°606 et s.

être considéré comme anormal du fait d'un autre évènement ou si les blessures subies par le tiers s'avèrent tout à fait bénignes et donc moins sévèrement sanctionnées, on pourra retenir la qualification de mise en danger de la vie d'autrui.

572. L'agent peut enfin avoir recherché le résultat dommageable lui-même et n'avoir utilisé la situation de danger que pour bénéficier d'un fait justificatif détourné de sa finalité. On peut ainsi imaginer une personne profondément jalouse de la magnifique voiture de son voisin et qui, habitant dans une rue en pente, se garderait de faire réparer ses freins dans le but de se trouver en situation d'avoir le choix entre renverser un piéton et se lancer contre le véhicule jaloué en stationnement.

Dans ce cas, et en admettant que l'agent, à force de faire le tour de son quartier, se trouve dans la situation voulue, la situation de danger est bien caractérisée et la dégradation volontaire du véhicule du voisin est bien nécessaire et proportionnée au danger pour la vie ou l'intégrité physique du piéton qu'elle permet d'éviter. Mais en plus de pouvoir, comme dans le cas précédent, qualifier l'imprudance originelle de mise en danger de la vie d'autrui, il paraîtrait choquant de devoir exclure la qualification de destruction intentionnelle d'un bien appartenant à autrui. Or, en dépit d'un cours causal particulier, il semble que l'on puisse retenir cette incrimination, l'incrimination de l'article 322-1 du Code pénal n'exigeant pas de modes de commission particulier, l'intention délictuelle étant indéniablement présente et l'utilisation du véhicule malgré son défaut d'entretien étant bien un acte positif. L'imputation objective du résultat ne serait alors exclue que si l'enchaînement des évènements était tout à fait imprévisible *in abstracto* bien que prévue par l'agent ; dans ce cas, nous serions en réalité face à une infraction putative qui pourrait être réprimée au titre de la tentative¹²⁵⁷.

573. Combinée avec les critères de l'imputation objective, l'application de la théorie de l'*actio liberae in causa* conduira ainsi le plus souvent à l'impunité des situations provoquées par une simple négligence mais permettra en revanche la répression des situations de danger recherchées sur le fondement d'une qualification non intentionnelle (souvent aggravée) ou d'une infraction obstacle ainsi que celle des résultats dommageables recherchés sur le fondement d'une qualification intentionnelle¹²⁵⁸.

574. Mais, ces cas particuliers mis à part, une fois admise la présence d'une situation de danger, il faut encore s'assurer, pour exclure l'antijuridicité du comportement, que l'infraction réalisée est bien nécessaire et proportionnelle.

b. Le comportement typique nécessaire.

575. Avant toute chose, il faut rappeler que si l'infraction doit être nécessaire pour éviter le danger, il est indispensable que l'agent ait eu le choix entre subir le danger et commettre une infraction, à défaut de quoi nous ne serions pas face à un cas d'état de nécessité mais de contrainte, l'acte de l'agent n'étant pas volontaire et ne pouvant alors être considéré comme un véritable comportement¹²⁵⁹. Mais ce qui nous intéresse ici, et pour n'évoquer que les points directement en relation avec le bien juridique, c'est la façon dont doivent être appréciées la nécessité et la proportionnalité, c'est-à-dire *ex ante* et *in abstracto*.

¹²⁵⁷ Il faudrait alors retenir, selon la position que nous défendons de l'imputation objective et de l'antijuridicité matérielle, une tentative de destruction de biens en concours avec une destruction non intentionnelle (non réprimée).

¹²⁵⁸ Il pourra néanmoins arriver que la qualification soit rendue impossible par l'exigence, dans le texte d'incrimination, d'un mode de commission particulier de l'infraction, c'est-à-dire d'un comportement précis qui ne correspond pas avec le comportement originel auquel l'*actio liberae in causa* permet de remonter. Voir : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general, op. cit.*, p. 700-701, n°54.

¹²⁵⁹ On se souvient néanmoins que la contrainte est très strictement entendue par la jurisprudence, en particulier lorsqu'il s'agit d'une contrainte morale. Voir *supra*, n°504 et s.

576. — La nécessité objective de l'acte. — Pour que la présomption d'antijuridicité du comportement cède, il faut que celui-ci soit nécessaire, c'est-à-dire que l'agent ne devait pas avoir d'autre solution pour mettre fin à la situation de danger que de commettre l'acte incriminé. Nous signalerons simplement ici qu'une fois encore, jurisprudence et doctrine s'accordent pour considérer que la nécessité doit être appréciée objectivement¹²⁶⁰. De la même façon que le péril qui menace le bien juridique, la nécessité de l'acte commis pour l'éviter doit être vérifiée, certes en fonction des circonstances, mais *in abstracto* et non du point de vue de l'agent. Nous verrons toutefois que si le comportement typique, bien qu'objectivement non nécessaire, l'était aux yeux de l'agent, celui-ci devrait selon nous pouvoir invoquer une cause d'exclusion de l'imputation subjective¹²⁶¹. Mais la nécessité n'est pas la seule condition à devoir être appréciée *in abstracto*, il en va de même de la proportionnalité.

577. — La proportionnalité *ex ante* des moyens employés. — L'état de nécessité est souvent rattaché à l'idée d'utilité sociale en ce qu'il permettrait de préserver un bien juridique supérieur en sacrifiant un bien juridique inférieur, le cas des biens juridiques équivalents étant discuté. Il nous semble néanmoins que la notion d'injuste nous permet d'accepter que soit sacrifié un bien juridique équivalent à celui qui est menacé : à défaut d'utilité sociale, il y a là une indifférence sociale or l'injuste ne désigne que les comportements répréhensibles, ce qui n'est pas le cas ici, le comportement étant neutre.

Quoiqu'il en soit, ce n'est pas à proprement parler à une mise en balance des biens juridiques que procède l'état de nécessité mais à la vérification de l'« absence de disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace », c'est-à-dire à une pondération des biens juridiques qui prennent en compte non seulement la valeur des biens juridiques en présence mais également la gravité de la menace à laquelle ils sont exposés. Il faut ainsi souligner que ce n'est pas le dommage finalement subi par le bien juridique sacrifié qui doit être proportionné à celui qu'il permet d'éviter¹²⁶² mais seulement l'atteinte *lato sensu* à laquelle le bien juridique est exposé. La nuance trouve un appui textuel dans la référence aux « moyens employés » et s'inscrit parfaitement dans l'appréciation que nous défendons depuis le début de notre étude de l'antijuridicité du comportement : celle-ci doit être menée *ex ante*. Cela aura pour conséquence, comme pour la légitime défense, d'admettre l'état de nécessité lorsque le comportement, adéquat et proportionnel à la menace, aura finalement causé un dommage plus important que ce que l'on pouvait attendre et qui se trouve disproportionné et de l'exclure lorsque le moyen choisi était disproportionné mais que l'atteinte finalement subie par le bien juridique sacrifié est faible.

578. Nous avons fait le tour des causes objectives d'irresponsabilité pénale prévue par le Code pénal et une approche légaliste de l'antijuridicité devrait nous mener à cesser là son étude. Néanmoins, il nous semble que l'intérêt majeur de l'admission du bien juridique comme objet de protection de la loi pénale réside précisément dans la possibilité de dégager une conception matérielle de l'antijuridicité et donc d'admettre, pour commencer, l'existence d'une antijuridicité négative *ultra legem*.

B. L'antijuridicité négative matérielle.

579. On se souvient que l'état de nécessité n'était pas envisagé par l'ancien Code pénal et que c'est la jurisprudence qui l'avait introduit en droit positif avant sa consécration tardive par le législateur de 1992¹²⁶³. Or il nous semble que cette consécration textuelle ne doit pas occulter l'existence

¹²⁶⁰ Voir par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 158 ; X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 188.

¹²⁶¹ Voir *infra*, n°649 et s. sur l'inexigibilité.

¹²⁶² *c/ a* Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 158, n°275.

¹²⁶³ Voir *supra*. Le droit allemand a connu une évolution similaire quoiqu'antérieure, le Tribunal d'Empire ayant développé la construction d'un état de nécessité *ultra legem* dès 1927 avant sa consécration légale en 1975. Voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand, op. cit.*, p. 100.

première d'un « fait justificatif de portée universelle qui, indépendamment de sa consécration légale, a toujours couvert les infractions commises pour la sauvegarde d'un intérêt supérieur à l'intérêt protégé par l'incrimination¹²⁶⁴ ». Le rejet, à la fois, d'une conception purement normativiste du droit et des théories systémiques qui y voient un système purement autopoïétique impose en effet d'admettre que l'antijuridicité n'est pas subordonnée à sa définition par le droit positif et qu'il est donc toujours possible d'admettre son exclusion du fait de l'existence d'un état de nécessité *ultra legem* (1) permettant de justifier l'émergence de faits justificatifs *sui generis* (2) ou d'une forme de consentement justificatif (3).

1°/ L'état de nécessité *ultra legem*.

580. Conformément aux principes dégagés depuis le début de notre analyse de l'antijuridicité, l'état de nécessité *ultra legem* sera apprécié selon les critères de la pondération entre les biens juridiques en présence et la gravité de la menace pesant sur eux, le comportement devant avoir pour effet, *ex ante* et objectivement, de préserver un bien juridique supérieur au détriment d'un bien juridique inférieur. Ses conditions seront donc identiques à celles de l'article 122-7 du Code pénal, dont on a vu qu'il se conformait à cette analyse mais son domaine pourra être plus étendu que celui prévu par le Code. On se souvient en effet que comme l'a justement relevé un auteur, le domaine du fait justificatif légal semble limité au danger qui menace la personne « elle-même, autrui ou un bien », c'est-à-dire qu'en sont exclus les biens juridiques collectifs et diffus. Or rien ne justifie selon nous cette limitation.

L'état de nécessité trouve en effet sa justification dans la préservation des biens juridiques les plus importants et rien ne permet de considérer *a priori* l'ensemble des biens juridiques collectifs comme des biens inférieurs ne pouvant jamais justifier la commission d'un acte typique. Il en va de même pour les biens juridiques de la puissance publique, qui devraient alors être exclus du champ de l'article 122-7. Or comment soutenir que demeure antijuridique l'acte de celui qui préserverait les intérêts fondamentaux de la nation, par exemple en détruisant l'ordinateur de celui était en passe de pénétrer un système informatique militaire contenant des renseignements relevant de la défense nationale ? La nature du bien juridique, ou plus précisément, le fait que son titulaire soit une personne, devrait en effet être sans influence sur la possibilité d'exclure l'antijuridicité du comportement typique dès lors que les conditions de la pondération sont par ailleurs remplies.

La question de l'antijuridicité négative ou, autrement dit, de la possible justification d'un comportement doit ainsi selon nous toujours être posée face à l'ensemble des biens juridiques existant, qu'il s'agisse de biens juridiques collectifs dotés d'un « référent individuel » (santé publique) ou de biens juridiques diffus (environnement) et que ceux-ci soient des biens juridiques primaires (espèce humaine, ordre économique¹²⁶⁵) ou secondaires .

581. Mais si cette reconnaissance d'un état de nécessité *ultra legem* reste générale et pose simplement l'absence de limitation de la justification à la préservation des biens juridiques de la personne, elle est sans doute à l'origine des faits justificatifs *sui generis* qui ont été reconnus par la jurisprudence et nous semblent, sur leur principe, devoir être admis.

2°/ Les faits justificatifs *sui generis*.

582. Lorsque nous avons étudié l'ancrage du droit positif français dans une conception legaliste de l'infraction comme violation de la norme, nous avons relevé qu'en dépit de celle-ci et malgré les

¹²⁶⁴ X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 187, n°217.

¹²⁶⁵ L'ordre économique est en effet selon nous un véritable bien juridique ; voir *infra*, n°718. Notons que la décision précitée du 11 mars 1927 du Tribunal d'Empire allemand avait ainsi admis que la violation d'une réglementation imposée par les autorités d'occupation de la Rhur sur l'importation de spiritueux était justifiée par un état de nécessité *ultra legem* du fait « du grave péril d'affaiblissement ou pire encore qui menaçait l'économie ». Cité par : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 102.

critiques doctrinales, la jurisprudence française a dégagé des faits justificatifs *sui generis*. Nous avons ainsi relevé par exemple la consécration de la justification de l'abus de biens sociaux par l'intérêt du groupe et donc par la préservation du bien juridique ordre économique, la justification de certains cas de diffamation par la bonne foi ou encore et de certaines infractions par les droits de la défense, érigés en bien juridique¹²⁶⁶. Sous l'influence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il semble également que la liberté d'expression soit en passe de devenir un fait justificatif *sui generis* de la plus haute importance, jusqu'à limiter de façon drastique le champ de l'injure et de la diffamation¹²⁶⁷. Nous avons également relevé l'admission de certains cas de justification par la coutume, la religion ou encore la loi civile, dont l'aptitude à écarter l'antijuridicité pénale a pu être contestée par la jurisprudence¹²⁶⁸. Mais à y regarder de plus près, il faut sans doute voir dans ces justifications la reconnaissance de faits justificatifs *sui generis*.

La coutume et la religion n'étant pas de toute façon des sources de droit textuelles, l'autorité du législateur n'en serait pas plus affectée et il serait alors possible d'expliquer les limites posées par la jurisprudence sur l'étendue de la justification. Celle-ci recourt en effet souvent, au moins implicitement aux critères de la pondération des biens juridiques, justifiant par exemple l'atteinte à l'intégrité physique entraînée par la circoncision mais non par l'excision ou n'admettant la justification par le pouvoir disciplinaire des parents et des enseignants que s'il s'exerce de manière « *inoffensive* »¹²⁶⁹. Il ne faut pourtant pas voir dans ces cas la consécration de la coutume ou de la religion comme des biens juridiques en tant que tels mais il apparaît que ou l'éducation des enfants ou la préservation de la liberté religieuse peuvent justifier des atteintes légères à l'intégrité physique. Bien que peu nombreux, ces faits justificatifs *sui generis* peuvent être le signe d'un début de reconnaissance de l'idée que « *le catalogue des faits justificatifs est ouvert*¹²⁷⁰ ».

Mais aux côtés de ces faits justificatifs spéciaux *ultra legem*, il faut se demander si l'idée de pondération des biens juridiques ne pourrait pas conduire à admettre également le consentement de la victime au titre de fait justificatif.

3°/ Le consentement justificatif.

583. Comme nous l'avons dit plus haut, la question du consentement de la victime n'est selon nous pas posée dans les mêmes termes selon que l'incrimination protège, directement ou indirectement, la volonté du sujet passif ou selon qu'elle protège un autre bien juridique, même personnel. Dans le premier cas, le consentement de celle-ci fait tout simplement disparaître la possibilité de qualifier le comportement de typique : le bien juridique n'est pas atteint, le résultat légal n'existe pas¹²⁷¹. Ce qui nous intéresse ici est donc uniquement le cas du consentement donné à une atteinte à un bien juridique ne relevant pas de l'autonomie de la personne elle-même et en dehors de toute prévision légale, ce qui appelle quelques précisions.

¹²⁶⁶ Voir *supra*, n°203 et s.

¹²⁶⁷ La Cour de Cassation, s'appuyant sur le droit européen, s'est ainsi tout récemment expressément écartée du principe d'interprétation stricte de la loi pénale en affirmant que « *les restrictions à la Liberté d'expression sont d'interprétation étroite* », ce qui lui a permis d'écarter la qualification d'injure à l'encontre de personnes en raison de leur orientation sexuelle pour des propos qui « *ont pu heurter la sensibilité de certaines personnes homosexuelles* » mais dont le « *contenu ne dépasse pas les limites de la liberté d'expression, la cour d'appel a méconnu le sens et la portée des textes et principe ci-dessus susvisés* ». Voir : Cass. Crim., 12 novembre 2008, *pourvoi n° 07-83398*. Il faut peut-être voir dans cette position prétorienne une des raisons majeures de la dépénalisation annoncée de la diffamation.

¹²⁶⁸ Bien que dépassée du point de vue des lois en conflit, la solution rendue par la Cour de Cassation le 20 juin 1946, qui a refusé de justifier le mari d'une prostituée contraint de cohabiter avec son épouse par la loi civile et pénalement poursuivi pour proxénétisme du fait de cette cohabitation, est parfois encore défendue. Voir : Cass. Crim., 20 juin 1946, *Dalloz* 1946, 360. Critiquant la solution, voir par exemple : B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 332, n°381, qui admet la justification par la loi civile.

¹²⁶⁹ Voir *supra*, n°203 et s. et 285 et s.

¹²⁷⁰ L'expression est empruntée au professeur PIN dans sa présentation du concept de bien juridique et de ses implications.

Voir : X. PIN, « *La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand* », art. préc., p. 264.

¹²⁷¹ Voir *supra*, n°204, et, dans le cadre de notre construction, note 1149.

584. ___ Domaine du consentement justificatif *stricto sensu*. ___ Il est de nombreux cas où le législateur subordonne l'autorisation d'un comportement à l'accord du sujet passif, (comme par exemple dans l'interruption volontaire de grossesse) ou en écarte la répression en cas d'accord de la victime (comme pour la levée du secret professionnel dans certains cas)¹²⁷². De la même façon, en matière médicale, qu'il s'agisse de consentement à un traitement, à une intervention, à un don d'organe ou d'éléments du corps humain ou encore d'expérimentations biomédicales, le consentement de l'intéressé n'est pas, à lui seul, justificatif : il est seulement nécessaire à la justification par l'autorisation de la loi ou par l'intérêt thérapeutique. Indiscutés, ces cas ne relèvent pas à proprement parler du domaine du consentement justificatif mais d'autres faits justificatifs.

Or, malgré l'hostilité du droit positif et de la majorité de la doctrine française à l'égard de cette possibilité¹²⁷³, il nous semble possible d'envisager une justification autonome par le consentement de la victime.

585. ___ Proposition de critères pour l'admission du consentement justificatif. ___

L'argument le plus souvent invoqué pour exclure toute possibilité de justification de l'infraction par le consentement de la victime est celui selon lequel une volonté particulière ne saurait, sous peine de privatisation de la justice, faire obstacle aux dispositions imposées par l'intérêt général et l'ordre public¹²⁷⁴. Il nous semble néanmoins que la conception ici défendue de l'infraction pénale permet, sinon de prôner l'érection d'une cause de justification générale par le consentement de la victime¹²⁷⁵, d'admettre que celui-ci soit, dans certains cas, de nature à exclure l'antijuridicité du comportement et donc la qualification de l'injuste. Comme nous l'avons défendu plus haut, l'infraction à la loi pénale implique une double atteinte, à la fois à la loi et au bien juridique protégé. Or, si la qualification de la typicité permet d'affirmer que la loi a bien été violée, nous avons exposé que la finalité de protection des biens juridiques exclut d'en déduire une présomption irréfragable d'antijuridicité. S'il n'est pas question ici de défendre que la liberté du sujet individuel soit un bien juridique supérieur à l'intérêt général et à l'ordre public, il est néanmoins possible de recourir à la notion d'autonomie personnelle¹²⁷⁶ pour apprécier l'antijuridicité du comportement typique dans le cadre général que nous avons fixé de la pondération des biens juridiques.

586. Il nous semble en effet que ce qui doit être mis en balance n'est pas l'intérêt général contre l'intérêt particulier de la victime mais, dans ce cas précis, l'autonomie de la personne contre l'importance du trouble à l'ordre public et l'atteinte au bien juridique protégé relativisée par le consentement de la victime. Or, si l'on recourt au principe

¹²⁷² Voir : X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 214-230 ; Ph. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », art. préc., p. 3-4. L'analyse demeure tout à fait intéressante malgré les modifications de la législation survenues depuis sa parution.

¹²⁷³ Voir *supra*, n°204.

¹²⁷⁴ Affirmer que le consentement de la victime puisse être justificatif irait ainsi, pour un auteur, « directement à l'encontre du concept d'intérêt général dégagé dans le cadre de la justice publique ». Voir : Ph. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », art. préc., p. 3 ; et *supra* n°206.

¹²⁷⁵ Nous n'approuvons pas, en effet, la position notamment défendue par le professeur ROXIN selon laquelle les normes pénales ne protègent pas l'intégrité des biens juridiques mais le pouvoir autonome du titulaire sur les biens juridiques qui le concernent. Sur cette position, voir par exemple : B. De la GANDARA VALLERO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, op. cit., p. 95.

¹²⁷⁶ Cette notion a notamment été consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme : CEDH, 17 février 2005, K.A. et A.D. c/ Belgique. Même si l'on peut discuter l'étendue du principe qu'elle défend de « droit de disposer de son corps » et même le qualificatif de « droit », on peut au moins admettre que cette autonomie de la personne découle de la liberté, reconnue en droit interne au niveau constitutionnel. C'est d'ailleurs par cette notion que nous pensons devoir expliquer l'absence d'incrimination du suicide, et, plus largement des atteintes sur sa propre personne en l'absence de lésion d'un autre bien juridique. *c/a* J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Faits justificatifs, Consentement de la victime », p. 4, qui y voit l'application de la règle de la personnalité de la peine, qui serait violée par la répression en l'absence de pertinence des fonctions de la peine (prévention, rétribution, réadaptation). Une autre position, plus convainquante, explique l'impunité par la notion de confusion, qui exclut une quelconque responsabilité pénale en cas de réunion des qualités d'auteur et de victime. Voir : X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 209-210.

d'insignifiance, qui permet d'écarter l'antijuridicité lorsque l'atteinte au bien juridique est particulièrement bénigne¹²⁷⁷, on pourrait considérer que, dans certains cas, le consentement de la victime puisse permettre de nier l'antijuridicité du comportement. Il en serait ainsi notamment lorsque la victime a donné un consentement valable¹²⁷⁸ à une atteinte à un bien juridique strictement personnel¹²⁷⁹ dont ne résulte pas un trouble à l'ordre public du fait de l'acceptation sociale du comportement. La coutume ou les mœurs pourraient alors réapparaître comme des éléments d'appréciation du trouble social résultant du comportement comme dans la justification des sports violents, de la pratique du piercing, du tatouage ou encore de la chirurgie esthétique. Dans ces cas là, le consentement du sujet passif au comportement permet de considérer l'atteinte au bien juridique comme insignifiante socialement et l'acceptation sociale de ces pratiques prive la répression de tout fondement par la réprobation sociale. Quoique typique, le comportement n'est alors pas antijuridique puisqu'il n'a causé qu'une atteinte insignifiante au bien juridique et à l'ordre social. Il n'en irait pas de même, au contraire, dans le cas d'un consentement portant sur une pratique socialement condamnée comme la torture car le consentement du sujet passif ne suffirait pas à pouvoir considérer l'atteinte au bien juridique comme insignifiante, celle-ci demeurant réprouvée socialement.

587. L'admission du mécanisme de la pondération des biens juridiques, alliée au principe d'insignifiance, permettrait ainsi d'expliquer autrement certaines solutions déjà connues du droit positif et de résoudre, *in concreto*, des conflits de biens juridiques qu'il est difficile au législateur d'appréhender de façon générale comme dans la question de l'euthanasie active. S'il est en effet tout à fait compréhensible, en politique criminelle, que le législateur maintienne la prohibition de ce qui est qualifié de « *meurtre sur demande* », on peut néanmoins envisager que, dans certains cas précis, l'autonomie de la volonté du sujet passif ainsi que le respect de la dignité de la personne puisse justifier l'atteinte à une vie devenue insupportable ou condamnée à brève échéance¹²⁸⁰. De la même façon, les pratiques sado-masochistes consenties et privées pourraient être justifiées dans une certaine mesure.

588. Mais l'introduction du principe d'insignifiance nous mène à la frontière de l'antijuridicité positive¹²⁸¹, notion qu'il nous faut maintenant étudier. Nous verrons, en effet, que l'antijuridicité

¹²⁷⁷ Sur ce principe et ses liens avec les théories du bien juridique, voir *supra*, n°348. On pourrait tout à fait le rapprocher de l'adage *De minimis non curat praetor*, issu du droit romain et que la doctrine semblait admettre comme étant de droit positif au début du XX^e siècle. Voir : J. CARBONNIER, *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1995, p. 62-65.

¹²⁷⁸ Sur les critères de la validité du consentement, nous nous en remettons à ceux dégagés par le professeur PIN, à savoir capacité et pouvoir de celui qui consent, antériorité et intégrité du consentement. Voir : X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », art. préc., p. 274-276 ; X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 126-141. Voir également : B. de la GANDARA VALLERO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, *op. cit.*, p. 111-132.

¹²⁷⁹ La doctrine emploie souvent alors le terme de bien juridique « *disponible* » ; il ne faudrait néanmoins pas y voir une limitation aux droits aliénables et transmissibles. La disponibilité pénale s'entend en effet des biens juridiques protégés par des incriminations qui ne protègent pas l'intérêt général lui-même et qui n'affectent pas, simultanément, des biens juridiques d'autres personnes, notamment des autres victimes de l'infraction. Voir : X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, *op. cit.*, p. 116-126.

¹²⁸⁰ Notons bien que cette voie n'aurait aucunement pour conséquence de reconnaître un quelconque « *droit à* » la mort mais simplement d'admettre une liberté, liberté qui serait privilégiée dans un cas précis au maintien de l'application de dispositions législatives générales et abstraites. Sur la distinction entre liberté et droit relativement au suicide et à l'euthanasie, voir en particulier : J.-M. TRIGEAUD, « Sur la mort et sur celui qui voulait mourir. Éléments de réflexion », *Politeia* n°3, 2003, p. 64 et 70-72. De nombreux auteurs voient alors dans ce cas une sorte d'état de nécessité ; voir par exemple : M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, *op. cit.*, p. 223 ; OTTO, cité par : B. de la GANDARA VALLERO, *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, *op. cit.*, p. 197 ; E. RIGHI, *Antijuridicidad y justificación*, *op. cit.*, p. 74.

¹²⁸¹ Cette mince nuance entre consentement justificatif et négation de l'antijuridicité positive apparaît également très clairement dans la position du professeur PIN qui, par un argument herméneutique et un argument axiologique, défend que la lésion à soi-même ne peut être qualifiée de « *violences* », la valeur protégée n'étant pas atteinte en cas de consentement de la victime. Voir : X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », art. préc., p. 100-105.

ne doit pas être uniquement considérée comme un élément négatif de l'injuste mais doit aussi être caractérisée de façon positive. Cette affirmation découle irrésistiblement de la dualité de l'objet de protection de la loi pénale que nous avons exposée plus haut : si l'on admet que l'infraction porte atteinte à la fois à la loi et à un bien juridique, il ne suffit pas de s'assurer que le comportement est bien typique, c'est-à-dire contraire à la norme de prohibition, il faut également s'assurer qu'un bien juridico-pénal a bien été, dans le cas concret, lésé ou mis en danger.

II L'antijuridicité positive.

589. Comme nous l'avons développé plus haut, le rejet d'une conception purement normativiste ou autopoïétique du droit pénal impose que l'infraction ait pour finalité la préservation des biens juridiques et subordonne ainsi la légitimité de chaque incrimination à la protection d'un bien juridico-pénal. Quel que soit l'objet juridique du délit (bien juridique primaire, secondaire ou formel) et la nature de l'infraction (matérielle ou formelle) à son égard, il est donc indispensable que le comportement incriminé porte atteinte à un bien juridico-pénal, soit qu'il le lèse véritablement, soit qu'il le mette en danger. Or si les contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité, sur le fondement des principes de nécessité et de proportionnalité, peuvent s'assurer que cette condition d'atteinte *lato sensu* à un bien juridique est remplie, *in abstracto*, par les termes du texte d'incrimination, il incombe au juge, dans son opération de qualification de l'injuste, de vérifier que le comportement typique a bien, *in concreto*, porté atteinte à un bien juridico-pénal.

Si l'on suppose en effet ici le texte d'incrimination valide au regard des principes exposés plus haut et que nous n'envisagerons donc pas de nouveau la question des lois injustes valides d'un seul point de vue formel, il faut tout de même souligner que l'admission présumée de la validité matérielle du texte d'incrimination d'un point de vue général n'exclut pas la prise en compte de l'exigence de protection des biens juridico-pénaux dans l'interprétation du texte que le juge met en oeuvre dans son opération de qualification¹²⁸². Au contraire, réaffirmer l'exigence d'une atteinte, quoique largement entendue, à un bien juridico-pénal pour pouvoir qualifier un injuste véritable et non une simple violation de la loi formelle impose de s'assurer que la lésion du bien juridico-pénal est bien imputable objectivement au comportement typique (B) ou, lorsque celle-ci n'est pas exigée par le texte d'incrimination, qu'elle était susceptible de se produire, c'est-à-dire qu'un bien juridico-pénal a bien été menacé (A). **Si l'antijuridicité du comportement s'apprécie *ex ante* et *in abstracto* au moment de la réalisation de celui-ci, la réprobation du résultat, elle, s'apprécie nécessairement *ex post***¹²⁸³.

A. Atteinte à un bien juridico-pénal par le comportement typique.

590. Lorsque nous avons étudié la crise du concept de bien juridique, nous avons souligné que cette crise n'était en réalité que la manifestation d'une crise bien plus profonde qui traverse le

¹²⁸² Sur le lien entre interprétation téléologique et antijuridicité matérielle, positive ou négative ; voir notamment : M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, *op. cit.*, p. 202-203.

¹²⁸³ Sur cette distinction fondamentale, voir précisément : S. MIR PUIG, « La perspectiva '*ex ante*' en derecho penal », art. préc.

droit pénal dans son ensemble du fait d'une dérive vers un droit pénal du danger¹²⁸⁴. Or pour s'opposer à cette évolution dangereuse et en totale contradiction avec les principes que nous avons dégagés, il semble nécessaire de réaffirmer l'exigence d'une antijuridicité matérielle du comportement incriminé en tant que tel (1), ce qui devra être mis en perspective avec la question classique de la tentative (2).

1°/ Antijuridicité positive du comportement typique.

591. Nous avons plus haut distingué les infractions de prévention des infractions-obstacle en considérant que les premières ont pour résultat légal la mise en danger du bien juridico-pénal qu'elles visent à protéger alors que les secondes ont pour résultat légal une atteinte à un bien juridique secondaire dérivé du bien juridico-pénal qu'elles cherchent à préserver¹²⁸⁵. Il reste que ces deux catégories d'infractions ont en commun un « *avancement de la barrière défensive* » des biens juridico-pénaux et que la réalisation du comportement incriminé en tant que tel n'est selon nous antijuridique d'un point de vue matériel que si celui-ci a véritablement menacé un bien juridico-pénal. Mais malgré leur proximité en politique-criminelle, cette exigence de risque pour le bien juridico-pénal va s'apprécier différemment dans les délits-obstacle (a) et dans les infractions de prévention (b).

a. Délits-obstacle.

592. ___ **Présomption d'atteinte au bien juridique secondaire.** ___ La doctrine des pays qui connaissent le bien juridique désigne souvent les délits-obstacles sous l'appellation de délits de « *lésion-danger*¹²⁸⁶ », terme qui nous semble tout à fait pertinent pour mettre en lumière leur spécificité. Le résultat juridique de ces incriminations est en effet double et c'est ce que reflète parfaitement l'appellation de délits de « *lésion-danger* » : la réalisation du comportement incriminé pour sa dangerosité affecte le bien juridique secondaire, insusceptible d'atteinte graduée du fait de son caractère collectif, et met en danger des biens juridiques primaires¹²⁸⁷. Ainsi par exemple, celui qui conduit un véhicule en état d'ivresse lèse le bien juridique sécurité routière (bien juridique dérivé ou secondaire) et met en danger la vie et l'intégrité physique des usagers de la route (bien juridique primaire ou bien juridico-pénal)¹²⁸⁸.

Or, si l'on rejette l'incrimination de délits de « *pure activité* », ou « *de désobéissance* », qui s'apparente à un « *droit pénal d'auteur* » fondé sur la seule idée de dangerosité, on ne peut en effet admettre que la sécurité routière soit affectée du simple fait de la réalisation du comportement prohibé et que le législateur, en faisant intervenir la répression sans exiger que la preuve d'un

¹²⁸⁴ Voir longuement *supra*, n°381 et s., n°398 et s. et n°419 et s. Bien que le droit positif interdise formellement une telle interprétation du fait de sa définition purement subjective des infractions « *terroristes* », infractions de droit commun aggravées par un mobile défini comme « *le but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* », la gravité des conséquences d'une telle qualification et la rupture qu'elle suppose le plus souvent avec les principes de nécessité et de proportionnalité au regard de l'atteinte aux biens juridiques (incrimination d'actes préparatoires, criminalisation d'atteintes aux biens...) nous conduisent à défendre qu'une telle qualification devrait supposer, sinon des éléments spécifiques dans l'incrimination, au moins que soit vérifié un véritable risque de trouble grave à l'ordre public dans le cadre de l'antijuridicité positive. En l'absence d'exigence de risque véritable pour la puissance publique ou la cohésion du système lui-même, il nous paraît en effet totalement illégitime de fonder une telle aggravation de la répression sur un simple mobile, celui-ci pouvant être retenu même si, objectivement, les actes envisagés ne risquaient aucunement de semer la terreur (et correspondrait en fait à une infraction terroriste putative).

¹²⁸⁵ Voir *supra*, n°488.

¹²⁸⁶ Ainsi par exemple : R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, *op. cit.*, p. 55-62.

¹²⁸⁷ Contrairement à ce que soutiennent les théoriciens de l'école de FRANKFURT, il ne nous semble pas falloir considérer que ces biens juridiques primaires soient nécessairement des biens juridiques individuels ; au contraire nous verrons que des biens juridiques dits « *diffus* » méritent ce qualificatif. Voir respectivement, *supra*, n°134 et s. et *infra* n°719. Il faut néanmoins remarquer que l'appellation de « *lésion-danger* » peut dans ce cas perdre de sa pertinence étant donné que leur caractère diffus rend beaucoup plus délicate la distinction entre risque et lésion.

¹²⁸⁸ On peut en effet défendre que la sécurité routière est affectée du simple fait de la réalisation du comportement prohibé (lésion) et que le législateur, en faisant intervenir la répression sans exiger que la preuve d'un risque concret soit apportée, a posé une présomption irréfragable de risque pour les personnes (danger).

risque concret soit apportée, ait posé une présomption irréfragable de risque pour les personnes. Mais s'il est vrai que du fait de la nature particulière des biens juridiques secondaires, la vérification de leur lésion entraîne, *ipso facto*, l'existence d'un risque abstrait pour le bien juridique primaire et qu'il faut admettre qu'une présomption d'atteinte au bien juridique secondaire existe bel et bien pour être le fondement même de ces incriminations, celle-ci doit selon nous pouvoir être renversée pour que le comportement typique puisse être véritablement considéré, *in concreto*, comme injuste¹²⁸⁹.

593. ___ Renversement de la présomption. ___ La loi étant nécessairement générale et abstraite, il peut arriver que certaines circonstances particulières excluent l'existence du danger normalement créé par le comportement prohibé et qu'il soit impossible de relever une atteinte au bien juridique secondaire protégé par le délit-obstacle (ou l'absence de risque pour le bien juridique primaire, ce qui n'est que l'autre face de la même pièce). Pour reprendre l'exemple cité plus haut de la sécurité routière, s'il est indéniable que le fait de conduire un véhicule en état d'ivresse porte en principe atteinte à la sécurité routière, il peut arriver, de façon extrêmement marginale, que cela ne soit pas le cas bien que le comportement incriminé ait été réalisé.

On peut ainsi imaginer le cas d'une personne qui aurait garé sa voiture dans sa rue mais qui n'avait à ce moment là, en raison de la position des autres véhicules, pas pu respecter les emplacements dessinés sur la voie. Si, le soir venu et après un repas légèrement arrosé, cette personne vient simplement avancer sa voiture d'un ou deux mètres pour la positionner plus correctement, pourra-t-on soutenir que la sécurité routière a été atteinte ou que l'intégrité physique de quiconque a été menacée ? Il nous semble que la réponse doit être négative car même si l'individu a bien « conduit » son véhicule, il n'a en réalité créé aucun danger, l'atteinte à la sécurité routière ne pouvant être retenue en vertu du principe d'insignifiance.

Admis par la majorité de la doctrine dans les pays d'inspiration germanique et parfois appliqué par la jurisprudence, ce principe est souvent invoqué en matière de consommation de stupéfiants, dont la criminalisation discutée en politique criminelle nous semble justifier de nous y intéresser un instant.

594. ___ Exemple de la consommation de produits stupéfiants. ___ Si l'on admet que le législateur pénal ne peut légitimement réprimer les atteintes à sa propre personne sans porter atteinte à l'autonomie de la personne, bien juridique de la première importance, il faut comprendre les incriminations qui viennent réprimer des mises en danger de soi-même comme comme venant sanctionner une atteinte à un autre bien juridique, collectif cette fois¹²⁹⁰. C'est ainsi que l'incrimination du défaut de port de la ceinture de sécurité peut s'analyser comme une atteinte à la sécurité routière et que la consommation de drogue doit être considérée comme protégeant, non l'intégrité physique du consommateur lui-même, mais plus largement la santé publique. Il découle de cette compréhension de l'incrimination que si l'on peut admettre que la dangerosité de la conduite pour la santé publique soit présumée inhérente au comportement, la preuve contraire de l'absence d'atteinte à la santé publique doit pouvoir être apportée dans le cas concret¹²⁹¹.

Ce raisonnement, assez souvent défendu en doctrine, a récemment été approuvé par la Haute juridiction argentine, qui, après avoir relevé que l'infraction de détention de drogue pour usage personnel avait pour objet de protection la santé publique, a considéré que l'agent poursuivi sur ce fondement n'avait pas porté atteinte au bien juridique protégé puisque le risque de propagation de

¹²⁸⁹ c/a R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit., p. 53 ; J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HOMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, op. cit., p. 90. Ces auteurs contestent néanmoins fortement la légitimité de cette présomption « de droit » et considèrent que cette exigence de risque ou de lésion du bien juridique résulte du principe d'offensivité lui-même. Pour un rappel des positions doctrinales sur la question : M. CORCOY BIDASOLO, *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, op. cit., p. 213-218.

¹²⁹⁰ Voir par exemple : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, op. cit., p. 313-314.

¹²⁹¹ En ce sens par exemple : S. MIR PUIG, *Derecho penal : parte general*, op. cit., p. 209-210.

la drogue qui justifie l'incrimination n'avait pas existé dans le cas d'espèce¹²⁹². De ce fait, le comportement, quoique typique dans le sens où il correspond aux prévisions du texte légal¹²⁹³, n'est pas véritablement contraire au droit.

Mais si nous approuvons cette motivation, nous pouvons néanmoins nous demander si l'application à l'espèce du principe d'insignifiance ne mène pas à une interprétation trop restrictive de l'incrimination. Dans le cas d'espèce, l'agent n'avait certes pas lui-même donné ou revendu de drogue mais il nous paraît difficile de nier que des produits stupéfiants n'aient aucunement circulé à cause de lui à partir du moment où il n'est pas indiqué de quelle façon il se les était procurés. Or, s'il les a achetés à un trafiquant, il a nécessairement participé à la circulation de la drogue, ne serait-ce que par la rémunération du revendeur et l'entretien du trafic futur, et a par là porté atteinte à la santé publique. Il semblerait donc que l'antijuridicité matérielle de la consommation ou de la détention de drogue à usage personnel ne pourrait être niée que si l'agent n'a aucunement contribué à financer un trafic, soit que la drogue ait été trouvée (ou volée...mais le vol lui-même pourrait être incriminé), lui ait été donnée ou ait été fabriquée par lui¹²⁹⁴.

595. Mais si la nature même des délits obstacles impose de considérer que le risque abstrait pour le bien juridique primaire est suffisant à la qualification de l'antijuridicité, il n'en est pas nécessairement de même dans les infractions de prévention.

b. Infractions de prévention.

596. Les infractions de prévention sont des infractions qui viennent réprimer des comportements qui mettent en danger un bien juridique primaire avant que celui-ci ne soit lésé comme dans les délits de mise en danger de la vie d'autrui, d'omission d'empêcher un crime ou un délit contre les personnes ou encore de provocation au suicide. Du point de vue de la politique criminelle, il pourrait être défendu qu'en l'absence de lésion à un bien juridique, même secondaire, le législateur ne serait légitime à intervenir qu'en présence d'un risque concret pour le bien juridico-pénal¹²⁹⁵ et que le domaine des infractions de prévention devrait ainsi être limité à la répression à titre autonome de comportements que le droit pénal ne pourrait pas appréhender par l'application du droit commun de la tentative, soit que l'infraction soit non intentionnelle, soit qu'elle soit d'omission par exemple. Mais à ce stade de l'analyse, il n'est plus question de vérifier la légitimité de telles incriminations mais simplement de s'assurer que le comportement typique réalisé est bien

¹²⁹² Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa n° 23.552 "T., S. s/sobreseimiento" rta. 9/5/06, [en ligne], <<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=30,489,1,0,1,0>>. Notons que la Cour parle de risque et non de lésion à la santé publique mais, compte tenu de la nature du bien juridique en cause, cela signifie seulement qu'elle considère que, s'agissant d'un bien juridique collectif, l'atteinte *lato sensu* ne peut pas être graduée.

¹²⁹³ Précisons que ce n'est pas exactement la position de la Cour argentine, qui retient l'absence de typicité du comportement. Cette différence s'explique par la croissante fusion, dans les théories d'inspiration germanique, des éléments de la typicité et de l'antijuridicité. De nombreux auteurs défendent ainsi une construction nommée « *type d'injuste* » et qui reprend, sans les distinguer, les éléments ici présentés dans le type et l'antijuridicité et dans laquelle le résultat renvoie à la fois au résultat légal et au résultat juridique. Voir par exemple, expliquant et adoptant cette réunion du type et de l'antijuridicité : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 296-301. Nous avons néanmoins préféré maintenir la séparation traditionnelle afin de mieux faire apparaître la distinction entre les éléments classiques de l'infraction française et l'apport que peut constituer la prise en compte de la finalité de protection des biens juridiques.

¹²⁹⁴ Le droit positif ne semble pas indiquer ce chemin, du fait de la forte répression de la production de produits stupéfiants. Il serait néanmoins possible de soutenir que cette incrimination de l'article 222-35 du Code pénal se situe dans une section relative au « *trafic de stupéfiants* » et qu'elle doit donc être interprétée comme venant réprimer de façon autonome des actes préparatoires au trafic. De plus, cette infraction étant bien plus sévèrement punie que la consommation seule, alors infraction-fin, il serait incohérent, au regard du principe de proportionnalité, de l'appliquer dans le cadre d'une production strictement destinée à un usage strictement personnel.

¹²⁹⁵ L'existence d'infractions dépourvues de biens juridiques secondaires ou dérivés en l'absence de risque concret pour un bien juridique primaire reviendrait en effet à admettre que des incriminations puissent être dépourvues d'objet juridique véritable, leur résultat légal consistant simplement en un risque abstrait pour un bien juridique primaire lui-même abstraitement entendu.

matériellement antijuridique. Or, la diversité des infractions de prévention ne nous permet que de poser une condition *a minima* : celle de la réfutabilité du risque abstrait pour le bien juridico-pénal.

Comme nous l'avons vu plus haut, les infractions de prévention que connaît notre droit pénal ne sont pas toutes configurées de la même façon du point de vue du bien juridique¹²⁹⁶ et si la plupart des infractions de prévention exigent que soit caractérisé un risque concret pour un bien juridico-pénal et même que celui-ci soit prouvé par l'accusation étant donné que ce risque en constitue le résultat légal, d'autres se contentent d'un risque abstrait pour le bien juridico-pénal pour être pleinement consommées et posent, comme pour les délits-obstacles, une présomption de risque pour le bien juridico-pénal dès lors qu'est réalisé le comportement typique¹²⁹⁷. Mais même dans ce dernier cas, il découle de la conception ici défendue de l'infraction comme protection des biens juridiques que la présomption de risque pour le bien juridico-pénal doit toujours pouvoir être renversée par la preuve contraire.

De ce fait, comme dans les délits-obstacle, l'agent pourra toujours échapper à toute répression pénale s'il parvient à prouver, non pas qu'aucun bien juridique concret n'a *ex post* encourru de risque concret, mais que son comportement n'a pas créé de risque, même abstrait, pour le bien juridico-pénal. Bien qu'extrêmement restrictive, cette possibilité doit être réaffirmée pour exclure l'injuste lorsque l'agent aura réalisé un comportement normalement dangereux mais qui ne l'était pas en l'espèce.

597. L'affirmation de l'exigence de l'antijuridicité positive des comportements typiques pourrait laisser penser que nous allons défendre l'impunité de la tentative d'infraction impossible lorsque l'impossibilité est une impossibilité de qualification du fait de l'inexistence du bien juridique concret ; nous allons voir qu'il n'en est rien.

2°/ Antijuridicité de la tentative d'infraction impossible.

598. Nous avons plusieurs fois rencontré la question de la tentative au cours de notre étude et notamment critiqué l'absence de prise en compte de l'atteinte au bien juridique dans la répression de celle-ci. Mais si nous rappelons ici que la prise en compte véritable de l'antijuridicité matérielle devrait imposer au législateur une moindre répression des infractions simplement tentées, ce qui nous intéresse, au stade de la qualification du comportement typique, est seulement la question du risque encourru, dans le cas concret par le bien juridique protégé. Or, si l'admission d'un risque pour le bien juridique ne pose en général pas de problème, l'entrée de l'agent dans la phase d'exécution de l'infraction suffisant à l'établir, le cas particulier de la tentative d'infraction impossible nécessite de poser le problème de l'existence d'un risque véritable pour le bien juridique dans le cas particulier où celui-ci n'existe pas ou plus au moment de la réalisation du comportement normalement qualifiable de commencement d'exécution. Sans reprendre ici les différentes positions doctrinales qui ont pu être proposées, nous verrons que l'antijuridicité doit être admise en vertu de la conception ici défendue de l'injuste (a) avant de remettre en cause la typicité même de la tentative d'infraction impossible (b).

a. Admission de l'antijuridicité.

599. ___ **Appréciation objective et *ex ante* du risque pour le bien juridique.** ___ Depuis le début de notre étude de l'injuste, nous avons défendu que l'antijuridicité du comportement typique, comme les autres éléments de l'infraction doit être appréciée au moment de la consommation de celle-ci. Or, si l'infraction tentée n'est par définition pas consommée, il n'en reste pas moins qu'elle connaît un seuil de l'illicite, fixé à l'entrée dans la phase d'exécution de

¹²⁹⁶ Sur les différents types de risque dans les infractions de prévention, voir *supra*, n° 384.

¹²⁹⁷ Ainsi par exemple de l'article 223-14-2 du Code pénal : « La propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, d'objets ou de méthodes préconisés comme moyens de parvenir à une maigreur excessive ayant pour effet de compromettre directement la santé est punie de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende. »

l'incrimination et que c'est de ce fait à ce moment là que doivent-être appréciés les éléments qui la constituent. Il est souvent défendu en doctrine que l'admission de la répression de l'infraction impossible est le fruit d'une conception subjective de la tentative mais nous allons voir qu'elle peut s'expliquer différemment. Une conception objective, seule admissible du point de vue de l'injuste, conduit en effet à la répression du seul fait de l'application de la règle que nous venons de rappeler et à laquelle rien ne justifie que la tentative d'infraction impossible fasse exception.

Car si une conception objective implique d'apprécier l'existence d'un risque véritable pour le bien juridique, le risque ne peut être apprécié, en application de cette règle générale, qu'au moment de la réalisation du comportement, c'est-à-dire *ex ante*. Il faut donc apprécier la mise en danger du bien juridique au regard des seuls éléments connus au moment de la réalisation du commencement d'exécution et exclure du champ de cette appréciation les circonstances de fait qui se révéleraient par la suite. De cette façon, celui qui tire sur un cadavre en le pensant vivant et alors que rien ne permet, objectivement, de connaître le décès antérieur de la victime, crée bien un risque *ex ante* pour le bien juridique et il importe peu que soit révélé, *ex post*, que l'agent était déjà décédé au moment de l'acte et que sa vie ne pouvait donc être menacée¹²⁹⁸. Le seul critère d'appréciation de l'antijuridicité matérielle de la tentative doit donc selon nous être un critère objectif apprécié *ex ante*, ce qui emporte certaines conséquences.

600. ___ Conséquences de l'appréciation objective *ex ante*. ___ Dans l'exemple que nous venons de prendre, nous avons supposé que l'agent pensait la victime vivante et que rien ne permettait, objectivement, de la penser décédée, par exemple parce qu'elle pouvait sembler endormie. C'est là le cas le plus simple mais nous devons apporter quelques précisions.

Tout d'abord, si l'agent savait que sa victime était déjà morte, il n'y aurait pas lieu de rechercher une tentative de meurtre dès lors que l'intention criminelle ferait défaut et ce serait la qualification d'atteinte au cadavre qui devrait s'appliquer. Mais la question est plus problématique si l'agent pensait bien sa victime vivante mais qu'il était possible de s'apercevoir qu'elle était décédée, c'est-à-dire que le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances n'aurait pas fait cette erreur. Dans ce cas, il nous semble falloir exclure l'antijuridicité car il est impossible d'admettre, objectivement, un risque pour le bien juridique et donc l'antijuridicité matérielle du comportement. Si l'on s'en tient aux éléments de l'injuste tel que nous venons de les présenter, le seul critère de l'admission ou non de la tentative serait celui d'un risque objectif *ex ante* pour le bien juridique, ce qui conduit à exclure de son champ d'application les comportements qui ne sont dangereux que dans l'esprit de leur auteur, soit que l'inexistence du bien juridique soit objectivement apparente, soit que le moyen choisi soit absolument inapte à produire le moindre risque pour le bien juridique¹²⁹⁹.

Peu importe alors que l'impossibilité soit de fait ou de droit, l'antijuridicité positive doit être exclue et l'injuste du même coup, dès lors que le bien juridique n'a aucunement été mis en danger.

601. Mais il nous semble que cette solution pourrait opportunément être renversée par l'admission de l'existence du bien juridique comme condition préalable à la qualification, ce qui devrait conduire à nier la typicité du comportement antijuridique.

¹²⁹⁸ Voir en ce sens : F. Von LISZT, *Tratado de derecho penal, op. cit.*, T. III, p. 16-18. L'auteur signale lui-même que cette position conduit en pratique, mais sur des fondements différents, à des solutions fort proches de celle des théories subjectives. La solution est encore souvent défendue aujourd'hui ; voir par exemple : F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 195-196.

¹²⁹⁹ On serait alors en présence d'une infraction purement putative dont l'antijuridicité et donc la répression doit être niée. Sur l'infraction putative, et sur la question de l'admission de la tentative en cas d'exécution complète des éléments de l'infraction voir *supra*, n°325. Notons que nous définissons de ce fait l'infraction putative comme celle qui n'existe **objectivement** que dans la tête de l'agent et que nous en excluons donc par exemple le vol de sa propre chose, qui satisferait à la condition d'antijuridicité, le bien juridique étant bien menacé *ex ante*.

b. Exclusion de la typicité.

602. La typicité inclut, nous l'avons vu, le résultat légal de l'infraction. Or, si la répression de la tentative intervient par définition avant que ne soit réalisé ce résultat légal, il nous semble que l'impossible qualification de celui-ci doit exclure toute qualification pénale, ce qui devra nous conduire à nier la typicité du comportement et à préciser notre position sur les rapports entre typicité et antijuridicité.

603. **___ Défaut d'un élément qualifiant.** ___ Lorsque nous avons tenté de dégager la place du bien juridique dans l'infraction en droit positif, nous avons remarqué que celui-ci se refusait à en faire une condition préalable de l'infraction et que ce refus se déduisait principalement de la répression de l'infraction impossible par le recours à la tentative¹³⁰⁰. Or, si nous venons de voir qu'une conception objective et matérielle de l'antijuridicité n'excluait pas cette solution, il nous semble en revanche que le principe de légalité lui-même la proscriit. Sans reprendre la position, déjà exposée, défendue en son temps par GARRAUD et suivie par de nombreux et éminents auteurs¹³⁰¹, il nous semble qu'elle doit être retenue et qu'il faille admettre que la tentative ne peut être admise lorsque toute qualification est impossible du fait de l'inexistence, *in concreto*, du bien juridique protégé.

Si l'on reprend le critère défendu par le professeur CONTE, le bien juridique protégé est un « *élément qualifiant* » de l'infraction et s'il fait défaut, le résultat légal est hors d'atteinte et la qualification de l'infraction, consommée comme tentée, n'est pas envisageable¹³⁰². Il faudra alors exclure toute possibilité de réprimer le « *meurtre du cadavre* », le vol de sa propre chose ou l'atteinte sexuelle sur un « *mineur majeur* » par exemple. Ce n'est pas ici notre conception du bien juridique qui impose la solution, mais, comme le soulignent ces auteurs, le principe de légalité lui-même. Il ressort néanmoins que l'admission d'une telle solution plaiderait pour la reconnaissance de l'existence du bien juridique protégé comme condition préalable à l'infraction.

604. **___ L'existence du bien juridique, condition préalable à la qualification de l'infraction** ___ De la reconnaissance du bien juridique protégé comme élément qualifiant à celle du bien juridique comme condition préalable à l'infraction, il n'y a qu'un pas à faire. Si l'existence du bien juridique protégé est indispensable à la qualification de l'infraction, on peut affirmer qu'il est une condition préalable du texte d'incrimination, sans lequel la typicité du comportement est inconcevable¹³⁰³. Comme le souligne le professeur PIN, la situation serait alors analogue à celle que nous avons relevé plus haut de l'exclusion de la typicité par le consentement de la victime à une atteinte à un bien juridique protégeant la liberté de la personne¹³⁰⁴.

Il peut néanmoins paraître choquant, dans ces conditions, d'avoir affirmé l'antijuridicité du comportement : l'appréciation de l'antijuridicité au sein de l'injuste ne s'envisage en effet qu'au regard d'un comportement typique. Il nous a néanmoins semblé nécessaire de poser cette question de l'infraction impossible dans sa totalité afin de distinguer les comportements qui ne font courir aucun danger au bien juridique (absence d'antijuridicité positive) de ceux qui peuvent être dangereux *in abstracto* et *ex ante* mais ne peuvent pas être qualifiés juridiquement. Il nous semble par ailleurs, et malgré l'opinion contraire de la majorité de la doctrine allemande, qu'il est possible

¹³⁰⁰ Voir *supra*, n°319.

¹³⁰¹ *Ibid.* pour les appuis à cette solution dans la doctrine.

¹³⁰² Voir : X. PIN, *Le consentement en matière pénale, op. cit.*, p. 166-168 ; Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 193, n°338.

¹³⁰³ Notons que la question ne se pose que pour les biens juridiques rattachés à un titulaire déterminé, les biens juridiques collectifs, dérivés ou diffus, existant nécessairement.

¹³⁰⁴ Voir : X. PIN, *Le consentement en matière pénale, op. cit.*, p. 169 et suivant. Notons que l'auteur inclut dans cette catégorie les atteintes au secret.

d'affirmer l'antijuridicité d'un comportement non typique¹³⁰⁵. En vertu du principe d'*ultima ratio*, le droit pénal ne peut réprimer que les comportements les plus dangereux pour les biens juridiques et doit obéir à certains principes au premier rang desquels le principe de légalité criminelle. De ce fait, l'absence d'incrimination d'un comportement ne signifie pas nécessairement qu'il soit conforme au droit et l'antijuridicité, sinon l'injuste, est selon nous tout à fait concevable en l'absence de typicité¹³⁰⁶.

605. Quoiqu'il en soit pour l'instant de l'autonomie de l'antijuridicité au regard de la typicité, il apparaît que l'antijuridicité matérielle du comportement typique doit toujours être vérifiée, et qu'elle s'apprécie objectivement et *ex ante*, au moment de sa réalisation. Mais si les conséquences de ces principes sont importantes dans la détermination du champ de la répression des infractions ne comportant pas de résultat matériel, elles le sont peut-être encore davantage dans les infractions matérielles, l'admission d'une conception de l'infraction comme protection des biens juridiques imposant de s'assurer que le résultat effectivement produit, *ex post*, par le comportement typique lui est bien objectivement imputable.

B. Imputation objective du résultat matériel au comportement typique.

606. Avant de nous pencher rapidement sur les conséquences de l'absence d'imputation objective du résultat au comportement prohibé (2), il nous faut tout d'abord expliquer en quoi la vérification de cette condition est rendue indispensable par la reconnaissance du bien juridique comme objet de la protection pénale (1).

1°/ Nécessité de l'imputation objective.

607. **Exigence de l'imputation objective du résultat au comportement.** — Nous avons déjà rencontré la notion d'imputation objective à plusieurs reprises et en particulier lors de notre présentation historique du concept de bien juridique. Si l'on se souvient que celle-ci se fonde sur un critère téléologique permettant, depuis WELZEL, une meilleure distinction entre réprobation de l'acte et du résultat¹³⁰⁷, il n'est pas surprenant que sa reconnaissance soit imposée par l'admission d'une conception substantielle du bien juridique protégé. Il apparaît en effet de façon évidente que si le droit pénal a pour finalité, non de sanctionner tout comportement contraire à la norme primaire, mais bien de protéger des biens juridico-pénaux, sa protection ne peut s'étendre qu'aux comportements dangereux pour ceux-ci *a priori*¹³⁰⁸. La réprobation du résultat prohibé ne peut alors exister que dans la mesure où une appréciation *ex ante*, seule possible par le législateur,

¹³⁰⁵ L'opposition de la doctrine d'inspiration germanique à cette idée provient d'un principe fondamental, le principe d'unité de l'ordre juridique, qui refuse de distinguer antijuridicité pénale et civile. Une décision de la Cour Constitutionnelle allemande du 28 mai 1993 a été l'occasion d'un intense débat au sein de la doctrine allemande, stupéfaite de l'affirmation simultanée de l'absence de typicité de certains actes abortifs réalisés conformément à une disposition légale et de leur antijuridicité. Voir : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 54-64 et 335-342.

¹³⁰⁶ Un auteur est néanmoins à la tête d'un courant qui défend l'idée que nous reprenons selon laquelle l'antijuridicité pénale est une antijuridicité spéciale, propre au droit pénal, au sein de l'antijuridicité (générale) : H.-L. GUNTHER, cité par J. WALTHER, *Ibid.*, p. 54-64. L'idée semble d'ailleurs bien mieux accueillie par la doctrine civiliste allemande. *Ibid.*, p. 68-70. On retrouverait alors un peu la même idée que celle défendue à propos de la faute pénale d'imprudence : l'existence d'une faute pénale implique, *a fortiori*, une faute civile mais l'inverse n'est pas vrai.

¹³⁰⁷ Voir *supra*, n°117.

¹³⁰⁸ Des auteurs français ne sont pas loin d'affirmer la même chose, mais sans en tirer de conséquences théoriques sur l'imputation objective, rattachant même la question à la causalité. Voir ainsi, exposant que « le comportement est interdit dans la mesure où il est de nature à provoquer, plus ou moins directement, le trouble à l'ordre public envisagé » : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBRON, *Droit Pénal Général*, *op. cit.*, p. 198, n°347.

permettait de craindre une lésion pour l'objet juridique du délit¹³⁰⁹. Dans un droit pénal protecteur des biens juridiques, c'est là l'unique justification de la réprobation du comportement interdit et il apparaît alors comme indispensable de reconnaître l'imputation objective comme un élément implicite des infractions matérielles¹³¹⁰.

608. Mais si le rejet d'une conception du délit comme pure violation de la loi impose selon nous de limiter le champ des incriminations pénales aux résultats objectivement imputables au comportement prohibé, il nous faut maintenant préciser sur quels critères repose une telle imputation (a) et observer un frémissement jurisprudentiel dans le sens de leur reconnaissance (b).

a. Critères de l'imputation objective.

609. Il découle de ce qui vient d'être dit que le résultat matériel ne pourra être imputé au comportement, même typique, que s'il réalise ce que prétendait éviter la norme en interdisant (ou prescrivant) le comportement, c'est-à-dire s'il correspond bien à la finalité de protection de l'incrimination¹³¹¹ et que s'il était objectivement prévisible *ex ante*.

610. **Correspondance du résultat avec la finalité de la norme violée.** — Il n'y aura pas tout d'abord d'imputation objective si le résultat effectivement causé ne correspond pas à celui qu'entendait éviter le texte d'incrimination violé par l'agent, c'est-à-dire s'il ne rentre pas dans le cadre d'une interprétation téléologique du texte pénal¹³¹². Pour admettre l'imputation objective, il faut de ce fait que le comportement contraire à la norme ait précisément produit ce que la norme violée prétendait éviter, sans quoi la finalité de celle-ci se trouverait détournée.

Cela sera sans aucun doute le cas lorsqu'une obligation de sécurité ne sera pas respectée (par exemple, faire monter un salarié sur un échafaudage sans harnais de sécurité) et qu'il s'ensuit une atteinte à l'intégrité physique d'un salarié (celui-ci tombe et se tue). Pour reprendre des exemples communément cités par la doctrine allemande, en revanche, la mort de la victime d'un accident de

¹³⁰⁹ Pour HONIG, dont on se souvient qu'il a réintroduit la notion d'imputation objective, la théorie du droit, indépendamment d'une quelconque prise de position philosophique, impose de prendre en compte que les prescriptions ou interdictions normatives s'adressent à la volonté humaine et que le droit ne peut interdire des résultats que si la personne placée dans la situation prévue par le législateur pouvait les prévoir et, de ce fait, les produire ou les éviter. Ici rattachée à la notion d'action entendue comme la possibilité de maîtriser les événements par la volonté (concept « social » de l'action), l'imputation objective sera ensuite intégrée, selon nous plus justement, à l'antijuridicité ou au type lui-même. Voir : C. ROXIN, « Reflexiones sobre la imputación en el Derecho Penal », art. préc., p. 128-131. Nous choisissons d'intégrer cet élément à l'antijuridicité car l'absence d'imputation objective n'a pas pour effet de faire disparaître le résultat prohibé mais seulement sa réprobation, *ex post*. En ce sens : J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HOMAZÁBAL MALARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 91.

¹³¹⁰ S'agissant des infractions formelles ou de prévention, la question peut se poser mais de façon assez exceptionnelle : l'imputation objective d'un résultat légal consistant en un risque pour le bien juridique à une conduite sanctionnée pour sa dangerosité ne pose en général guère de problème. Les rares exemples que semble pouvoir donner la doctrine défendant l'application de la notion à ce cas étant en effet extrêmement marginaux et pouvant être justifiés autrement. Ainsi de la violation de domicile réalisée alors que nul n'aurait pu penser que le propriétaire s'opposerait à laisser entrer la personne (sa mère avec qui il serait en bons termes par exemple)... cas où l'élément intentionnel ferait également probablement défaut. Sur cette question, voir par exemple : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, *op. cit.*, p. 386-387.

¹³¹¹ Nous repreneons ici pour l'essentiel les critères qui semblent majoritairement admis dans la doctrine des pays d'inspiration germanique. Voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, *op. cit.*, p. 378-386 ; S. MIR PUIG, « La perspectiva 'ex ante' en derecho penal », art. préc., p. 9-11. Il nous faut néanmoins relever qu'une autre construction, autour de l'idée du dépassement du risque autorisé par la norme, initiée par le professeur ROXIN, a connu un large succès. Celle-ci nous semblant se détacher d'un droit pénal protecteur des biens juridiques en fondant sur la norme seule l'appréciation du risque *ex ante* pour le bien juridique, nous nous abstenons d'en développer les critères. Pour une présentation par son auteur : C. ROXIN, « Reflexiones sobre la imputación en el Derecho Penal », art. préc., p. 128-148 ; C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, *op. cit.*, p. 362-411.

¹³¹² Cette condition ne trouvera alors à s'appliquer que lorsque le comportement est, en tant que tel, interdit par une norme pénale ou extra-pénale. Cela sera le cas dans les infractions intentionnelles mais surtout dans les imprudences ou négligences trouvant leur origine dans la violation d'une obligation de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement.

la circulation causé par un excès de vitesse ne sera pas imputable à l'auteur de celui-ci si elle est due à l'incendie de la chambre d'hôpital où elle a été transportée, pas plus que ne le sera celle du cycliste renversé, de nuit par une automobile, au cycliste qui le suivait et qui n'avait pas respecté l'obligation de mettre des lumières, lumières qui auraient pu permettre à l'automobiliste de voir le premier cycliste¹³¹³. C'est en matière d'infractions non intentionnelles que ce critère trouve le plus souvent à s'appliquer, le comportement réalisé dans le but de produire le résultat prohibé entraînant bien en général le résultat que cherchait à éviter le législateur.

L'exclusion de l'imputation objective ne sera alors le plus souvent possible que sur le fondement de l'anormalité du cours causal : car à cette condition relative à la finalité de la norme violée s'ajoute en effet une condition cumulative de prévisibilité *ex ante* du résultat, seul un résultat prévisible *in abstracto* pouvant avoir justifié l'incrimination du comportement typique par un législateur guidé par la finalité de protection des biens juridiques.

611. — Prévisibilité *ex ante* du résultat réalisé *ex post* — Que ce soit en matière d'infractions intentionnelles ou non intentionnelles, pour que le résultat puisse être imputé objectivement au comportement typique, il faut tout d'abord que la production de celui-ci ait été prévisible *ex ante* et *in abstracto*¹³¹⁴, sans considération aucune de la prévision effective du résultat par l'agent, ce qui relève de l'appréciation de la faute. Le critère rejoint celui de l'imprévisibilité de la force majeure mais il peut ici être entendu plus soupagement, l'absence d'imputation objective pouvant être admise dès lors que le résultat n'apparaît pas comme une conséquence normale du comportement selon les « règles de la vie » ou de l'« expérience commune¹³¹⁵ ». Il n'y aura pas ainsi d'imputation objective si le comportement n'apparaît pas *a priori* comme adéquat à causer le résultat (comme dans l'exemple prisé par la doctrine allemande du neveu qui incite son oncle à aller se ballader sous l'orage pour que celui-ci meure foudroyé... ce qui se produit) ou si le cours causal est anormal (si par exemple un agent donne un coup de couteau non mortel à une personne, qui décède non du fait du coup mais parce que la lame avait été secrètement empoisonnée par un tiers). Ce dernier critère aurait pour effet de ne pas admettre l'imputation objective du résultat en cas de survenance d'un événement imprévisible du fait d'un événement naturel ou accidentel, du fait d'un tiers ou de la victime elle-même mais également du fait d'une prédisposition de la victime qui était inconnue de l'agent et que n'aurait pas décelée le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances. Ce qui importe est la prévisibilité du résultat *ex ante*. Il ressort néanmoins que la prévisibilité devra être appréciée plus soupagement dans les infractions non-intentionnelles puisque celles-ci visent précisément à éviter des dommages non prévus.

612. Il n'est pas besoin d'insister sur l'absence de reconnaissance de la notion d'imputation objective en droit positif mais il est en revanche opportun de souligner que si celle-ci demeure inconnue, ses critères sont parfois utilisés.

b. Émergence des critères en droit positif.

613. Nous avons vu qu'en droit positif, les conditions relatives à la faute mises à part, toutes les causes certaines pouvaient en principe engager la responsabilité pénale indépendamment de leur aptitude *ex ante* à produire le dommage. Issue de l'application de la théorie de l'équivalence des

¹³¹³ Voir : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, *op. cit.*, p. 377-378. L'auteur maintient en effet cette condition relative à la finalité de l'incrimination dans sa construction.

¹³¹⁴ On entend ici encore la prévisibilité *in abstracto* comme la prévisibilité par l'homme moyen idéal, normalement intelligent et diligent, placé dans la même situation que l'agent et doté des mêmes connaissances et compétences.

¹³¹⁵ Nous reprenons ici des expressions de von BAR et du professeur LUZON PEÑA. Voir : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I*, *op. cit.*, p. 379. Une idée similaire est défendue par d'éminents auteurs français, quoique sur le terrain du lien de causalité. Ainsi par exemple les professeurs VINEY et JOURDAIN considèrent-ils comme légitime d'assurer un « minimum de rationalité à l'appréciation de la causalité juridique » et défendent-ils qu'il serait « logique de n'admettre comme source de responsabilité que des causes qui avaient une propension naturelle à causer le dommage et contre lesquelles le droit tendait à protéger les victimes ». Voir : G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, p. 205.

conditions dans le domaine de la causalité et de la survivance en France du « *dogme causal*¹³¹⁶ », cette absence de prise en compte de l'adéquation du comportement à entraîner le résultat prohibé a conduit la jurisprudence à admettre, en de nombreuses occasions, la responsabilité pénale dans des cas où le résultat n'aurait pas pu être imputé objectivement au comportement en vertu des critères que nous venons d'exposer¹³¹⁷. Il est néanmoins possible de trouver dans certaines décisions les germes d'une reconnaissance de l'imputation objective comme condition de l'injuste.

614. ___ Prise en compte de la finalité de la norme violée. ___ Même si la portée de cette prise en compte est limitée du fait de l'admission de la faute pénale non intentionnelle en dehors de toute violation d'une obligation légale ou réglementaire, il n'en reste pas moins intéressant de relever que le critère de la finalité de la norme violée a pu être utilisé pour exclure le lien de causalité entre la faute de l'agent et le résultat prohibé.

C'est ainsi par exemple que la Chambre sociale de la Cour de cassation a pu nier le lien de causalité entre la faute de l'employeur pour avoir embauché irrégulièrement un travailleur étranger et l'accident du travail subi par celui-ci¹³¹⁸. Plus récemment, la Cour d'appel de Paris a confirmé la relaxe du chef d'homicide involontaire d'un importateur d'ULM en dépit de déclarations inexacts sur les caractéristiques de la machine après avoir rappelé que « *toute infraction à la réglementation n'est pas en elle-même constitutive du délit d'homicide involontaire*¹³¹⁹ ». Bien qu'elle se place là encore sur le terrain du lien de causalité, et plus précisément de son existence, cette décision n'est pas sans exprimer l'idée que la violation d'une norme législative ou réglementaire ne peut fonder la répression que si elle avait vocation à prévenir le résultat prohibé.

Il faudrait néanmoins, pour arriver tout à fait au critère de l'imputation objective, que la jurisprudence parvienne à se détacher de l'appréciation *ex post* imposée par le dogme causal pour se situer, *ex ante*, du point de vue de la finalité de la norme. Mais si le chemin semble encore long à parcourir pour que soit véritablement utilisé le critère de la finalité de la norme violée, des signes plus francs de l'émergence de l'imputation objective apparaissent quant à la prise en compte de l'anormalité du cours causal.

615. ___ Prise en compte de l'imprévisibilité du résultat. ___ Il semble tout d'abord que l'on puisse voir dans un arrêt relativement récent¹³²⁰, sinon la consécration de l'exigence de l'imputation objective, du moins l'émergence de la condition de prévisibilité *ex ante* du résultat produit *ex post*. Le 5 octobre 2004, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a en effet

¹³¹⁶ La perspective *ex post* qui permet d'imputer tout résultat causé par le comportement à l'auteur de celui-ci apparaît en effet comme extrêmement lié au causalisme et à la théorie rétributive de la peine qui entend celle-ci comme une réponse au dommage. Voir : S. MIR PUIG, « La perspectiva '*ex ante*' en derecho penal », art. préc., p. 10.

¹³¹⁷ Ainsi par exemple de l'admission de la condamnation pour homicide non intentionnel de celui qui a simplement blessé une personne, décédée pour avoir été mal soignée (Cass. Crim., 15 janvier 1958, *Bull. crim. n°58*), de celui qui cause un accident de la route à l'origine d'une transfusion sanguine au cours de laquelle le sujet passif contracte le SIDA (C.A. de Paris, 7 juillet 1989, *Gazette du Palais, 1989. 2. 752*, observations PICHOT), de celui qui est responsable d'un accident de la circulation ayant causé un traumatisme crânien à la suite duquel la victime s'est suicidée (Cass. Crim., 14 janvier 1971, *Bull. crim. n°13*) ou encore de celui qui a heurté un alcoolique, ce qui a provoqué un accès délirant à l'origine d'un arrêt cardiaque (Cass. Crim., 23 septembre 1998, *pourvoi n°97-86.297*). S'agissant des prédispositions de la victime en particulier, la Cour de cassation, censurant la relaxe prononcée par un cour d'appel, a récemment posé en principe que : « *l'imputabilité du dommage corporel doit être appréciée sans qu'il soit tenu compte des prédispositions de la victime dès lors que ces prédispositions n'avaient pas déjà eu des conséquences préjudiciables au moment où s'est produit le fait dommageable* ». Voir : Cass. Crim., 30 janvier 2007, *Bull. crim. n°23* ; Dalloz 2007, p. 299, note Y. MAYAUD, « Antériorité pathologique et certitude causale ». Si, comme le relève le commentateur, la décision s'inscrit parfaitement dans la lignée de la jurisprudence, elle est néanmoins particulièrement significative du fait du caractère occulte de la prédisposition.

¹³¹⁸ Soc., 7 mai 1943, *S.*, 1943, 1, p. 106. Quoiqu'ancien, cet arrêt reste cité en référence ; voir : G. VINEY, P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité, op. cit.*, p. 204-205.

¹³¹⁹ Cour d'appel de Paris, 16 novembre 2001, (*n° 00/05087*) ; R.S.C., 2002, p. 329, note Y. MAYAUD, « La certitude de la causalité dans les violences involontaires, une priorité à ne pas négliger ».

¹³²⁰ Une analyse similaire pourrait être menée sur la solution d'un arrêt beaucoup plus ancien et pour tout dire isolé. Voir : Cass. Crim., 25 avril 1967, *Bull. crim. n°129*, qui avait refusé de retenir l'homicide non intentionnel à l'encontre de celui qui a provoqué un accident de la route sans gravité et qui a été poursuivi par la victime dans une course « *déraisonnable* » à l'origine d'une crise cardiaque.

censuré la condamnation pour homicide non intentionnel retenue à l'encontre du conducteur qui avait renversé un piéton, transporté à l'hôpital et décédé suite à une infection nosocomiale, en reprochant à la cour d'appel de ne pas avoir vérifié si « *cette infection n'était pas le seul fait en relation de causalité avec le décès*¹³²¹ ». Même si l'on doit souligner que la Haute juridiction se place ici sur le terrain de l'existence même du lien de causalité en faisant référence à la possibilité de voir dans l'infection une cause exclusive du dommage, plusieurs observations doivent être formulées.

Il ressort tout d'abord des conclusions de l'Avocat Général près la Cour de cassation, qui a lui-même soulevé la question relative au lien de causalité ignorée par le pourvoi, que le fondement avancé n'est peut-être pas aussi clair qu'il n'y paraît. S'il conclut bien à la relaxe en s'appuyant explicitement sur la notion de « *rupture du lien causal* » dont le « *seul critère objectif susceptible d'être retenu* » doit être « *celui de la cause étrangère, avec ses attributs classiques : imprévisibilité, irrésistibilité, extériorité* », il faut noter que cette prise de position relève, dans le plan de ses conclusions, de la « *mise en œuvre des principes* » exposés antérieurement¹³²².

616. Si l'on regarde quels sont les principes rappelés, on s'aperçoit que la force majeure n'y apparaît nullement et que l'Avocat Général insiste au contraire sur les critères de la causalité adéquate et sur son adoption partielle, par la loi du 10 juillet 2000, au travers de l'exigence de la prévisibilité du risque de l'auteur indirect¹³²³. A propos d'une décision en matière de responsabilité civile qui avait admis le lien de causalité dans une affaire similaire (solution qu'il souhaite voir maintenue), il cite même un extrait de commentaire soulignant qu'il était indifférent que le dommage final « *ne soit pas matériellement imputable à l'accident originel*¹³²⁴ ».

On ne peut certes pas en déduire l'adoption implicite et générale de la notion d'imputation objective, d'autant que seules sont envisagées dans les conséquences de la solution défendue les aléas thérapeutiques, mais si l'on se souvient qu'en Allemagne c'est d'abord par la notion de causalité adéquate que la doctrine a cherché à limiter les effets de l'équivalence des conditions avant que de se tourner vers la notion d'imputation objective, on peut voir dans ce raisonnement les prémisses d'une reconnaissance de l'exigence d'imputation objective. Celle-ci serait d'autant plus souhaitable qu'elle serait indistinctement applicable, sans discussion, aux auteurs directs comme indirects et qu'elle éviterait de conduire à la situation délicate prônée par l'Avocat Général¹³²⁵ : exclusion du lien de causalité pour la responsabilité pénale et, dans la même affaire et en vertu de la même théorie de l'équivalence des conditions, admission de celui-ci pour la responsabilité civile.

617. A la différence de la force majeure en effet, l'absence d'imputation objective n'entraîne pas nécessairement l'absence de toute responsabilité ; c'est ce que nous allons maintenant étudier au sein des conséquences du défaut d'imputation du résultat légal au comportement typique.

2°/ Conséquences de l'absence d'imputation objective.

618. Si nous avons vu que l'absence d'imputation objective du résultat pouvait être plus facilement admise que la force majeure ou la cause exclusive, il nous faut souligner que ses conséquences sont beaucoup moins radicales. Elle ne fait en effet pas disparaître le comportement lui-même ou la possibilité de toute responsabilité mais rend uniquement impossible la prise en compte du résultat dans l'opération de qualification (a), ce qui soulève parfois quelques difficultés (b).

¹³²¹ Cass. Crim., 5 octobre 2004, *Bull. crim.*, n° 230.

¹³²² Voir : Conclusions de l'Avocat Général Dominique COMMARET, *Gazette du Palais*, 17 décembre 2004, p. 11, note sous Cass. Crim., 5 octobre 2004, *pourvois n°03-86169, 04-80658 et 04-81024*, p. 5.

¹³²³ *Ibid.*, p. 4. On se souvient que certains auteurs avaient pu voir dans cette alliance des critères de la causalité et de la faute une « *mise en équation législative* » de la causalité adéquate. Voir : F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit Pénal Général*, *op. cit.*, n°448-1.

¹³²⁴ Voir : Conclusions de l'Avocat Général Dominique COMMARET, art. préc., p. 4, citant : L. CHAKIRIAN, « Comment la Cour de cassation maintient-elle le principe de la réparation intégrale ? », *Dalloz* 2001, p. 2073.

¹³²⁵ *Ibid.*, p. 5. Cette distorsion est justifiée par le souci de ne pas priver les victimes d'indemnisation.

a. L'impossible prise en compte du résultat légal.

619. En l'absence d'imputation objective du résultat au comportement, il devient impossible d'utiliser le résultat matériel qui s'est effectivement produit dans l'opération de qualification et il faudra raisonner comme si celui-ci ne s'était pas réalisé. Cela signifie concrètement que l'infraction matérielle ne pourra pas être constituée et que les faits devront alors être qualifiés de tentative lorsque celle-ci est punissable et échapperont à la répression pénale lorsqu'elle ne l'est pas et qu'aucune autre qualification n'est possible. Il sera par exemple impossible de retenir l'homicide involontaire ou les violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner lorsque la mort aura été causée par une imprudence ou des violences qui n'étaient pas adéquats pour la produire ou par la violation d'une norme primaire qui ne protégeait pas la vie ou l'intégrité physique de la victime. Il apparaît alors qu'en matière d'infractions non intentionnelles, le principe sera l'impunité lorsqu'aucun résultat prohibé ne pourra plus être retenu¹³²⁶. Mais si le résultat finalement réalisé ne peut faire l'objet de la réprobation pénale, la réprobation du comportement typique n'en est pas pour autant exclue, comme en témoigne la requalification en tentative.

620. Or il ne faut pas cacher que de sérieuses difficultés théoriques peuvent parfois apparaître lorsqu'un résultat moins grave que le résultat finalement produit peut être imputé au comportement.

b. La délicate qualification du comportement typique.

621. Compte tenu de ce que nous avons observé plus haut sur l'attachement du droit français à des critères de qualification purement empiriques et de la technique spécifique choisie par le législateur en matière de violences volontaires et de blessures involontaires, il ne faut pas s'étonner de ce que l'introduction de la notion d'imputation objective puisse entraîner de sérieuses difficultés de qualification. Cela sera particulièrement le cas à l'heure de déterminer s'il n'est pas possible d'imputer un autre résultat que celui finalement produit et ce qu'il advient lorsque ce résultat non imputable avait été recherché par l'agent.

622. **En cas d'existence d'un résultat imputable moins grave.** Il faut d'abord souligner que les violences volontaires et les blessures non intentionnelles se qualifient en droit français uniquement par le résultat, sans aucune prise en compte du risque « normal » auquel

¹³²⁶ La tentative d'infraction non intentionnelle n'est en effet pas punissable. Il sera néanmoins parfois possible de retenir l'infraction de mise en danger de la vie d'autrui si les autres conditions sont réunies. C'est par exemple à notre sens ainsi qu'aurait dû être qualifié le cas de l'automobiliste en excès de vitesse qui heurte un sanglier, qui s'encastre dans le véhicule et conduit celui-ci à effectuer des lacets, causant alors un accident mortel avec un véhicule arrivant en sens inverse. Il y a bien ici une faute, sans doute délibérée mais le cours causal entre celle-ci et le résultat nous semble devoir être qualifié d'anormal et faire ainsi obstacle à l'imputation de la mort de la victime à l'excès de vitesse. *c/a* : Cass. Crim., 25 septembre 2001, *Bull. crim. n°188* (notons que la Cour de Cassation avait ici non seulement retenu l'existence du lien de causalité mais encore son caractère direct pour qualifier l'homicide non intentionnel).

expose le moyen employé¹³²⁷. L'absence d'imputation du résultat qui s'est effectivement produit pourrait alors apparaître comme profondément contraire à la volonté du législateur et la détermination du résultat imputable comme particulièrement discutable pour s'écarter profondément du critère matériel expressément choisi par la loi.

Or si l'on peut critiquer ce choix législatif qui ignore totalement la dangerosité intrinsèque du comportement et donc toute appréciation *ex ante* de la gravité de l'acte pour s'en remettre uniquement au résultat effectivement réalisé, il faut bien admettre que l'on se trouve là face à une difficulté de qualification conséquente. Car si l'impunité n'apparaît pas comme choquante en matière d'infractions non intentionnelles, elle peut l'être en matière de violences volontaires, lorsque l'agent aura bien recherché une atteinte à l'intégrité physique de sa victime mais que l'atteinte finalement subie par elle ne lui sera pas objectivement imputable. Il est possible de défendre que doit être retenu comme résultat objectivement imputable l'état de la victime avant l'intervention de l'évènement qui vient rompre le « *cours causal normal* » mais une telle solution n'est pas viable lorsque l'absence d'imputation objective n'est pas due à la survenance d'un évènement précis chronologiquement postérieur au comportement et il sera dans tous les cas délicat de s'appuyer, non sur une réalité empirique, mais sur une évaluation de l'évolution normale de la situation de la victime.

623. ___ En cas de résultat non imputable désiré. ___ Une autre difficulté peut apparaître lorsque le résultat recherché par l'auteur du comportement prohibé se produit bien mais en vertu d'un cours causal anormal. L'exemple le plus souvent cité par la doctrine d'inspiration germanique est celui d'une personne qui souhaite en tuer une autre et faire disparaître son corps mais qui ne se rend pas compte que la personne n'est pas décédée après les coups qu'elle a reçus mais du fait de s'être retrouvée enterrée vivante. Dans ce cas là, les auteurs défendent l'existence d'un concours d'infractions entre une tentative de meurtre et un homicide non intentionnel, la mort par asphyxie ne pouvant être objectivement imputée au comportement à visée homicide¹³²⁸. Plus complexe que la solution qui serait sans doute retenue par le droit positif français consistant à admettre le

¹³²⁷ Sur cette nature particulière d'infraction de résultat, voir par exemple : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 84, n°152. Notons que la logique de cette qualification par le résultat a été poussée jusqu'au bout par la jurisprudence du point de vue de l'élément moral, l'intention de causer le résultat effectivement produit étant irréfragablement présumée dès lors que les violences sont bien volontaires (seul le résultat de mort faisant exception du fait de l'incrimination à titre autonome des violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner). Voir par exemple, *Ibid.*, p. 89, n°162 et 163. Un tel choix législatif montre là encore l'empreinte du causalisme sur le droit français et nous semble tout à fait critiquable du point de vue de la finalité préventive du droit pénal. Comme le souligne fort justement un auteur, en effet, un résultat ne saurait, en lui-même, enfreindre les normes juridiques et être, de ce fait, contraire au droit. Voir : S. MIR PUIG, « La perspectiva 'ex ante' en derecho penal », art. préc., p. 10-11. Remarquons d'ailleurs que le **droit pénal espagnol a revendiqué l'abandon des infractions de résultat**, y compris en matière de violences : si celui-ci prévoit des sanctions plus lourdes en cas de perte d'organe ou d'infirmité permanente (articles 149 et 150 du Code pénale), hors de ces cas-là, l'article 147 du Code pénal commande une appréciation objective des lésions sans se référer au dommage effectivement subi par la victime concrète. Il fonde ainsi la répression sur le fait que la lésion « *requière objectivement, pour être soignée, outre une première assistance facultative, un traitement médical ou chirurgical* » et prévoit une **peine atténuée lorsque les lésions sont moins graves « du fait du moyen employé »** ou, et le dommage réapparaît alors, du fait « *du résultat produit* ».

[Artículo 147.

1. *El que, por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión que menoscabe su integridad corporal o su salud física o mental, será castigado como reo del delito de lesiones con la pena de prisión de seis meses a tres años, siempre que la lesión requiera objetivamente para su sanidad, además de una primera asistencia facultativa, tratamiento médico o quirúrgico. La simple vigilancia o seguimiento facultativo del curso de la lesión no se considerará tratamiento médico.*

Con la misma pena será castigado el que, en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código.

2. *No obstante, el hecho descrito en el apartado anterior será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses, cuando sea de menor gravedad, atendidos el medio empleado o el resultado producido.]*

¹³²⁸ Voir par exemple : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 383.

meurtre par le recours à la notion d'indivisibilité¹³²⁹, la qualification d'un concours d'infractions nous semble plus juste théoriquement¹³³⁰.

624. La rupture avec une conception purement formelle de l'infraction et l'affirmation de sa finalité de protection de biens juridico-pénaux par les textes d'incrimination conduisent ainsi à considérer que la violation de la loi pénale n'est plus le résultat de la réalisation du comportement prohibé mais simplement une condition de celle-ci, et, avant elle, de l'injuste. L'intégration du bien juridique et de l'injuste dans la théorie du délit, loin de se résumer à une complexification terminologique inutile, fait alors apparaître de nouvelles exigences à la répression en même temps qu'elle éclaire la question générale de la justification. Présumée dès lors que sera réalisé le type, la contrariété de celui-ci au droit ne pourra être établie que s'il porte une atteinte véritable et injustifiée à un bien juridique, produisant ainsi *ex post* le résultat, matériel ou juridique, que craignait le législateur et qui a ainsi motivé l'incrimination du comportement considéré comme dangereux *in abstracto* et *ex ante*.

625. — **Conclusion du chapitre.** — La définition du bien juridico-pénal comme émanation de la valeur et l'affirmation de la finalité de protection des biens juridiques de l'infraction conduisent à repenser profondément certains des éléments traditionnels de la théorie du délit et à défendre la reconnaissance de l'antijuridicité comme un élément, certes présumé, mais absolument indispensable tant sur son versant négatif comme fait justificatif que sur son versant positif comme atteinte véritable au bien juridique protégé. Aussi, nous avons vu que l'existence d'un bien juridique, *in concreto*, semblait devoir être admise comme une condition préalable à l'incrimination du comportement.

Il ressort ainsi que la prise en compte du bien juridique au sein de la théorie du délit dépasse largement le cadre de la justification pour imposer une conception matérielle et non plus simplement formelle de l'infraction et pour permettre de résoudre de façon cohérente certains problèmes récurrents de la dogmatique pénale. Des notions comme celle d'imputation objective pourront ainsi permettre de limiter les effets pervers d'une causalité entendue de façon strictement empirique sans pour autant dénaturer les éléments classiques de l'infraction alors que l'exigence d'antijuridicité positive réduira le champ d'application des dispositions pénales générales et abstraites aux seuls cas où un bien juridique est véritablement menacé.

Plus largement, l'uniformité de l'appréciation du comportement typique, *ex ante* et *in abstracto*, donne un fondement plus objectif à l'injuste et propose des garanties contre une dérive vers un droit pénal « *du risque* » en même temps qu'il ouvre la voie à des solutions homogènes au sein des éléments objectif et subjectif du type comme de l'antijuridicité positive et à une théorie de la justification fondée sur la pondération des biens juridiques.

¹³²⁹ La jurisprudence française considère en effet comme indivisibles les faits « *ayant été commis dans le même trait de temps, dans le même lieu et ayant été déterminés par le même mobile* ». Voir : Cass. Crim., 28 juillet 1969, *Bull. crim. n°239*. Même si dans cette espèce, les faits qui auraient pu être qualifiés comme relevant de deux infractions distinctes étaient commis par des coauteurs, il semble que la solution soit applicable dans l'exemple que nous avons donné, l'agent étant alors guidé tout au long de son action, par la même intention criminelle.

¹³³⁰ Notons que, paradoxalement, les règles françaises de pénalité en matière de tentative et de concours réel d'infractions conduiraient à réprimer plus sévèrement ce cas de concours réel entre une tentative de meurtre et un homicide non intentionnel que la qualification, *a priori* plus répressive, de meurtre consommé. Sur ces règles de pénalité, voir *supra*, n°177 et 185.

626. ___ Conclusion du Titre. ___ Alors que « *l'infraction du législateur* » protège des biens juridico-pénaux, l'« *infraction du délinquant* », elle, porte atteinte à ces biens juridiquement protégés en même temps qu'elle viole le précepte légal qui posait l'interdiction du comportement prohibé. Admettre cette dualité de l'atteinte conduit à rejeter une conception dans laquelle la violation de la loi apparaît comme le résultat de l'infraction pour défendre que l'atteinte simultanée à la loi et au bien juridique qu'elle protège, sont des composantes de l'infraction. Tel que nous l'avons défini, l'injuste permet ainsi de tirer, au sein de la théorie du délit, toutes les conséquences de la finalité de protection de biens juridico-pénaux matériellement définis comme une émanation de la valeur revêtue de la protection particulière que confère le droit pénal. Avant d'envisager de réprimer le sujet actif du délit dont la responsabilité subjective devra être établie, il faut ainsi d'abord établir qu'existe l'injuste, porteur de toute la réprobation, essentiellement objective mais néanmoins axiologique, du comportement.

L'injuste permet donc d'abord de réaffirmer l'exigence d'un comportement véritable, celui-ci devant être le fruit d'une volonté libre. Incriminé par la loi, il doit être fautif en ce qu'il tend à la lésion du bien juridique ou néglige de le préserver. L'appréciation de la faute pénale, intentionnelle ou non, est ainsi appréciée de façon abstraite, au regard de la signification du comportement réalisé et de la finalité qu'il poursuit. Ces conditions remplies, le comportement est typique dès lors qu'il correspond aux prévisions du texte d'incrimination mais sa contrariété au droit, formelle mais surtout matérielle, n'est encore que présumée.

L'injuste ne peut en effet être qualifié que si la pondération des biens juridiques en présence et des atteintes qui leur sont portées ne conduisent pas à nier son antijuridicité du fait de l'existence d'un fait justificatif légalement institué, de la préservation d'un bien juridique supérieur ou de l'insignifiance de l'atteinte au bien juridico-pénal. Dans une conception matérielle de l'infraction, le législateur incrimine des comportements qui sont, abstraitement, de nature à porter atteinte à un bien juridico-pénal mais la réalisation du comportement typique n'établit pas à elle seule qu'un bien juridique a bien été affecté, elle permet seulement de le présumer.

Une fois l'antijuridicité de l'acte établie, il faudra ainsi encore s'assurer qu'un bien juridique a bien été affecté ou mis en danger, *ex post* par le comportement prohibé, sans quoi la répression se trouverait privée de fondement par une appréciation trop abstraite de la finalité de protection des biens juridiques de la loi pénale.

Lorsqu'il est exigé par le texte d'incrimination, le résultat matériel prohibé devra également être objectivement imputable au comportement car admettre que le droit pénal protège des biens juridico-pénaux impose de considérer que les comportements prohibés ne peuvent l'être que parce qu'ils constituaient, *ex ante*, un risque pour ceux-ci, risque qui se réalise lorsque le résultat prohibé se produit. Si la causalité existe mais que survient un événement imprévisible modifiant le cours causal, on ne se trouve plus dans le cadre de ce que le législateur entendait incriminer et le résultat ne doit plus pouvoir être objectivement imputé au comportement, c'est-à-dire qu'il ne devrait plus pouvoir être un élément de qualification de l'infraction.

627. ___ **Transition.** ___ Notre présentation de l'injuste nous a conduit à nous écarter sensiblement de la théorie traditionnelle de l'infraction française. Nous avons ainsi tout d'abord scindé l'imputabilité en introduisant le critère de la volonté de l'acte au sein du comportement lui-même, l'excluant ainsi d'un élément moral lui aussi divisé. La faute pénale, intentionnelle ou non, demeure en effet seule dans l'appréciation de la typicité du comportement et se trouve, de par son appréciation essentiellement objective, complètement détachée des autres questions généralement rattachées à l'imputabilité comme le discernement ou la volonté de violer la loi pénale.

Mais si ces modifications bouleversent la structure classique de l'infraction, elles concordent néanmoins souvent avec des solutions prétoriennes que la structure tripartite traditionnelle peine à expliquer. Même lorsque nous sommes arrivées à des solutions contraires au droit positif, il est apparu que celles-ci étaient pour la plupart vivement critiquées par la doctrine et que les motivations jurisprudentielles n'étaient guère plus convaincantes au regard de la structure traditionnelle du délit que de notre construction.

Celle-ci a par ailleurs permis de faire émerger un cadre de réflexion pour l'adaptation du droit pénal aux évolutions de la société « *moderne* » en dégagant des critères de restrictions d'incriminations de risque abstrait trop extensives mais aussi des pistes pour réprimer des comportements fortement attentatoires aux biens juridiques mais qui s'accordent mal aux exigences d'une conception naturaliste des éléments objectifs de l'infraction.

Il pourrait néanmoins paraître étrange de distinguer aussi nettement l'injuste, c'est-à-dire la réprobation objective du comportement du sujet actif, de celle de la responsabilité subjective de celui-ci, indispensable à la qualification de l'infraction. Une telle présentation, en plus de se justifier par les liens extrêmement forts entre la notion d'injuste et la consécration d'une conception matérielle du bien juridico-pénal, permet surtout de mettre en exergue l'émergence de l'injuste dans le droit positif. Innommé, ou plus exactement, souvent mal nommé sous le terme d'infraction, l'injuste est en effet devenu un concept pivot du droit pénal et le détacher ainsi de la question de la responsabilité subjective permet, paradoxalement, de réaffirmer l'insuffisance des éléments le composant à constituer une infraction véritable.

TITRE 2

**L'INJUSTE, ELEMENT
QUALIFIANT DE L'INFRACTION.**

628. La qualification d'un injuste est porteuse de toute la réprobation sociale objectivement attachée à l'infraction. L'atteinte *lato sensu* au bien juridique est donc de ce fait considérée comme contraire au droit, ce qui la distingue des éventuels dommages subis par des biens juridiques du fait d'événements naturels ou purement accidentels. Mais si la qualification de l'injuste est déjà le fruit d'une appréciation axiologique du comportement, celle-ci est essentiellement abstraite et ne saurait fonder à elle seule la répression. Dans un droit pénal libéral, celle-ci ne peut en effet intervenir que pour punir une personne subjectivement et personnellement responsable de ses actes et de leurs conséquences dommageables.

Or, bien que notre droit positif ne connaisse pas explicitement la notion d'injuste, il apparaît que, de plus en plus souvent, les conséquences juridiques qu'il prétend attribuer à la commission d'une « *infraction* » ne se fondent en réalité que sur l'existence d'un « *injuste* », et ce que l'on se place du point de vue du sujet actif, auquel l'injuste va être imputé (Chapitre 1), ou du point de vue du sujet passif¹³³¹, c'est-à-dire de la victime (Chapitre 2).

¹³³¹ La distinction entre sujet actif du délit (ou agent) et sujet passif (ou patient) est classique depuis ORTOLAN, qui soulignait que le délit produisait ces deux « *facteurs* », les réparations et les peines en étant les conséquences. Voir : J.-L. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 97.

Chapitre 1

L'imputation de l'injuste au sujet actif.

629. ORTOLAN définissait ainsi le délit : « *Toute action ou inaction extérieure blessant la justice absolue, dont la répression importe à la conservation ou au bien être social, et qui a été définie et frappée de peine à l'avance par la loi*¹³³² ». On peut y déceler des éléments de l'injuste tels que nous les avons dégagés par la référence, successivement, au comportement *lato sensu*, à l'antijuridicité, à la réprobation sociale sur laquelle elle s'appuie, et à la légalité. Mais comme cette définition le souligne, pour pouvoir qualifier une infraction, l'injuste n'est pas suffisant et il est nécessaire que la répression soit fondée, ce qui implique que l'injuste puisse être imputé au sujet actif¹³³³. Or, cette imputation subjective de l'injuste (Section 2) n'est possible qu'à certaines conditions déterminées (Section 1).

¹³³² *Ibid.*, p. 243.

¹³³³ Nous nous rattachons donc au courant qui considère que l'imputation subjective du sujet passif est un élément véritable de l'infraction et non que l'infraction existe indépendamment de celle-ci, ce que nous avons qualifié d'injuste. Sur ce débat, en France et en Allemagne, et adoptant une position contraire à la nôtre, voir notamment : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 173-175.

Section 1

Conditions de la responsabilité pénale.

630. Les éléments traditionnels de l'imputabilité sont la capacité de comprendre et la capacité de vouloir. Or, nous avons défendu qu'en l'absence de volonté de l'acte, ce n'est pas seulement l'imputabilité qui disparaît mais l'existence même d'un comportement. Il ne faudrait pas pour autant en déduire que demeure seule dans la responsabilité la question de la conscience de violer la loi pénale. Car si la conscience de l'antijuridicité du comportement en est bien une condition indispensable (I), elle doit selon nous être accompagnée de ce que la doctrine des pays d'inspiration germanique désigne sous le nom d'« exigibilité » (II) pour que soit constituée une infraction véritable.

I Conscience de l'antijuridicité.

631. La conscience de l'antijuridicité, qui renvoie à la « conscience de violer la loi pénale », ne peut être reconnue que si l'agent est doté de discernement et que s'il ne pensait pas légitimement agir conformément au droit. Ce sont là les questions du discernement (A) et de l'erreur sur le droit (B).

A. Le discernement.

632. Face aux mouvements de politique criminelle dénoncés plus haut et au risque d'une dérive, à la fois, vers un objectivisme qui permettrait de sanctionner pénalement toute personne dont l'acte peut-être qualifié d'injuste, et vers un subjectivisme qui se focaliserait sur la dangerosité de l'individu, il convient de rappeler la condition première de toute responsabilité de nature pénale : le discernement. Que l'on adopte une conception libérale fondée sur le libre arbitre ou une conception davantage fondée sur l'idée de responsabilité sociale, la finalité préventive du droit pénal exclut tout à fait de réprimer celui qui n'a pu percevoir l'interdit (inefficacité de la prévention générale) comme du celui qui ne pourrait comprendre sa peine (inefficacité de la prévention spéciale). Fondement même de la responsabilité pénale, la capacité de comprendre ses actes et de distinguer le bien du mal, apparaît comme une condition indispensable à la qualification d'une véritable infraction pénale (1) mais reste sans conséquence sur l'existence de l'injuste (2).

1°/ Exigence de discernement pour la qualification de l'infraction.

633. Comme tous les éléments de la responsabilité, le discernement doit être apprécié *in concreto* (a), et comme condition de l'infraction, il doit être apprécié au moment de la réalisation du comportement fautif (b).

a. Appréciation *in concreto*.

634. Sans revenir pour l'instant sur les conséquences de l'absence de discernement en droit positif, il nous faut simplement souligner que si le discernement est présumé chez le sujet actif majeur, le

Code pénal prévoit expressément l'absence de responsabilité pénale de la personne atteinte de troubles psychiques ou neuropsychiques ayant aboli son discernement au moment des faits¹³³⁴.

Pour ce qui est des mineurs, après des décennies de polémiques doctrinales, le législateur a pérennisé la célèbre solution de l'arrêt *Laboube* en prévoyant désormais à l'article 122-8 du Code pénal que sont pénalement responsables « *les mineurs capables de discernement* »¹³³⁵. Si l'on peut regretter que cet article trouve sa place dans un chapitre relatif aux « *causes d'irresponsabilité ou d'atténuation de la responsabilité* » alors que le texte rappelle justement que le discernement est avant tout une condition positive de la responsabilité et qu'il ne saurait être considéré comme présumé chez l'enfant, nous nous félicitons en revanche que le législateur n'ait pas, à ce jour, fixé dans la loi l'âge à partir duquel un mineur est considéré comme doté de discernement¹³³⁶.

Il nous semble en effet que, comme tous les éléments de la responsabilité, le discernement doit être apprécié *in concreto* et qu'il est préférable que la loi ne pose pas une présomption de responsabilité à partir d'un certain âge, présomption qui pourrait apparaître comme irréfragable en l'absence de troubles psychiques. Il est vrai que cette absence de détermination légale peut paraître surprenante au regard de la fixation, dans la loi même, des âges permettant de moduler l'« *excuse de minorité* » mais cela nous semble compréhensible dans la mesure où cette excuse n'a pour effet que de limiter la gravité des mesures et sanctions ou le *quantum* de la peine maximale encourue¹³³⁷.

Il nous semble en revanche regrettable que le législateur n'ait pas, pour le majeur atteint de troubles psychiques ayant simplement altéré son discernement, prévu la même diminution légale de la peine en réponse à l'obscurcissement du discernement. Il faut même remarquer qu'en pratique, la présence d'un trouble psychique ou neuropsychique peut conduire au prononcé d'une peine supérieure du fait de la dangerosité attachée à certaines pathologies¹³³⁸.

On peut également regretter que cette même notion de dangerosité puisse influencer la reconnaissance de la responsabilité alors que le discernement doit, en tant que condition indispensable à la reconnaissance de la culpabilité subjective de l'agent au regard du comportement incriminé, être apprécié au moment où celui-ci est réalisé.

¹³³⁴ Article 122-1 al. 1 du Code pénal : « *N'est pas pénalement responsable la personne qui était atteinte, au moment des faits, d'un trouble psychique ou neuropsychique ayant aboli son discernement ou le contrôle de ses actes.* »

¹³³⁵ Le célèbre arrêt *Laboube*, avait en effet posé l'exclusion de toute responsabilité du mineur privé de discernement et en avait déduit l'impossibilité de prononcer à son encontre non seulement des peines mais également des mesures éducatives. Voir : Cass. Crim., 13 décembre 1956, *Bull. crim. n°840*.

¹³³⁶ Il se pourrait néanmoins que cette situation soit très prochainement modifiée. Le 15 avril 2008, le Garde des Sceaux a en effet désigné l'instauration de l'âge de la responsabilité pénale par la loi comme étant une des lignes directrices de la réflexion que doit mener le groupe de travail chargé de réfléchir à une réforme de l'ordonnance du 2 février 1945 sur l'enfance délinquante. Voir : S. LAVRIC, « Réforme de l'ordonnance de 1945 : mise en place d'un groupe de travail », *Dalloz*, 2008, p. 1133. Le rapport de la commission de propositions de réforme de l'ordonnance du 2 février 1945, présidée par le professeur VARINARD suit cette ligne directrice et préconise un bouleversement de la matière en prévoyant de fixer, dans la loi, l'âge de la responsabilité pénale à 13 ans. Le discernement du mineur serait alors présumé à partir de cet âge. Voir : S. LAVRIC Sabrina, « 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs », *Dalloz*, Actualité, 8 décembre 2008 et « Code de la justice pénale des mineurs : les grandes lignes », *Dalloz*, Actualité, 20 mars 2009. Pour une présentation un peu ancienne mais fort intéressante de cette question au niveau européen ; voir : Ch. LAZERGES, « Seuils d'âge de la responsabilité pénale en Europe », *R.S.C.* 1991, p. 414.

¹³³⁷ Si, à l'heure actuelle, le mineur peut être soumis à des « *mesures éducatives* » dès lors qu'est reconnu son discernement et qu'il peut ensuite être soumis à des « *sanctions éducatives* » à compter de l'âge de 10 ans et à des peines à compter de 13 ans, la réforme en cours d'élaboration semble là encore opérer une profonde modification. Mesures et sanctions éducatives seraient amenées à disparaître au profit d'un « *régime civil spécial* » applicable aux mineurs de 13 ans et n'exigeant donc pas, semble-t-il, que l'acte infractionnel ait été commis avec discernement. Les peines resteraient, pour leur part, réservées aux mineurs âgés de plus de 13 ans, le rabaissement de ce seuil à 12 ans, après avoir été évoqué, ayant apparemment été abandonné. Voir : S. LAVRIC, « 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs », *Dalloz*, Actualité, 8 décembre 2008 et « Code de la justice pénale des mineurs : les grandes lignes », *Dalloz*, Actualité, 20 mars 2009.

¹³³⁸ Cette aggravation de la peine pour les personnes atteintes de troubles psychiques en contradiction avec l'altération de leur discernement semble particulièrement fréquente en matière criminelle, le jury populaire étant extrêmement sensible à la question de la dangerosité. Voir notamment : *Rapport IGAS/IGSJ, Santé des détenus*, juin 2001, Ministère de la Santé, Ministère de la Justice, cité et analysé par J.-L. SENON, « Troubles mentaux et prison », *R.S.C.*, 2007, p. 155.

b. Appréciation au moment des faits.

635. Même si la situation psychique et psychologique de l'agent pourra être prise en compte au moment du choix de la sanction (ou de la mesure de sûreté), il faut souligner que, au stade de la qualification de l'infraction, le discernement doit être apprécié au moment où le comportement typique et déjà « *objectivement fautif* », est réalisé.

On pourrait à ce propos s'interroger sur le fondement de la jurisprudence refusant de faire bénéficier l'agent d'une quelconque cause d'exclusion ou d'atténuation de la responsabilité lorsque l'abolition ou l'altération du discernement au moment des faits résulte d'un enivrement ou d'une prise de produits stupéfiants¹³³⁹. Sans doute conforme à la volonté du législateur, qui a même récemment aggravé la répression pour certains délits lorsqu'ils sont commis « *en état d'ivresse manifeste ou sous l'emprise manifeste de stupéfiants* »¹³⁴⁰, cette prise en compte de la dangerosité des conduites addictives devrait néanmoins obéir à certaines conditions pour respecter les exigences relatives au discernement.

Il nous semble en effet que, s'agissant des éléments de la qualification de l'injuste de la conduite sous l'emprise de ces substances (ou des circonstances aggravantes correspondantes), l'état doit avoir été recherché ou, au minimum, avoir été connu par l'agent et ne devrait pas pouvoir être retenu dans les cas où l'agent aurait été enivré ou drogué à son insu¹³⁴¹. Pour ce qui est de l'éventualité d'une exclusion ou d'une atténuation de la responsabilité pénale, elle devrait là encore obéir aux critères de l'*actio liberae in causa* mais avec une appréciation cette fois subjective, la question étant relative à la responsabilité. Si l'abolition du discernement a été recherchée ou prévue par l'agent, elle ne doit ainsi pas pouvoir lui bénéficier mais, si ce n'est pas le cas, il faudra renoncer à rechercher la responsabilité pour l'acte commis sans discernement¹³⁴² pour éventuellement remonter à l'acte antérieur volontaire et commis avec discernement pour qualifier l'injuste et la responsabilité.

636. Mais si nous entendons bien séparer l'appréciation de la faute typique de la question du discernement, il n'en reste pas moins que celui-ci demeure un élément indispensable à la qualification d'une infraction véritable. Il faut alors bien distinguer cette notion d'infraction de celle d'injuste.

¹³³⁹ Bien que la Cour de cassation ait posé que « *l'aliénation mentale consécutive à l'ivresse est souverainement appréciée par la juridiction de jugement* » (Cass. Crim., 11 mars 1958, *Bull. crim. n°238*), il semble bien que « *la jurisprudence dominante se refuse à voir dans l'ivresse une cause légale d'exemption de la peine* » au motif que « *le sujet connaît bien les propriétés enivrantes des (...) boissons consommées, ce qui est significatif de son intention de parvenir graduellement à un point de non-retour dans l'ivresse (...) rendant inévitable l'absence de contrôle de lui-même* ». Voir : T. Corr. Nevers, 30 janvier 1976, *Gazette du Palais*, 1976, 2, Sommaire n°227.

¹³⁴⁰ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, venant aggraver la répression des infractions contre l'intégrité physique et les atteintes sexuelles sur mineur en ajoutant cette circonstance aggravante aux articles 222-12, 222-13, 222-24, 222-28, 222-30 et 227-26 du Code pénal.

¹³⁴¹ *c/a* T. Corr. Montauban, 9 février 1968, *JCP 1969. II. 15781*, note E. CLAVEL et C.A Metz, 19 octobre 1989, *Droit pénal*, 1990, comm. 166, obs. J.-H. ROBERT. Dans ces espèces, l'agent a été condamné pour conduite en état d'ivresse alors que cet état résultait respectivement de la seule respiration de vapeurs d'alcool au cours du nettoyage d'une cuve dans un chai viticole et de la manipulation de solvants par un ébéniste.

¹³⁴² C'est à peu près la solution du droit espagnol, qui pose à l'article 20 du Code pénal :

« *Están exentos de responsabilidad criminal : (...)* »

2°) *El que al tiempo de cometer la infracción penal se halle en estado de intoxicación plena por el consumo de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicótropas u otras que produzcan efectos análogos, siempre que no haya sido buscado con el propósito de cometerla o no se hubiese previsto o debido prever su comisión (...).* »

Ce que l'on pourrait traduire par « [Est] exempté de responsabilité pénale (...) celui qui, au moment de la commission de l'infraction pénale, était en état d'intoxication totale du fait de la consommation de boissons alcoolisées, de drogues toxiques, stupéfiants, substances psychotropes ou autres qui produisent des effets analogues, chaque fois que cet état n'aura pas été recherché dans le but de commettre l'infraction ou que sa commission n'aura pas été prévue ou n'aurait pas dû être prévue. »

2°/ Indifférence du discernement sur la qualification de l'injuste.

637. Tout au long de notre étude des éléments permettant de qualifier un injuste, nous avons défendu une appréciation essentiellement objective de celui-ci. Nous avons ainsi exclu de cette qualification toute considération relative à la subjectivité de l'agent considéré *in concreto*, tant dans les infractions non intentionnelles dans lesquelles l'imprudence est déterminée au regard des « diligences normales » dont aurait fait preuve le bon père de famille, que dans les infractions intentionnelles dans lesquelles est prise en compte la finalité du comportement indépendamment des mobiles ou des représentations subjectives du sujet actif. Nous avons ainsi défini le dol comme un dol « neutre », en opposition au « *dolus malus* », ce qui permet d'admettre sa subsistance en l'absence de discernement.

Contrairement à une opinion souvent défendue, il nous semble par conséquent indifférent que l'agent ait eu ou non conscience de la portée de ses actes et de leur réprobation sociale et juridique pour qualifier la faute pénale constitutive de l'injuste. Dès lors que le comportement est bien volontaire, on peut qualifier l'élément subjectif du type : l'acte volontaire destiné à tuer sera, du point de vue de l'injuste, un acte homicide dont la contrariété au droit sera affirmée même si le comportement destiné à donner la mort a été commis pour des motifs totalement irrationnels¹³⁴³. L'absence de discernement fait ainsi simplement disparaître la culpabilité subjective et donc la responsabilité pénale de l'agent (du fait de l'impossibilité de lui imputer subjectivement son comportement et ses conséquences) mais l'existence d'un injuste ne sera pas remise en question. Il est vrai qu'une telle construction conduit à un éclatement total du traditionnel « élément moral » de l'infraction mais nous verrons qu'elle est fort utile pour expliquer certains mécanismes du droit positif et pour appréhender certaines questions théoriques.

638. Mais si l'existence du discernement est une condition positive indispensable à l'imputation de la responsabilité pénale au sujet actif, la conscience de l'antijuridicité n'est pas acquise du seul fait de sa vérification. Pour que l'on puisse affirmer la conscience de l'antijuridicité, encore faut-il que l'agent ait eu conscience de violer la loi pénale et, dans un droit pénal protecteur des biens juridiques, de mettre en danger un bien juridique. Cela pose alors la question de l'erreur sur ces éléments, que l'on peut nommer erreur sur le droit au sens large.

B. L'erreur sur le droit.

639. Jusqu'à l'entrée en vigueur du Code pénal de 1994, la loi française n'admettait pas que l'on puisse échapper à sa responsabilité pénale au motif que l'on en aurait méconnu les dispositions. L'adage « nul n'est censé ignorer la loi » produisait alors tous ses effets et permettait de poser une présomption irréfragable de connaissance de la loi pénale. Or, si l'on peut comprendre les intérêts répressifs de cette règle et le souci d'efficacité de la loi pénale qui peut la motiver, il nous semble en revanche tout à fait discutable d'y voir une garantie de la sécurité juridique. Il n'est en effet pas question ici de nier la contrariété au droit du comportement typique réalisé de bonne foi mais simplement de défendre que l'attribution d'une responsabilité pénale n'a véritablement de sens que si elle s'applique à une personne qui avait connaissance de la prohibition de son acte¹³⁴⁴.

Même dans une perspective d'infraction comme violation de la loi, l'opposition subjective à la volonté générale que vient sanctionner le droit pénal ne peut être sanctionnée que si l'agent a véritablement manifesté une hostilité envers la norme ou une indifférence coupable. Implicitement admis du fait de l'introduction de l'erreur de droit comme cause subjective

¹³⁴³ Cette position est celle de la doctrine majoritaire dans les pays d'inspiration germanique, qui la considère comme un des apports essentiels des théories finalistes à la théorie du délit ; voir par exemple : D. M. LUZÓN PEÑA, *Curso de derecho penal : Parte general I, op. cit.*, p. 237-240. Voir plus précisément *infra*, n°530 et s.

¹³⁴⁴ En ce sens, et conformément à la compréhension majoritaire du principe de la responsabilité subjective dans les pays d'inspiration germanique : F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 167.

d'irresponsabilité, ce principe, si l'on se situe dans le cadre d'un droit pénal protecteur des biens juridiques, conduit à considérer la conscience de violer la loi pénale (1) comme insuffisante et à vérifier que l'agent a également voulu mettre en danger un bien juridique (2).

1°/ Erreur sur le droit *stricto sensu*.

640. Si l'on ne peut exiger péremptoirement de tout justiciable la parfaite connaissance du droit ou présumer irréfragablement sa mauvaise foi sans tomber dans une responsabilité objective, il ne faudrait pas penser qu'il suffit à l'agent de prétendre ne pas avoir connu l'interdit pénal pour échapper à sa responsabilité. Car si la conscience de l'antijuridicité, comme tous les éléments de la responsabilité, s'apprécie *in concreto*, encore faut-il que son erreur soit invincible pour écarter la responsabilité pénale. Mais si ces observations relatives à l'appréciation de l'erreur sont conformes au droit positif (a), il nous semble en revanche que rien ne justifie de limiter le champ d'application de l'erreur sur le droit à l'erreur sur la loi *stricto sensu* (b).

a. Appréciation de l'erreur.

641. Si l'on admet que le droit pénal n'a pas une finalité uniquement répressive et que l'on rejette le principe d'une responsabilité objective, il est indispensable de vérifier, qu'aux côtés du dol neutre ou du défaut de diligences normales qualifiant l'injuste, se trouve une véritable opposition subjective à la norme pénale¹³⁴⁵. Sans rentrer dans les détails du droit positif en la matière, il faut néanmoins signaler que le législateur, à l'image de la jurisprudence antérieure à sa consécration législative¹³⁴⁶ et conformément aux souhaits de la doctrine majoritaire, a strictement encadré l'exclusion de la responsabilité par l'erreur de droit¹³⁴⁷. Pour pouvoir complètement faire obstacle à la responsabilité, il est en effet indispensable que l'erreur ait été **invincible**, c'est-à-dire que l'agent ait fait tout son possible pour respecter la loi pénale mais n'y soit pas parvenu du fait de circonstances insurmontables appréciées *in concreto*¹³⁴⁸.

Si l'on peut regretter que l'extrême sévérité de la jurisprudence dans l'appréciation de l'**inévitabilité** de l'erreur la prive de véritable portée pratique¹³⁴⁹ et que, là encore, le législateur

¹³⁴⁵ L'erreur sur le droit recouverte en fait deux cas de figure que la doctrine d'inspiration germanique désigne sous les termes respectifs d' « erreur de prohibition », lorsque l'agent aura cru que son acte n'était pas interdit, et d' « erreur sur la justification », lorsqu'il aura cru que son acte était couvert par un fait justificatif (ou, plus largement, par une cause d'exclusion de l'antijuridicité). Dès lors que l'erreur porte bien sur la réalité du droit et non sur les circonstances de fait qui ouvrent à la justification, ce dernier cas doit être assimilé au premier. Voir en ce sens : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 217, n° 253.

¹³⁴⁶ La jurisprudence avait, antérieurement à sa consécration législative, admis la non-imputabilité du comportement réalisé du fait d'une erreur invincible sur le droit : Cass. Crim., 9 octobre 1958, J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, n° 45.

¹³⁴⁷ La circulaire d'application du nouveau Code pénal souligne ainsi que l'erreur ne peut exonérer l'agent que si elle était « véritablement invincible » et n'envisage que deux cas de figure : l'information erronée fournie par l'autorité administrative et le défaut de publication du texte. Voir : Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *op. cit.*, p. 33. Certains auteurs craignaient néanmoins « l'effet dévastateur » d'une telle cause d'irresponsabilité. Voir : G. ROUJOU de BOUBÉE, « Mise en oeuvre de l'erreur de droit », *Dalloz* 2000, p. 114. Longtemps, en effet, le caractère irréfragable de la présomption de connaissance de la loi pénale avait été justifié par des impératifs de sécurité juridique et par la possibilité pour le citoyen de connaître les interdits pénaux du fait de leur publication au journal officiel. Sur ces arguments et pour une présentation des différentes solutions admises par le droit comparé : N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *R.S.C.* 1999, p. 711 et s.

¹³⁴⁸ La jurisprudence a bien admis l'appréciation *in concreto* ; voir par exemple : D.VIRIOT-BARRIAL, [Erreur sur le droit], *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2003.

¹³⁴⁹ Voir notamment, à propos d'un étranger illettré poursuivi pour conduite malgré une annulation judiciaire du permis ou pour obtention frauduleuse du permis alors même que l'administration lui avait délivré un nouveau permis de conduire après expiration du délai durant lequel l'agent ne pouvait en solliciter un nouveau suite à l'annulation de son permis de conduire : Cass. Crim., 17 févr. 1998, *Bull. crim.*, n° 60 ; « Erreur de droit commise par un étranger illettré », *R.S.C.* 1998, p. 765, observations B. BOULOC. Un arrêt plus récent semble néanmoins assouplir cette position, la Cour de cassation ayant approuvé l'admission de l'erreur de droit pour un étranger à qui avait été remis, par erreur, une attestation lui indiquant que sa situation administrative était régulière en dépit de l'invalidation de son permis français. Voir : Cass. Crim., 11 mai 2006, *Actualité Juridique Pénale* 2006, p. 358.

n'ait pas prévu une atténuation légale de la responsabilité dans les cas où l'erreur n'était pas absolument insurmontable mais où l'agent a néanmoins véritablement tenté de se conformer au droit, nous approuvons néanmoins ce critère de l'invincibilité. Il nous semble en effet que la finalité protectrice du droit pénal ne pourrait s'accomoder d'une exclusion de la responsabilité fondée sur la désinvolture du sujet actif et qu'il est indispensable de réaffirmer une obligation pour le citoyen de se conformer au droit ; mais une obligation de moyen et non de résultat.

642. Mais si l'on admet ce devoir citoyen et la présomption (réfragable) qui en découle dans la connaissance du droit, il nous semble absolument injustifié que la jurisprudence limite le champ d'application de l'erreur à l'erreur sur la loi *stricto sensu*.

b. Domaine de l'erreur.

643. Nous avons étudié plus haut la persistance, en droit français, d'une conception formelle de la loi et noté la contradiction d'une telle définition avec l'acception qu'en a la Cour européenne des droits de l'homme¹³⁵⁰. Sans revenir ici sur les causes profondes d'une telle divergence, nous soulignerons seulement que l'exclusion de l'**erreur sur la jurisprudence** comme cause de non responsabilité nous semble tout à fait critiquable dès lors que la condition relative à l'invincibilité est bien remplie. Si l'on peut comprendre que la Cour de cassation ait posé en principe que, dans le doute, le bon citoyen doit s'abstenir de réaliser un acte dont il soupçonne la prohibition¹³⁵¹, il nous semble inadmissible d'exiger du citoyen qu'il parvienne à trancher un conflit d'interprétation entre deux juridictions dotées de la même autorité ou entre deux chambres de la Cour de cassation¹³⁵², et encore davantage de le sanctionner alors qu'un revirement de jurisprudence est intervenu entre son acte et le moment où il est jugé¹³⁵³.

L'argument justifiant la solution par « l'absence de droit à une jurisprudence constante », lié à l'absence de reconnaissance de la jurisprudence comme source de droit, nous semble en effet peu pertinent : l'erreur sur le droit ne se situe pas sur le plan de l'injuste, c'est-à-dire de la réalité de la contrariété au droit, mais consiste seulement à écarter la responsabilité subjective de l'agent. De ce fait, admettre l'impunité du sujet actif qui ne pouvait prévoir que son acte était interdit apparaît seulement comme une application du principe de légalité et de son corollaire, l'exigence de prévisibilité de la loi pénale, et ne remet aucunement en cause la validité de la norme ou l'autorité de la solution prétorienne qui pose la prohibition¹³⁵⁴.

¹³⁵⁰ Voir *supra*, n°222.

¹³⁵¹ La Chambre criminelle a clairement posé le principe que le doute sur la portée d'un texte « ne pouvait conduire un professionnel de bonne foi qu'à s'abstenir ». Voir : Cass. Crim., 10 avril 1997, *Bull. crim. n°96*.

¹³⁵² Cass. Crim., 7 janvier 2004, *Bull. crim. n° 5*; R.S.C. 2004, p. 635, note E. FORTIS ; G. ROUJOU de BOUBÉE, « Conséquences d'une divergence d'appréciation entre deux chambres de la Cour de cassation », R.S.C. 2004, p. 2759. Alors que le premier auteur s'interroge sur ce qu'il reste de l'erreur de droit suite à cet arrêt, le second relève la contrariété de la divergence de jurisprudence au principe de prévisibilité de la loi pénale exigé par la Cour Européenne des Droits de l'Homme. Selon lui, celui-ci aurait dû conduire, non à admettre l'erreur de droit, mais à écarter l'application des règles jurisprudentielles incompatibles comme s'il s'agissait de lois au sens organique du terme.

¹³⁵³ Cass. Crim., 30 janvier 2002, *Bull. crim. n°16*, qui affirme que « le principe de non rétroactivité ne s'applique pas à une simple interprétation jurisprudentielle ».

¹³⁵⁴ La Cour Européenne des Droits de l'Homme confirme tout à fait cette analyse et a eu récemment l'occasion de condamner la France pour violation du principe de légalité criminelle. Voir : CEDH, *Affaire Pessino contre France*, 10 octobre 2006 : « Il en résulte que, faute au minimum d'une interprétation jurisprudentielle accessible et raisonnablement prévisible, les exigences de l'article 7 ne sauraient être regardées comme respectées à l'égard d'un accusé. Or le manque de jurisprudence préalable en ce qui concerne l'assimilation entre sursis à exécution du permis et interdiction de construire résulte en l'espèce de l'absence de précédents topiques fournis par le Gouvernement en ce sens. Il résulte ainsi de tout ce qui précède que, même en tant que professionnel qui pouvait s'entourer de conseils de juristes, il était difficile, voire impossible pour le requérant de prévoir le revirement de jurisprudence de la Cour de cassation et donc de savoir qu'au moment où il les a commis, ses actes pouvaient entraîner une sanction pénale. »

644. Mais si l'on admet que le droit pénal ne protège pas seulement l'effectivité de la loi mais également, et en premier lieu, des biens juridiques, il faut se demander si ne doit pas être exclue la responsabilité en cas d'erreur sur l'atteinte (*lato sensu*) au bien juridique.

2°/ Erreur sur l'atteinte au bien juridique.

645. Même avec une définition de l'intention comme « *dol neutre* », et sauf trouble mental, la question de la conscience de mettre en danger le bien juridique protégé par celui qui réalise un comportement destiné à atteindre le bien juridique ne se pose que très rarement en matière d'infractions matérielles protégeant un véritable bien juridico-pénal¹³⁵⁵. Il en va autrement dans certaines infractions particulières, y compris intentionnelles du point de vue du résultat légal (a), et dans les infractions non intentionnelles avec le problème de l'imprudence inconsciente (b).

a. Infractions-obstacle et assimilées.

646. Les infractions-obstacle se présentent le plus souvent, nous l'avons vu, comme des infractions de lésion du point de vue du bien juridique secondaire, et de risque du point de vue du bien juridique primaire. Or, même lorsque le délit-obstacle est intentionnel, situation fréquente du fait de la portée générale du premier alinéa de l'article 121-3 du Code pénal, et même en l'absence d'erreur de fait sur un élément qualifiant qui ferait obstacle à la qualification de l'injuste, il est possible d'envisager que l'agent n'ait eu aucune conscience de faire courir un risque au bien juridique primaire indirectement protégé. De la même façon que nous avons défendu l'absence d'antijuridicité du comportement correspondant à une infraction-obstacle mais qui ne mettrait pas véritablement en danger le bien juridique primaire, il nous semble falloir admettre que la présomption de conscience de l'antijuridicité posée par l'intention de réaliser le résultat légal puisse être renversée en l'absence de conscience, *in concreto*, de mettre en danger le bien juridique primaire.

Il faut tout d'abord relever que la plupart du temps, la vérification de la conscience de l'antijuridicité ne posera guère de problème : comment prétendre volontairement prendre le volant en état d'ivresse et, dans le même temps, nier avoir eu conscience de créer un risque pour les usagers de la voie publique ? Il n'est pas question, en effet, de prendre en compte la croyance de l'agent en ses capacités exceptionnelles d'agilité au volant ou de résistance à l'alcool. Comme dans l'appréciation de l'erreur de droit *stricto sensu*, l'absence de conscience l'antijuridicité ne pourra être admise que si la croyance erronée en l'absence de risque apparaît comme **invincible** et que la conscience de la réelle absence de risque était véritablement **établie** dans l'esprit de l'agent. Il serait néanmoins possible d'admettre une atténuation de la responsabilité si l'erreur n'était pas absolument invincible, *in concreto*, mais apparaît néanmoins comme **excusable**.

Dans le cadre de la figure classique des délits-obstacle, il sera alors quasiment impossible d'établir simultanément l'intention d'atteindre le bien juridique secondaire et l'absence de conscience de risque pour le bien juridique primaire. Mais si l'on pense à certaines incriminations particulières qui empruntent au délit-obstacle sans s'intégrer parfaitement à ce schéma de lésion-danger, la question prend tout son sens.

Il en est ainsi par exemple en matière de destructions ou dégradations de biens dangereuses pour les personnes de l'article 322-6 du Code pénal. L'élément matériel de l'incrimination prévoit

¹³⁵⁵ Celui qui réalise un acte destiné à tuer a nécessairement conscience de mettre en danger le bien juridico-pénal vie. L'affirmation contraire ne pourrait en effet s'envisager qu'en cas d'erreur de fait sur un élément qualifiant exclusive du dol (le chasseur qui croit tirer sur un sanglier et tue un autre chasseur, voir *supra*, n°539) ou de trouble mental exclusif du discernement (l'individu délirant qui tire sur une personne en étant persuadé qu'il s'agit d'un monstre à trois têtes, voir *supra*, n°633 et s.). Il resterait seulement alors la question de l'agent de bonne foi, qui commet une erreur sur un élément qualifiant mais dans des circonstances qui ne permettent pas de retenir, *in abstracto*, les conditions de l'erreur de fait exclusive du dol (par exemple celui qui commet une atteinte sexuelle sur mineur de 15 ans en étant véritablement persuadé que le mineur était majeur mais sans que son erreur ait pu être commise par le bon père de famille placé dans les mêmes circonstances).

que les destructions, détériorations ou dégradations, doivent avoir été causées « *par l'effet d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes* » et pose donc une présomption de risque pour l'intégrité physique des personnes du fait du moyen employé pour l'atteinte au bien d'autrui. Or, même en admettant le caractère irréfragable de cette présomption¹³⁵⁶, il ne devrait pas être possible de condamner sur ce fondement l'agent qui se serait scrupuleusement assuré qu'aucune personne ne pouvait être menacée par son acte. Dans ce cas, en effet, l'agent n'a aucune hostilité ni même d'indifférence coupable envers le bien juridico-pénal vie ou intégrité physique des personnes, il n'a aucune conscience de le mettre en danger et il ne doit pas être possible de lui imputer une destruction dangereuse pour les personnes¹³⁵⁷. La solution nous semble devoir être maintenue même si la croyance de l'agent était erronée dès lors que son erreur était invincible (par exemple, une personne cachée dans un bâtiment interdit d'accès et que l'agent aurait voulu détruire de façon illégale). On approche alors de la question de l'imprudence inconsciente et de sa répression.

b. Imprudence inconsciente.

647. La question de la légitimité de la répression de l'imprudence inconsciente a été longuement débattue par la doctrine et nous prétendons seulement la replacer dans la réflexion qui est la nôtre quant à l'objet de protection de la loi pénale. Il faut tout d'abord rappeler qu'il ne fait aucun doute que l'inconscience de l'imprudence est compatible avec la qualification de l'injuste, la faute non intentionnelle étant appréciée au regard des « *diligences normales* » sans prise en compte de la psychologie de l'agent. Il est même possible que l'inconscience de l'imprudence soit plus dangereuse pour le bien juridique qu'une imprudence consciente dans le sens où celui qui a connaissance de la dangerosité de sa conduite est plus à même de tenter d'en prévenir les conséquences que celui qui n'a même pas conscience de créer un risque.

Du point de vue de la responsabilité subjective néanmoins, la perspective n'est plus celle du risque *ex ante* pour le bien juridique protégé mais celle de la responsabilité de l'agent, et il peut de ce fait apparaître injustifié de sanctionner une faute que l'agent n'a pas eu conscience de commettre, une atteinte au bien juridique qui n'était ni voulue, ni même envisagée. Les enjeux étant similaires à ceux de l'erreur de droit *stricto sensu*, il nous semble que l'on peut admettre les mêmes critères d'appréciation.

Il faudra alors s'assurer, *in concreto*, que l'erreur de l'agent sur la prudence de son comportement était invincible (exclusion de la responsabilité) ou excusable (atténuation de la responsabilité), c'est-à-dire qu'elle ne résulte pas d'une attitude désinvolte qui traduirait une certaine indifférence à l'égard des risques qu'il peut faire encourrir à autrui et, de ce fait, un certain mépris pour les biens juridico-pénaux. En particulier, le caractère inconscient de l'erreur ne pourrait exclure la responsabilité envers celui qui était particulièrement tenu, de par sa fonction ou sa qualité, de veiller particulièrement à la sécurité d'autrui (comme par exemple le chef d'entreprise).

Il semble en revanche tout à fait cohérent d'exclure la responsabilité de celui qui a cru prendre toutes les précautions nécessaires mais qui ne s'est pas aperçu qu'il créait un danger. Prévention générale et prévention spéciale apparaissent alors comme privées de tout fondement et seule demeurerait l'aspect purement rétributif de la sanction. La marge n'est pas grande entre

¹³⁵⁶ Nous l'admettons ici afin de pouvoir raisonner *a fortiori* sur la question de l'élément moral mais cette interprétation nous semble fort discutable du point de vue de l'antijuridicité positive dès lors qu'il est établi, *ex ante*, qu'aucune personne n'était menacée par l'explosion ou l'incendie.

¹³⁵⁷ Ce n'est pas la solution de la Cour de cassation. Celle-ci considère en effet que « **P**élément intentionnel de l'infraction définie à l'article 322-6 du Code pénal est caractérisé par la seule utilisation, par l'auteur de la destruction, de la dégradation ou de la détérioration d'un bien appartenant à autrui, d'une substance explosive, d'un incendie ou de tout autre moyen de nature à créer un danger pour les personnes » et que, « dès lors, il ne saurait être reproché à une cour d'appel d'avoir condamné un prévenu du chef de destruction, dégradation ou détérioration d'un bien appartenant à autrui par l'effet d'un incendie dès lors qu'elle relève qu'il a mis le feu à un immeuble d'habitation en enflammant de l'essence répandue sur la porte d'entrée, et peu important que le prévenu ait cru que les lieux étaient vides de leurs occupants ». Voir : Cass. Crim., 24 juin 1998, *Bull. crim.* n°206.

l'admission de la faute d'absence de diligences normales et celle de l'erreur invincible ou même simplement excusable mais l'appréciation essentiellement *in abstracto* de la première permet néanmoins d'envisager que l'agent puisse être excusable *in concreto*. Ainsi par exemple peut-on considérer que le bon père de famille maîtrisant mal le français aurait cherché de plus amples informations dans un dictionnaire avant de brancher un appareil électrique mais admettre que l'agent soit excusable s'il a pris la peine de consulter la notice d'utilisation mais en a mal compris un terme, causant ainsi un accident en le branchant sur une prise inadaptée.

648. Mais par l'appréciation *in concreto* et l'exigence d'inévitabilité qui gouvernent les questions de l'erreur de droit et de l'erreur sur le risque encouru par le bien juridique, on arrive à la frontière de ce qui nous semble devoir être reconnu comme une condition de la responsabilité : l'exigibilité de la conduite conforme au droit.

II Exigibilité.

649. L'exigibilité est, dans les pays d'inspiration germanique, une des conditions de la responsabilité¹³⁵⁸. En vertu du principe de la responsabilité personnelle, il apparaît que l'exigibilité générale et abstraite prévue par le droit pénal à l'égard de tout citoyen peut apparaître trop sévère dans certaines circonstances pour le sujet considéré *in concreto*. Dans ce cas, l'injuste demeure constitué mais il n'est pas possible de l'imputer subjectivement à l'agent, qui n'endossera pas alors la responsabilité pénale normalement attachée à son acte. Notre droit positif ne connaît pas cette cause générale d'exclusion de la responsabilité mais il ressort de certaines de ses dispositions que la notion d'exigibilité est bien prise en compte par la loi, *in abstracto*. Car si l'exigibilité intervient en principe au niveau l'appréciation de la responsabilité (B), on peut voir dans certaines dispositions relatives à la qualification de l'injuste ou à l'impossibilité de poursuivre une sorte de présomption irréfragable d'inexigibilité ou de moindre exigibilité subjective, et, à l'inverse, des cas d'aggravation de la responsabilité du fait d'une exigence particulière envers certains sujets actifs (A).

A. Présomptions légales d'exigibilité et d'inexigibilité.

650. Il peut paraître surprenant d'envisager, au sein de notre étude sur la responsabilité, un élément prévu par les textes même et donc envisagé *in abstracto* et il faut alors souligner que l'inexigibilité n'apparaît pas dans ces cas-là de façon autonome. Mais si la prévision légale de l'exigibilité s'écarte quelque peu des critères subjectifs sur lesquels elle s'appuie en tant que cause d'exclusion ou d'atténuation de la responsabilité, il nous semble opportun d'en dire quelques mots pour mieux appréhender la notion. Celle-ci apparaît en effet dans de nombreuses dispositions, que ce soit pour aggraver la responsabilité (1) ou pour l'atténuer ou l'exclure (2).

¹³⁵⁸ C'est là un apport de WELZEL, qui a posé la condition de « *pouvoir agir autrement* ». Voir par exemple : J. BUSTOS RAMÍREZ, H. HOMAZÁBAL MÁLARÉE, *Nuevo sistema de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 131-132 ; F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 172-173. La situation semble néanmoins moins claire en Allemagne qu'en Espagne. La doctrine majoritaire, après l'avoir admise, semble désormais rejeter l'inexigibilité comme cause générale d'exclusion de la responsabilité dans les infractions intentionnelles et même considérer que l'absence de finalité préventive de la peine dans ces cas là ne permet pas au juge d'exempter de peine en l'absence de prévision expresse du législateur. Il faut néanmoins remarquer que la doctrine admet l'inexigibilité dans les infractions non intentionnelles et que le droit positif allemand met en œuvre la notion dans plupart des cas où elle devrait selon nous intervenir comme dans l'excès de légitime défense ou dans l'« *état de nécessité disculpant* ». Voir : C. ROXIN, *Derecho penal : parte general*, *op. cit.*, p. 959-961, p. 927-930 et p. 863-866.

1° / Aggravation de la responsabilité.

651. Notre droit pénal connaît tout d'abord de nombreuses circonstances aggravantes du fait de la fonction ou de la qualité particulière du sujet actif. Or, si cette aggravation de la responsabilité peut souvent se justifier par l'atteinte simultanée à un autre bien juridique du fait de la qualité particulière de l'agent et donc expliquer une plus grande gravité de l'injuste lui-même (le fonctionnaire de police qui exerce des violences injustifiées sur un citoyen ne porte pas seulement atteinte à l'intégrité physique de celui-ci mais également à l'autorité publique en en détournant les légitimes attributions), l'idée d'exigibilité peut s'ajouter à cet aspect pour expliquer la plus grande répression du comportement. C'est également sans doute cette idée qui conduit à la répression ou à l'aggravation de la peine encourue pour certaines infractions contre les mineurs lorsqu'elles sont commises par des « *personnes ayant autorité* ».

Nécessairement prévues par la loi en vertu du principe de légalité, ces causes d'aggravations s'intègrent de ce fait à l'injuste et sont donc appréciées *in abstracto* avant que d'intervenir éventuellement une nouvelle fois dans la fixation de la peine par le juge, justement par la prise en compte de l'exigibilité *in concreto* (il peut d'ailleurs arriver qu'une qualité particulière soit prise en compte à ce niveau là, dans la limite de la peine maximale encourue, alors même qu'elle n'était pas une cause d'aggravation de l'injuste).

Mais ces questions nous éloignant de notre sujet, nous signalerons seulement que l'on peut rajouter à ces qualités sociales la prise en compte croissante, par le législateur, de la qualité de récidiviste ; ce qui peut heurter du point de vue de l'exigibilité¹³⁵⁹.

Plus proche de la question du bien juridique, il nous faut maintenant nous intéresser à certains cas d'exclusion ou d'atténuation de la responsabilité prévus par notre droit positif.

2° / Atténuation et exclusion de la responsabilité.

652. **___ Au niveau de l'injuste. ___** L'exigibilité peut tout d'abord apparaître, comme dans le cas précédent, au niveau de l'injuste, lorsque le législateur prévoit expressément l'absence de constitution de l'infraction dans certains cas particuliers. Il en est ainsi par exemple dans le délit d'omission de porter secours et dans les délits qui s'y rattachent, le texte d'incrimination n'imposant à l'agent d'agir que si l'intervention était « *sans risque pour lui ou pour les tiers*¹³⁶⁰ ». Si la référence aux tiers fait davantage penser à une pondération des biens juridiques quoiqu'aucune référence ne soit faite à la proportionnalité du risque, l'absence de qualification de l'injuste en cas de risque pour soi-même s'inscrit parfaitement dans l'idée d'inexigibilité : s'il existe un devoir général de solidarité et d'assistance envers autrui, on ne peut exiger des justiciables qu'ils se comportent en héros et mettent leur propre vie en danger¹³⁶¹.

C'est là la fixation par la loi d'un seuil d'exigibilité général ; mais la loi prévoit également parfois la seule exclusion de la responsabilité subjective.

¹³⁵⁹ Si le droit positif réprime bien plus sévèrement les récidivistes, c'est, selon nous, une conséquence d'une conception de l'infraction comme violation de la loi, conjuguée à l'émergence d'un droit pénal « *de l'ennemi* ». Voir *supra*, n°187 et n°407 et 414 et s. Du point de vue de l'exigibilité, il nous semble en effet que l'on pourrait défendre que celui qui est profondément ancré dans la délinquance commet une faute moins grave en ne parvenant pas à en sortir que le délinquant primaire qui ne serait pas dans une situation personnelle grave. Il est clair néanmoins que cette considération n'est guère protectrice de l'ordre public.

¹³⁶⁰ Le Code pénal prévoit ainsi que :

Article 223-6 « *Quiconque pouvant empêcher par son action immédiate, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit un crime, soit un délit contre l'intégrité corporelle de la personne s'abstient volontairement de le faire est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75000 euros d'amende.*

Sera puni des mêmes peines quiconque s'abstient volontairement de porter à une personne en péril l'assistance que, sans risque pour lui ou pour les tiers, il pouvait lui prêter soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours. »

Article 223-7 « *Quiconque s'abstient volontairement de prendre ou de provoquer les mesures permettant, sans risque pour lui ou pour les tiers, de combattre un sinistre de nature à créer un danger pour la sécurité des personnes est puni de deux ans d'emprisonnement et de 30000 euros d'amende. »*

¹³⁶¹ Nous sommes alors face à un cas d'inexigibilité d'une conduite distincte exclusive de la typicité. Voir par exemple : F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 172-173.

653. ___ Au niveau de la responsabilité. ___ Comme nous l'avons esquissé plus haut, il nous semble que l'on peut voir une manifestation de la notion d'inexigibilité, dans une forme plus pure comme cause d'exclusion de la responsabilité au travers de la notion déjà rencontrée d'« immunités familiales » en matière d'infractions de non dénonciation de crime, d'omission de témoigner en faveur d'un innocent et de recel de malfaiteurs. Ces textes prévoient en effet pour certains proches de l'auteur des infractions visées que ceux-ci sont « *exceptés des dispositions qui précèdent* ».

Cette formulation originale n'est pas sans soulever des difficultés d'interprétation : faut-il comprendre que l'infraction n'est pas constituée en raison d'une absence d'incrimination du comportement dans ce cas précis, que l'acte est bien typique mais que l'intérêt supérieur de la famille fait obstacle à la qualification de l'antijuridicité, que l'injuste est établi mais qu'il ne peut être imputé au sujet actif ou enfin que l'infraction est entièrement constituée mais que son auteur bénéficie d'une simple exemption de peine ? Bien que la majorité de la doctrine considère qu'à la différence des immunités familiales en matière d'atteinte aux biens, ces immunités opèrent comme des faits justificatifs il nous semble qu'il serait préférable d'y voir de simples causes de non-responsabilité : s'il ne s'agit pas d'une cause subjective d'irresponsabilité classique, il nous semble difficile de soutenir qu'il s'agisse d'un cas d'absence d'antijuridicité étant donné les biens juridiques en présence¹³⁶². L'admission d'un véritable cas d'autorisation de la loi nous semble tout aussi problématique puisque cela conduirait également à considérer le comportement comme conforme au droit.

Or l'idée d'inexigibilité comme obstacle à la reconnaissance de la responsabilité pénale *lato sensu* semble parfaitement correspondre à ces cas de figure : il est toujours injuste de protéger un malfaiteur mais le droit ne peut exiger d'une personne qu'elle dénonce quelqu'un avec qui elle entretient des liens familiaux ou affectifs particulièrement ténus. Une telle définition de ces exclusions de la responsabilité pénale, en plus de nous paraître davantage pertinente d'un point de vue criminologique qu'un rattachement à l'autorisation de la loi, aurait également d'opportunes conséquences théoriques : exclue du domaine de l'injuste, l'irresponsabilité qui en résulte reste strictement personnelle à la personne proche du malfaiteur recherché et ne fait pas obstacle à la poursuite d'éventuels complices ou, plus marginalement, de personnes morales¹³⁶³.

654. Mais si l'on s'approche là fortement de la notion d'inexigibilité comme exclusion de la responsabilité, ces textes restent d'application fort limitée et l'inexigibilité demeure prévue par la loi elle-même. Or il nous semble que son domaine pourrait opportunément être élargi pour donner tout son sens au principe de la responsabilité subjective.

B. Proposition de reconnaissance de l'inexigibilité subjective.

655. Lorsque nous avons étudié les faits justificatifs, nous avons défendu que la conformité au droit du comportement typique devait être appréciée *in abstracto*, à l'issue d'une pondération des biens juridiques en présence. Mais si la qualification de l'antijuridicité ne saurait dépendre de la représentation subjective de l'agent, il peut néanmoins paraître raisonnable que celle-ci soit prise en compte à l'heure d'apprécier la possibilité d'engager sa responsabilité pénale.

Il peut en effet arriver l'antijuridicité de l'acte soit acquise *in abstracto* mais que l'on puisse admettre que, d'un point de vue subjectif, il était impossible d'exiger que l'agent se conforme à cette pondération *in abstracto* des biens juridiques. Dans ces hypothèses, la répression pénale du

¹³⁶² Sur la position contraire, majoritaire, voir *supra*, n°286.

¹³⁶³ Voir *supra*, n°668 et 672 sur les conséquences de l'absence d'injuste dans le cadre des modalités particulières d'imputation. Une controverse existe dans la doctrine à propos de l'article 454 du Code pénal espagnol qui prévoit une disposition proche de celle que nous connaissons : « *son exentos de las penas impuestas...* », ce que l'on peut traduire par « *sont exemptés des peines prévues...* ». Certains auteurs y voient une véritable cause d'inexigibilité alors que d'autres, du fait de sa prévision par le Code pénal lui-même et des termes employés par celui-ci, la qualifient de cause d'exclusion de la peine seulement inspirée de l'idée d'inexigibilité. Voir : F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, p. 176.

sujet actif concret serait alors privée de tout fondement tant du point de vue de la rétribution que de la prévention générale et spéciale : l'agent a certes commis un acte antijuridique mais il ne pouvait, subjectivement, agir autrement et lui imputer une responsabilité pénale reviendrait encore une fois à consacrer une responsabilité objective. Dans les cas moins extrêmes, une simple atténuation de la responsabilité pourrait alors être admise.

Mais si l'on comprend que les principes généraux de l'inexigibilité se rapprochent de ceux de la pondération des biens juridiques de l'antijuridicité appréciée cette fois *in concreto*, il semble intéressant de préciser quelque peu les situations où la notion pourrait intervenir, c'est-à-dire les cas d'excès dans la légitime défense ou de légitime défense putative (1) et d'état de nécessité « *disculpant* » (2).

1°/ Excès dans la légitime défense et légitime défense purement putative.

656. ___ Précision du problème. ___ L'hypothèse de l'excès dans la légitime défense ne doit pas être confondue avec le cas où une véritable légitime défense aurait causé, *ex post*, un résultat plus grave que le résultat qui apparaissait comme nécessaire et proportionné *ex ante*¹³⁶⁴. Elle ne correspond pas non plus au cas de l'agent qui croyait se trouver en position de légitime défense du fait d'une mauvaise compréhension du domaine de la justification¹³⁶⁵. L'excès de légitime défense se rencontre seulement lorsque l'agent, face à une agression injuste, réalise un acte de défense non nécessaire ou non proportionné d'un point de vue objectif. Il faut de la même façon bien distinguer la légitime défense purement putative de la situation où l'erreur de l'agent sur la réalité du danger aurait été partagée par le bon père de famille¹³⁶⁶.

Ces précisions étant apportées, il faut également souligner que toute exclusion de la responsabilité est évidemment écartée dans le cas où l'agent aura intentionnellement accompli un acte excédant ce que permet la pondération des biens juridiques *in abstracto* : dans ce cas, l'agent sort de lui-même du champ de la justification et il n'est pas question de lui reconnaître une quelconque cause de non responsabilité. Tout au plus pourrait-on envisager une atténuation de la sanction à l'image de ce que prévoyait jadis l'excuse de provocation¹³⁶⁷.

Là où se pose véritablement la question de l'exigibilité, c'est seulement lorsque, dans l'esprit de l'agent, l'acte de défense était nécessaire et proportionné, soit parce qu'il surestime le danger auquel il est exposé du fait d'un traumatisme passé ou d'une sensibilité exacerbée, soit parce qu'il sous-estime la gravité de l'atteinte que son acte est de nature à causer. Que l'erreur porte sur les conditions relatives à l'agression ou sur les conditions relatives à l'acte de défense, la situation est en réalité la même : l'acte est antijuridique puisque la pondération des biens juridiques ne justifie pas le comportement *in abstracto* et *ex ante* mais dans l'esprit de l'agent, la pondération des biens juridiques lui commandait, *in concreto*, d'agir ainsi.

657. ___ Résolution par l'inexigibilité. ___ Il ne nous semble pas que l'on puisse défendre alors l'existence d'une erreur de fait faisant disparaître l'intention délictueuse car il apparaît clairement que l'acte de défense est volontaire sinon forcément intentionnel du point de vue du résultat concret (mais les violences volontaires se qualifient par le résultat en droit français...). Les conséquences d'une telle solution nous sembleraient de plus tout à fait regrettables car il faudrait alors nier l'existence de l'injuste, ce qui ne semble guère justifié.

On pourrait alors considérer que dans ces cas-là, l'agent n'avait pas conscience de réaliser un acte antijuridique et croyait au contraire agir conformément au droit. Tout à fait correcte,

¹³⁶⁴ L'exclusion de l'antijuridicité doit alors être retenue. Voir *supra*, n°563.

¹³⁶⁵ Dans ce cas, on serait face à une erreur sur le droit ; voir *supra*, n°643.

¹³⁶⁶ La pondération des biens juridiques *ex ante* et *in abstracto* commande alors d'admettre le fait justificatif. Voir *supra*, n°560.

¹³⁶⁷ L'excuse de provocation a disparu du Code pénal avec l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal et la suppression des circonstances atténuantes due à la suppression des *minima* légaux de la peine ; elle demeure seulement en matière d'injure. Sur cette excuse de provocation et ses justifications doctrinales, voir notamment : G. LEVASSEUR, note sous Cass. Crim., 1er mars 1990, R.S.C., 1991, p. 79.

L'admission de l'absence de conscience de l'antijuridicité nous semble néanmoins seconde : pour pouvoir se demander, conformément aux critères dégagés plus haut, si l'erreur sur l'antijuridicité est ou non excusable, il faudra savoir ce qui a provoqué l'erreur... et donc s'interroger sur l'exigibilité de l'agent. Si l'agent, du fait de son expérience ou de sa psychologie, ne pouvait pas apprécier autrement la situation, on pourra admettre que l'on ne saurait exiger, *in concreto*, qu'il agisse autrement et l'on devra alors exclure sa responsabilité subjective. L'invincibilité de l'erreur ne résultera alors que de l'inexigibilité d'une appréciation correcte de la situation.

Si l'on prend ainsi l'exemple d'une jeune femme qui croiserait dans une ruelle une personne à l'allure similaire à quelqu'un l'ayant agressée par le passé et qui, alors que celui-ci s'approche pour lui demander l'heure, lui projeterait un gaz lacrymogène, on peut admettre que le bon père de famille ne se serait pas senti menacé mais que la victime, traumatisée, ne pouvait réagir autrement. Bien qu'il demeure antijuridique, son comportement ne lui sera pas, alors, imputable subjectivement. Si la situation particulière de l'agent ne permet pas d'exclure totalement l'exigibilité, elle pourra néanmoins permettre une atténuation de la responsabilité (et son erreur subséquente sur l'antijuridicité ne sera pas invincible mais seulement excusable).

658. Mais aux côtés de ces cas particuliers de l'excès dans la légitime défense ou de légitime défense purement putative, l'inexigibilité trouve une application beaucoup plus large dans les législations allemande et espagnole au travers de l'état de nécessité dit « *disculpant* », et de ce que le droit espagnol appelle le « *miedo insuperable* » (généralement traduit par le terme équivoque de « *contrainte morale interne* »). Toujours du fait de la finalité préventive que nous assignons au droit pénal, il nous semble falloir approuver ces cas de non-responsabilité.

2°/ État de nécessité « *disculpant* » et contrainte morale interne « *subjective* ».

659. ___ **Identification de l'état de nécessité « *disculpant* ».** ___ La distinction entre état de nécessité exclusif de l'antijuridicité et état de nécessité exclusif de la responsabilité est souvent utilisée en doctrine pour permettre de trancher la question relative à l'admission de l'état de nécessité lorsque le bien juridique sacrifié est d'égale valeur à celui protégé par le comportement typique : dans ce cas, l'état de nécessité ne serait pas exclusif de l'antijuridicité mais seulement de la responsabilité¹³⁶⁸. Non reprise par le Code pénal espagnol¹³⁶⁹ mais présente dans le Code pénal allemand¹³⁷⁰, la distinction demeure fondamentale dans la doctrine de ces pays et dépasse cette

¹³⁶⁸ Voir notamment: F. MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito*, op. cit., p. 172-173.

¹³⁶⁹ L'état de nécessité n'apparaît en effet qu'à l'article 20 du Code pénal espagnol :

« *Sont exemptés de responsabilité pénale :*

5°. *Celui qui, en état de nécessité, pour éviter un mal à lui-même ou à autrui, porte atteinte à un bien juridique d'une autre personne ou enfreint un devoir, chaque fois que sont réunies les conditions suivantes :*

Premièrement. Que le mal causé ne soit pas plus grand que celui qu'il s'agit d'éviter.

Deuxièmement. Que la situation de nécessité n'ait pas été provoquée intentionnellement par l'agent.

Troisièmement. Que l'agent n'ait pas, de par son office ou sa charge, l'obligation de se sacrifier. »

¹³⁷⁰ Le Code pénal allemand distingue en effet deux cas (dont on peut remarquer qu'ils prévoient limitativement les biens juridiques susceptibles d'être protégés par l'état de nécessité) :

§34. **Etat de nécessité justificatif.**

« *Celui qui, face à un danger actuel, et non évitable autrement, pour la vie, le corps, la liberté, l'honneur, la propriété ou un autre bien juridique, commet un fait afin d'éviter le danger pour lui ou autrui, n'agit pas antijuridiquement si dans la pondération des intérêts en conflit, et en particulier des biens juridiques affectés, et du degré du danger, prévalent essentiellement les intérêts protégés face à ceux qui sont sacrifiés. Néanmoins, ceci ne vaut qu'en ce que le fait est un moyen approprié pour éviter le danger. »*

§35. **Etat de nécessité dispulpant.**

« (1) *Celui qui, face à un danger actuel, et non évitable autrement, pour la vie, le corps ou la liberté, commet un fait antijuridique afin d'éviter le danger pour lui, un parent ou un proche, agit sans culpabilité. Ceci n'est pas valable quand on peut exiger de l'auteur qu'il tolère le danger en égard aux circonstances particulières, parce qu'il a lui-même causé le danger ou parce qu'il était dans une situation juridique spécifique. Néanmoins, on peut diminuer la peine conformément au §49 al.1 quand l'auteur ne devait pas tolérer le danger en considération d'une particulière relation juridique.*

(2) *Si dans la commission d'un fait, l'auteur suppose erronément les circonstances qui peuvent le disculper sur le fondement du premier alinéa, alors il ne sera puni que si l'erreur aurait pu être évitée. La peine doit être atténuée conformément au §49 al.1. »*

seule question pour appréhender les cas où, quoique la pondération des biens juridiques *in abstracto* ne justifie pas le comportement typique, la pondération subjective de ceux-ci du point de vue de l'agent permet de considérer l'acceptation du sacrifice du bien juridique menacé comme inexigible *in concreto*.

On retrouve alors la même idée que dans le cas précédent d'excès de légitime défense à la différence qu'ici l'agent ne commet pas d'erreur d'appréciation. Bien qu'il puisse tout à fait avoir conscience de réaliser un acte antijuridique, il apparaît seulement qu'à ses yeux, le bien juridique de valeur inférieure doit être préservé au détriment du bien juridique de valeur supérieure, ou, plus précisément, que l'atteinte au bien juridique protégé lui semble moins importante que l'atteinte au bien juridique qu'il devrait subir.

660. ___ Exclusion de la responsabilité. ___ Il n'est évidemment pas question de faire de cette seule pondération des biens juridiques *in concreto* le critère de l'absence de responsabilité, l'appréciation subjective du sujet actif ne pouvant faire obstacle à elle seule à la répression pénale sans conduire à écarter la responsabilité pénale de tous les malfaiteurs appartenant à une sous-culture déviante. Il nous semble néanmoins que la finalité préventive du droit pénal peut justifier d'écarter la responsabilité pénale lorsqu'une autre appréciation que cette pondération subjective des biens juridiques apparaît comme inexigible *in concreto*.

Ainsi par exemple de celui qui sacrifierait la vie de plusieurs naufragés pour utiliser leur radeau, et sauver son fils, du chercheur pris dans un incendie qui sauverait le travail de toute une vie en emportant son ordinateur plutôt que de porter secours à un homme blessé ou du témoin qui ferait un faux-témoignage conduisant à condamner un innocent à perpétuité et à laisser libre le véritable coupable parce qu'il a reçu des menaces pour son intégrité physique. Evidemment discutables d'un point de vue objectif, ces cas peuvent néanmoins, *in concreto*, faire apparaître l'inexigibilité de la conduite conforme au droit pour le sujet considéré (la vie de son propre fils importe davantage que celle d'inconnus, la vie du chercheur n'aurait plus de sens, sa sécurité propre effectivement menacée importe plus que le sort d'un individu soupçonné par la justice).

Mais au-delà de l'aspect relatif à la pondération *in concreto* des biens juridiques, la notion première qui apparaît dans ces cas d'état de nécessité dits « *disculpant* » est celle d'inexigibilité et il semble évident de la rapprocher de la question de la contrainte morale interne.

661. ___ Assimilation de la contrainte morale interne « subjective ». ___ Si celle-ci n'est en principe pas exclue du champ de la contrainte, elle n'est, en pratique, jamais retenue par les tribunaux et l'appréciation objective que nous entendons lui assigner ne permet guère d'en attribuer les critères. La contrainte ne peut en effet être admise que si l'agent a été privé de tout choix et que son acte ne peut ainsi être qualifié de volontaire.

Il nous semble néanmoins que le recours à l'inexigibilité permettrait d'écarter la responsabilité pénale dans les cas où l'agent n'était pas totalement privé de liberté mais où l'on peut considérer que seul un héros aurait résisté¹³⁷¹. Dans ce cas, l'inexigibilité de la conduite, appréciée *in concreto*, ferait obstacle à la responsabilité pénale mais sans entraîner les conséquences de la force majeure ni celles, comme nous le défendons, de l'absence d'injuste.

662. Hors les cas de l'absence de discernement et d'erreur sur le droit où le législateur lui-même a prévu l'absence de responsabilité pénale du sujet actif, l'absence de conscience de l'antijuridicité et l'inexigibilité subjective du comportement conforme au droit ne produisent pas, en droit français, de conséquences. Mais si le droit positif ne permet pas de prononcer alors une absence de

¹³⁷¹ Ainsi par exemple dans la situation du célèbre arrêt *Genty* dans lequel a été condamné l'agent qui « *n'était pas menacé lui-même au moment où il a commis l'acte criminel qui lui a été reproché ; que la menace qui, à la vérité, pesait sur trois de ses concitoyens n'était pas assez pressante ni assez directe pour lui enlever toute liberté d'esprit et l'empêcher de mesurer les dangers plus graves auxquels il exposait la troupe française et le village occupé par elle, en accomplissant l'action coupable qui lui était demandée par l'ennemi* ». Voir : Cass. Crim., 20 avril 1934, *Genty*, S. 1935.1.399.

responsabilité, le juge est libre, dans le cadre de son pouvoir d'individualisation de la peine, de prendre en compte ces circonstances.

Il apparaît néanmoins que la dispense de peine, à laquelle on pourrait être tenté de recourir en cas d'erreur invincible sur l'antijuridicité ou d'inexigibilité totale, s'inscrit seulement au niveau de l'imputation de la sanction et non, comme nous le défendons, au niveau de la reconnaissance de la responsabilité, et n'est de ce fait pas véritablement adaptée à ces cas de figure¹³⁷². Le prononcé d'une peine symbolique ou d'une peine nettement inférieure à celle encourue en cas d'erreur excusable ou d'exigibilité atténuée est beaucoup plus facilement admissible mais il faut noter que l'introduction récente dans notre droit des « *peines planchers* » constitue un obstacle important à la mise en œuvre de ces paliatifs en cas de récidive légale¹³⁷³.

Il faut alors souhaiter que le législateur reconnaisse ces cas d'exclusion de la responsabilité en prévoyant l'exclusion de la responsabilité en cas d'erreur invincible ou d'inexigibilité et, plus largement, maintenant que des seuils ont été rétablis, qu'il réintègre le mécanisme des circonstances atténuantes pour permettre d'y déroger.

663. Dans un État libéral, il ne peut y avoir d'infraction sans responsabilité ni de responsabilité sans discernement. La conception essentiellement abstraite que nous avons défendue de la faute pénale ne s'y oppose aucunement dès lors que celle-ci ne suffit pas à constituer l'infraction ; pour cela, cette faute doit pouvoir être subjectivement imputée à l'agent. Or cette imputation de la faute pénale au sujet actif requiert, comme condition première et indiscutable, le discernement. Mais en plus du discernement, la conscience de violer la loi pénale et plus précisément, dans notre conception, la conscience de l'antijuridicité du comportement apparaît comme indispensable pour refléter l'opposition subjective (ou l'indifférence coupable) de l'agent non seulement à la loi elle-même mais aux biens juridiques qu'elle protège. Il nous semble enfin que le sujet ne devrait être pénalement responsable que si l'on pouvait exiger de lui, subjectivement, un comportement conforme au droit, le droit pénal ne pouvant imposer de se comporter en héros.

664. Mais si les conditions de la responsabilité apparaissent comme indispensables à la qualification d'une infraction véritable, nous allons voir que l'imputation de l'injuste au sujet actif responsable est loin d'être la seule conséquence que le droit positif attribue à l'existence de l'injuste. Le plus souvent sans être ainsi nommé, celui-ci va en effet être imputé dans bien d'autres circonstances.

¹³⁷² L'article 132-59 du Code pénal prévoit en effet que « *La dispense de peine peut être accordée lorsqu'il apparaît que le reclassement du coupable est acquis, que le dommage causé est réparé et que le trouble résultant de l'infraction a cessé* ». Sans être incompatible avec les cas d'inexigibilité ou d'absence de conscience de l'antijuridicité, le « *reclassement* » de l'agent ne semblant pas poser de problème, le texte fait néanmoins référence au « *coupable* », ce qui renvoie à la notion de culpabilité, majoritairement admise comme une composante de la responsabilité et donc de l'infraction, infraction qui n'est pas constituée en cas d'absence de responsabilité.

¹³⁷³ Les articles 132-18-1 et 132-19-1 du Code pénal prévoient bien la possibilité de déroger aux peines minimales fixées en cas de récidive légale « *en considération des circonstances de l'infraction, de la personnalité de son auteur ou des garanties d'insertion ou de réinsertion présentées par celui-ci* » mais ne l'admettent plus, en cas de deuxième récidive légale, que « *si le prévenu présente des garanties exceptionnelles d'insertion ou de réinsertion* », les considérations particulières qui pourraient se rattacher à l'inexigibilité ou à l'absence de conscience de l'antijuridicité ne pouvant plus intervenir qu'au travers de l'idée de réinsertion. Or, si celles-ci peuvent être établies dans ces cas là s'agissant de personnes n'ayant pas manifesté d'hostilité à la norme pénale, les termes restrictifs de l'article rendent néanmoins leur admission incertaine.

Section 2

Régimes de l'imputation de l'injuste.

665. La construction de l'infraction que nous défendons nous a conduit plusieurs fois à nous écarter du droit positif mais également à rompre avec la structure tripartite traditionnelle de l'infraction française. Ramené à la source de l'incrimination et intégré à la typicité, il ne reste pas grand-chose de « l'élément légal », par ailleurs totalement exclu de la question des faits justificatifs, qualifiés de causes d'exclusion de l'antijuridicité. Mais c'est surtout l'éclatement total de « l'élément moral », entre comportement (volonté), faute (dol, imprudence) et responsabilité (conscience de l'antijuridicité et exigibilité), qui va apparaître comme fondamental dans l'émergence qu'il permet de la notion d'injuste, c'est-à-dire de comportement typique antijuridique.

Beaucoup mieux que la notion d'infraction, qui entretient des liens complexes et discutés avec la responsabilité, l'injuste tel que nous l'avons défini va en effet éclairer certains mécanismes et évolutions du droit positif dans les cas de responsabilité abusivement désignés comme « *du fait d'autrui* » et dans l'engagement des responsabilités pénale et civile. Bien qu'innommé, l'injuste va alors apparaître comme la clé permettant de bien comprendre les modalités particulières d'imputation prévues par notre droit (I) comme les conséquences attachées à la commission du comportement prohibé par le sujet actif (II).

I Modalités particulières d'imputation.

666. Bien que l'article 121-1 du Code pénal proclame que « *Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* », notre droit positif connaît plusieurs mécanismes permettant d'engager la responsabilité pénale de celui qui n'a pas matériellement réalisé le comportement incriminé. En matière d'infractions non intentionnelles, le critère de l'équivalence des conditions permet également de poursuivre celui qui ne serait qu'une cause lointaine du dommage et ce même dans les cas où une autre personne a matériellement réalisé l'acte ayant directement entraîné le résultat prohibé. Pour diverses qu'elles soient, ces modalités particulières d'imputation ont en commun de s'appuyer sur la notion d'injuste et non sur le terme équivoque employé par les textes qui les régissent : « *l'infraction* ». Sans rentrer dans le détail de ces mécanismes, nous nous attacherons à montrer l'intérêt que représente la notion d'injuste dans la compréhension de l'imputation du comportement antijuridique d'autrui (A) et des dommages non intentionnels (B).

A. Imputation du comportement antijuridique d'autrui.

667. Celui qui a matériellement réalisé le comportement incriminé n'est pas le seul à pouvoir voir sa responsabilité pénale engagée. Le droit pénal permet en effet traditionnellement de punir celui qui l'y aurait aidé ou provoqué (1) et, depuis 1994, la personne morale pour le compte de laquelle ce comportement a été réalisé (2).

1°/ Imputation au complice.

668. Sans revenir sur l'absence de prise en compte du lien indirect qui unit son acte à l'atteinte au bien juridique dans la peine encourue par le complice¹³⁷⁴, ni s'arrêter sur l'ensemble des conditions nécessaires à la qualification d'un acte de complicité punissable, nous relèverons seulement ici l'importance que joue la notion d'injuste dans la qualification de la condition première de la complicité : le fait principal punissable.

669. L'article 121-7 du Code pénal distingue le complice par aide ou assistance « *d'un crime ou d'un délit* » du complice par provocation « *à une infraction* ». Significative de l'exclusion de la complicité par aide ou assistance en matière de contraventions (hors incrimination autonome), la rédaction choisie par le législateur renvoie néanmoins dans les deux cas à une infraction, infraction qui doit, selon la Cour de cassation, être « *établie en tous ses éléments constitutifs* »¹³⁷⁵. Or, malgré cette affirmation de principe, les solutions jurisprudentielles adoptées en la matière jettent le doute sur l'exigence d'une véritable « *infraction* » et semblent en réalité adopter du « *fait principal punissable* » une conception identique à ce que nous avons désigné sous le terme d'« *injuste* ».

Il faut tout d'abord signaler que l'exclusion du fait principal punissable lorsque le comportement est justifié par une cause objective d'irresponsabilité ne pose aucun problème théorique quelle que soit la définition défendue de l'infraction : que l'on considère que l'élément légal disparaît ou que l'acte n'est pas antijuridique en effet, il est clair que le comportement ne peut être qualifié ni d'infraction ni d'injuste¹³⁷⁶. Il en va de même lorsque le fait principal n'est plus punissable du fait d'une amnistie réelle.

L'admission de la répression du complice en cas de relaxe ou d'acquiescement de l'auteur principal du fait d'une cause subjective d'irresponsabilité pénale¹³⁷⁷, qui conduit souvent la doctrine à considérer que le fait principal doit être seulement « *objectivement punissable* », est déjà un peu plus problématique au regard de la notion d'infraction. Il apparaît en effet dans ce cas-là que l'élément moral ne peut pas être qualifié, ce qui permet de douter que l'infraction soit véritablement constituée « *en tous ses éléments* ». La seule possibilité pour maintenir alors l'équivalence de la notion de fait principal avec celle d'infraction est alors d'exclure la question de la responsabilité de cette dernière et de considérer qu'elle peut alors être entièrement constituée dès lors qu'est caractérisé un élément moral uniquement constitué de la faute, faute dont l'imputabilité ne saurait être une condition préalable¹³⁷⁸.

Quoiqu'elle ait l'inconvénient, majeur selon nous, d'exclure la responsabilité de la qualification de l'infraction, cette position souvent défendue est néanmoins tout aussi cohérente que l'explication de la solution par le recours à la notion d'injuste. Elle peut néanmoins parfois s'avérer insuffisante.

¹³⁷⁴ Sur ce point, voir *supra*, n°179.

¹³⁷⁵ Cass. Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* n°83.

¹³⁷⁶ La conception ici défendue conduit alors, comme la théorie traditionnelle, à l'impunité de celui qui, animé de mauvaises intentions, apporterait son aide à l'auteur principal qui bénéficierait d'une cause objective de justification (comme dans le cas de l'agent qui indiquerait à une personne affamée couverte par un état de nécessité comment déjouer le système de sécurité d'une épicerie appartenant à l'un de ses ennemis ou de celui qui viendrait prêter main forte à une personne en état de légitime défense par amour de la bagarre). Voir : F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, thèse Bordeaux IV, 2007, p. 222-225. Bien qu'elle puisse paraître choquante à première vue, une telle impunité nous semble néanmoins devoir être assumée dès lors que les actes commis étant objectivement conformes au droit, il ne s'agit là que d'une forme d'application du principe de l'absence de répression des simples intentions malignes. La solution inverse conduirait, en outre, à une position intenable : si le droit pénal devait réprimer pareil cas de figure, cela impliquerait qu'il interdit à l'agent mal intentionné d'agir conformément au droit... et qu'il commanderait alors de laisser la personne en danger, innocente, subir celui-ci. Ajoutons enfin que les hypothèses d'impunité sont extrêmement marginales, le « *complice* » ne pouvant bénéficier de la justification que s'il demeure dans les limites d'une intervention nécessaire et proportionnée (à défaut de quoi il sortirait du cadre de la participation à une situation conforme au droit).

¹³⁷⁷ Voir par ex : Cass. Crim., 10 avril 1975, *Bull. crim.* n°89, qui pose que « *la culpabilité du complice est indépendante de celle de l'auteur principal* » ; position constante et indiscutée.

¹³⁷⁸ Voir *supra*, n°533.

Bien que la question ne se soit apparemment jamais posée en jurisprudence, l'application des principes que nous venons d'exposer devrait conduire à considérer le comportement couvert par la contrainte comme pouvant constituer un « *fait principal punissable* ». Si l'on rattache la contrainte aux causes subjectives d'irresponsabilité, il faudrait en effet considérer qu'elle n'empêche pas la répression du complice qui ne serait pas lui-même sous son emprise. Même si ce cas de figure est extrêmement marginal et que l'admission de l'état de nécessité par le Code pénal permettrait sans doute d'éviter la difficulté en admettant l'existence d'un choix et retenant cette cause objective d'irresponsabilité plutôt que la contrainte morale, des jurisprudences anciennes permettent de douter fortement de la pertinence de la solution. Si l'on admet que des juifs ayant utilisé de faux papiers pour échapper aux recherches des autorités allemandes pendant la seconde guerre mondiale ont agi sous l'empire de la contrainte¹³⁷⁹, doit-on condamner pour complicité d'usage de faux celui qui leur aurait fourni les documents¹³⁸⁰ ? La réponse négative qui semble devoir s'imposer ne pourrait s'expliquer que par le recours à la notion d'injuste, celui-ci ne pouvant selon nous être constitué lorsqu'est reconnue une contrainte faisant obstacle à la qualification d'un comportement au sens du droit pénal.

Plus fréquente, une autre situation nous semble problématique au regard de la notion d'infraction. La jurisprudence admet en effet la répression du complice, et partant la qualification d'un fait principal punissable, lorsque l'auteur principal n'a pu être poursuivi du fait de son décès ou de sa fuite¹³⁸¹. Or comment admettre la constitution de l'infraction « *en tous ses éléments* », ce qui exige la qualification de l'élément moral et donc au minimum d'une faute pénale, alors même que l'auteur principal a pu n'être ni appréhendé ni même identifié ? Comme le soulignent fort justement des auteurs, ces solutions empêchent de considérer que le fait principal constitue véritablement une infraction mais conduisent au contraire à l'entendre comme un « *fait principal 'qualifié' crime ou délit ou contravention*¹³⁸² ». L'admission d'une infraction ne serait en effet possible que si l'on admet que le dol puisse être déduit des circonstances de l'espèce, c'est-à-dire qu'il soit apprécié de façon objective. Mais dépouillé des éléments dits de l'imputabilité et apprécié objectivement, l'élément moral ne serait plus que l'ombre de lui-même et le fait principal « *qualifié crime ou délit* » ne serait alors rien d'autre que ce que nous avons défini comme étant l'injuste.

Il ressort alors que le fait principal punissable s'identifie parfaitement à la notion d'injuste et permet d'expliquer de façon cohérente et unitaire l'ensemble des solutions admises par la jurisprudence¹³⁸³. On pourrait même ajouter que la notion d'injuste semble également parfaitement pouvoir s'appliquer en matière de recel de biens, qui exige lui aussi que la chose ou le

¹³⁷⁹ Cette solution a été retenue par la Cour d'appel de Paris le 6 octobre 1944, *Dalloz* 1945, 115.

¹³⁸⁰ Un raisonnement similaire peut-être tenu à propos des faits de l'espèce jugée le 19 décembre 1984 par la Cour d'appel de Dijon, *R.S.C.*, 1985, 812, observations G. LEVASSEUR. Faudrait-il condamner pour complicité de non-représentation le voisin qui aurait accepté de cacher l'enfant si le père était venu le chercher alors que la contrainte a été retenue à l'égard des grands-parents qui craignaient pour la santé de leur petit-fils s'ils le remettaient à son père ?

¹³⁸¹ Cass. Crim., 28 mai 1990, *Bull. crim.* n°214.

¹³⁸² Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général*, *op. cit.*, p. 236, n°412.

¹³⁸³ Un arrêt, quoique marginal, reste cependant inexplicable. C'est celui rendu le 18 juin 2003 par la Chambre criminelle et qui a relevé la relaxe de l'auteur principal « *pour défaut d'intention coupable* » et a admis « *l'existence d'un fait principal punissable, soit l'exportation illicite de stupéfiants* » souverainement constatée par la cour d'appel. Cass. Crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim.* n°5. Si la volonté répressive des tribunaux paraît parfaitement légitime, la solution nous semble tout à fait critiquable d'un point de vue théorique pour réduire le fait principal punissable au seul élément matériel, au seul comportement typique alors qu'il aurait été possible de qualifier l'auteur intellectuel d'auteur de l'infraction en considérant, à l'image de la jurisprudence relative au préposé, l'auteur matériel comme un « *simple agent d'exécution* ». Voir : Cass. Crim., 4 décembre 1974, *Bull. crim.*, *R.S.C.* 1976, 409, observations G. LEVASSEUR. Notons d'ailleurs que la portée de l'arrêt est fortement soumise à caution, la solution n'ayant pas été généralisée par la Cour de cassation ; voir en particulier : Cass. Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.* n°127 : « *seuls les médecins qui ont prescrit l'administration des produits sanguins auraient pu être les auteurs principaux de ce crime, mais que la preuve n'est pas rapportée qu'ils aient eu connaissance du caractère nécessairement mortifère des lots du CNTS(...)* ; *que les juges en déduisent que la complicité d'empoisonnement ne peut être retenue contre quiconque* ; *Attendu qu'en l'état de ces énonciations procédant de son appréciation souveraine, la chambre de l'instruction a justifié la décision de non-lieu des chefs d'empoisonnement et complicité* ».

produit proviennent d' « un crime ou d'un délit¹³⁸⁴ », et même plus largement à toutes les « infractions de conséquence », qui supposent la commission par autrui de ce que la doctrine désigne sous les termes « d'infraction préalable » ou « d'infraction d'origine¹³⁸⁵ ». Précisons néanmoins que le principe de la responsabilité personnelle interdit que l'injuste d'un tiers puisse, à lui seul, constituer une infraction et que le complice ou le receleur seront eux-mêmes les sujets actifs d'un injuste qui leur sera propre¹³⁸⁶.

670. Mais si l'injuste s'accorde beaucoup mieux à la qualification du « fait principal punissable » indispensable à l'admission de la complicité que la notion d' « infraction », nous allons voir qu'il en est exactement de même en matière de responsabilité pénale des personnes morales.

2° / Imputation à la personne morale.

671. Depuis l'affirmation du principe de la responsabilité pénale des personnes morales par le Code pénal de 1994, les questions du fondement et de la nature de leur responsabilité pénale restent forts discutées par la doctrine. Sans prétendre ici trancher le débat, nous relèverons simplement que la notion d'injuste peut permettre de restaurer une certaine cohérence dans les conceptions théoriques que semblent sous-tendre les différentes solutions jurisprudentielles et que la structure ici défendue de l'infraction pénale peut ouvrir des perspectives dans la reconnaissance d'une véritable responsabilité personnelle des personnes morales (b), l'injuste seul étant « emprunté » à la personne physique organe ou représentant (a).

a. Emprunt de l'injuste.

672. Alors que la théorie de la responsabilité autonome de la personne morale est niée par la Cour de cassation du fait de son absence d'exigence d'une faute autonome de la personne morale¹³⁸⁷ et de son refus de condamner la personne morale s'il n'est pas établi qu'une faute a bien été commise par un organe ou représentant¹³⁸⁸, la théorie de la responsabilité « par reflet » ou « par représentation » souffre de maux similaires à ceux relevés pour la qualification du fait principal punissable en matière de complicité.

¹³⁸⁴ Les solutions prétoriennes sont en effet similaires à celles relatives au fait principal punissable : indifférence de l'amnistie personnelle (Cass. Crim., 19 mai 1949, *Bull. crim. n°173*), de l'immunité familiale (Cass. Crim., 6 novembre 1936, *Bull. crim. n°111*), de la relaxe (Cass. Crim., 9 février 1956, *Bull. crim. n°148*) ou de l'absence d'identification de l'auteur de l'infraction d'origine (Cass. Crim., 7 mai 1942, *Bull. crim. n°56*). L'abrogation de la loi fondant l'incrimination d'origine, en revanche, fait bien disparaître la qualification de recel (Cass. Crim., 17 mai 1989, *Bull. crim. n°205*). Il nous semble cependant que la prescription de l'infraction d'origine devrait faire obstacle à la reconnaissance de cet élément indispensable à la qualification du recel, ce qui semble incertain dans la jurisprudence. Voir : *cf a* Cass. Crim., 17 mai 1939, *Bull. crim. n°114*, mais la Cour de cassation a jugé depuis que les faits prescrits perdent leur caractère délictueux. Sur cette question, voir : Ph. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 366, n°623.

¹³⁸⁵ Voir par exemple : *Ibid.*, p. 365. Notons que le bien juridique peut ici expliquer l'impossibilité de retenir cumulativement les qualités de sujet actif de l'injuste d'origine et de complice ou de receleur : l'atteinte, unique, au bien juridique, ne peut faire l'objet d'une double qualification en vertu du principe du *non bis in idem*. Une telle affirmation devrait également conduire à exclure le cumul des qualités de complice et de receleur, ce qui n'est pas admis par la jurisprudence, qui se fonde dans ce cas sur la dualité d'actes accomplis. Voir par exemple : V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, n°872.

¹³⁸⁶ La compréhension extensive du « recel profit », et plus encore la multiplication des infractions d' « impossibilité de justifier ses ressources » sont critiquables à cet égard pour réduire l'injuste personnel du receleur ou du receleur présumé à peau de chagrin. S'agissant du complice -ou en tout cas du complice par aide ou assistance, l'instigateur étant selon nous davantage un auteur de l'injuste principal dont il faudrait préciser les conditions de la qualification-, il faudra selon nous s'assurer que l'injuste principal sera bien objectivement imputable à son comportement.

¹³⁸⁷ Cass. Crim., 26 juin 2001, *Bull. crim.*, 161 : « la faute pénale de l'organe ou du représentant suffit, lorsqu'elle est commise pour le compte de la personne morale, à engager la responsabilité pénale de celle-ci, sans que doive être établie une faute distincte à la charge de la personne morale ».

¹³⁸⁸ Cass. Crim., 18 janvier 2000, *Bull. crim. n°28* : « que les juges en déduisent que la SNCF a commis, soit par elle-même, soit par ses agents qui avaient la maîtrise des décisions, des négligences, imprudences, manquements aux obligations de sécurité qui ont concouru à la réalisation de l'accident ; Mais attendu qu'en se déterminant ainsi, sans rechercher si les négligences, imprudences et manquements aux obligations de sécurité énoncés avaient été commis par les organes ou représentants de la SNCF, au sens de l'article 121-2 du Code pénal, la cour d'appel n'a pas donné de base légale à sa décision. »

Si l'article 121-2 du Code pénal qui pose les conditions de la responsabilité pénale des personnes morales évoque bien les « **infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants** », il semble en réalité que, malgré l'affirmation prétorienne de l'exigence d'une infraction constituée en tous ses éléments, « *tant matériel qu'intentionnel* »¹³⁸⁹, là encore, une véritable infraction ne soit pas nécessaire.

La loi elle-même a, tout d'abord, semblé porter un sérieux coup à la théorie de la représentation en indiquant, lors de la réforme du 10 juillet 2000, que les personnes morales pouvaient être déclarées pénalement responsables même en cas de relaxe de leur organe ou représentant, auteurs indirects d'une infraction non intentionnelle¹³⁹⁰. Admise par la Cour de cassation malgré l'obscurité du texte, cette solution l'a conduite à modifier sensiblement sa reproduction traditionnelle de l'article 121-2 du Code pénal pour lui substituer une formule exempte de référence à l'infraction : « *les personnes morales sont responsables pénalement de toute faute non intentionnelle de leurs organes ou représentants ayant entraîné une atteinte à l'intégrité physique constitutive du délit de blessures involontaires* »¹³⁹¹. L'absence de constitution de l'infraction sur la tête de la personne physique n'est donc pas un obstacle infranchissable à l'engagement de la responsabilité de la personne morale. D'autres solutions jurisprudentielles confirment cette analyse puisque la Cour de cassation admet la responsabilité de la personne morale si l'organe ou le représentant n'a pas été identifié « *dès lors que cette infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants* »¹³⁹², ce qui rend pourtant impossible la qualification d'une faute pénale appréciée autrement qu'*in abstracto* et indépendante de toute question relative à la subjectivité de la personne physique.

Mais si ces solutions peuvent sembler paradoxales pour s'écarter de la théorie du reflet sans que la Cour de cassation n'infléchisse son rejet de la théorie de la responsabilité autonome, il apparaît que la définition que nous avons proposée de l'injuste permet de lever toute ambiguïté. Il ressort en effet que dans tous les cas cités, l'injuste est parfaitement constitué¹³⁹³ puisqu'est présent le comportement matériellement typique et la faute d'imprudence objectivement appréciée relative aux « *diligences normales* » et que l'impossibilité d'imputer l'injuste à l'organe ou représentant, bien que conduisant à sa relaxe, ne fait pas disparaître l'injuste lui-même.

Il apparaîtrait alors que la responsabilité de la personne morale n'est pas complètement autonome en ce qu'elle emprunte l'injuste à l'organe ou au représentant, mais nous allons voir qu'il ne faut pas en déduire l'impossibilité de reconnaître une certaine forme de responsabilité personnelle, si ce n'est de responsabilité véritable, à la personne morale.

b. Autonomie de la responsabilité *stricto sensu*.

673. Un des arguments le plus souvent invoqué pour nier tout fondement à la responsabilité pénale des personnes morales est l'impossibilité pour celles-ci d'accomplir de véritables comportements et d'être totalement inaccessibles à toute forme d'imputabilité morale¹³⁹⁴. Or, si nous souscrivons

¹³⁸⁹ Cass. Crim., 2 décembre 1997, *Bull. crim. n°408*.

¹³⁹⁰ Cette idée a été traduite dans l'article 9 de la loi, ajoutant un alinéa à l'article 121-2 du Code pénal : « *La responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3.* » Bien que la lettre du texte ne soit pas claire, cette volonté du législateur ne faisait absolument aucun doute. Voir notamment : Circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR: JUSD0030175C, III, 2.

¹³⁹¹ Cass. Crim., 24 octobre 2000: *Bull. crim. n°308*; R.S.C. 2001, p. 824-829, « La responsabilité pénale dans l'entreprise après la loi du 10 juillet 2000 », note G. GIUDICELLI-DELAGÉ; *Dalloz* 2002, jurisp. p. 514 ; « Influence de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité des personnes morales », note J.-C. PLANQUE. La solution reste constante ; voir par exemple : Cass. Crim., 15 janvier 2008, *Bull. crim. n°6*.

¹³⁹² Cass. Crim., 20 juin 2006, *Bull. crim. n°188*. Déjà en ce sens: Cass. Crim., 21 mars 2000, *Bull. crim. n°128*. Si l'on pouvait la penser limitée aux infractions non intentionnelles, la solution a récemment été admise en matière d'infraction intentionnelle : Cass. Crim., 25 juin 2008, *Bull. crim. n°167*.

¹³⁹³ Voir néanmoins, Cass. Crim., 8 septembre 2004, *Inédit, n° de pourvoi: 03-85826*. Dans cet arrêt, non publié, la Chambre criminelle considère en effet qu'il est possible de rechercher la responsabilité de la personne morale pour un recel dont le seul représentant de la personne morale avait pourtant été relaxé faute de constitution de l'élément matériel de l'incrimination. Ici, l'injuste-même ne peut pas être qualifié.

¹³⁹⁴ En ce sens par exemple : Ph. CONTE, P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit Pénal Général, op. cit.*, p. 211, n°369.

tout à fait à ces arguments, nous pensons pouvoir les nuancer grâce à la notion d'injuste : la personne morale est certes incapable d'exercer une volonté véritable et donc de produire un comportement au sens du droit pénal et c'est pour cela qu'elle ne peut elle-même réaliser l'injuste. Elle n'est de ce fait pas davantage capable de commettre un dol, même objectivement apprécié, dans le sens où celui-ci s'apprécie, selon-nous, au regard de la finalité du comportement.

Il nous semble néanmoins qu'il ne faut pas nécessairement en déduire l'existence d'une responsabilité automatique dès lors qu'est qualifié l'injuste. Si l'absence de responsabilité personnelle de l'organe ou du représentant doit évidemment, dans notre conception, être sans conséquence pour la personne morale, on pourrait néanmoins se demander si elle-même ne pourrait pas bénéficier de certaines causes de non-imputabilité. L'hypothèse peut paraître surprenante et doit bien sûr écarter toute possibilité d'exclure la responsabilité faute d'un discernement que l'on ne saurait établir à l'égard d'un être moral. Mais si l'on envisage le cas de l'erreur de droit *lato sensu* ou de l'inexigibilité, il peut au contraire sembler douteux de rejeter toute possibilité de les retenir *a priori* : une petite entreprise ne peut-elle pas être induite en erreur par l'administration ? Faudrait-il lui refuser le bénéfice de l'erreur de droit au motif que c'est une personne morale ? De la même façon, une personne morale ne peut-elle pas se trouver dans une situation d'inexigibilité, au regard, par exemple, de la situation économique et de l'attitude de ses concurrents ? Admettre le bénéfice des causes subjectives d'irresponsabilité affectant l'organe ou le représentant, en plus d'être incompatible avec ce que nous défendons, ne serait sans doute pas véritablement efficace, le comportement typique n'étant pas forcément réalisé par la même personne, organe ou représentant, que celle qui est victime de l'erreur ou qui prend la décision couverte par l'inexigibilité. Il ne semble pas problématique en revanche d'ouvrir certaines causes d'irresponsabilité à la personne morale indépendamment de la question de la responsabilité de l'organe ou représentant et donc de parvenir, dans les limites imposées par la nature même des personnes morales, à une certaine autonomie de la responsabilité *stricto sensu*, sinon de l'injuste.

Bien qu'il ne s'agisse là que de quelques pistes, il apparaît que la structure de l'infraction ici défendue permettrait à la fois d'expliquer les modalités particulières d'imputation de l'injuste à la personne morale tout en réaffirmant le principe de la responsabilité personnelle en ouvrant la voie à la reconnaissance d'une responsabilité, autonome et spécifique, de la personne morale.

674. Si les cas du complice et de la personne morale apparaissent nettement comme des modalités d'imputation de l'injuste à une personne distincte de l'auteur matériel du comportement prohibé, la situation est un beaucoup moins claire s'agissant de l'auteur indirect personne physique d'une infraction non intentionnelle. S'il est fréquent de désigner la responsabilité du chef d'entreprise ou, plus largement, sous le nom de « *responsabilité du fait d'autrui* », nous allons voir qu'en réalité, même si une autre personne peut avoir été l'auteur direct du résultat prohibé, c'est en réalité un injuste propre à l'auteur indirect que l'on va chercher à lui imputer, seules les modalités de cette imputation étant particulières.

B. Imputation à l'auteur indirect personne physique d'une infraction non intentionnelle.

675. Bien que les critères de la qualification du caractère indirect du lien de causalité demeurent incertains près de neuf ans après la réforme des infractions non intentionnelles commises par les personnes physiques, il apparaît que les conséquences attachées à la relaxe de celui-ci ne peuvent mieux s'expliquer que par le recours à la notion d'injuste. Sans revenir sur la pertinence du

mécanisme instauré par la loi du 10 juillet 2000¹³⁹⁵ ni sur les critères discutés et toujours incertains permettant de qualifier le lien de causalité d'indirect¹³⁹⁶ et les fautes qualifiées¹³⁹⁷ nécessaires à l'engagement de sa responsabilité. Bien que la jurisprudence la plus récente permette de douter de la pérennité même de la qualification d'auteur indirect¹³⁹⁸, nous verrons seulement que l'injuste qui lui est imputé est, contrairement aux apparences, un injuste personnel (1) et non l'injuste qualifié sur la tête d'autrui même si les modalités de son imputation sont particulières (2).

1°/ Injuste personnel de l'auteur indirect.

676. Que l'on soit face à des auteurs indirects *stricto sensu* qui n'ont « *pas causé directement le dommage, mais qui ont créé ou contribué à créer la situation qui a permis la réalisation du dommage* » ou face à des auteurs médiats « *qui n'ont pas pris les mesures permettant de l'éviter* »¹³⁹⁹, la situation n'est pas en réalité celle de l'imputation de l'injuste matériellement réalisé par autrui. Comme l'indiquait l'esprit du

¹³⁹⁵ Les objectifs contradictoires de la réforme ont en effet conduit le législateur à instaurer un mécanisme inédit, le critère du lien de causalité devant permettre d'isoler les accidents de la route et celui de la faute de sanctionner les décideurs privés mais plus les décideurs publics. Malgré la perplexité des juristes auditionnés au cours des travaux préparatoires, ces critères ont été maintenus. Le professeur G. Viney avait ainsi estimé « *qu'il serait très difficile de mettre en place une jurisprudence cohérente sur la base d'une notion de causalité apparaissant fuyante* » et le professeur Pradel avait souligné « *qu'il n'existait pas de critère précis permettant de qualifier un lien de causalité comme étant direct ou indirect.* » Voir Rapport de M. Pierre Fauchon, au nom de la commission des lois, n° 177 (1999-2000).

¹³⁹⁶ Alors que le critère insatisfaisant du paramètre déterminant avait pu sembler émerger pour qualifier le lien de causalité de direct, celui-ci n'a pas véritablement permis de mettre fin à l'insécurité juridique pour n'avoir été utilisé que ponctuellement et n'avoir jamais été employé *a contrario*. Jusqu'à récemment, le véritable critère semblait en réalité être celui, fort discutable, de la qualité de l'agent et la Chambre criminelle avait finalement abandonné la question à l'appréciation souveraine des juges du fond. Voir : M. LACAZE, « *Triste bilan sur la causalité issue de la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels* », in *Recherches et Travaux, Mélanges DEA*, Université Montpellier I, n°5, mai 2006, p. 115-121 ; Cass. Crim., 13 novembre 2002, *Bull. crim.* n°204 ; *Dalloz* 2004, Jurisprudence p. 1336, note CONTE : « *Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d'homicide par imprudence* ».

¹³⁹⁷ C'est surtout la détermination de la faute caractérisée qui pose problème, ses contours apparaissant aujourd'hui encore forts incertains. Car si la Cour de cassation a récemment confirmé qu'elle peut être constituée soit par une faute unique d'imprudence d'une particulière gravité soit par une accumulation de fautes d'imprudence (Cass. Crim., 18 novembre 2008, *pourvoi n° 08-81.361*), des doutes demeurent sur la nécessité d'une prévision effective du risque. Bien que la Chambre criminelle semble admettre, conformément à ce qu'indique le texte de l'article 121-3 al. 4, qu'il est suffisant d'établir que « *l'agent ne pouvait ignorer le risque* » (par exemple : Cass. Crim., 11 février 2003, *Bull. crim.* n°28), des juridictions de fond exigent une prévision effective du risque. Ainsi, dans l'affaire dite de l'hormone de croissance, la faute caractérisée a-t-elle été niée au motif que « *la synthèse de ces témoignages ne permet pas d'affirmer que les pédiatres, biologistes et pharmaciens qui participaient au cycle d'élaboration et de distribution de l'hormone de croissance (bGH) France-Hypophyse avaient conscience, à partir de 1980, compte tenu de la mise en oeuvre des contre-indications au prélèvement préconisées par le professeur Montagnier, d'exposer les malades traités par ce médicament au risque de contamination par la maladie de Creutzfeldt-Jakob* ». Voir : T. Corr. Paris, 14 janvier 2009, extraits [en ligne],

<<http://prdchroniques.blog.lemonde.fr/2009/01/14/hormone-de-croissance-attendu-quaucune-faute-caracterisee-ne-saurait-etre-reprochee/>>.

Une telle exigence de prévision du risque, en plus que de mener une interprétation restrictive du texte légal, nous semble tout à fait inopportune du point de vue de la politique criminelle; l'agent qui aurait cherché à connaître -et peut-être à prévenir- les risques se trouvant davantage exposé que celui qui aurait tout fait pour ne rien connaître des éventuelles conséquences de ses décisions, manifestant ainsi une indifférence totale au sort d'autrui.

¹³⁹⁸ La Cour de cassation a en effet récemment élargi la notion de cause directe. Elle a ainsi approuvé la qualification d'un lien de causalité direct entre la faute d'un chef d'entreprise et les blessures mortelles d'un salarié lors du basculement d'une dalle qu'il tentait de mettre en place. Voir : Cass. Crim., 16 septembre 2008, *Bull. crim.* n°186. De même a-t-elle censuré une décision de relaxe fondée sur l'absence de faute caractérisée du médecin « *auquel il incombait de contrôler l'acte pratiqué par l'interne* » pour ne pas s'être assurée qu'il « *n'avait pas commis une faute entretenant un lien direct de causalité avec la mort de la patiente, la cour d'appel n'a pas justifié sa décision* ». Voir : Cass. Crim., 10 février 2009, *pourvoi n° 08-80.679*.

¹³⁹⁹ La pertinence de la distinction textuelle est néanmoins fort douteuse, les deux catégories n'étant pas exclusives l'une de l'autre. Il paraît en effet très délicat de distinguer les deux types d'auteurs indirects, le fait de ne pas prendre les mesures qui auraient permis d'éviter le dommage pouvant tout à fait contribuer à créer la situation qui en est à l'origine. De très nombreux arrêts visent ainsi cumulativement les deux catégories d'auteurs indirects en relevant que l'auteur « *a créé la situation à l'origine du dommage et n'a pas pris les mesures permettant de l'éviter* ». Voir par exemple : Cass. Crim., 26 juin 2001, *inédit, pourvoi n°01-80868* ; *Droit Pénal*, novembre 2001, p. 12 ; Cass. Crim., 27 juin 2001, *inédit, pourvoi n°00-86694* ; Cass. Crim., 18 juin 2002 : *Dalloz* 2003, *jurisp.* p. 240 ; Cass. Crim., 6 janvier 2004, *inédit, pourvoi n°02-86271* ; Cass. Crim., 11 janvier 2005, *inédit, pourvoi n°04-84196* ; Cass. Crim., 1^{er} février 2005, *inédit, pourvoi n°04-82788*.

texte en effet¹⁴⁰⁰, il est possible d'attribuer la qualité d'auteur indirect *lato sensu* à une personne sans qu'une autre ait été nécessairement qualifiée d'auteur direct¹⁴⁰¹. De cette façon, s'il est possible qu'un préposé ou un tiers soit la cause directe du résultat non intentionnel prohibé et que celui-ci soit lui-même poursuivi pour avoir réalisé un comportement typique et antijuridique, l'injuste que l'on va chercher à imputer à l'auteur indirect reste un injuste qualifié au regard de son comportement propre (action ou omission) et de sa faute personnelle (défaut de diligences normales).

Le comportement lui-même typique d'un éventuel préposé auteur direct, même s'il peut servir à établir l'omission fautive de l'auteur indirect dans la prévention de certaines situations à risque, n'est donc pas un élément de l'injuste de l'auteur indirect. Si l'on prend l'exemple d'un employé qui, utilisant une machine sans respecter les consignes de sécurité, blesse un autre employé, ce n'est pas la faute de cet employé que l'on va chercher à établir pour engager la responsabilité du chef d'entreprise mais bien l'omission de celui-ci de faire respecter la réglementation en matière de sécurité. Son omission sera le comportement typique, son absence de diligences dans l'effectivité du respect des conditions de sécurité constituera la faute non intentionnelle typique et l'injuste éventuellement imputé à l'employé auteur direct du dommage sera dépourvu de conséquences dès lors qu'il n'apparaît pas comme la cause exclusive du dommage. A ce stade là, conformément à ce que nous avons défendu plus haut, une faute non intentionnelle simple, appréciée *in abstracto* au regard du comportement qu'aurait eu le bon père de famille chef d'entreprise, suffit à qualifier l'injuste.

677. L'affirmation de la qualification d'un injuste personnel à l'auteur indirect, qualifié sans qu'il soit besoin d'établir une faute caractérisée ou une faute délibérée, va permettre d'expliquer les conséquences parfois paradoxales qu'a prévues la loi, notamment en cas de relaxe de l'auteur direct.

2°/ Modalités d'imputation de l'injuste.

678. Bien que l'on puisse s'interroger sur la pertinence de l'instauration de conditions restrictives à l'engagement de la responsabilité de l'auteur indirect, il n'en reste pas moins que l'article 121-3 alinéa 4 du Code pénal exige péremptoirement, sinon clairement, qu'une faute qualifiée puisse être retenue pour engager la responsabilité de l'auteur indirect. Une fois l'injuste établi, il faut donc une faute caractérisée ou délibérée pour pouvoir imputer une responsabilité pénale à l'auteur indirect du dommage. A défaut, bien que son comportement soit typique et antijuridique, il ne constituera pas une véritable infraction. Or les conséquences légales de la relaxe qui s'impose alors ont pu paraître paradoxales pour emprunter à celles qui accompagnent normalement la commission d'une infraction.

Comme nous l'avons déjà exposé, la loi du 10 juillet 2000 a tout d'abord maintenu la **responsabilité pénale de la personne morale** dont l'organe ou représentant auteur indirect aurait été relaxé, affichant même comme objectif un « *transfert* » de la responsabilité de la personne physique vers la personne morale. Impossible si l'on s'en tient à l'exigence d'une « *infraction* » par l'article 121-2 du Code pénal prévoyant la responsabilité des personnes morales, cette volonté législative marque bien, implicitement, la substitution de l'injuste à l'infraction comme condition de la responsabilité *lato sensu* de la personne morale.

Mais un autre aspect de la réforme du 10 juillet 2000 s'appuie selon nous sur la qualification préalable d'un injuste indépendant de la qualification de la faute qualifiée indispensable à la

¹⁴⁰⁰ Circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR: JUSD0030175C, II, 1.1: « est auteur indirect le maire qui n'ordonne pas la fermeture d'une piste de ski avant qu'une avalanche prévisible n'ensevelisse deux skieurs », « est auteur indirect le responsable d'un accident ayant provoqué chez la victime un traumatisme crânien grave à la suite duquel elle s'est suicidée », « ...le seul auteur direct de l'accident serait la victime elle-même. »

¹⁴⁰¹ Voir : A. CERF-HOLLENDER, « Accidents du travail et loi du 10 juillet 2000 », R.S.C. 2001, jurispr. p. 401 ; C. RUET, « La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », art. préc., p. 5.

responsabilité pénale de l'auteur indirect : celui de **l'indemnisation des victimes**, que le législateur entendait absolument préserver.

Au moment de l'adoption de la réforme en effet, le principe de l'unicité des fautes civile et pénale était encore défendu par la jurisprudence et le législateur avait ainsi ressenti le besoin de prévoir explicitement à l'article 4-1 du Code de procédure pénale¹⁴⁰² la possibilité de maintenir l'indemnisation de la victime en cas de relaxe de l'auteur indirect. Il ressort en effet des travaux préparatoires que c'était bien ce cas de figure seul qui était visé et que le renvoi à l'article 121-3 du Code pénal sans distinction, et donc sans limitation au cas de l'auteur indirect, n'était pas véritablement destiné à permettre la rupture avec le principe de l'unicité des fautes civile et pénale¹⁴⁰³. A l'origine, il semble bien que dans l'esprit du texte, c'était sur les conditions de l'injuste que reposait la possibilité d'une responsabilité civile, responsabilité civile sur laquelle les juridictions pénales pouvaient se prononcer même en cas de relaxe¹⁴⁰⁴.

Depuis l'opportune rupture avec le principe de l'unicité des fautes civile et pénale néanmoins, l'injuste n'intervient plus véritablement dans cette question de l'indemnisation des victimes¹⁴⁰⁵ par les juridictions civiles (ou administratives), l'indemnisation sur le fondement de la faute de l'article 1383 du Code civil, et plus encore sur le fondement de la faute inexcusable de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale, pouvant être désormais être retenue sans qu'il soit même nécessaire de qualifier une faute pénale d'imprudence et donc un injuste. Tout au plus peut-on dire que si l'injuste est qualifié, *a fortiori* doit-on admettre l'existence d'une faute de nature à engager la responsabilité civile sur le fondement de l'article 1383 du Code civil.

Il nous semble cependant intéressant de noter que l'injuste peut continuer à jouer un rôle lors que la victime demandera l'indemnisation de son préjudice devant les Commissions d'indemnisation des victimes d'infractions (CIVI). Bien que cette possibilité ne soit pas spécifique au cas des infractions non intentionnelles, le législateur du 10 juillet 2000 avait clairement indiqué qu'il souhaitait que cette voie reste ouverte aux victimes de l'auteur indirect relaxé¹⁴⁰⁶.

679. Nous avons vu que certaines personnes ne pouvaient se voir imputer les conséquences de l'injuste que selon des modalités particulières. Mais si ces modalités spéciales d'imputation déterminent la possibilité de leur imputer les conséquences pénales de la qualification de l'injuste, une fois leurs conditions établies, elles deviennent des sujets actifs au même titre que les auteurs matériels du comportement typique antijuridique. Il nous faut alors voir quelles sont les conséquences de la qualification de l'injuste pour le sujet actif.

¹⁴⁰² « **L'absence de faute pénale non intentionnelle au sens de l'article 121-3 du Code pénal ne fait pas obstacle à l'exercice d'une action devant les juridictions civiles afin d'obtenir la réparation d'un dommage sur le fondement de l'article 1383 du Code civil si l'existence de la faute civile prénée par cet article est établie ou en application de l'article L. 452-1 du Code de la sécurité sociale si l'existence de la faute inexcusable prénée par cet article est établie.** »

¹⁴⁰³ Les travaux préparatoires entendaient bien au départ maintenir la responsabilité en cas de « *poussière de faute* » commise par un auteur direct. Voir : *Rapport de M. René Dosière au nom de la commission des lois*, n°2266, p. 39. La circulaire d'application marquait une évolution sur ce point puisqu'elle n'exclut pas, en revanche la dissociation des fautes civile et pénale puisqu'après avoir posé que « *la faute pénale exigée en cas de causalité indirecte [...] est distincte de la faute civile d'imprudence ou de négligence* », elle affirme qu'est préservé « *même en l'absence de faute pénale, le droit à réparation des victimes sur le fondement d'une faute civile qui pourra désormais être distincte de la faute pénale* » : Circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR: JUSD0030175C, I, 2, 4.

¹⁴⁰⁴ Article 470-1 al. 1 du Code de procédure pénale : « *Le tribunal saisi, à l'initiative du ministère public ou sur renvoi d'une juridiction d'instruction, de poursuites exercées pour une infraction non intentionnelle au sens des deuxième, troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 du Code pénal, et qui prononce une relaxe demeure compétent, sur la demande de la partie civile ou de son assureur formulée avant la clôture des débats, pour accorder, en application des règles du droit civil, réparation de tous les dommages résultant des faits qui ont fondé la poursuite.* »

¹⁴⁰⁵ Voir *supra*, n°544.

¹⁴⁰⁶ La circulaire d'application est très précise sur ce point : Circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR: JUSD0030175C, II, 4. Sur l'indemnisation par les CIVI, voir plus précisément *infra*, n°690.

II Conséquences de l'injuste pour le sujet actif.

680. Le sujet actif de l'injuste, qu'il soit ou non l'auteur matériel du comportement antijuridique¹⁴⁰⁷, va devoir en supporter les conséquences pénales (A) et civiles (B). Nous verrons en effet que les conséquences que le droit attache au comportement prohibé sont à bien des égards fondés sur cette qualification préalable de l'injuste davantage que sur la qualification d'une infraction véritable.

A. Imputation de l'injuste.

681. Si la responsabilité du sujet actif n'est pas une condition de la qualification de l'injuste, les conséquences de celui-ci vont néanmoins être distinctes selon que le sujet actif sera considéré comme responsable (1) ou comme irresponsable (2) pénalement. Bien qu'il puisse paraître surprenant d'employer le terme d'imputation s'agissant d'une personne exempte de responsabilité pénale, il ressort que le droit positif attache de plus en plus de conséquences à la commission d'un acte typique antijuridique en l'absence de responsabilité. L'infraction n'est en effet plus la seule figure à permettre l'imputation des conséquences du comportement prohibé et nous allons voir que c'est encore une fois sur la notion innommée d'injuste que s'appuient ces dispositions.

1°/ Imputation au sujet actif responsable.

682. Comme nous l'avons déjà esquissé, il nous semble que le terme d'« infraction » doit être réservé à la situation où l'injuste a été réalisé par un sujet actif responsable (et auquel il est possible d'imputer l'injuste lorsque des conditions particulières sont requises). Conformément aux principes constitutionnels et aux dispositions du Code pénal, c'est donc seulement en présence d'une infraction véritable que va pouvoir être prononcée une peine, sanction spécifique au droit pénal.

Sans revenir sur les exigences du principe de légalité criminelle ni sur l'évolution du droit pénal sous la pression de la politique criminelle, nous rappellerons simplement qu'il est souhaitable, dans un droit pénal conçu comme protecteur des biens juridiques, que le législateur, lorsqu'il fixe les peines propres à chaque incrimination, respecte une certaine proportionnalité entre la gravité de l'atteinte *lato sensu* infligée au bien juridique protégé et la gravité des atteintes aux biens juridiques qu'infligera la peine au sujet actif de l'injuste. La reconnaissance de la finalité protectrice des biens juridiques devrait ainsi conduire à l'abandon des incriminations qui ne mettent pas véritablement en danger un bien juridico-pénal et des incriminations qui se fondent uniquement sur une présomption de recel.

En revanche, si de nombreuses circonstances aggravantes permettent de prendre en compte certains cas d'atteintes simultanées ou successives à plusieurs biens juridiques identiques ou distincts, il nous semble regrettable que notre droit pénal n'attache pas de conséquence à la différence entre lésion effective du bien juridique et risque pour celui-ci dans le domaine de la tentative et qu'il ne prévoit pas d'aggravation systématique de la répression en cas d'atteinte simultanée à plusieurs biens juridiques, identiques ou distincts. S'il nous semble enfin tout à fait légitime que la notion d'exigibilité permette d'aggraver la répression en raison de la qualité ou de la position sociale particulière du sujet actif, il nous semble beaucoup plus discutable d'aggraver la répression du fait d'un simple mobile qui ne caractériserait pas, en même temps, l'atteinte à un bien juridique distinct de celui dont la lésion constitue le résultat légal (comme peut le faire le mobile discriminatoire dans les violences par exemple). De ce point de vue, l'aggravation extrême

¹⁴⁰⁷ Précisons qu'il ressort de ce que nous venons d'exposer que la personne morale est en réalité la seule à ne pas être l'auteur d'un comportement typique antijuridique, l'auteur indirect personne physique d'une infraction non intentionnelle étant bien l'auteur du comportement typique antijuridique et le complice réalisant lui-même un injuste personnel, celui-ci ayant seulement pour condition un comportement typique antijuridique commis par autrui.

des peines encourues dès lors qu'est qualifié un simple « *mobile terroriste* », en l'absence de toute atteinte grave et effective « à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur », nous semble particulièrement discutable.

Quoiqu'il en soit des peines maximales encourues, on peut souhaiter que ces différents aspects soient pris en compte par le juge pénal à l'heure de prononcer la peine. La sévérité des peines maximales encourues, alliée avec une large compréhension du principe de l'individualisation de la peine et la disparition des *minima* légaux permet en pratique une large mise en œuvre de ces principes mais il faut regretter que l'instauration de « *peines planchers* » en cas de récidive légale vienne y constituer un obstacle.

683. Mais si le concept de bien juridique va pouvoir guider le juge dans le choix de la peine, paradoxalement, c'est surtout en cas d'irresponsabilité du sujet actif que l'injuste va acquérir toute son importance, en droit positif, au stade de ce qui apparaît comme une forme d'imputation subjective de l'injuste au sujet irresponsable.

2°/ **Forme d'imputation au sujet actif irresponsable.**

684. Si nous avons plus haut dénoncé les risques d'un abandon de la responsabilité comme fondement de la répression pénale et la dérive vers un droit pénal « *de l'ennemi* » qui prive la personne atteinte de trouble mental des garanties essentielles du droit pénal par l'instauration d'une législation « *hors du droit* » qui entend lutter contre la dangerosité¹⁴⁰⁸, nous entendons ici faire apparaître l'utilisation croissante de la notion d'injuste par le droit positif.

685. **L'injuste, fondement premier de l'imputation.** — La loi n°2000-516 du 15 juin 2000 *renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes* avait déjà, au stade du jugement, esquissé la reconnaissance de l'injuste en modifiant les questions posées au jury d'assises. Depuis lors, en effet, lorsqu'est invoqué le trouble psychique comme moyen de défense, il n'est plus simplement demandé au jury de se prononcer sur la question principale relative à culpabilité de l'accusé mais, en vertu de l'article 349-1 du Code de procédure pénale, « *deux questions posées ainsi qu'il suit : 1° L'accusé a-t-il commis tel fait ? ; 2° L'accusé bénéficie-t-il pour ce fait de la cause d'irresponsabilité pénale prévue par l'article ... du Code pénal selon lequel n'est pas pénalement responsable la personne qui ... ?* ». Destinée à ne plus faire apparaître la négation de la culpabilité comme « *la négation de l'acte commis* », cette modification permet, comme le souligne un auteur, de reconnaître l'existence d'un acte « *'objectivement' criminel* », ainsi « *reconnu et qualifié*¹⁴⁰⁹ ». Or qu'est-ce qu'un acte « *objectivement criminel* » si ce n'est un comportement typique qualifié de crime et non couvert par une cause objective d'irresponsabilité ? Sans le nommer, c'est bien la qualification de l'injuste tel que nous l'avons défini qui apparaît alors.

La loi n° 2008-174 du 25 février 2008 *relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* va aller plus loin dans cette reconnaissance implicite de l'injuste. En plus d'avoir étendu, quoiqu'en assimilant inopportunément causes objectives et subjectives d'irresponsabilité, la distinction opérée en matière criminelle au jugement de relaxe devant les tribunaux correctionnels¹⁴¹⁰, cette loi a surtout parachevé, au stade de l'instruction, l'émergence de la distinction entre absence d'injuste et absence de responsabilité *stricto sensu*.

Auparavant, il n'était pas fait de différence entre l'absence de qualification de l'injuste et l'existence d'un comportement typique antijuridique commis par une personne pénalement irresponsable, le non-lieu faisant obstacle à la qualification même des faits, ce qui était particulièrement mal vécu par les victimes. Le législateur était ainsi intervenu par la loi n°2004-

¹⁴⁰⁸ Voir longuement, *supra*, n°422 et s., sur l'effacement de la responsabilité au profit de la « *neutralisation de la dangerosité* ».

¹⁴⁰⁹ Voir : A. D'HAUTEVILLE, « Le droit des victimes dans la loi du 15 juin 2000 », R.S.C., 2001, p. 107.

¹⁴¹⁰ Article 470-2 du Code de procédure pénale : « *Le tribunal correctionnel ne peut relaxer le prévenu en raison d'une des causes d'irresponsabilité pénale prévues par les articles 122-2, 122-3, 122-4, 122-5 et 122-7 du Code pénal qu'après avoir constaté que celui-ci avait commis les faits qui lui étaient reprochés.* »

204 du 9 mars 2004 pour limiter les effets de l'ordonnance de non-lieu, prévoyant que « lorsque l'ordonnance de non-lieu est motivée par l'existence de l'une des causes d'irresponsabilité pénale prévue par le premier alinéa de l'article 122-1, les articles 122-2, 122-3, 122-4, 122-5 et 122-7 du Code pénal ou par le décès de la personne mise en examen, elle précise s'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés¹⁴¹¹ ». Si l'on ne peut pas défendre ici que soit véritablement consacrée la notion d'injuste, cet article renvoyant là encore sans distinction aux causes objectives et subjectives d'irresponsabilité pénale instituées par le Code pénal, on peut néanmoins souligner que cette disposition vise à permettre de qualifier le type¹⁴¹².

Par la loi n° 2008-174 du 25 février 2008, le législateur a entendu aller plus loin, jugeant cette possibilité de qualifier le comportement typique en cas de non-lieu insuffisante en cas de déclaration d'irresponsabilité fondée sur l'abolition du discernement¹⁴¹³. En plus d'avoir substitué au terme de « non-lieu » celui de « déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental », le cas de l'irresponsabilité fondée sur l'article 122-1 al. 1 du Code pénal fait désormais l'objet de dispositions particulières. Tout d'abord, comme dans le cadre de l'article 177 al. 2 du Code de procédure pénale, lorsque l'irresponsabilité est qualifiée au stade de l'instruction, l'ordonnance « précise qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés¹⁴¹⁴ ». Bien que la formule soit identique à celle de l'article 177 al. 2, il nous semble néanmoins que l'on s'approche là significativement de la notion d'injuste : lorsque seule est visée l'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, on peut admettre que le comportement n'est pas, par ailleurs, couvert par un fait justificatif et que la qualification des « faits qui lui sont reprochés » correspond en réalité à la qualification de l'injuste¹⁴¹⁵.

Les conséquences qui sont attachées à cette déclaration d'irresponsabilité pénale nous semblent confirmer cette analyse. Car la grande nouveauté de cette loi n°2008-174 du 25 février 2008 ne réside pas dans la modification terminologique relevée mais dans la possibilité, pour la Chambre de l'instruction ou la juridiction de jugement, de prononcer des mesures de sûreté à l'encontre du sujet actif irresponsable.

686. ___ Imputation au sujet actif irresponsable. ___ Malgré la réaffirmation, dans le projet de loi, du principe selon lequel « seule une personne dotée de son libre arbitre peut répondre pénalement de ses actes et peut donc être déclarée coupable d'une infraction¹⁴¹⁶ », la loi n°2008-174 du 25 février 2008 instaure une forme d'imputation de l'injuste au sujet actif en prévoyant le prononcé, lors de la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, non pas de peines mais, selon le législateur, de « mesures de sûreté ».

Alors qu'auparavant, les autorités judiciaires avaient simplement le devoir d'informer les autorités administratives compétentes afin qu'elles prononcent, le cas échéant, une mesure d'hospitalisation d'office¹⁴¹⁷, elles peuvent désormais elles-mêmes ordonner le placement de la

¹⁴¹¹ Article 177 al. 2 du Code de procédure pénale dans sa version antérieure à la loi n° 2008-174 du 25 février 2008.

¹⁴¹² Il s'agit bien seulement du type, la contrainte, l'absence d'antijuridicité et l'absence de responsabilité étant mises sur le même plan. Il nous semble cependant qu'il s'agit bien du type dans son entier, faute pénale comprise, sans quoi on ne saurait savoir quels « faits (...) lui sont reprochés », homicide intentionnel, violences volontaires ayant entraîné la mort sans intention de la donner ou homicide non intentionnel par exemple.

¹⁴¹³ Le projet de loi est très clair sur ce point : « le juge répressif, lorsqu'il applique les dispositions de l'article 122-1 du Code pénal, soit rend une ordonnance de non-lieu qui met fin aux poursuites sans débat préalable, **sans se prononcer sur les faits**, sans informer les victimes des mesures prises ensuite à l'égard de l'auteur et sans statuer sur les conséquences civiles de l'acte commis, soit prononce une relaxe ou un acquittement qui sont perçus **comme niant totalement la réalité des faits qui ont été matériellement commis**. »

¹⁴¹⁴ Article 706-120 al. 2 du Code de procédure pénale.

¹⁴¹⁵ S'il n'y a pas par ailleurs de contrainte, l'acte peut bien être qualifié de comportement et s'il n'y a pas de fait justificatif, il est bien antijuridique. De la même façon que pour l'article 177, il faut bien également relever une faute pénale qualifiée *in abstracto*, sans considération pour le discernement. Ce sont là les conditions de l'injuste.

¹⁴¹⁶ Projet de loi n° 442, déposé à l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2007.

¹⁴¹⁷ Article L. 3213-7 du Code de la santé publique dans sa version antérieure à la loi n°2008-174 du 25 février 2008 : « Lorsque les autorités judiciaires estiment que l'état mental d'une personne qui a bénéficié d'un non-lieu, d'une décision de relaxe ou d'un acquittement en application des dispositions de l'article 122-1 du Code pénal **nécessite des soins et compromet la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public, elles avisent immédiatement le représentant de l'Etat dans le département, qui prend sans délai toute mesure utile, ainsi que la commission mentionnée à l'article L. 3222-5. L'avis médical mentionné à l'article L. 3213-1 doit porter sur l'état actuel du malade.** »

personne sous le régime de l'hospitalisation d'office¹⁴¹⁸. Bien que cette mesure ne puisse être prise que sur le fondement d'une expertise figurant au dossier, on peut néanmoins relever une nuance importante au regard du régime traditionnel de l'hospitalisation d'office, l'état du malade justifiant la mesure étant, normalement, son état « *actuel* », ce que n'exige pas la mesure prononcée par le juge. Mais si l'on peut s'interroger sur le maintien de la mesure d'hospitalisation d'office dans une logique de santé publique lorsqu'elle est ordonnée par le juge suite à la réalisation d'un comportement typique antijuridique par une personne irresponsable, c'est plus largement la catégorie des « *mesures de sûreté* » qui pose question, la plupart des mesures qui peuvent désormais être prononcées à l'encontre de la personne déclarée irresponsable étant identiques à des peines complémentaires ou à des modalités d'exécution des peines prévues pour les personnes responsables¹⁴¹⁹.

La Cour de cassation, par son arrêt du 21 janvier 2009 a d'ailleurs jeté un trouble considérable sur les rares distinctions que l'on croyait fermement établies. En affirmant que **l'article 706-136 du Code de procédure pénale institue des « peines », elle semble bien affirmer que l'injuste seul peut fonder le prononcé de peines, la responsabilité pénale n'étant plus alors une condition indispensable à l'imputation de l'injuste ni même à la sanction pénale.** Inadmissible au regard des principes fondamentaux du droit pénal, la position exprimée de la Chambre criminelle n'a pour l'instant qu'une portée très incertaine, d'autant qu'elle a, dans le cas d'espèce qui lui était soumis, motivé le refus d'une application immédiate de la loi, et donc l'aggravation de la situation de l'agent¹⁴²⁰.

687. Finalement, ces rapides observations font apparaître qu'aux côtés du schéma traditionnel du droit pénal « injuste + responsabilité = peine », se met en place un schéma « injuste + irresponsabilité = mesure de sûreté »¹⁴²¹. Bien que cela soit le cas dans de nombreux pays, on peut néanmoins légitimement s'inquiéter de l'absence de cadre général aux mesures de sûreté et, de ce fait, de l'absence de garanties véritables qui leur seraient attachées. Se fondant en partie sur l'injuste, il semble en effet indispensable de maintenir les garanties du droit pénal dans la qualification de celui-ci et de préciser les limites que doivent respecter ces mesures ainsi que les principes auxquelles elles doivent être soumises. Le fondement de la « *dangerosité* », imprécis et difficilement appréciable de l'avis même des experts, ne peut en effet suffire à assurer le respect des droits et libertés fondamentaux dont les malades mentaux ne sauraient être privés¹⁴²².

La question de la proportionnalité entre gravité de l'injuste et de la responsabilité et gravité de la peine d'un côté, et gravité de l'injuste et gravité du risque *in abstracto* pour les biens juridiques et mesures de sûreté de l'autre, semble encore plus délicate alors que se développe un schéma additionnant l'ensemble de ces éléments : « injuste + responsabilité + risque abstrait (dangerosité)

¹⁴¹⁸ Article 706-135 du Code de procédure pénale : « *Sans préjudice de l'application des articles L. 3213-1 et L. 3213-7 du Code de la santé publique, lorsque la chambre de l'instruction ou une juridiction de jugement prononce un arrêt ou un jugement de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, elle peut ordonner, par décision motivée, l'hospitalisation d'office de la personne dans un établissement mentionné à l'article L. 3222-1 du même Code s'il est établi par une expertise psychiatrique figurant au dossier de la procédure que les troubles mentaux de l'intéressé nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou portent atteinte, de façon grave, à l'ordre public. Le représentant de l'Etat dans le département ou, à Paris, le préfet de police est immédiatement avisé de cette décision. Le régime de cette hospitalisation est celui prévu pour les hospitalisations ordonnées en application de l'article L. 3213-1 du même Code, dont le deuxième alinéa est applicable. L'article L. 3213-8 du même Code est également applicable.* »

¹⁴¹⁹ Voir plus précisément, sur la distinction entre cette hospitalisation d'office judiciaire et l'hospitalisation d'office administrative et sur la nature de ces « *mesures de sûreté* » : Ph. BONFILS, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », art. préc.

¹⁴²⁰ Sur cet arrêt et la signification que l'on peut lui attribuer, voir plus longuement *supra* n°426 et s.

¹⁴²¹ On pourrait, avec un auteur, rapprocher cette évolution du durcissement de la justice pénale des mineurs, ces deux tendances s'apparentant à un « *droit pénal post-moderne* » qui se détache de la responsabilité. Voir : X. PIN, « L'irresponsabilité pénale (Réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale* : *Opinio doctorum, op. cit.*, p. 51-61.

¹⁴²² Nous renvoyons ici à l'inadmissible négation de la personne de l'« *ennemi* », auquel la personne souffrant de troubles psychiatriques est de plus en plus souvent assimilée ; voir *supra*, n°410 et s. Sur la notion de dangerosité, voir *supra*, note n°984.

= peine + mesures de sûreté ». D'application immédiate aux personnes condamnées avant leur entrée en vigueur¹⁴²³, ces mesures de sûreté s'ajoutent à la peine prononcée sans que celle-ci soit réexaminée, ce qui peut permettre de douter fortement de la persistance de l'idée de proportionnalité, un injuste unique permettant alors l'imputation de deux conséquences distinctes¹⁴²⁴.

688. Mais si l'injuste a désormais des conséquences sur le plan pénal et « *para-pénal* » pour le sujet actif responsable comme pour le sujet actif irresponsable du fait d'une abolition de son discernement, il va également ouvrir la voie à la responsabilité civile, l'injuste impliquant nécessairement une antijuridicité civile.

B. Imputation de l'antijuridicité civile.

689. Comme nous avons déjà eu l'occasion de l'entrevoir au cours de notre présentation de la structure de l'infraction, la notion d'injuste permet d'expliquer l'immense majorité des solutions du droit positif quant aux relations entre responsabilités civile et pénale. Il ressort en effet que l'existence d'un injuste établit l'existence d'une antijuridicité civile (1) alors que son absence n'implique pas nécessairement l'absence de responsabilité civile (2).

1°/ En cas d'injuste.

690. L'injuste est qualifié dès lors qu'est réalisé un comportement typique et antijuridique, peu important que le sujet actif ne soit finalement pas responsable du fait de son absence de discernement, de volonté de violer la loi pénale ou de la caractérisation d'un cas d'inexigibilité. Il demeure également qualifié s'il n'est pas possible de l'imputer du fait d'une modalité particulière d'imputation de l'injuste. Or il apparaît de façon éclatante que la responsabilité civile est maintenue, en droit positif, chaque fois que l'injuste, quoique non imputable pénalement, est bien qualifié.

S'agissant des causes de non responsabilité telles que nous les avons définies, le Code civil prévoit expressément la responsabilité civile des mineurs¹⁴²⁵ comme des personnes atteintes de

¹⁴²³ Voir longuement *supra* sur cette question au regard du principe de légalité ; n°424 et s.

¹⁴²⁴ Il faut souligner que la législation espagnole, qui prévoit expressément dans le Code pénal le fondement de la dangerosité pour le prononcé de mesures de sûreté légalement définies, a, en même temps adopté un véritable cadre légal protecteur des individus. Ainsi, le Titre préliminaire du Code pénal prévoit-il à l'alinéa 1 de son article 6 que « *Les mesures de sécurité se fondent sur la dangerosité criminelle de l'agent auquel on les impose, extériorisée dans la commission d'un fait prévu comme délit* » mais « *seules sont applicables les mesures de sûreté prévues par la loi au moment des faits* » (article 2). De plus, « *les mesures de sécurité ne peuvent s'avérer ni plus graves ni d'une plus longue durée que la peine abstraitement applicable au fait commis, ni excéder les limites du nécessaire pour prévenir la dangerosité de l'auteur* » (article 6, alinéa 2), ce qui implique qu'au cas où l'agent serait soumis à la fois à des peines et à des mesures de sûreté, la durée des mesures de sûreté privatives de liberté s'impute celle de la peine privative de liberté (article 99 du Code pénal). Ainsi :

Artículo 2 : « 1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad. »

Artículo 6 : « 1. Las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan, exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como delito. 2. Las medidas de seguridad no pueden resultar ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor. »

Artículo 99 : « En el caso de concurrencia de penas y medidas de seguridad privativas de libertad, el juez o tribunal ordenará el cumplimiento de la medida, que se abonará para el de la pena. »

¹⁴²⁵ L'article 1384 du Code civil prévoit ainsi seulement que les parents sont « *solidairement responsables des dommages causés par leur enfant mineur* ». Depuis les quatre arrêts rendus par l'Assemblée plénière de la Cour de cassation le 9 mai 1984, il est désormais certain que l'*infans* engage sa responsabilité civile indépendamment de sa capacité de discernement ; voir : Cass. Ass. Plén. , 9 mai 1984, *Assemblée plénière*, n° 2. Malgré les protestations d'une partie de la doctrine, qui peine à voir en quoi la consécration de cette « *faute objective* » diffère d'une « *responsabilité objective* », la Cour de cassation a fermement réaffirmé que « *la faute d'un mineur peut être retenue même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte* ». Voir : D. MAZEAUD, « La faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte », *Dalloz* 1997, p. 28, note sous Civ. 2, 19 février 1997, *Bull. II*, n°54.

troubles mentaux¹⁴²⁶, le discernement n'étant pas une condition de la responsabilité civile. De la même façon, l'erreur sur le droit n'exonère pas de la responsabilité civile, pas plus que l'inexigibilité.

Nous avons vu également que dans le cas particuliers où le sujet actif bénéficie de conditions supplémentaires pour pouvoir lui imputer l'injuste, comme c'est le cas de l'auteur indirect personne physique d'une infraction non intentionnelle, sa responsabilité civile demeure du fait de la prévision expresse du législateur¹⁴²⁷.

Quel que soit le cas de figure, la qualification d'un injuste suffit à ouvrir la voie à la responsabilité civile ; d'autres conditions de celle-ci pourront faire défaut mais la faute sera établie.

Il nous faut souligner que le législateur a même prévu la possibilité d'une indemnisation des victimes en se fondant, sans le nommer, sur l'existence d'un injuste¹⁴²⁸. Bien que le titre du Code de procédure pénale régissant la matière fasse référence aux « victimes d'infractions », l'article 706-3 du Code de procédure pénale, qui pose les conditions de l'indemnisation devant les Commissions d'indemnisation des victimes d'infraction, nous semble en réalité faire appel aux conditions de l'injuste. La condition première à cette indemnisation est en effet l'existence d'un préjudice « résultant de faits volontaires ou non qui présentent le caractère matériel d'une infraction », ce qui n'est rien d'autre que l'injuste. Il apparaît en effet que la matérialité des faits ne saurait présenter le « caractère d'une infraction » en l'absence de toute faute, la CIVI n'ayant pas vocation à indemniser les victimes de dommages naturels ou purement accidentels¹⁴²⁹. Il est également intéressant de relever que ces dispositions utilisent très fréquemment le critère du bien juridique pour délimiter le champ des injustes susceptibles d'ouvrir la voie à une indemnisation par les CIVI¹⁴³⁰.

691. Il est ainsi particulièrement significatif qu'aucune des causes de non-responsabilité ou de non-imputation de l'injuste telles que nous les avons définies ne fasse disparaître la responsabilité civile ni l'indemnisation des victimes dès lors qu'est qualifié un injuste.

Le cas même de la contrainte, inexplicable par le recours à la distinction entre causes objectives et subjectives d'irresponsabilité, se trouve résolu : l'existence d'une contrainte empruntant les caractères de la force majeure du droit civil peut entraîner la disparition de la responsabilité civile sans qu'il soit besoin d'établir une exception à la règle que nous dégagons puisqu'en cas de contrainte, c'est l'injuste lui-même qui disparaît.

Mais si l'injuste, nécessairement pénal, implique, *a fortiori*, l'antijuridicité civile¹⁴³¹ et donc la responsabilité civile du sujet actif pour peu que le préjudice résultant de l'infraction soit réparable, l'absence d'antijuridicité du comportement typique n'exclut pas nécessairement l'antijuridicité civile.

¹⁴²⁶ La responsabilité civile des personnes ayant causé un dommage sous l'emprise d'un trouble mental est admise depuis la loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs. Déplacée de l'article 489-2 à l'article 414-3 du Code civil par la loi n°2007-308 du 5 mars 2007, cette disposition n'a pas été modifiée.

¹⁴²⁷ Voir *supra*, n°677.

¹⁴²⁸ Nous l'évoquons ici car, même si ce mécanisme d'indemnisation se détache de la responsabilité civile, le fonds d'indemnisation est subrogé dans les droits de la victime pour obtenir le remboursement de l'indemnité ou de la provision versée par lui par l'auteur de l'acte typique antijuridique (article 706-11 du Code de procédure pénale).

¹⁴²⁹ Il apparaît en effet qu'en l'absence de faute pénale, le « caractère matériel » d'une infraction non intentionnelle pourrait se résumer au dommage seul, les infractions non intentionnelles pouvant être commises par omission. La faute pénale d'imprudance apparaît alors comme indispensable à l'indemnisation par les CIVI.

¹⁴³⁰ Hors les cas d'exclusion de l'indemnisation du fait de l'existence de législations spécifiques (accident de la circulation, victimes de terrorisme...), le critère du bien juridique atteint par le comportement prohibé semble bien prééminent, l'article 706-3 du Code de procédure pénale visant successivement les atteintes à la vie, les atteintes graves à l'intégrité physique et les atteintes à la liberté sexuelle. Bien qu'il prévoie des conditions d'indemnisation plus restrictives, l'article 706-14 du Code de procédure pénale s'applique en réalité en cas d'atteintes à la propriété (l'article 706-14-1 assouplissant ses conditions en cas de destruction par incendie d'un véhicule terrestre à moteur).

¹⁴³¹ Nous employons ici le terme d'antijuridicité et non d'injuste car notre droit civil ne connaît pas de « types », c'est-à-dire que tout préjudice est *a priori* réparable sans qu'il soit besoin que le législateur ait prévu les biens juridiques protégés par le droit civil. Voir notamment : A. VITU, « De l'illicéité en droit criminel français », art. préc. Le terme d'injuste nous semble également devoir être réservé à la matière pénale pour renvoyer à la protection des seuls biens juridico-pénaux, c'est-à-dire des biens juridiques qui font l'objet d'une protection pénale et acquièrent ainsi une autonomie conceptuelle. Voir, *supra*, n°473.

2°/ En cas d'exclusion de l'antijuridicité pénale.

692. Dans le cadre de la théorie classique de l'infraction, on expose en général que les faits justificatifs font disparaître la responsabilité civile à l'exception de l'état de nécessité. Mais cette règle, déjà assortie d'une exception, conduit à des difficultés en cas de justification par une légitime défense simplement putative ou en cas d'infractions non intentionnelles dans le cadre de l'autorisation de la loi.

Or, même si l'injuste ne permet pas d'arriver à une proposition exempte d'exceptions, il nous semble que la notion d'antijuridicité peut aider à dégager les principes expliquant les solutions prétoriennes en matière de responsabilité civile. Si, comme nous le défendons en effet, l'antijuridicité pénale est plus restreinte que l'antijuridicité civile¹⁴³², il apparaît d'emblée que l'absence d'antijuridicité pénale n'implique pas nécessairement que l'on sorte du domaine de l'antijuridicité civile. Or si un comportement peut tout à fait être antijuridique d'un point de vue civil sans constituer un injuste (dol civil ne constituant pas une escroquerie, comportement contraire aux bonnes mœurs mais non incriminé), pourquoi ne pas admettre que l'exclusion de l'antijuridicité pénale n'entraîne pas, *ipso facto*, l'exclusion de la responsabilité civile ?

Certaines exclusions de la responsabilité civile s'expliquent aisément : la contrainte permettra, la plupart du temps, de qualifier la force majeure et donc de faire disparaître toute responsabilité civile¹⁴³³ et la légitime défense justifie l'exclusion de l'indemnisation de l'agresseur du fait de sa faute. Les cas d'ordre ou de la loi autorisation de la loi ne posent en général pas plus de problème, soit que l'atteinte soit justifiée par l'intérêt même de celui qui la subit (matière médicale), soit qu'elle soit désirée ou consentie par lui (tatouage, sports violents), soit que l'on puisse encore qualifier une faute de la victime (agent interpellé en train de commettre une infraction flagrante, agent n'obtempérant pas aux ordres des forces de l'ordre).

Mais en matière d'état de nécessité où celui qui subit l'atteinte n'est en rien responsable de la situation de nécessité, en cas de légitime défense putative ou non intentionnelle affectant un tiers ou encore d'autorisation de la loi d'user de son arme par un gendarme qui blesse accidentellement un tiers, rien ne justifie l'exclusion de l'indemnisation. Car si le comportement typique est bien justifié au plan pénal du fait de la pondération des biens juridiques *in abstracto* et *ex ante*, il n'en reste pas moins qu'il peut constituer une faute d'imprudence, distincte, sur le plan civil dans les derniers cas¹⁴³⁴ et renvoyer à la notion d'enrichissement sans cause pour ce qui est de l'état de nécessité¹⁴³⁵.

En réalité, il apparaît que l'autorité du criminel sur le civil n'impose aucunement la disparition de l'antijuridicité civile du fait de l'exclusion de l'antijuridicité pénale. Si la seconde suffit à établir la première, son absence ne permet pas de présumer celle des conditions de l'engagement de la responsabilité civile ou d'autres mécanismes civils.

693. Il ressort des différentes observations que nous avons formulées que, sans jamais être nommé, l'injuste est devenu une notion fondamentale du droit pénal. L'éclatement des éléments traditionnels de l'infraction que nous avons proposé comme conséquence de la consécration de la finalité de protection des biens juridiques par le droit pénal semble alors en passe d'être consacré par le droit positif et permet, en tout cas, de mieux en comprendre de nombreuses solutions et

¹⁴³² Cela résulte d'une part de la dissociation des fautes civile et pénale (voir *supra*, n°546 et s.) et d'autre part du caractère fragmentaire et d'*ultima ratio* du droit pénal (voir notamment, *supra* n°472).

¹⁴³³ La solution n'est cependant pas systématique, les deux notions disposant d'une certaine autonomie ; voir *supra*, notes 1124 et 1127.

¹⁴³⁴ C'est ce qu'a jugé une juridiction de fond à propos d'une infraction non intentionnelle couverte par l'autorisation de la loi. Voir : CA Rouen, 17 mars 2004, *JCP* 2005, IV, 1432. Notons néanmoins que la motivation de la décision est un peu surprenante car, après avoir relevé que l'agent avait été relaxé sur le fondement de la loi et considéré que la relaxe ne faisait pas obstacle à la recherche d'une faute civile d'imprudence sur le fondement de l'article 1383 du Code civil, elle nie que les conditions du décret du 20 mai 1903 relatif à la gendarmerie aient ici été réunies (absence de nécessité absolue et proportionnée).

¹⁴³⁵ En ce sens : X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 1990, n°221.

mécanismes que ne pouvait correctement intégrer la distinction classique entre élément matériel et moral de l'infraction.

694. ___ Conclusion de Chapitre. ___ Le plus souvent innommée, parfois désignée par le terme équivoque d' « *infraction* » ou par celui de « *fait principal punissable* », c'est en réalité cette notion d'injuste telle que nous l'entendons qui émerge en droit positif comme élément fondamental des conséquences juridiques imputées au sujet actif du comportement prohibé.

C'est ainsi que l'on retrouve l'injuste dans les mécanismes spécifiques que sont la complicité, le recel, la responsabilité des personnes morales ou encore celle de l'auteur indirect personne physique d'une infraction non intentionnelle.

Mais c'est également l'injuste, qui, imputé au sujet actif responsable constituera l'infraction pleine et entière et donnera lieu à une déclaration de responsabilité et au prononcé de la sanction pénale. La responsabilité subjective de l'agent doit en effet être réaffirmée comme une condition indispensable de l'infraction, seule à même d'exposer à une peine. Pour imputer l'injuste à l'agent, il faut donc que celui-ci soit doté de discernement, qu'il ait eu conscience de son antijuridicité et, selon-nous, qu'on ait pu exiger de lui, *in concreto*, un comportement conforme au droit.

Même si cette présentation a pour conséquence un éclatement du traditionnel « *élément moral* », elle est parfaitement compatible avec notre droit positif, seule la question de l'inexigibilité n'étant pas prévue par les textes et relevant du pouvoir d'individualisation de la sanction par le juge. Elle offre surtout l'avantage de mettre en évidence l'apparition, extrêmement discutable, d'une forme d'imputation de l'injuste au sujet actif irresponsable. On constate en effet que c'est sur les seuls éléments de l'injuste, alliés à l'existence d'un « *risque* » ou à la « *dangereusité de l'agent* », que se fonde le prononcé de « *mesures de sûreté* » (ou même peut-être de « *peines* ») à l'encontre de l'agent irresponsable car privé de discernement au moment des faits.

L'émergence d'une consécration autonome de l'injuste est encore renforcée par l'admission de l'indemnisation des victimes en dehors de toute exigence de responsabilité subjective du sujet actif ou même d'identification de celui-ci et par la qualification de plus en plus fréquente, au stade de l'instruction, de l'existence d'une « *culpabilité matérielle* » ou de « *faits intrinsèquement [ou] objectivement criminels* ».

Utilisée à l'appui de nombreuses dispositions du droit positif, la notion d'injuste mériterait d'être véritablement consacrée pour permettre pour clarifier tous ces mécanismes mais, surtout, pour réaffirmer le caractère indispensable de la responsabilité dans la constitution d'une infraction et distinguer ainsi sans ambiguïté la réprobation axiologique objective du comportement et la réprobation subjective de la personne qui l'a commis.

695. ____ **Transition.** ____ Si nous avons vu que l'existence de l'injuste entraîne nécessairement une antijuridicité civile et l'obligation, pour le sujet actif, de réparer les préjudices qu'a causés son comportement, il ne faudrait pas pour autant admettre, *a priori*, la pertinence du critère du préjudice dans la détermination de la fuyante catégorie des « victimes ». Au contraire, la notion d'injuste, qui suppose une atteinte *lato sensu* au bien juridique protégé, conduit à envisager la question sous un jour nouveau.

Puisque la loi pénale protège des biens juridiques, et que l'injuste ne peut être constitué qu'en cas d'atteinte simultanée à la loi et au bien juridico-pénal, concept autonome et distinct des droits subjectifs, il semble tout à fait opportun de tirer les conséquences de la nature particulière de cette atteinte au bien juridique du point de vue des victimes. Car si l'infraction, et avant elle, l'injuste, peut bien causer un préjudice susceptible de donner lieu à réparation, il faut admettre que l'atteinte au bien jurico-pénal revêt, pour son titulaire comme pour la société, une signification spécifique.

Sans nier que l'injuste atteigne l'ordre public lui-même, l'atteinte au bien juridico-pénal concerne bien des victimes déterminées et il nous semble que, dans une matière aussi troublée que celle de l'action civile, le critère du bien juridique pourrait opportunément être utilisé pour déterminer qui sont les sujets passifs véritables de l'injuste et quelles doivent être leurs prérogatives dans le cadre du procès pénal.

Chapitre 2

L'injuste, fondement de l'action du sujet passif.

696. Depuis une vingtaine d'années, la procédure pénale s'est profondément modifiée par « l'irruption » des victimes dans le procès pénal, au point que certains auteurs ont pu parler de « *privatisation de la justice pénale* »¹⁴³⁶ ou s'inquiéter d'une dérive du procès pénal du fait de la montée en puissance d'« *accusateurs privés* » contrariant le principe de l'opportunité des poursuites¹⁴³⁷, appréciée par le Ministère public. Mais quelle que soit l'influence de l'attention au légitime besoin de « *vérité* » des victimes, d'une forme d'« *idéologie victimaire* » ou d'une certaine instrumentalisation de l'émotion suscitée par leur souffrance¹⁴³⁸, le droit positif, en permanente évolution sur la question, opère des distinctions complexes dont la cohérence n'apparaît pas toujours clairement. Or, s'il n'est pas question de mener ici une analyse exhaustive de la question du droit des victimes, il nous semble que la notion d'injuste pourrait, une fois encore, permettre de dégager des critères pour répondre aux légitimes attentes des victimes tout en préservant le sens de la justice pénale. Car si l'injuste est, comme nous le défendons, un comportement contraire à la loi et portant atteinte à un bien juridique, il ressort que c'est l'atteinte au bien juridique concret qui va être le mieux à même de fonder l'« *action pénale* » des victimes (Section 1) et que les modalités de celle-ci pourraient être précisées par la nature du bien juridique en cause (Section 2).

¹⁴³⁶ X. PIN, « La privatisation du procès pénal », R.S.C. 2002, p. 245. Notons néanmoins que l'idée de privatisation ne se fonde pas uniquement sur les droits reconnus aux victimes mais plus largement sur l'influence croissante de la volonté des parties privées au procès pénal dans celui-ci.

¹⁴³⁷ L'avocat général près la Cour de cassation Daniel FORTIN pose ainsi la question : « *Tout citoyen est-il procureur ?* ». Voir : D. FORTIN, « Les nouveaux envahisseurs : les parties civiles à l'audience », *Dalloz* 1993, p. 111. Un autre avocat général près la Cour de cassation s'alarme lui aussi de cette « *dérive* » du fait de l'intervention des associations de victimes, causant selon lui le discrédit et l'encombrement de l'institution judiciaire : J. VOLFF, « La privatisation rampante de l'action publique », *Procédures*, n° 1, Janvier 2005, étude 1.

¹⁴³⁸ Sur ces points, voir notamment : D. SALAS, « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ Pénal*, n°12, 2004, p. 430-431.

Section 1

L'atteinte au bien juridique, critère de la titularité de l'action.

697. Même si le Code de procédure pénale connaît de nombreuses dispositions relatives à l'intervention des « victimes d'infractions pénales » dans le procès pénal, force est de constater que la catégorie des victimes est aujourd'hui extrêmement trouble, que ce soit dans la détermination même de cette qualité ou dans les prérogatives qui lui sont attachées. L'admission, au titre de victime ayant « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction » au sens de l'article 2 du Code de procédure pénale des victimes directes mais aussi des victimes par ricochet et, dans une certaine mesure, des héritiers, ajoutée à l'ouverture de l'action civile aux associations de victimes par des dispositions légales de plus en plus nombreuses conduit ainsi à une difficile délimitation de la catégorie de « victime ». La distinction, parmi ces parties civiles, entre celles qui peuvent seulement exercer l'action civile par voie d'intervention et celles qui peuvent également mettre en mouvement l'action publique par une constitution de partie civile par voie d'action ou par une citation directe, ne semble pas non plus obéir à de véritables critères¹⁴³⁹. Mais si nous ne pouvons prétendre résoudre toutes ces difficultés, il nous semble que certaines pourraient être surmontées par le recours au bien juridique, l'atteinte causée à celui-ci par l'injuste conférant à son titulaire la qualité de sujet passif (II), indépendamment de la question de la réparation de son préjudice (I).

I Le préjudice, critère inadapté de la qualité de sujet passif.

698. Puisque nous refusons la conception traditionnelle de l'infraction comme atteinte à la loi seule, il nous faut affirmer la présence, aux côtés du sujet passif « générique » de l'injuste que constitue le corps social dans son ensemble, d'un sujet passif spécifique. Mais en dépit de l'admission unanime du « double visage » de l'action civile¹⁴⁴⁰, le Code de procédure pénale a conservé le préjudice comme unique critère d'ouverture de l'action civile devant les juridictions répressives et ne reconnaît pas un fondement autonome à l'action dite « vindicative », véritable « action pénale ». Or si nous approuvons le droit positif en ce qu'il reconnaît l'existence d'un sujet passif spécifique (A), nous regrettons qu'il reste aujourd'hui encore prisonnier du critère du préjudice (B).

A. Sujet passif générique et sujet passif spécifique.

699. La doctrine classique exposait parfois que l'infraction causait deux types de dommages : l'un public né de l'atteinte à l'ordre public, et l'autre privé, subi par la victime ; idée que nous retrouvons dans les termes de sujet passif générique et sujet passif spécifique, que nous reprenons ici à notre compte¹⁴⁴¹. Mais si la victime apparaît aujourd'hui comme une figure incontournable du

¹⁴³⁹ Voir *supra*, n°296 et s., sur l'absence de cohérence des conditions d'exercice de l'action civile par les associations.

¹⁴⁴⁰ Voir par exemple : C. ROCCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », art. préc., p. 85.

¹⁴⁴¹ Ce sont les termes introduits par ROCCA ; voir : R. MATA y MARTÍN, *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, op. cit., p. 15. Ils furent repris par FERRI, qui en précisa les relations, le sujet passif générique étant l'État en tant que prescripteur du droit objectif et le sujet passif spécifique étant l'individu ou le groupe d'individu offensé, matériellement ou moralement, par le comportement prohibé. Voir : E. FERRI, *Elementos y circunstancias del delito*, op. cit., p. 155-160.

procès pénal, il nous faut souligner que son émergence fut lente et qu'elle semble contradictoire avec le droit pénal de fond.

Poussée à l'extrême, la conception traditionnelle de l'infraction comme violation de la loi aurait en effet pu conduire à exclure totalement les victimes du procès pénal, pour renvoyer la question de la réparation de leur préjudice à la compétence exclusive des juridictions civiles¹⁴⁴². Paradoxalement, le droit français a, depuis la Révolution, toujours admis la présence, limitée, des victimes au procès pénal, se refusant ainsi à tirer toutes les conséquences procédurales de l'admission, au fond, de l'atteinte à l'ordre public comme résultat de l'infraction¹⁴⁴³.

Breve parenthèse dans l'histoire de la dissociation progressive de l'action publique et de l'action civile, les lois des 16 et 19 septembre 1791 confèrent aux particuliers le monopole de l'action répressive en matière criminelle, qu'ils soient victimes (plainte adressée au juge de paix) ou non (dénonciation civile), le Ministère Public ne fait alors que soutenir l'accusation. Il dispose cependant de pouvoirs plus importants en matière correctionnelle, la poursuite pouvant être exercée par lui ou par la partie lésée¹⁴⁴⁴.

Mais cette législation révolutionnaire conférant des prérogatives pénales aux victimes fut vite remplacée par un retour à la stricte distinction entre action publique et action civile, la Convention proclamant à l'article 5 du Code des délits et des peines que « *l'action publique appartient essentiellement au peuple* » et que celle-ci est « *exercée en son nom par des fonctionnaires établis à cet effet* ». Les particuliers disposent encore alors de droits importants (rédaction de l'acte d'accusation, citation directe) mais le grand principe selon lequel « *l'action à fins pénales n'appartient qu'au peuple*¹⁴⁴⁵ » est posé et la création du Ministère Public est en marche. Si le Code d'instruction criminelle de 1808 n'exclut pas totalement la victime du procès pénal, celui-ci précise plus clairement les finalités distinctes des actions publique et civile : « [article 5] *L'action publique a pour objet de punir les atteintes à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonctionnaires établis à cet effet.* [article 6] *L'action civile a pour objet la réparation du dommage que le délit a causé. Elle appartient à ceux qui ont souffert du dommage.*¹⁴⁴⁶ »

Mais en plus d'être uniquement destinée à poursuivre la réparation du préjudice, l'action civile connaît alors des modalités qui conduisent souvent les auteurs à considérer que la victime était négligée voire « *neutralisée* » au XIX^{ème} siècle¹⁴⁴⁷. La possibilité de déclencher l'action publique en cas d'inertie ou d'opposition du parquet n'a en effet été admise par la Chambre criminelle que le 8 décembre 1906¹⁴⁴⁸ et la victime ne s'est vue reconnaître le droit à un avocat qu'en 1921.

¹⁴⁴² Soulignant que logiquement, et poussé à ses « *conséquences extrêmes* », le principe de séparation du civil et du pénal aurait dû conduire à « *l'exclusion pure et simple de la victime du procès pénal* » : G. VINEY, « Les différentes voies de droit proposées aux victimes », *Archives de politique criminelle*, n°24, 2002, p. 27.

¹⁴⁴³ Sur l'atteinte à la loi ou à l'ordre public comme unique résultat de l'infraction pénale dans la conception traditionnelle française de l'infraction, voir *supra*, n°169 et s.

¹⁴⁴⁴ Entamée dès le XII^{ème} siècle, cette distinction s'affermir de telle manière qu'il apparaît, dès le XVI^{ème} siècle que l'accusateur privé n'agit qu'en réparation et que l'accusation appartient à la partie publique. Les XVII^{ème} et XVIII^{ème} siècles renforcèrent encore la scission entre action publique et civile, la législation révolutionnaire n'apparaissant que comme un « *bref retour à une certaine confusion des actions* ». Voir : Ph. BONFILS, *L'action civile ; Essai sur la nature juridique d'une institution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, p. 34-37 ; voir également par exemple : J. LEROY, *Procédure pénale*, *op. cit.*, p. 24.

¹⁴⁴⁵ Voir ESMEIN, cité par J. LEROY, *Ibid.*, p. 25.

¹⁴⁴⁶ Sous l'empire des lois de 1791, la partie lésée pouvait en effet mettre en mouvement le procès pénal mais c'était ensuite l'accusateur public qui soutenait l'accusation devant le jury de jugement. Le Code de Brumaire maintient la participation des parties privées à la rédaction de l'acte d'accusation mais précise la finalité exclusivement réparatrice de l'action civile. Voir : R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris 1907, tome I. p. 149 et s. Voir notamment : R. CARIO, *De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, L'Harmattan, *Traité de sciences criminelles*, 2001, p. 19-21 ; H. HENRION, « La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et devoirs de l'État, de la personne mise en cause et de la victime ? », *Archives de politique criminelle*, n°24, 2002, p. 103 ; É. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude ; A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Procédures*, mai 2007, p. 6-11.

¹⁴⁴⁷ Voir notamment : R. CARIO, *De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, *op. cit.*, p. 19-21.

¹⁴⁴⁸ Voir par exemple : Ph. BONFILS, *L'action civile ; Essai sur la nature juridique d'une institution*, *op. cit.*, p. 261-265 ; É. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude ; A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Procédures*, mai 2007, p. 6-11 ; X. PIN, « Le centenaire de l'arrêt Laurent-Athalin », *Dalloz* 2007, p. 1025.

Maintenue par le Code de procédure pénale de 1958, l'option de la victime entre voie pénale et voie civile se limite néanmoins à l'origine à la réparation du préjudice subi par la victime¹⁴⁴⁹, ce dont témoigne encore parfaitement la rédaction de l'article 2 du Code de procédure pénale et le maintien du caractère irrévocable de l'option de la victime lorsque celle-ci a choisi de saisir les juridictions civiles pour obtenir réparation de son préjudice¹⁴⁵⁰.

700. Mais si le législateur a, depuis 1808, progressivement reconnu à la victime la qualité de partie véritable au procès pénal, la détermination des « victimes » reste aujourd'hui encore subordonnée à la notion de préjudice ; et ce malgré les solutions prétoriennes qui révèlent l'inadaptation d'un tel critère.

B. Incohérences du critère du préjudice.

701. Si l'on met pour l'instant à part le cas des associations de victimes, autorisées à exercer l'action civile dans les cas spécialement reconnus par la loi, l'action civile n'est ouverte, en vertu de l'article 2 du Code de procédure pénale qu'à « ceux qui ont personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction ». En droit positif, c'est donc aujourd'hui encore le préjudice, direct et immédiat, né de l'infraction, qui fonde l'action civile des victimes. Mais ce critère à la fois trop restrictif et trop extensif comme en témoigne les contorsions jurisprudentielles dans l'interprétation de ses conditions en matière d'action civile vindicative (1), d'action civile des victimes par ricochet (2) et d'action civile successorale (3).

1°/ Inadaptation à l'action purement vindicative.

702. La jurisprudence admet maintenant depuis longtemps la possibilité pour la victime de se constituer partie civile alors même qu'elle ne demanderait pas réparation¹⁴⁵¹, soit qu'elle ne le souhaite pas, soit que son préjudice ait déjà été réparé¹⁴⁵². Il est donc admis que l'intervention de la partie civile peut n'être motivée que par « le souci d'établir l'existence de l'infraction et de corroborer l'action publique », c'est-à-dire qu'elle peut n'avoir qu'une finalité répressive, toute considération relative à la réparation du préjudice étant exclue¹⁴⁵³. Dans ces conditions, sauf à étendre abusivement la notion de préjudice, il faut admettre que ce n'est plus celui-ci qui fonde dans ces cas-là l'action civile mais bien l'admission de l'intérêt de la victime à voir établie, et sans doute réprimée, l'infraction pénale. C'est cette même finalité répressive qui conduit à admettre que la victime puisse se constituer partie civile par voie d'action ou puisse porter, lorsque l'affaire correctionnelle est en état d'être jugée, son affaire directement devant la juridiction de jugement ;

¹⁴⁴⁹ Voir : G. VINEY, « Les différentes voies de droit proposées aux victimes », art. préc., p. 28-31, qui rappelle l'évolution législative et prétorienne sur l'admission progressive de l'application des règles de la responsabilité civile (notamment de la responsabilité contractuelle et sans faute) devant les juridictions pénales.

¹⁴⁵⁰ Article 5 du Code de procédure pénale.

¹⁴⁵¹ Voir par exemple : Cass. Crim., 10 octobre 1968, *Bull. crim. n°248*, posant clairement que la possibilité pour la partie civile de demander des dommages-intérêts n'est qu'« une simple faculté dont elle est libre de ne pas user ».

¹⁴⁵² Le préjudice de la victime peut en effet avoir été indemnisé par l'auteur de l'infraction, par son assureur ou encore par le Fonds de Garantie des victimes d'actes de Terrorisme et d'autres Infractions (FGTI) qui peut en indemniser les victimes avant que ne soit jugée l'infraction devant les juridictions pénales. Voir notamment : G. VINEY, « Les différentes voies de droit proposées aux victimes », art. préc., p. 35-40.

¹⁴⁵³ Voir par exemple : A. D'HAUTEVILLE, « La problématique de la place de la victime dans le procès pénal », *Archives de politique criminelle*, n°24, 2002, p. 7-10 ; C. ROCCA, « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », art. préc., p. 85.

on admet alors que la voie civile, pourtant à même d'assurer la réparation du préjudice, peut être insuffisante pour satisfaire les intérêts des victimes¹⁴⁵⁴.

703. Mais si le préjudice apparaît comme trop restrictif pour admettre l'action civile purement vindicative, il peut parfois apparaître trop extensif.

2°/ Admission extensive des victimes par ricochet.

704. Alors que la lettre de l'article 2 du Code de procédure pénale semble limiter l'action civile aux victimes directes de l'infraction pénale, la jurisprudence admet que la possibilité pour les victimes « *par ricochet* » de se constituer partie civile dès lors qu'elles peuvent établir un « *dommage dont [elles] ont personnellement souffert et qui découle des faits, objets de la poursuite*¹⁴⁵⁵ ».

Mais si nous ne remettons pas en question le droit des proches de la victime à obtenir réparation de leur préjudice propre né de l'infraction, il nous semble tout à fait discutable de leur reconnaître les prérogatives pleines et entières de la partie civile, et notamment la possibilité de mettre en mouvement l'action publique. Il paraît en effet difficile de fonder sur la seule existence d'un préjudice réparable, de nature civile, la possibilité d'exercer des prérogatives à finalité répressive. Par cette interprétation extensive du préjudice « *direct et personnel* », la jurisprudence diminue le particularisme de l'action civile exercée devant la juridiction répressive¹⁴⁵⁶ et renvoie les prérogatives de nature répressive attachées à l'action civile au second plan, comme étant la simple conséquence d'un droit premier à la réparation du fait de la souffrance causée par l'injuste subi par un tiers.

705. Or il nous semble que s'agissant des victimes par ricochet, seule devrait être admise la constitution de partie civile à finalité indemnitrice, par voie d'intervention, à l'image de ce qu'a récemment posé l'Assemblée plénière pour les héritiers.

3°/ Impossible explication des distinctions opérées pour les héritiers.

706. Par deux arrêts du 9 mai 2008, l'Assemblée plénière de la Cour de cassation a clairement tranché la question de la recevabilité de l'action civile des héritiers de la personne victime d'une infraction qui n'aurait pas elle-même exercé l'action civile de son vivant¹⁴⁵⁷ : l'action civile successorale ne peut être exercée devant les juridictions qu'à la condition que l'action publique ait été mise en mouvement par le Ministère public. A moins que la victime directe n'y ait renoncé de son vivant, l'action civile par voie d'intervention reste ainsi ouverte aux ayants-droit du *de cuius* au motif que « *le droit à réparation des préjudices subis par [lui], né dans son patrimoine, avait été transmis à ses*

¹⁴⁵⁴ Sur ces possibilités, voir par exemple : A. D'HAUTEVILLE, « Le droit des victimes dans la loi du 15 juin 2000 », art. préc., p. 4. Notons néanmoins qu'à contre-courant de la place croissante des victimes dans la procédure pénale, la loi n°2007-291 du 5 mars 2007 *tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (1)* pour la constitution de partie civile par voie d'action, que la victime porte plainte au préalable auprès du procureur de la République ou d'un service de police judiciaire et ne puisse porter plainte auprès du juge d'instruction qu'après que le procureur a indiqué qu'il n'engagera pas de poursuites ou qu'un délai de trois mois s'est écoulé. Voir par exemple, louant le législateur d'avoir pris la mesure des « *dévolements* » auxquels la constitution abusive de partie civile donne lieu : É. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude ; A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », art. préc., p. 4-7. Nous verrons néanmoins que d'autres moyens, plus efficaces, et moins préjudiciables à l'enquête, peuvent être mis en œuvre pour lutter contre les dérives de l'action civile vindicative.

¹⁴⁵⁵ La solution a été posée en principe par deux arrêts du 9 février et du 21 mars 1981, renversant la position antérieure de la jurisprudence, notamment exprimée par l'Assemblée plénière le 12 janvier 1979. Voir : C. BOURGAULT-COUDEVILLE, « La recevabilité de l'action civile de l'enfant victime par ricochet du viol commis sur sa mère », *Dalloz* 1999, jurisp. p. 445.

¹⁴⁵⁶ En ce sens, *Ibid.*

¹⁴⁵⁷ Lorsque la victime directe a engagé son action devant le juge répressif, la jurisprudence admet désormais que celle-ci, recueillie dans la succession de l'héritier, peut être continuée par lui dans son intégralité. Voir : C. SAAS, « Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur », *AJ Pénal* 2008, p. 366.

héritiers » mais la voie d'action (et, ici, la citation directe) leur est fermée. En l'absence de déclenchement de l'action publique par le procureur ou par la victime ayant « personnellement souffert de l'infraction » de son vivant, ils ne peuvent exercer l'action en réparation reçue en leur qualité d'héritiers que devant les juridictions civiles¹⁴⁵⁸.

Il ressort clairement de ces arrêts une véritable scission de l'action civile, l'aspect vindicatif de la constitution de partie civile devant les juridictions répressives n'étant reconnue qu'à la seule victime directe de l'infraction. Si certains auteurs voient dans cette solution la réaffirmation du caractère exceptionnel de l'action civile exercée devant les juridictions répressives et la marque de son « caractère accessoire à l'action publique¹⁴⁵⁹ », il nous semble que l'on peut au contraire en tirer argument pour affirmer une forme de reconnaissance de l'autonomie d'une véritable « action pénale » de la victime de l'infraction en même temps que l'affaiblissement du critère du préjudice par son inaptitude à expliquer la solution.

Si seules les « victimes vraies¹⁴⁶⁰ » de l'infraction peuvent exercer l'action civile par voie d'action et que le préjudice ne permet pas de les distinguer des héritiers, peut-être assistons-nous là à l'émergence du critère le plus approprié à fonder l'« action pénale » des parties privées au procès pénal : la titularité du bien juridique affecté par l'infraction, c'est-à-dire la qualité de sujet passif de l'injuste. En limitant ainsi l'action successorale à la seule voie d'intervention, la Cour de cassation montre bien en effet la dualité de l'action civile et ouvre la voie à la dissociation entre l'action véritablement civile et une « action pénale » dont le fondement ne serait pas le préjudice mais bien la titularité du bien juridique affecté par l'infraction et dont le but, comme en témoigne l'admission de l'action purement vindicative, ne serait pas la réparation mais la répression, ou plus précisément, nous le verrons, la qualification de l'injuste.

707. Quoique les appuis à cette proposition soient encore relativement faibles en droit positif, la reconnaissance doctrinale unanime du « double visage » de l'action civile nous semble parfaitement s'accorder avec la définition ici défendue de l'infraction pénale comme atteinte, non seulement à la loi ou à la société dans son ensemble mais également à un bien juridique.

Or, le bien juridique nécessairement entendu de façon abstraite au stade de l'incrimination du comportement par le législateur devient, lorsque se produit « l'infraction du délinquant », un bien juridique concret, rattaché à un titulaire par une relation sociale dynamique¹⁴⁶¹. A la dualité de l'atteinte causée par le comportement incriminé doit alors répondre une dualité d'action en reconnaissance de l'injuste : l'une publique, exercée par le Ministère Public, représentant de la société et chargé de requérir l'application de la loi, l'autre privée, reconnue au titulaire du bien juridique lésé¹⁴⁶².

¹⁴⁵⁸ Voir : Cass. Ass. Plén., 9 mai 2008, *Assemblée plénière*, n° 2, respectivement *pourvoi n° 05-87.379* et *pourvoi n° 06-85.751*. Rappelons que le droit à réparation est né dans le patrimoine du défunt et transmis à ses héritiers dès lors que la victime (pénale ou civile) n'a eu ne serait-ce qu'un « instant de raison » pendant lequel elle a compris qu'elle allait mourir. Voir : J. PRADEL, « Les conditions de la transmission de l'action civile aux héritiers de la victime », *Dalloz* 1993, p. 203.

¹⁴⁵⁹ En ce sens : C. SAAS, « Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur », art. préc.

¹⁴⁶⁰ Voir : J. PRADEL, « Procédure pénale, janvier 2007-juin 2008 », *Dalloz* 2008, p. 2757. Notons néanmoins que si ce n'était pas le cas dans les espèces soumises à l'Assemblée plénière, le décès des victimes directes n'ayant aucun lien avec l'infraction en cause, les héritiers peuvent cumuler l'action successorale et une action civile personnelle en tant que victimes par ricochet dès lors qu'ils ont bien souffert un dommage direct et personnel. *Ibid.* Dans ces cas là, il semble alors possible aux héritiers de contourner la solution de l'Assemblée plénière en mettant en mouvement l'action civile en leur qualité de victime par ricochet et d'exercer ensuite l'action successorale par voie d'intervention. Voir : C. SAAS, « Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur », art. préc.

¹⁴⁶¹ Nous reviendrons *infra*, n°717, sur le cas particuliers des biens juridiques collectifs et diffus, dont la relation avec leur titulaire est nécessairement distincte.

¹⁴⁶² Si l'article 2 du Code de procédure pénale ne venait troubler la question par l'introduction du critère du préjudice, on pourrait d'ailleurs voir dans l'article premier du Code de procédure pénale une consécration de cette idée, celui-ci précisant seulement que l'« action pénale » de la partie privée permet uniquement de mettre en mouvement l'action publique, et non l'exercer : « L'action publique pour l'application des peines est mise en mouvement et exercée par les magistrats ou par les fonctionnaires auxquels elle est confiée par la loi.

Cette action peut aussi être mise en mouvement par la partie lésée, dans les conditions déterminées par le présent Code. »

Pour reprendre les mots d'un auteur, la détermination des victimes doit alors dépendre « *non de la notion d'intérêt à agir, mais de celle de la qualité pour agir*¹⁴⁶³ », cette qualité résultant selon nous de celle de sujet passif de l'injuste, autrement dit, de titulaire du bien juridique protégé.

II La titularité du bien juridique, critère de la qualité de sujet passif.

708. L'idée selon laquelle la détermination de la qualité et des prérogatives du sujet passif spécifique ne doit pas être subordonnée au critère économique du préjudice nous conduira à défendre que celles-ci doivent être dictées par la nature du bien juridique protégé par l'infraction pour préciser utilement la place des parties privées dans le procès pénal. Aux carences des classifications et distinctions proposées par un droit positif¹⁴⁶⁴ prisonnier des notions de personnalité juridique et de droit subjectif, nous essaierons d'opposer une construction plus cohérente détachant la titularité du bien juridique de la question de la personnalité juridique (A), ce qui imposera de préciser les liens entre les deux notions, la personnalité juridique demeurant indispensable à l'exercice de toute action devant les juridictions (B).

A. Titularité du bien juridique et personnalité juridique.

709. De la même façon que le concept de bien juridique s'est peu à peu détaché, dans la doctrine allemande, de la notion de droit subjectif¹⁴⁶⁵, il semble indispensable de rompre avec la notion de personnalité juridique (1) pour appréhender correctement la question de la titularité du bien juridique (2).

1°/ Autonomie de la notion de titularité.

710. Nous avons vu plus haut que le droit positif, civil comme pénal, assimilait la personne à la personnalité juridique : n'est pénalement et civilement protégé que l'être humain né vivant et viable et les quelques correctifs ou exceptions que connaît notre droit comme le recours à la maxime *infans conceptus* ou la pénalisation de certaines atteintes au cadavre ou à l'embryon soulèvent d'importantes difficultés théoriques¹⁴⁶⁶. De la même façon, la protection que le droit pénal accorde aux animaux, à l'environnement ou encore à l'espèce humaine ne trouvent guère à s'intégrer dans les classifications proposées par le Code pénal, articulées autour de la distinction entre protection de la personne privée (en elle-même et de ses biens) et de l'autorité publique¹⁴⁶⁷. On pourrait considérer que ces quelques exemples sont trop marginaux pour justifier de remettre en cause une théorie classique par ailleurs efficace mais il nous semble au contraire que l'évolution du droit pénal, en particulier en matière environnementale, bioéthique et économique, commande de repenser cette question de la titularité de l'objet de protection si l'on ne veut pas renoncer à toute systématisation et condamner le droit pénal à une approche casuistique et désordonnée dans tout ce qui relève de l'adaptation de celui-ci à la société dite « *moderne* ».

Encore extrêmement marqué par la philosophie individualiste des Lumières, notre droit positif est depuis la Révolution profondément ancré dans une conception idéaliste qui place le sujet de droits subjectifs au centre du système juridique. Or, selon nous, l'admission du caractère pré-juridique du bien juridico-pénal permet de s'affranchir de cette subordination de la protection

¹⁴⁶³ Ph. BONFILS, *L'action civile*, *op. cit.*, p. 297.

¹⁴⁶⁴ Celles-ci apparaissent tant dans la classification des incriminations par le Code pénal que dans les dispositions du Code de procédure pénale. Voir respectivement *supra* n° 308 et s., et *supra* n°296 et s.

¹⁴⁶⁵ Nous avons en effet relevé que les origines du concept restaient aujourd'hui encore fort débattues, certains auteurs voyant dans la notion de droits subjectifs de FEUERBACH l'ancêtre du concept de bien juridique alors que d'autres considèrent qu'il est né d'une conception objective de l'objet de protection du droit pénal défendue par BIRNBAUM. Voir *supra*, n°27.

¹⁴⁶⁶ Voir notamment, sur le fœtus, *supra*, n°271 et note 1011.

¹⁴⁶⁷ Voir *supra*, n°303.

pénale à l'existence de la personnalité juridique de tirer toutes les conséquences de la dissociation entre objet de la valorisation (bien juridico-pénal) et valorisation de l'objet par le droit. **La personnalité juridique n'apparaîtrait plus alors comme une condition de la protection juridique, et, encore moins comme son fondement, mais au contraire comme un instrument de protection de la personne**, comme une forme de protection accordée par le droit civil -droit commun- qui permet l'exercice de droits subjectifs.

Mais si l'existence de la personnalité juridique n'est plus nécessaire à la reconnaissance de la titularité du bien juridique, c'est alors la nature même du bien juridique atteint par l'infraction qui va permettre de déterminer le titulaire de celui-ci par une démarche objective et réaliste.

2°/ Adoption d'une conception objective de la titularité.

711. En plus de permettre la protection de la personne humaine avant sa naissance et après sa mort sans remettre en question *a priori* la hiérarchie des valeurs ni la prééminence axiologique de la personne, une telle affirmation conduit surtout à détacher la question du bien juridique de celle des droits subjectifs et de consacrer ainsi l'autonomie véritable de la protection apportée par le droit pénal aux biens juridiques.

Alors que la titularité comme l'exercice des droits subjectifs supposent la personnalité juridique, il sera de ce fait possible d'accéder à une notion de titularité des biens juridiques (et donc de sujet passif) autonome permettant la reconnaissance d'une titularité collective ou même diffuse de certains biens juridiques sans nécessité d'identifier au préalable ou de créer artificiellement une personne juridique susceptible de recevoir cette qualité de titulaire¹⁴⁶⁸. L'objet de protection du droit pénal sera alors déterminé en tant que tel et la question du « *bénéficiaire* » de la protection, c'est-à-dire de la détermination du titulaire du bien juridique et du sujet passif de l'injuste, ne sera que seconde, dans le cadre d'une démarche objective et réaliste fondée sur la nature du bien juridico-pénal lui-même et non sur une qualification juridique que lui aurait assigné le droit positif.

Mais si l'on admet que la qualité de titulaire de biens juridiques n'est pas subordonnée à la personnalité juridique, celle-ci n'en reste pas moins indispensable pour *ester* en justice, et donc pour exercer les prérogatives reconnus au titulaire du bien juridique.

B. Titularité du bien juridique et exercice de l'action.

712. Puisque c'est la qualité de titulaire du bien juridique qui détermine la qualité de sujet passif de l'injuste et qui ouvre la voie à l'action pénale, et puisque cette qualité est indépendante de la personnalité juridique, il nous faut préciser dans quelles conditions cette « *action pénale* » pourra être exercée (1) et souligner son indépendance au regard de l'action civile en réparation exercée devant les tribunaux répressifs (2).

1°/ Exercice de l' « *action pénale* ».

713. Si l'on accepte que la titularité du bien juridique soit déterminée à partir du bien juridique lui-même, considéré *a priori* avant toute qualification juridique, il faut admettre que le titulaire du bien juridique puisse être dépourvu de la personnalité juridique mais aussi qu'un même bien juridique puisse avoir plusieurs titulaires. Il faudra alors distinguer les cas de figure où le titulaire du bien juridique est une personne dotée de la personnalité et de la capacité juridiques¹⁴⁶⁹ et pourra lui-même exercer l'action attachée à sa qualité de sujet passif de ceux où le titulaire du bien juridique ne pourra pas exercer lui-même l' « *action pénale* ».

¹⁴⁶⁸ Sur la proposition de reconnaissance de la personnalité juridique à l' « *Humanité* », illustration parfaite des excès de la théorie de la personnalité juridique-fiction, voir *supra*, note 763.

¹⁴⁶⁹ Alors que les majeurs placés sous le régime de la curatelle ou de la sauvegarde de justice peuvent eux-mêmes exercer l'action en justice devant les juridictions répressives, les majeurs placés sous tutelle ne le peuvent pas. Voir : J. LEROY, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 249.

714. ___ Cumul de la titularité et de l'exercice de l'action pénale. ___ Lorsque le titulaire du bien juridique atteint par l'infraction est pourvu de la personnalité et de la capacité juridiques, il pourra lui-même exercer les prérogatives du sujet passif. Il convient néanmoins de distinguer le cas du titulaire unique de celui de la titularité collective d'un bien juridique unique.

715. Lorsque le titulaire du bien juridique atteint par le comportement prohibé est une **personne unique identifiée** pouvant *ester* en justice, elle exercera elle-même les prérogatives reconnues au titulaire du bien juridique. Nous reviendrons plus précisément sur la nature et l'étendue de ces prérogatives, et notamment sur les distinctions qu'il conviendrait selon nous d'introduire selon la nature du bien juridique affecté et son caractère disponible¹⁴⁷⁰ mais nous pouvons d'ores et déjà avancer que ce titulaire aura le plein exercice de l'« *action pénale* » et le monopole de principe de celle-ci. Cela ne signifie pas, bien sûr, que le Ministère public ne puisse exercer l'action publique mais cela permettrait de poser des critères pour encadrer l'intervention des associations de victimes¹⁴⁷¹.

716. Lorsque le bien juridique atteint par le comportement prohibé ne sera pas attaché à un titulaire unique, il nous semble que chaque titulaire devra pouvoir exercer l'action pénale mais que la **titularité collective** du bien juridique protégé devra imposer certaines restrictions dans les prérogatives qui lui sont rattachées. Si nous défendons une titularité collective des biens juridiques collectifs et diffus, le caractère collectif de la titularité de l'action pénale lui confère certaines spécificités dans son exercice mais ne l'interdira pas.

717. S'agissant des **biens juridiques collectifs**, biens juridiques appartenant à un groupement déterminé de personnes, l'émancipation que nous défendons de la notion de titularité juridique au regard de personnalité juridique nous conduit à défendre que chaque membre du groupement sera titulaire de « *l'action pénale* », que le groupement ait (association, syndicat...) ou non (famille, corps professionnel...) la personnalité juridique¹⁴⁷².

718. S'agissant des **biens juridiques diffus**, rattachés à la « *communauté humaine* » ou à la « *nature des choses* », nous considérons que tout un chacun en est le titulaire¹⁴⁷³, ce qui conduit à admettre que les associations sont légitimes à exercer l'« *action pénale* » au même titre que tout particulier.

Des biens juridiques comme l'environnement¹⁴⁷⁴, l'intégrité de l'espèce humaine¹⁴⁷⁵, la dignité humaine¹⁴⁷⁶, la « *dignité animale*¹⁴⁷⁷ » ou peut-être même l'ordre économique¹⁴⁷⁸ pourraient alors

¹⁴⁷⁰ Voir *infra*, n°735 et s.

¹⁴⁷¹ Ainsi nous semblerait-il opportun de subordonner leur participation au procès pénal à l'accord du titulaire du bien juridique personnel ; en particulier, elles ne pourraient pas déclencher les poursuites sans son consentement.

¹⁴⁷² Nous nous opposons ici à la jurisprudence restrictive qui n'admet pas que la seule appartenance à un groupement suffise à caractériser un préjudice personnel, notamment quand le groupe visé est important. Voir par exemple, à propos de la mise en cause du comportement de certains harkis pendant la guerre d'Algérie : Cass. Crim., 29 janvier 2008, *AJ Pénal* 2008, p. 191 : « *les propos en cause ne visaient pas des personnes formant un groupe suffisamment restreint pour qu'un soupçon plane sur chacun de ses membres et leur donne le droit de demander réparation du préjudice résultant de l'infraction dénoncée.* » Il nous semble par ailleurs que l'intervention des associations de victimes pourrait de ce fait être admise dès lors qu'un des titulaires exprime son accord, celui-ci étant apte à exercer seul l'« *action pénale* ». Pour ce qui est de la question de la disponibilité de ces biens juridiques collectifs, en revanche, on pourrait l'admettre dans les mêmes conditions que pour les biens juridiques personnels mais à la condition que l'ensemble des titulaires exprime une position commune, ce qui reviendrait, en pratique, à une indisponibilité lorsque le groupement serait trop vaste.

¹⁴⁷³ Cette position est clairement contraire à la théorie des « *infractions d'intérêt général* », en fort déclin mais néanmoins récemment réaffirmée en matière environnementale. La Chambre criminelle a ainsi rappelé que « *les atteintes alléguées aux missions générales de développement économique et de protection de l'environnement, dévolues au département par l'article L. 1111-2 du Code général des collectivités territoriales, ne sont pas distinctes de la lésion de l'intérêt social dont la défense n'appartient qu'au ministère public par la mise en mouvement de l'action publique.* » Voir : Cass. Crim., 19 décembre 2006, *Bull. crim.* n°316 ; J.-H. ROBERT, « *Recevabilité de l'action civile des groupements* », *R.S.C.* 2007, p. 303. Sur le déclin de cette théorie, voir notamment : Ph. BONFILS, *L'action civile*, *op. cit.*, p. 56-64. Nous approuvons néanmoins avec cet auteur l'exclusion de l'action des parties privées lorsque l'infraction ne porte pas sur un bien juridique collectif ou diffus mais sur un bien juridique de la puissance publique, qui apparaît alors comme leur seul titulaire.

être dotés d'un cadre et d'une autonomie juridiques sans avoir besoin de reconnaître, artificiellement, de nouveaux types de « *personnalité juridique* » pour leur reconnaître un titulaire¹⁴⁷⁹. La notion même de personnalité juridique serait ainsi préservée et il ne serait plus question d'une

¹⁴⁷⁴ L'environnement semble parfois émerger de certaines décisions comme un véritable bien juridique. C'est l'analyse du professeur ROBERT à propos d'un arrêt de la Cour de cassation qui, quoique n'utilisant pas le concept et se fondant sur la hiérarchie des normes, valide une décision de fond explicitement fondée sur le critère de l'« *intérêt protégé* », « *avatar français du bien juridique allemand* ». Celle-ci refusait en effet d'admettre la justification sur le fondement de l'autorisation de la loi en mettant en avant que l'arrêté municipal autorisant l'installation de panneaux publicitaires dans la zone concernée avait été pris en application d'un texte destiné à protéger l'environnement et ne pouvait donc justifier la violation d'un règlement destiné à protéger la sécurité routière. Voir : Cass. Crim., 10 janvier 2001, *inédit, pourvoi n° 00-82336* ; R.S.C. 2001, p. 814, note J.-H. ROBERT.

¹⁴⁷⁵ L'affirmation de l'autonomie d'un véritable bien juridique « *espèce humaine* » au regard des biens juridiques individuels protégeant les personnes ne fait pas l'unanimité mais est très souvent défendue par la doctrine espagnole. Voir par exemple en ce sens, avec une présentation des opinions contraires : N. CASTELLÓ NICÁS, « El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del art. 159 del código penal español », *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2002, [en ligne], <http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-04.html>.

¹⁴⁷⁶ Voir, immédiatement *infra*, notes 1479, 1480 et 1485, cette notion ayant été la plus étudiée de celles que nous désignons comme des biens juridiques diffus.

¹⁴⁷⁷ Le droit positif semble bien prendre ce chemin en protégeant en ses articles 521-1 et 521-2 l'animal en tant que tel contre les actes de cruautés (et plus curieusement, contre les atteintes de nature sexuelle) ou contre les expérimentations scientifiques réalisées en violation de la réglementation. La possibilité de sanctionner le propriétaire et la place de cette incrimination dans le livre V du Code pénal indiquent que ce n'est pas la chose, objet de propriété que l'on protège, et la punition de ces sévices qu'ils aient été ou non commis publiquement attestent que ce n'est pas non plus la « *sensibilité publique* » qui est protégée. Même si l'on peut regretter que seuls les animaux domestiques ou apprivoisés soient protégés, cela n'empêche pas d'y voir la consécration d'une protection de l'animal en tant que tel ; le législateur étant libre de fixer l'étendue de cette protection. En ce sens, mais soulignant que l'animal est désormais protégé « *dans son propre intérêt* », ce qui semble les rattacher à la catégorie des sujets passifs dépourvus de la personnalité juridique plutôt qu'à celle des biens juridiques diffus : W. JEANDIDIER, « La protection pénale de l'animal », *Mélanges offerts à Albert Chauvanne*, Litec, 1990, p. 81-93 ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La personnalité juridique des animaux », *Dalloz*, 1998, p. 205. Il nous semble par ailleurs que lorsqu'est protégée une espèce animale, le caractère diffus du bien juridique ne fait guère de doute, qu'on le considère comme un bien juridique autonome ou qu'on le rattache à l'environnement *lato sensu*.

¹⁴⁷⁸ Il peut paraître surprenant d'intégrer l'ordre économique à cette catégorie de biens juridiques diffus mais il apparaît impossible de le rattacher à un titulaire déterminé tout autant que de nier que l'économie soit un objet de protection primaire du droit pénal. Celle-ci est en effet indispensable à toute société et, si ses principes et règles peuvent énormément varier en fonction du système économique adopté, cela n'enlève rien à la nécessité d'un ordre économique, quel qu'il fût. Reconnaître l'ordre économique comme un véritable bien juridico-pénal permettrait tout d'abord de mieux appréhender le domaine du « *droit pénal économique* » et le qualifier de bien juridique diffus permettrait de le distinguer des biens juridiques et intérêts individuels des personnes qui y participent. Voir en ce sens, respectivement : E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », art. préc. ; J. BUSTOS RAMIREZ, un des premiers auteurs à avoir défendu cette titularité collective d'un « *ordre public économique* », présenté par E. HENDLER, « Una aproximación al tema de los delitos económicos », *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, 1990, p. 115-123. Il nous semble par ailleurs que la qualification de bien juridique permettrait de préciser les rapports entre Droit et économie et de réaffirmer l'indépendance de leurs logiques respectives et la soumission de ce bien juridique aux principes généraux de la pondération des biens juridiques. Cela serait alors un outil théorique pour lutter contre une conception qui ferait du droit un instrument « *fonctionnellement dépendant* » du système économique, ce qui conduit à une contamination, favorisée par l'affaiblissement du politique, du système juridique par la logique économique. Sur ces questions, voir : F. BENAVIDES VANEGAS, « La crisis de la modernidad y los fundamentos del derecho penal », [en ligne], <<http://www.cienciaspenales.org>> ; B. FRYDMAN, « Les nouveaux rapports entre droit et économie, trois hypothèses concurrentes », *Le droit dans l'action économique*, Éditions du C.N.R.S., 2000 ; et [en ligne], <http://www.philodroit.be/spip.php?page=article&cid_article=140&lang=fr>.

¹⁴⁷⁹ Certains auteurs ont en effet été tentés de reconnaître la personnalité juridique à l'Humanité ou de créer une notion de « *personnalité technique* » qui pourrait être reconnue aux animaux pour pallier aux difficultés relatives à l'absence de sujet de droit protégé par les incriminations relatives à la dignité humaine, l'espèce humaine ou à l'animal. Voir respectivement, en ce sens : M.-P. PEIS-HITIER, « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », art. préc., et les références citées par S. ANTOINNE, « Le droit de l'animal, évolutions et perspectives », *Dalloz* 1996, p. 126. Déformant la notion de personnalité juridique pour y intégrer une protection uniquement conçue en termes de droits subjectifs, ces positions nous semblent devoir être rejetées au profit d'une approche objective des biens juridiques protégés. Malgré la persistance de la référence aux droits subjectifs, un auteur arrive quasiment à la même conclusion en affirmant que « *si l'on veut à tout prix accorder des prérogatives aux animaux, il ne restera qu'à modifier notre conception du bénéficiaire de droits et à admettre, comme dans certaines législations, qu'il n'ait pas nécessairement la personnalité juridique* ». Voir : A.-M. SOHM-BOURGEOIS, « La personnalification de l'animal : une tentative à repousser », *Dalloz* 1990, p. 33.

prétendue remise en cause de la primauté axiologique de la personne, seulement d'un recul d'un certain anthropocentrisme juridique.

Mais si tout un chacun est titulaire de ces biens juridiques, ils sont absolument indisponibles¹⁴⁸⁰. Leur régime juridique pourrait en effet selon nous être opportunément rapproché de celui des « *choses communes* » que connaît le droit civil¹⁴⁸¹. Si leur « *usage* » est en effet commun à tous, nul ne peut s'approprier leur généralité et nul ne peut légitimement détruire (même partiellement) ou les transformer. Fondés sur la nature même de ces biens juridiques, ces principes permettraient de fonder leur indisponibilité totale en précisant les relations qu'ils entretiennent avec les personnes déterminées dont les biens juridiques personnels peuvent être simultanément concernés¹⁴⁸².

Il nous paraît cependant nécessaire de préciser que cette titularité collective ne devrait être admise que pour les véritables **biens juridico-pénaux**. On se souvient en effet que les biens juridiques dérivés, s'ils peuvent constituer l'objet juridique du délit, ne sont pas de véritables biens juridico-pénaux et ne sont protégés en tant que tels que pour assurer une protection plus efficace aux biens juridiques primaires¹⁴⁸³. Il nous semble de ce fait que seuls devront être admis comme sujets passifs de l'infraction portant atteinte à un bien juridique dérivé les titulaires du bien juridique primaire effectivement menacé par l'infraction. Lorsque le bien juridique primaire sera un bien juridique diffus, la titularité sera bien collective, mais lorsque le bien juridique primaire sera un bien juridique personnel, seuls les titulaires de celui-ci pourront exercer l'action pénale née de l'atteinte au bien juridique dérivé. Dans le cas par exemple d'une conduite en état d'ivresse, tous les usagers de la route ne seront pas reconnus comme titulaires du bien juridique dérivé « *sécurité routière* » et seuls pourront exercer l'action pénale reconnue au sujet passif celui dont la vie ou l'intégrité physique aura été véritablement menacée, *in concreto*, par ce comportement.

719. Mais si l'action pénale est en principe exercée par le titulaire du bien juridique atteint par le comportement prohibé, il peut arriver que celui-ci n'ait pas la capacité juridique ni même la personnalité juridique ; dans ce cas, il convient de se demander qui pourra exercer l'action pénale.

¹⁴⁸⁰ Une telle indisponibilité est souvent affirmée, notamment en ce qui concerne les atteintes à la dignité humaine. Cette indisponibilité apparaît en effet dans plusieurs dispositions du Code pénal qui prévoient expressément l'indifférence du consentement de la victime (par exemple, délit de « *bigotage* » de l'article 225-16-1^b) et même l'impossibilité pour le législateur d'y déroger (l'article 213-4 du Code pénal prévoyant l'impossibilité d'invoquer le fait justificatif de l'article 122-4 pour les crimes contre l'humanité). La jurisprudence civile et administrative a de la même façon consacré l'indisponibilité de la dignité humaine et admet que celle-ci demeure protégée même s'agissant d'une personne décédée. Voir par exemple, à propos des arrêts relatifs au « *lancer de nain* » et à la publicité « *Benetton* » : B. BEIGNIER, « Vie privée posthume et paix des morts », *Dalloz* 1997, p. 255 ; B. EDELMAN, « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau ? », *Dalloz* 1997, Chron. p. 185 ; et, à propos de la protection de la dignité humaine des personnes décédées dans le cadre de la liberté d'expression et d'information : J. HAUSER, « Droit à l'information : la dignité des morts », *RTD Civ.* 2005, p. 363, note sous Civ. 1, 4 novembre 2004 ; J. HAUSER, « De l'utilité du principe de dignité », note sous CE 30 août 2006, *RTD Civ.* 2006 p. 736. Comme le soulignent justement ces auteurs, la dignité de la personne humaine ne peut, du fait de ces décisions, apparaître comme un droit de la personnalité, ce qui impose de dépasser les carcans positivistes traditionnels comme peut le permettre la notion de biens juridiques diffus.

¹⁴⁸¹ Cette position est notamment défendue pour l'espèce humaine par : X. LABBÉE, « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *Dalloz* 1999, Chron. p. 437. Mais si les critères mis en exergue par cet auteur (inaliénabilité, extrapatrimonialité, indisponibilité) sont tout à fait pertinents, il nous faut souligner qu'il nous semble adopter une démarche inverse à la nôtre en déduisant ce qualificatif de chose commune du droit positif et non de l'observation de la nature même de l'objet étudié. Nous désapprouvons également la conception restrictive de l'exercice de l'action en matière pénale, l'absence de titulaire doté de la personnalité juridique le conduisant à douter de la légitimité même de l'exercice de l'action publique par le Ministère public.

¹⁴⁸² Un même comportement peut en effet porter atteinte à la fois à un bien juridique diffus et à un bien juridique personnel, comme par exemple en cas d'atteintes volontaires à la vie constitutives d'un génocide au sens de l'article 211-1 du Code pénal. On pourrait alors admettre que les atteintes aux biens juridiques personnels des personnes tuées sont « *absorbées* » par la qualification de génocide, ce qui interdirait d'admettre un concours de qualification. Les sujets passifs victimes des atteintes à leur personne ne perdraient pas alors cette qualité mais n'en auraient simplement pas le monopole.

¹⁴⁸³ Sur cette distinction entre biens juridiques primaires et dérivés, voir *supra*, n°491.

720. ____ **Exercice de l'action pénale en l'absence de titularité.** ____ Comme nous avons défendu que la titularité du bien juridique ne devait pas être subordonnée à la personnalité juridique, il peut arriver que certains sujets passifs ne puissent exercer eux-mêmes l'action pénale, soit parce que le bien juridique protège une personne¹⁴⁸⁴ dépourvue de la personnalité juridique (fœtus¹⁴⁸⁵, cadavre) soit parce que la personne pénalement protégée est, du fait de l'infraction ou postérieurement à elle, décédée, soit enfin parce que la personne protégée a bien la personnalité juridique mais n'a pas la capacité juridique et ne peut donc exercer une quelconque action en justice (mineur, majeur sous tutelle).

Il apparaît que le droit positif offre déjà des solutions à ces cas d'impossibilité juridique d'exercice de l'action en justice¹⁴⁸⁶ et il nous semble que ces solutions pourraient être étendues, par analogie, à l'ensemble des cas ici envisagés. Ainsi, la personne décédée étant représentée par ses héritiers et le mineur par ses représentants légaux ou par un administrateur *ad hoc* lorsque ceux-ci ne peuvent exercer l'action ou se trouvent en position de conflit d'intérêts avec le mineur¹⁴⁸⁷, on pourrait admettre que ces solutions soient étendues à l'enfant non encore né ou au défunt dont le corps aurait subi des lésions¹⁴⁸⁸. Le sujet passif placé sous tutelle resterait représenté par son tuteur, qui exercerait l'action pénale en son nom.

Il est clair que ces propositions s'inscrivent en faux par rapport à la décision évoquée plus haut de l'Assemblée plénière en matière d'action successorale¹⁴⁸⁹ puisqu'elles visent à reconnaître aux héritiers, et plus largement aux représentants du titulaire du bien juridique, la possibilité d'exercer les prérogatives de nature pénale nées de l'injustice comme la possibilité de déclencher les poursuites. L'action des représentants du titulaire du bien juridique serait alors selon nous de nature véritablement pénale et seul le renoncement du sujet passif à celle-ci, antérieurement à son décès, pourrait faire obstacle à son exercice. On pourrait également envisager de s'écarter davantage des critères proposés par le texte, guidés par une rationalité économique, pour admettre que l'exercice de l'action pénale puisse être transmise à un tiers non héritier, selon le souhait du sujet passif décédé.

S'agissant enfin du cas particulier des personnes morales placées en liquidation judiciaire, il nous semble qu'à l'image de ce qu'indique le droit positif, l'incapacité d'ordre public dont elle est frappée ne concerne que l'action civile à finalité civile (alors exercée par le liquidateur) mais aucunement l'« *action pénale* », qu'elle pourra normalement exercer en tant que titulaire du bien juridique atteint par l'infraction dont elle aurait été victime¹⁴⁹⁰. Nous ne sommes plus alors devant

¹⁴⁸⁴ Il aurait été envisageable d'inclure les animaux dans cette catégorie des titulaires de biens juridiques dépourvus de la personnalité juridique lorsqu'ils sont protégés, pour reprendre les termes du professeur JEANDIDIER, en tant qu'« individus », mais il nous semble que les atteintes qu'ils subissent, non en tant que choses mais en tant qu'êtres sensibles relève davantage d'un bien juridique diffus « *dignité animale* » que d'un bien juridique individualisé attaché à l'animal considéré. Voir : W. JEANDIDIER, « La protection pénale de l'animal », art. préc., p. 88-91.

¹⁴⁸⁵ A un stade antérieur de développement, la protection de l'embryon semble devoir être rattachée au concept de dignité de la personne humaine, ce qui conduit à l'inclure, selon notre classification, dans la catégorie des biens juridiques diffus. Voir en ce sens : M. HERZOG-EVANS, « Homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Cin.* 2000, p. 65. L'embryon, en plus que d'être protégé en tant que tel, peut également parfois apparaître comme l'objet juridique d'infractions qui protègent le bien juridique « intégrité de l'espèce humaine » (par exemple si des manipulations sont exercées sur des embryons dans le but de parvenir à un clonage reproductif).

¹⁴⁸⁶ J. LEROY, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 249-250.

¹⁴⁸⁷ Il s'agit là en particulier des infractions commises par les représentants légaux sur la personne du mineur. Sur la loi n°89-487 10 juillet 1989 permettant la désignation d'un administrateur *ad hoc* et l'élargissement de cette possibilité par la loi n°98-468 du 17 juin 1998 dans tous les cas où « *la protection des intérêts de celui-ci n'est pas complètement assurée par ses représentants légaux* », voir par notamment : A. PROTHAIS, « Une mineure victime d'un inceste ne peut se constituer partie civile », *Dalloz*, 1993, p. 75 ; M. PICOT, « La participation de l'enfant victime au procès pénal », *AJ Famille* 2003, p. 373.

¹⁴⁸⁸ Précisons que ne correspondent pas à ces cas de figure les atteintes aux embryons et fœtus conçues comme des délits-obstacle protégeant le bien juridico-pénal collectif « *intégrité de l'espèce humaine* » ni les atteintes au respect dû aux morts comme la violation de sépulture, là encore bien juridique collectif.

¹⁴⁸⁹ On se souvient en effet que l'Assemblée plénière avait limité celle-ci, en l'absence de déclenchement antérieur des poursuites par le *de cujus* ou par le Ministère public, à une action en réparation devant les juridictions civiles. Voir *supra*, n°706 et s.

¹⁴⁹⁰ Voir, art. L. 622-9 al. 2 du Code de commerce et J. LEROY, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 250.

un cas d'exercice de l'action pénale mais face à un cas particulier d'articulation entre exercice de l'« *action pénale* » et de l'action civile *stricto sensu*, articulation qu'il nous faut maintenant préciser.

2°/ Exercice des actions pénale et civile.

721. Puisque le critère de la titularité de l'« *action pénale* » est selon nous celui de la titularité du bien juridique affecté par l'acte infractionnel, il en découle une dissociation complète entre celle-ci et l'action civile à finalité réparatrice¹⁴⁹¹.

Cela signifie tout d'abord que la reconnaissance de la qualité de sujet passif ouvrant la voie à l'« *action pénale* » n'emportera pas nécessairement l'intérêt à agir indispensable à l'exercice de l'action civile *stricto sensu*. Si le plus souvent, le titulaire du bien juridique personnel affecté aura bien subi un préjudice réparable, il sera désormais clairement indifférent que celui-ci ait déjà été réparé ou qu'il ne puisse pas l'être pour admettre sa participation au procès pénal.

Mais c'est surtout en cas d'atteinte à un bien juridico-pénal collectif et surtout diffus que l'indépendance des deux actions prendra toute son importance : si tout titulaire sera fondé à agir d'un point de vue pénal en tant que sujet passif de l'atteinte, il sera la plupart du temps impossible de lui reconnaître un préjudice réparable et cela sera sans conséquence sur son « *action pénale* », l'action civile *stricto sensu* lui étant fermée. Ainsi par exemple en cas d'atteinte à l'environnement, si la titularité de l'« *action pénale* » doit selon nous être reconnue à tous (particuliers ou associations), l'action civile en réparation ne sera ouverte qu'aux personnes ayant subi un préjudice personnel directement issu de l'acte prohibé (comme par exemple le propriétaire du terrain contaminé par le déversement de produits toxiques).

Une telle dissociation signifie, à l'inverse, qu'il ne suffira plus d'avoir subi un préjudice personnel directement causé par l'infraction pour se voir reconnaître la possibilité d'exercer l'« *action pénale* ». Celui qui a subi un préjudice mais qui n'est pas le titulaire du bien juridique atteint (ni son représentant à qui est reconnu la possibilité d'exercer l'action pénale) ne sera alors pas fondé à exercer les prérogatives de nature pénale aujourd'hui rattachées à l'action civile *lato sensu* : il pourra bien demander réparation de son préjudice mais son action sera purement civile.

Concrètement, cela conduirait à exclure de la voie d'action les « *victimes* » qui ne sont pas les sujets passifs de l'injuste et de restaurer ainsi le **caractère accessoire de l'action civile** *stricto sensu* en réparation. Celle-ci ne serait admise que par voie d'intervention, en se greffant à l'action publique exercée par le Ministère Public ou à l'action pénale exercée par le titulaire du bien juridique. Les victimes par ricochet ne pourraient plus alors déclencher les poursuites et leurs prérogatives pourraient de même être limitées conformément à la nature exclusivement civile de leur action¹⁴⁹² alors que l'« *action pénale* » serait ainsi épurée de toute considération économique et déchargée de tout intérêt patrimonial.

722. La consécration de la finalité de protection des biens juridiques par le droit pénal impose de ne plus voir dans la société tout entière ou dans l'État lui-même la seule victime de l'infraction mais également d'admettre que l'atteinte au bien juridico-pénal qui constitue l'injuste ne peut être réduite à la question du préjudice. Le préjudice, qui s'entend de l'atteinte réparable aux droits subjectif de la personne, apparaît en effet comme un critère absolument inadapté à l'ouverture de l'action des victimes devant les tribunaux répressifs. A la fois trop large et trop restrictif, il est enfermé par les notions de personnalité juridique et de droit subjectif, dont un droit pénal autonome devrait pouvoir s'émanciper pour tenir compte de la nature particulière du bien juridico-pénal concrètement affecté. La qualité de titulaire du bien juridique devrait ainsi être le véritable critère de la titularité de l'action du sujet passif de l'injuste devant les juridictions

¹⁴⁹¹ Nous nous rapprochons là de la distinction souhaitée par Ph. BONFILS entre « *participation au procès pénal* » et action civile ; voir : Ph. BONFILS, *L'action civile, op. cit.*, p. 280-301.

¹⁴⁹² Il va sans dire que l'action de l'assureur du sujet passif ou de la caisse de sécurité sociale demeurerait, comme le prévoit déjà le droit positif, une action exclusivement civile. Voir : J. LEROY, *Procédure pénale, op. cit.*, p. 245-246.

répressives, les difficultés susceptibles d'apparaître du fait de sa dissociation de la personnalité juridique pouvant être résolues par la distinction entre titularité et exercice de l'action.

723. Mais si nous entendons à la fois limiter les prérogatives des victimes par ricochet et réaffirmer la nature strictement pénale de l'action reconnue au titulaire du bien juridique, il nous faut maintenant préciser ce que nous entendons par « *action pénale* » et la façon dont elle peut s'articuler avec l'action publique du Ministère public. Car si la titularité du bien juridique lésé doit selon nous être le critère de l'accès à l'action vindicative, cela ne signifie aucunement que le sujet passif de l'injuste puisse se substituer au Ministère Public, l'aspect essentiellement public du conflit pénal imposant de limiter les prérogatives de la partie privée.

Section 2

L'atteinte au bien juridique, critère des modalités de l'action.

724. Lorsqu'il justifiait la séparation et l'indépendance des deux actions, civile et publique, GARRAUD s'en référait à leur nature juridique distincte, exposant que bien que résultant du même « fait matériel – l'infraction », elles ont une « cause juridique » différente et un « objet » distinct puisque « l'une tend à l'application d'une peine, l'autre à la réparation du préjudice causé¹⁴⁹³ ». Or, si l'on admet la construction ici défendue, on s'aperçoit que ces deux « objets » sont précisément les deux conséquences, responsabilités pénale et civile, que nous avons dégagées pour le sujet actif de l'injuste. On pourrait alors affirmer que la qualification de l'injuste apparaît comme la cause première et commune à l'action publique et à l'action des parties privées.

La distinction que nous entendons établir entre action civile *stricto sensu* et « action pénale » du titulaire du bien juridique, comme celle que nous entendons maintenir entre « action pénale » des particuliers et action publique nous impose néanmoins de préciser et d'encadrer les prérogatives du sujet passif (I) et nous conduit à souhaiter une scission du procès pénal (II).

I Encadrement des prérogatives du sujet passif.

725. Alors que l'aspect vindicatif de l'action civile est souvent dénoncé, et que la fonction thérapeutique attribuée au procès pénal ne nous semble en aucun cas pouvoir devenir sa finalité, il nous semble en revanche qu'il est tout à fait légitime de répondre au « besoin de vérité » des victimes¹⁴⁹⁴, et plus précisément à celui du titulaire du bien juridique atteint par le comportement incriminé. Mais si le comportement prohibé porte atteinte à un bien juridique, il est également une violation de la loi et l'essence publique du conflit pénal ne doit pas être reléguée au second plan. Si l'injuste comporte une dualité d'atteintes, la sanction de l'imputation de l'injuste, comme la reconnaissance préalable de responsabilité du sujet actif qu'elle suppose, doivent selon nous demeurer des prérogatives publiques et rester, par principe, hors de la sphère d'influence des parties et des intérêts privés. S'il nous faut alors approuver l'évolution du droit positif vers un droit absolu du sujet passif à la qualification de l'injuste (A), nous doutons en revanche fortement de sa légitimité dans la procédure d'imputation de l'injuste (B).

¹⁴⁹³ R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., p. 149 et s.

¹⁴⁹⁴ En ce sens par exemple, dénonçant « un déplacement du centre de gravité du droit pénal tout entier (...) d'un auteur en direction d'une victime » et la perte de sens du procès sous l'influence d'une « idéologie victimaire » : D. SALAS, « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », art. préc., p. 430. Un autre auteur met également en garde contre le risque de « victimisation » sans fin que peut engendrer l'association de la victime à l'individualisation de la peine. Voir : R. CARIO, « Les droits des victimes : état des lieux », *AJ Pénal*, décembre 2004, p. 429. Sur les différents visages de l'action à finalité répressive, entre action vindicative, action en réparation morale et action en recherche de vérité ; voir : A. D'HAUTEVILLE, « La problématique de la place de la victime dans le procès pénal », art. préc., p. 8-10.

A. Droit absolu à la qualification de l'injuste.

726. L'affirmation d'un droit absolu du sujet passif à la qualification de l'injuste conduit à reconnaître sa légitimité à déclencher lui-même les poursuites (1) et à contribuer à la manifestation de la vérité (2).

1°/ Droit de déclencher les poursuites pénales.

727. ___ **Légitimité et admission de principe par le droit positif.** ___ Si le titulaire du bien juridique affecté par le comportement prohibé peut selon nous exiger que soit qualifié l'injuste, c'est-à-dire la contrariété au droit de l'atteinte subie au bien juridique dont il est titulaire par un comportement typique, il est nécessaire qu'il puisse déclencher les poursuites même en cas d'inertie ou d'opposition du Ministère public. Si celui-ci dispose en effet de l'opportunité des poursuites, il nous semble qu'il ne peut apprécier celle-ci qu'au regard du trouble social et qu'il n'est donc pas légitime à considérer que l'atteinte effectivement subie par le sujet passif ne mérite pas d'être qualifiée pénalement, même s'il peut par ailleurs estimer que l'insignifiance du trouble causé à l'ordre public justifie de requérir une dispense peine. Admis par le droit positif¹⁴⁹⁵, ce déclenchement des poursuites par les parties privées au procès pénal requiert une double précision quant au risque d'encombrement des prétoires et à la possibilité d'« actions pénales » abusives.

728. ___ **Risque d'encombrement.** ___ Un premier argument à l'encontre de l'émergence d'une forme d'« accusation privée » est celui de l'asphyxie des cabinets d'instructions par des « quérulents processifs¹⁴⁹⁶ » ou d'audiences inutiles pour des faits dérisoires par la voie de la citation directe.

Il faut d'abord souligner que le critère de la titularité du bien juridique comme fondement de l'« action pénale » permet d'exclure la possibilité pour les victimes par ricochet de déclencher l'action publique, ce qui réduit sensiblement le nombre de personnes susceptibles de recourir à la voie d'action. Cet argument doit néanmoins être fortement relativisé au vu des critères que nous défendons sur la titularité des biens juridiques collectifs et diffus et de la possibilité, dans certain cas, d'une dissociation entre titularité de l'action pénale et exercice de celle-ci¹⁴⁹⁷. Il convient néanmoins de rappeler que nous entendons limiter la reconnaissance de la titularité collective des biens juridiques diffus aux seuls biens juridiques primaires, ce qui constitue une extension certes importante mais néanmoins limitée des incriminations susceptibles de donner lieu à une « action pénale » par des parties privées.

Sur un tout autre plan, on peut considérer que la multiplication des petits litiges qu'aurait filtré l'appréciation de l'opportunité des poursuites par le Ministère Public trouve en partie son origine dans la trop grande extension du domaine du droit pénal, ces petits litiges qu'il conviendrait de ne

¹⁴⁹⁵ La suppression annoncée du juge d'instruction rendrait, de fait, impossible la constitution de partie civile par plainte auprès du juge d'instruction de l'article 85 du Code de procédure pénale. Il ressort néanmoins des travaux préparatoires à la réforme rendus publics jusqu'ici que celle-ci devra « renforcer les droits (...) des victimes ». Elles seront « parties à l'enquête » et le déclenchement des poursuites restera possible. Après avoir dénoncé les faits au procureur de la République, si celui-ci refuse de poursuivre ou qu'un délai de trois mois s'est écoulé, elle pourra saisir le nouveau « juge de l'enquête », qui pourra ordonner au parquet d'enquêter. En cas de classement sans suite, la victime pourra former un recours gracieux devant le procureur général mais également, en matière criminelle, saisir le juge de l'enquête qui, s'il estime les charges suffisantes, pourra ordonner au parquet de prendre une décision de poursuite. En matière correctionnelle, en revanche, seule la voie de la citation directe resterait alors ouverte. Voir : *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 1^{er} septembre 2009, p. 12, [en ligne], <http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf> ; D. GUÉRIN, « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Droit pénal* n°10, octobre 2009, p. 22-23.

¹⁴⁹⁶ É. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude ; A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », art. préc., p. 6-11.

¹⁴⁹⁷ Voir *supra*, n°717. C'est également par le critère de la titularité que nous proposerons de délimiter les prérogatives des associations de victimes.

pas poursuivre ne devant pas, en amont, être incriminés, soit qu'ils ne portent pas atteinte à un véritable bien juridico-pénal, soit que l'atteinte soit de faible importance et ne mérite pas d'être pénalement sanctionnée (ainsi par exemple du vol simple d'un objet de faible valeur, qui pourrait être une simple contravention¹⁴⁹⁸).

Si nous admettons l'antijuridicité positive comme une condition de la qualification de l'injuste, un filtre utile pourrait enfin apparaître : en l'absence d'atteinte *lato sensu* à un bien juridico-pénal, l'injuste n'existe pas et l'action pénale se trouve privée de fondement, ce que pourrait rapidement constater le juge d'instruction ou la juridiction de jugement et donner lieu, le cas échéant, aux sanctions prévues pour les procédures abusives.

729. ___ Risque d'abus. ___ S'il ne faut pas négliger les risques d'abus de procédure que peut entraîner la possibilité de déclencher les poursuites, il nous semble néanmoins que le droit positif dispose de moyens efficaces pour s'en prémunir.

En plus de l'exigence du paiement d'une consignation au moment du déclenchement de l'action publique, le Code de procédure pénale prévoit la possibilité pour les juridictions d'instruction ou de jugement de prononcer une amende civile pouvant atteindre 15 000€ en cas de constitution de partie civile par voie d'action « *abusive ou dilatoire* ».

De plus, si tous les éléments de l'incrimination sont réunis, il sera possible de poursuivre son auteur pour dénonciation calomnieuse ou pour dénonciation de délit imaginaire, délits respectivement punis par les articles 226-10 et 434-26 du Code pénal de 5 ans d'emprisonnement et 45 000€ d'amende et de 6 mois d'emprisonnement et 7 500€ d'amende.

Celui qui aura été injustement dénoncé pourra également demander réparation du préjudice né de la dénonciation téméraire du sujet passif prétendu sur le fondement de l'article 91 du Code de procédure pénale¹⁴⁹⁹.

730. ___ Limitations et perspectives. ___ Il nous semble que les dispositions que nous venons de citer étaient suffisamment dissuasives pour permettre de lutter contre les actions dilatoires visant notamment à retarder un jugement civil ou abusives. Or, si l'on comprend parfaitement que le Ministère public puisse demander au juge d'instruction d'entendre la victime pour apprécier l'opportunité de sa plainte et que la possibilité de requérir un non-lieu *ab initio* nous paraît suffisamment encadrée pour échapper à la critique¹⁵⁰⁰, il nous semble en revanche qu'il n'était nullement besoin de subordonner la constitution de partie civile devant le juge d'instruction au refus du Ministère public de déclencher les poursuites ou à l'écoulement d'un délai de trois mois¹⁵⁰¹. Une telle restriction nous semble en effet à la fois peu efficace (le « *problème* » n'étant que différé) et dangereux pour la manifestation de la vérité du fait du risque de dépassement ou de

¹⁴⁹⁸ Une telle solution est notamment défendue par le Code pénal espagnol, qui prévoit en son article 623 que le vol simple d'un objet d'une valeur inférieure à 400€ appartient à la catégorie des « *faltas* », ce qui s'apparente à nos contraventions (la peine étant alors une assignation à résidence de 4 à 12 jours ou une peine de jour-amende de un à deux mois). Or, rappelons que de la même façon que nous défendons une restriction du domaine du droit pénal, les règles de la procédure pénale devraient être réservées aux crimes et délits, les contraventions faisant l'objet d'une procédure plus souple mais également moins coercitive. La voie d'une distinction procédurale selon la gravité des infractions en cause est d'ailleurs envisagée par le *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal*, rendu le 6 mars 2009 par le Comité de réflexion sur la justice pénale.

¹⁴⁹⁹ Sur les sanctions de ces dénonciations fautive, voir : Ph. BONFILS, *L'action civile*, op. cit., p. 305.

¹⁵⁰⁰ L'article 86 al. 4 du Code de procédure pénale issu de la loi du n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance permet en effet au procureur de requérir un refus d'informer si « *pour des causes affectant l'action publique elle-même, les faits ne peuvent légalement comporter une poursuite ou si, à supposer ces faits démontrés, ils ne peuvent admettre aucune qualification pénale* » ou s'« *il est établi de façon manifeste, le cas échéant au vu des investigations qui ont pu être réalisées à la suite du dépôt de la plainte ou en application du troisième alinéa, que les faits dénoncés par la partie civile n'ont pas été commis* », le juge d'instruction ne pouvant alors passer outre que par une « *ordonnance motivée* ». Ces restrictions au déclenchement de l'action publique par les victimes ne nous semblent pas véritablement attentatoires aux droits du sujet passif de l'injuste dans le sens où le premier cas renvoie à une absence de typicité du comportement dénoncé et où le second exige que les faits n'aient manifestement pas été commis, c'est-à-dire que l'élément matériel du type n'existe pas. Ce n'est donc pas sur le fondement de l'antijuridicité et de l'opportunité des poursuites que peut être prononcé le non lieu *ab initio*.

¹⁵⁰¹ *c/a* É. MATHIAS, « Action pénale privée : cent ans de sollicitude ; A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », art. préc., p. 6-11. ; J. LEROY, *Procédure pénale*, op. cit., p. 165.

disparition des preuves. Paradoxale dans une période où les réformes successives conduisent à un accroissement constant du « *droit des victimes* », nous espérons que les restrictions de la loi du 5 mars 2007 ne constituent pas un « *marcbepied idéologique* » dans le sens d'une restriction du droit des sujets passifs à voir qualifié l'injuste¹⁵⁰². Car si nous appelons à une précision et à un encadrement des prérogatives des « *victimes* » *lato sensu*, nous craignons que la réaffirmation du principe de l'opportunité des poursuites par le Ministère public ne conduise à une restriction critiquable du droit à déclencher l'action publique dans la réforme annoncée de la procédure pénale en matière délictuelle¹⁵⁰³.

Or c'est bien à la manifestation de la vérité, bien plus qu'à l'imputation de l'injuste, que tend l'action pénale telle que nous l'envisageons, ce qui explique notre approbation des prérogatives reconnues au titulaire de l'action pénale au cours de l'enquête.

2°/ Droit à l'information et à l'intervention au cours de l'enquête.

731. Parfaitement assuré par le droit positif dans la phase d'instruction, le droit pour le sujet passif à voir l'injuste qualifié est néanmoins malmené par certaines procédures, et en particulier par celle du « *plaider coupable* ».

732. ___ **Droit de concourir à la manifestation de la vérité.** ___ Une fois l'action publique mise en mouvement, la partie civile se voit reconnaître d'importantes prérogatives dans le déroulement du procès pénal, au point qu'elle apparaît comme une véritable « *partie* ». Sans rentrer dans les détails de ses prérogatives, nous signalerons qu'elle ne doit pas seulement être informée de l'évolution de la procédure mais qu'elle peut désormais véritablement participer à l'enquête. Depuis la loi n°2000-516 du 15 juin 2000, ses droits sont en effet calqués sur ceux de la personne mise en cause et elle a la possibilité de former des requêtes en annulation et de demander tous les actes qui lui paraissent « *nécessaires à la manifestation de la vérité* » au cours de l'instruction¹⁵⁰⁴.

Or, comme nous l'avons défendu plus haut, la « *manifestation de la vérité* » peut bien être rattachée à la notion d'injuste en ce qu'elle renvoie à l'idée de l'établissement des circonstances et des éléments le constituant. Nous approuvons ainsi totalement la reconnaissance d'un droit pour le sujet passif à voir l'injuste dont il a été victime qualifié et le fait que ce droit soit rendu effectif

¹⁵⁰² c/a É. MATHIAS, *Ibid.*, à qui nous empruntons cette expression.

¹⁵⁰³ La suppression annoncée du juge d'instruction rendrait, de fait, impossible la constitution de partie civile par plainte auprès du juge d'instruction de l'article 85 du Code de procédure pénale. Or, si le *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal* rendu par le Comité de réflexion sur la justice pénale le 6 mars 2009 affiche sa volonté de « *renforcer les droits de la défense des personnes mises en cause et des victimes* », quelques ambiguïtés permettent de douter du maintien de la possibilité de déclencher les poursuites en cas de refus du parquet. Si leur qualité de « *parties à l'enquête* » est réaffirmée et peut même, du fait de la disparition de la distinction entre phase policière et phase d'instruction, leur conférer des prérogatives plus tôt dans la procédure, un « *droit à l'enquête* » semble se substituer au droit à déclencher les poursuites en matière délictuelle. En effet, après avoir dénoncé les faits au procureur de la République, si celui-ci refuse de poursuivre ou qu'un délai de trois mois s'est écoulé, la victime pourra bien saisir le nouveau « *juge de l'enquête* », qui pourra ordonner au parquet d'enquêter. Mais il semble qu'en cas de classement sans suite, la victime, qui pourra dans tous les cas former un recours gracieux devant le procureur général, ne pourra saisir le juge de l'enquête (pour qu'il ordonne, s'il estime les charges suffisantes, au parquet de prendre une décision de poursuite) qu'en matière criminelle. En matière correctionnelle (et contraventionnelle), « *il appartiendra à la victime, si elle estime les faits constitués, de poursuivre elle-même le mis en cause devant la juridiction de jugement par le biais de la citation directe* ». Or, la citation directe n'étant possible que si l'auteur des faits est identifié, le sujet passif pourrait se voir privé de toute possibilité de voir l'injuste qualifié si l'enquête publique préalable au classement sans suite n'a pas permis de déterminer le sujet actif et qu'elle ne peut, de son côté, parvenir à établir son identité (ce qui sera souvent le cas dans les affaires complexes, les principes de légalité et de loyauté de la preuve limitant fortement-et opportunément- les possibilités d'investigations personnelles des parties privées au procès pénal).

¹⁵⁰⁴ Voir notamment : A. D'HAUTEVILLE, « Le droit des victimes dans la loi du 15 juin 2000 », art. préc. ; H. HENRION, « La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et devoirs de l'État, de la personne mise en cause et de la victime ? », art. préc., p. 108-114 ; Ch. LAZERGES, « Le renforcement des droits des victimes par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 », art. préc., p. 15-20.

par la gratuité et l'efficacité de l'enquête, publique, menée dans le cadre du procès pénal¹⁵⁰⁵. Nous nous félicitons également que les prérogatives du sujet passif au cours de l'enquête ne semblent aucunement menacées par la suppression annoncée de la phase de l'instruction et puisse même être renforcées puisqu'elles ne seraient plus possible dans le seul cadre de l'instruction mais dès le début de l'enquête¹⁵⁰⁶.

Mais si nous ne voyons pas, dans cette intervention du sujet passif dans l'enquête, le signe d'une regrettable privatisation de la justice pénale, un autre aspect de la « *contractualisation* » du droit pénal, entre le mis en cause et le Ministère public cette fois, nous semble critiquable du point de vue du droit du sujet passif à la qualification de l'injuste.

733. — Limitation critiquable dans le cadre de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. — Comme cela peut-être le cas dans le cadre des procédures rapides comme la comparution immédiate, il nous semble que la procédure du « *plaider coupable* » peut constituer un obstacle à une qualification véritable de l'injuste même si elle est, en théorie, assurée. Bien qu'elle suppose la « *reconnaissance préalable de [sa] responsabilité* » par le sujet actif, et donc son aveu d'avoir commis le comportement typique antijuridique pour lequel il est poursuivi, cette procédure fonde en effet la responsabilité *lato sensu* sur l'aveu et permet ainsi d'imputer l'injuste sans que celui-ci ait été soigneusement établi par l'enquête. Même s'il est formellement reconnu une fois l'ordonnance d'homologation rendue par le président du Tribunal de grande instance, l'injuste pourra alors ne pas avoir été matériellement et précisément qualifié.

Or, si la victime doit bien être informée aussi vite que possible du choix du parquet pour cette procédure et qu'elle a bien la possibilité de se constituer partie civile et de faire appel de l'ordonnance d'homologation, ses prérogatives sont de nature exclusivement civiles. Le Conseil Constitutionnel a néanmoins affirmé la possibilité, pour le juge, de refuser l'homologation si les déclarations de la victime apportent « *un éclairage nouveau sur les conditions d'accomplissement de l'infraction ou sur la personnalité de l'auteur* » et les auteurs soulignent que la victime peut toujours « *étouffer le plaider-coupable* » en saisissant le juge d'instruction ou en procédant à une citation directe avant que l'ordonnance d'homologation ne soit rendue¹⁵⁰⁷.

Même si l'on ne peut pas, alors, affirmer que le sujet passif soit complètement exclu du procès pénal par cette « *justice négociée* » entre le Ministère public et le sujet actif, il reste qu'une information tardive de la victime ou son manque de diligences face à une procédure voulue comme rapide, peuvent la conduire à se trouver privée de sa possibilité d'exercer l'« *action pénale* » et que cette procédure peut constituer une atteinte, matérielle sinon formelle, à son droit à une qualification véritable de l'injuste¹⁵⁰⁸.

734. Là encore, on peut relever un paradoxe entre le développement de procédures matériellement attentatoires à l'établissement des éléments de l'injuste et l'évolution du droit positif vers une

¹⁵⁰⁵ Aux côtés de l'aspect vindicatif du procès pénal, c'est là une des raisons majeures qui pousse les victimes à opter par la voie pénale ; la charge de la preuve incombant au demandeur en matière civile étant bien souvent un véritable fardeau dans les affaires complexes dont fourmille notre « *société moderne* » (catastrophes collectives, produits défectueux...).

¹⁵⁰⁶ Il semble en effet envisagé « *de transposer à la phase préparatoire (...) le système existant en matière de plainte avec constitution de partie civile* ». La victime (et non seulement, comme nous le défendons, le sujet passif), devrait ainsi conserver, dès ce stade, le droit d'accéder au dossier, d'être assisté d'un avocat lors des auditions, d'effectuer des demandes d'actes et demander la nullité d'un acte. Voir : *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal*, Comité de réflexion sur la justice pénale, 6 mars 2009.

¹⁵⁰⁷ En ce sens, et ne relevant, de ce fait, pas d'atteinte aux droits des victimes : J. PRADEL, « Vers un 'aggiornamento' des réponses de la procédure pénale à la criminalité ; Apports de la loi n°2004-202 du 9 mars 2004 dite Perben II », *J.C.P* 2004, I, 134, n°40.

¹⁵⁰⁸ Il en va de même, en pratique, en matière de « *procédures rapides* » comme la comparution immédiate, le recours accru à celles-ci multipliant les cas où l'injuste est qualifié par la juridiction de jugement sans avoir été précisément établi par une information judiciaire ni même, parfois, par une enquête policière (l'aveu pouvant suffire à constituer la preuve de la culpabilité du sujet actif). La victime, là encore, voit son droit à la réparation préservé mais seulement celui-ci. On peut regretter que cet aspect soit peu étudié et que ces questions soient le plus souvent envisagées du seul point de vue des droits de la défense. Sur cette dernière question, voir par exemple : F. DEBOVE, « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », *Droit pénal*, novembre 2006, étude 19.

qualification autonome de l'injuste par le développement de la possibilité d'établir « *qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* » en cas de non lieu, de relaxe ou d'acquiescement résultant d'une cause d'irresponsabilité. On se souvient néanmoins de l'inopportune assimilation des causes objectives et subjectives d'irresponsabilité introduite par les lois du 9 mars 2004 et du 25 février 2008 dans ce cadre là¹⁵⁰⁹, assimilation qui témoigne, plus largement, d'une absence de distinction claire entre injuste et imputation de l'injuste telle que nous la défendons.

Or une telle distinction pourrait, une fois de plus, être fort utile. Elle pourrait ainsi fournir un cadre théorique pour éviter que le procès pénal n'associe la victime à l'exercice de prérogatives qui doivent selon nous demeurer purement régaliennes : l'établissement de la responsabilité et la soumission à une peine.

B. Prérogatives limitées dans la procédure d'imputation de l'injuste.

735. Le professeur COURTOIS a écrit que « *la différence entre la vengeance et la peine n'est pas intrinsèque, elle tient au bras qui frappe : d'un côté la partie lésée, de l'autre un délégué de l'État*¹⁵¹⁰ ». Or, s'il est indéniable que la victime recherche parfois, par le biais de son action devant les juridictions répressives, à assouvir un « *désir primaire de vengeance*¹⁵¹¹ », il nous semble important de ne point y céder et de préserver le monopole étatique de la répression pénale. Si nous défendons en effet que le droit pénal n'est légitime à intervenir qu'en ce qu'il protège des biens juridico-pénaux, et que nous considérons que l'injuste n'existe que lorsque le comportement est à la fois formellement contraire à la loi et matériellement attentatoire à un bien juridique, nous avons vu qu'il convenait de bien distinguer l'existence de l'injuste et son imputation.

De cette façon, s'il nous semble indispensable de reconnaître à la victime le droit de faire qualifier l'atteinte antijuridique subie par son bien juridique, sa qualité de sujet passif de l'injuste ne doit selon nous pas lui conférer d'autres prérogatives que celles nécessaires à cette qualification (1), des exceptions ne pouvant être tolérées qu'en cas d'atteinte à un bien juridique personnel (2).

1°/ Absence d'intervention de principe dans l'imputation de l'injuste.

736. Mais comme nous l'avons vu plus haut, une fois l'injuste établi, les conséquences de celui-ci pour le sujet actif sont de deux natures distinctes : il pourra engager sa responsabilité civile et sa responsabilité pénale. Or, si le sujet passif de l'injuste doit selon nous bénéficier d'un droit absolu à sa qualification, il n'a pas selon nous à intervenir dans son imputation : à ce stade là, l'atteinte au bien juridique n'est plus en cause, il s'agit simplement d'imputer une responsabilité, de juger une personne responsable ou non de ses actes et de le soumettre, le cas échéant, à une sanction de nature pénale.

Ces prérogatives de la puissance publique n'ont alors plus rien à voir avec la reconnaissance de l'atteinte subie par le sujet passif, et, s'il peut légitimement obtenir réparation du préjudice né de

¹⁵⁰⁹ Sur cette émergence de la notion d'injuste et les obstacles à une assimilation totale des dispositions en vigueur avec la notion, Voir *supra*, n°685.

¹⁵¹⁰ G. COURTOIS, cité par Ph. BONFILS, *L'action civile*, *op. cit.*, p. 303.

¹⁵¹¹ *Ibid.*

l'injuste¹⁵¹², il doit selon nous être tenu à l'écart de tout ce qui relève de la reconnaissance de la responsabilité et de l'imputation de la sanction : les finalités répressives et préventives du droit pénal doivent alors seules guider la détermination et l'exécution de la peine.

Quelle que soit la responsabilité pénale *lato sensu* du sujet actif, l'atteinte subie par le sujet passif restera en effet la même. La gravité de l'injuste détermine l'ampleur de la sanction prononcée à l'encontre du sujet actif mais la réciproque n'est pas vraie : la responsabilité, appréciée *in concreto*, ne peut influencer l'existence ou la gravité de l'injuste, appréciées *in abstracto*.

Si l'on se place non plus du point de vue du sujet passif spécifique mais de celui du sujet passif générique, on doit arriver exactement aux mêmes conclusions : l'atteinte qui est portée au bien juridique, de par sa qualification pénale, affecte la société tout entière, et ce de la même façon quelles que soient l'identité, la personnalité, la position sociale de la victime ou encore son ressenti au regard de l'infraction et ses velléités de vengeance¹⁵¹³.

Du point de vue de la prévention spéciale, là encore, la victime n'a pas à intervenir, la personnalité du sujet actif devant seule guider le choix des peines qui semblent le mieux à-même de prévenir la récidive ou la réitération.

737. Même si le droit positif respecte encore assez bien ces principes, il nous semble que le sujet passif, dans le cadre de son « *action pénale* », ne devrait pouvoir intervenir pour ce qui concerne les questions relatives à la responsabilité *lato sensu* (conscience de l'antijuridicité et exigibilité).

Surtout, sans nier que la victime puisse bénéficier de mesures de protection au titre de « *mesures de sûreté* » prononcées à l'encontre du sujet actif¹⁵¹⁴, il nous semble qu'elle ne doit aucunement pouvoir influencer, activement, la question de la fixation et de l'exécution de la peine. Si l'on peut admettre un droit à l'information du sujet passif¹⁵¹⁵ tout au long de la procédure et jusqu'à l'expiration de la sanction¹⁵¹⁶, il nous faut néanmoins espérer que la reconnaissance accrue de ce droit n'annonce pas l'avènement de la victime comme acteur de l'imputation de l'injuste.

¹⁵¹² Nous avons en effet souligné la persistance de la responsabilité civile en cas d'irresponsabilité pénale subjective du sujet actif ou d'impossibilité de lui imputer les conséquences pénales de l'injuste et la mise en place de nombreux mécanismes d'indemnisation des victimes (victimes d'accident de la circulation, d'aléas thérapeutiques, de terrorisme, d'infractions pénales entrant dans le cadre de l'indemnisation par les CIVI...). La loi n° 2008-644 du 1er juillet 2008 *créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines* a complété le dispositif existant en permettant à la victime d'une infraction pénale qui a obtenu une condamnation civile du sujet actif mais qui n'a pas été indemniée dans un délai de deux mois de saisir le Fonds de Garantie des victimes d'actes de Terrorisme et d'autres Infractions (FGTI) d'une demande d'aide au recouvrement (articles 706-15-1 et 706-15-2 du Code de procédure pénale).

¹⁵¹³ Certaines circonstances aggravantes prennent bien en compte des caractéristiques personnelles du sujet passif mais celles-ci, prévues par la loi elle-même, correspondent donc à une réprobation plus grande, *in abstracto*, de l'atteinte infligée à certaines catégories de victimes et sont alors qualifiées au stade de l'injuste. Sur cette question, et voyant là un cas d'« *individualisation légale* » dans le « *sens où il existe bien* une action consistant à opérer une différenciation fondée sur des caractères donnés » : J.-B. THIERRY, « L'individualisation du droit criminel », art. préc.

¹⁵¹⁴ Le risque de « *revictimisation* » ne doit pas être négligé. Voir par exemple : R. CARIO, « Les droits des victimes : état des lieux », *AJ Pénal*, décembre 2004, p. 427-428. Il nous semble de ce fait admissible que la victime puisse, par l'intermédiaire du juge délégué aux victimes, saisir le juge de l'application des peines pour ce qui concerne ces mesures de protection ou l'absence de réparation de son préjudice. Pour une présentation précise de ces questions particulières et de la place de la victime en général, voir : M. HERZOG-EVANS, « Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie », *R.S.C.* 2008, p. 356. Si nous partageons certaines critiques relatives à l'imprécision des textes, nous n'approuvons pas l'extension souhaitée par cet auteur des prérogatives des victimes au stade de l'exécution de la peine.

¹⁵¹⁵ Comme le souligne fort justement la note précitée, les textes législatifs comportent de nombreuses ambiguïtés terminologiques entre les « *victimes* » et les « *parties civiles* ». Il nous semble que, comme pour ce qui est de la détermination de la titularité de l'action pénale, c'est la qualité de sujet passif de l'injuste qui doit déterminer la qualité de « *victime* » à ce stade de la procédure. La stricte séparation que nous souhaitons consacrer entre injuste et imputation de l'injuste conduit à admettre sans difficulté la possibilité pour le sujet passif d'intervenir, dans le cadre limité que nous allons dégager, au stade de l'imputation de l'injuste qu'il ait ou non exercé « *l'action pénale* ».

¹⁵¹⁶ Il faudrait néanmoins, comme le souligne un auteur, insister sur le risque d'une « *victimisation secondaire* » ou de « *victimisation sans fin* » que peut engendrer cette information jusqu'à l'expiration de la peine par le maintien de celle-ci en position de « *victime* » et affirmer, parallèlement à ce droit à l'information, un « *droit à l'oubli* » pour les victimes désireuses de rompre avec leur statut de victime pour entreprendre leur travail de deuil. Voir : *Ibid.*, p. 428 ; R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », *Dalloz*, 2003, p. 8.

Autant il paraît admissible que l'autorité judiciaire veille au respect des droits des victimes au cours de l'exécution de la peine¹⁵¹⁷, et prenne en considération l'indemnisation de celle-ci lorsqu'elle prononce une dispense ou un ajournement de peine ou doit décider d'une libération conditionnelle, autant il nous semble critiquable que les juridictions de l'application des peines puissent demander à entendre la victime et, encore davantage, que l'avocat de la partie civile puisse désormais assister au débat contradictoire devant le tribunal de l'application des peines et devant la chambre de l'application des peines pour y faire valoir des observations¹⁵¹⁸. Même si ces procédures ne confèrent qu'une simple possibilité de formuler des observations et que la Chambre criminelle a fort opportunément réaffirmé que la partie civile n'avait pas « *la qualité de partie aux décisions prises, en cette matière* ¹⁵¹⁹ », nous craignons que ces possibilités accrues d'entendre la victime n'influencent le jugement¹⁵²⁰ et rompent ainsi l'égalité des justiciables (sujets actifs) dans un domaine qui doit demeurer une prérogative exclusivement régalienne si l'on ne veut affecter l'essence même du procès pénal¹⁵²¹.

Car si la dualité de l'atteinte fondant l'injuste justifie une dualité de l'action, publique et pénale (par le sujet passif), celle-ci doit rester bien distincte de celle-là et ne doit pouvoir l'influencer en dehors de cas très particuliers qu'il nous faut maintenant envisager dans le cadre discuté des alternatives aux poursuites et de la « *sanction-réparation* ».

2°/ Intervention exceptionnelle en cas de bien juridique personnel disponible.

738. Alors que classiquement, on distinguait la responsabilité pénale, mue par une finalité répressive, de la responsabilité civile, mue par une finalité réparatrice, l'évolution de la matière pénale a conduit à brouiller fortement cette distinction, en particulier en ce qu'elle a introduit, au sein de la réponse pénale, des mécanismes dits de « *contractualisation* ¹⁵²² ». Or, comme nous l'avons vu plus haut, ceci conduit à remettre en question le caractère uniquement régalien de l'imputation de l'injuste. Il nous semble de ce fait qu'ils devraient être strictement limités et que ces limites devraient s'appuyer sur la nature du bien juridique et non obéir, comme aujourd'hui, à des critères dont le fondement semble confus.

739. Sans entrer dans les détails, il faut relever que les victimes peuvent être associées aux alternatives aux poursuites que sont la médiation et la composition pénale¹⁵²³ ou, depuis, peu, à

¹⁵¹⁷ L'article 707 alinéa 2 du Code de procédure pénale issu par la loi n°2004-204 du 9 mars 2004 l'impose désormais : « *L'exécution des peines favorise, dans le respect des intérêts de la société et des droits des victimes, l'insertion ou la réinsertion des condamnés ainsi que la prévention de la récidive.* »

¹⁵¹⁸ Sur les prérogatives de la victime dans la phase d'exécution des peines, avant et après son prononcé, voir : G. ROYER, « La victime et la peine ; Contribution à la théorie du procès pénal *post sententiam* », *Dalloz* 2007, p. 1745. Pour une présentation de cette problématique et une étude particulièrement intéressante de la législation canadienne : R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », art. préc.

¹⁵¹⁹ Cass. Crim., 15 mars 2006, *Bull. crim. n°81*; *AJ Pénal* 2006, p. 267, observations M. HERZOG-EVANS.

¹⁵²⁰ Cette crainte, réfutée par l'auteur de la note précédemment citée, semble pourtant fondée au vu de certaines motivations de juridictions du fond. Ainsi un jugement a-t-il refusé la libération conditionnelle d'un condamné aux motifs que « *si les progrès réalisés par lui dans son appréhension de ses propres dysfonctionnements l'ayant conduit à commettre [les infractions], il apparaît [...] indispensable d'apprécier [sa demande] dans le respect des droits de la victime dont le préjudice doit être justement reconnu à la mesure de la sanction pénale prononcée à l'encontre de l'intéressé ; qu'au vu des résultats de l'enquête réalisée auprès de la victime, cette demande apparaît toujours aussi prématurée et particulièrement inappropriée* ». Voir : TGI Douai, 5 décembre 2008, *AJ Pénal* 2009, p. 85, observations M. HERZOG-EVANS, « Une libération conditionnelle refusée parce que la victime s'y oppose ? ».

¹⁵²¹ Cette position est fréquemment défendue ; voir par exemple : R. CARIO, « La place de la victime dans l'exécution des peines », art. préc. ; G. ROYER, « La victime et la peine ; Contribution à la théorie du procès pénal *post sententiam* », art. préc., avec de nombreuses références ; *cf.* M. HERZOG-EVANS note sous Cass. Crim., 15 mars 2006, *Bull. crim. n°81*; *AJ Pénal* 2006, p. 267.

¹⁵²² Malgré les particularités de ce type de « *contrat* », il serait bien possible de les rattacher à la théorie générale des contrats, notamment en s'appuyant sur la théorie de GHESTIN, fondée sur les notions d'utile et de juste. Voir : Ph. KELLERSON, *La contractualisation de la réponse pénale*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, E.R.P.C., 2003, 112 p.

¹⁵²³ Articles 41-1 et 41-2 du Code de procédure pénale.

l'exécution d'une peine véritable nommée de « sanction-réparation » et qui « consiste dans l'obligation pour le condamné de procéder, dans le délai et selon les modalités fixés par la juridiction, à l'indemnisation du préjudice de la victime¹⁵²⁴ ». Or, s'il ne nous semble pas critiquable, en soi, que l'indemnisation de la victime puisse se substituer à la peine ou même constituer une peine, il nous semble indispensable de préciser en quelles matières et dans quelles limites.

Si l'on admet en effet que l'infraction porte à la fois atteinte à la loi et à l'ordre public et à un bien juridique, on peut comprendre qu'en cas d'atteinte peu grave à un bien juridique personnel, la réparation du préjudice de la victime suffise, si elle en est d'accord, à restaurer l'ordre public et à punir l'atteinte au bien juridique. Ainsi par exemple, celui qui serait pris en train de « tagger » un mur pourrait-il être enjoint de le repeindre, mettant par ce seul fait un terme au trouble mineur à l'ordre public en réparant l'atteinte au bien juridique de la victime.

Mais si l'on peut admettre que le procureur de la République, en vertu du principe d'opportunité des poursuites, soit apte à estimer le trouble à l'ordre public éteint par la réparation du préjudice et insuffisant pour justifier, en sus, une sanction pénale et qu'il est facilement admissible que la juridiction de jugement puisse arriver aux mêmes conclusions en prononçant une peine de sanction-réparation en lieu et place d'une peine afflictive ou d'une partie de celle-ci, certaines questions demeurent.

740. Alors que la composition pénale ne peut trouver à s'appliquer que pour les infractions punies de 5 ans d'emprisonnement au maximum¹⁵²⁵, il nous semble d'abord tout à fait surprenant que le législateur n'ait prévu aucune limitation pour la médiation et que celle-ci puisse être prononcée, en théorie, pour n'importe quelle infraction, fût-elle extrêmement grave¹⁵²⁶. La sanction-réparation, quant à elle, est possible pour les contraventions de 5^{ème} classe et en matière délictuelle, l'emprisonnement ou l'amende pouvant être prononcés simultanément étant alors plafonnées. Même si, dans ce dernier cas, le Code pénal prévoit spécialement l'hypothèse de la réparation d'un préjudice en cas d'atteinte aux biens, y compris en nature, on peut relever qu'aucun de ces mécanismes ne pose de condition relativement à la nature du bien juridique atteint par l'injuste¹⁵²⁷.

Or, sans doute davantage que le critère de la peine encourue, qui ne se réfère qu'à la gravité du trouble à l'ordre public, la nature du bien juridique nous semble tout à fait déterminante. Celle-ci pourrait indiquer si l'atteinte qu'il a subie concerne en premier lieu la société dans son ensemble ou bien d'abord son titulaire, le trouble à l'ordre public ne trouvant sa source que dans l'atteinte subie par le sujet passif. On peut alors considérer que ces alternatives aux poursuites ou cette peine de sanction-réparation devraient être limitées aux infractions dont le bien juridique est disponible¹⁵²⁸ : si le sujet passif avait la possibilité d'empêcher la qualification de l'injuste, il paraît logique -si le Ministère public en est d'accord- qu'il puisse empêcher son imputation, à l'inverse,

¹⁵²⁴ Article 131-8-1 du Code pénal, introduit par la loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance (1).

¹⁵²⁵ Sur la composition pénale, impossible si la victime a déclenché elle-même l'action publique, voir notamment : F. ALT-MAES, « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », R.S.C. 2002, p. 501 ; P. PONCELA, « Quand le procureur compose avec la peine », R.S.C. 2002, p. 638. Notons que la composition pénale a la particularité de faire l'objet d'une inscription au casier judiciaire du sujet actif.

¹⁵²⁶ Cette absence de domaine légal de la médiation est parfois vivement critiquée ; voir notamment : E. DREYER, « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », J.C.P 2008, I, 131. L'auteur soulève également le paradoxe d'une telle procédure qui, se substituant le plus souvent à ce qui aurait conduit à un classement sans suite, peut avoir pour effet de « priver » la victime d'un procès pénal, celle-ci étant découragée de déclencher les poursuites par l'absence de volonté du Ministère public d'exercer l'action publique (qui n'est pas éteinte néanmoins, rappelons-le, par la procédure de médiation). Pour l'avis contraire d'une praticienne ; voir : S. POKORA, « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 58.

¹⁵²⁷ Sur cette nouvelle sanction pénale, qui peut être prononcée par la juridiction de jugement ou dans le cadre d'une composition pénale, voir par exemple : M. HERZOG-EVANS, « La loi relative à la prévention de la délinquance et l'exécution des peines », *Dalloz* 2007, p. 2174 ; M. GIAPOCELLI, « Libres propos sur la sanction-réparation », *Dalloz* 2007, p. 1551.

¹⁵²⁸ On pourrait néanmoins admettre ici la disponibilité de façon un peu plus extensive que ne le fait le droit positif et considérer comme disponible l'« action pénale » née d'une atteinte à un bien juridique indisponible par principe mais dont l'antijuridicité pourrait être niée en cas de consentement de la victime. Sur cette proposition de négation de l'antijuridicité, voir *supra*, n°583 et s. Si l'on accepte ces critères, on pourrait alors admettre par exemple la médiation pour des violences légères (à condition bien sûr que le consentement à celle-ci soit véritablement libre et éclairé et ne soit pas inspiré par la crainte de représailles, ce dont doit s'assurer le Ministère public).

lorsqu'il ne pouvait empêcher la qualification de l'injuste, il ne semble pas légitime à déterminer son imputation au sujet actif¹⁵²⁹.

741. Alors que l'importance que nous accordons au bien juridique pourrait, à première vue, apparaître comme le fondement d'une « *privatisation* » accrue du conflit pénal, nous nous apercevons qu'il n'en est rien et que le critère de la titularité du bien juridique comme fondement de l'« *action pénale* » permet au contraire d'en limiter clairement le domaine à la qualification de l'injuste et de la distinguer de l'action civile *stricto sensu* destinée à restaurer les intérêts privés affectés par l'injuste. Mais puisque la notion d'injuste se trouve là encore au cœur des distinctions proposées, on est en droit de se demander si la distinction que nous défendons au fond entre injuste et imputation de la responsabilité ne pourrait opportunément se retrouver, en procédure, pour justifier une scission du procès pénal *lato sensu* en deux phases distinctes.

II Proposition de scission du procès pénal.

742. Nous avons à plusieurs reprises tiré argument de la possibilité d'établir que le sujet actif avait bien commis les faits qui lui sont reprochés en cas de non-lieu, d'acquiescement ou de relaxe fondés sur une cause d'irresponsabilité pour établir l'émergence de la notion d'injuste en droit positif¹⁵³⁰. Mais si ces dispositions tendent bien à la qualification de l'injuste, la loi n°2008-174 du 25 février 2008 esquisse, quoiqu'imparfaitement, ce que pourraient être les conséquences procédurales d'une consécration véritable de la construction défendue opposant injuste et imputation de l'injuste. Elle a ainsi prévu, lorsque l'instruction fait apparaître la possibilité d'une irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental du sujet actif, que le Ministère public et les parties au procès peuvent demander à ce que le juge d'instruction ne rende pas directement une ordonnance d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental mais que le dossier soit transmis au Procureur général aux fins de saisine de la Chambre de l'instruction¹⁵³¹. Bien qu'ambivalente du fait de l'importance accordée, dans cette audience, à la question de la responsabilité *stricto sensu* du sujet actif (A), cette saisine d'une juridiction pouvant établir « *qu'il existe des charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés* » pourrait ouvrir la voie à la mise en place d'une qualification juridictionnelle autonome de l'injuste (B).

A. L'exemple ambivalent de l'audience devant la Chambre de l'instruction.

743. L'audience, par principe publique, qui se déroule devant la Chambre de l'instruction dans le cadre institué par la loi n°2008-174 du 25 février 2008 a parfois été vivement critiquée pour prévoir, « *lorsque son état le permet* », la comparution personnelle du sujet actif dont l'irresponsabilité

¹⁵²⁹ Notons que le Code de procédure pénale chilien contient une disposition proche de ce que nous défendons ici puisqu'il prévoit la possibilité d'un accord entre sujets actif et actif sur la réparation du préjudice qui a pour effet, selon ce que décide le tribunal, d'éteindre, totalement ou partiellement, la responsabilité pénale du sujet actif pour des infractions affectant **des biens juridiques disponibles** de caractère patrimonial. Voir : A. BOVINO, *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, p. 110.

¹⁵³⁰ Cette question a été traitée en détail *supra*, voir n°684 et s.

¹⁵³¹ Article 706-20 du Code de procédure pénale. Pour une présentation détaillée de cette procédure et une comparaison avec les autres cas de déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental ; voir : S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », art. préc.

pénale doit être établie¹⁵³². Mais s'il nous semble regrettable que l'essentiel de cette audience soit destiné, conformément au but affiché de permettre à la victime de mieux comprendre et accepter la décision d'irresponsabilité¹⁵³³, à débattre de la réalité de l'abolition du discernement conduisant à la déclaration d'irresponsabilité pénale et donc d'un élément relevant de l'imputation de l'injuste, la qualification de celui-ci y occupe néanmoins une place fort importante¹⁵³⁴.

744. L'article 706-22 du Code de procédure pénale prévoit ainsi que des témoins peuvent être entendus si leur audition est nécessaire pour établir la réalité des conditions d'application de l'article 122-1 al. 1 du Code pénal mais également si elle est nécessaire « *pour établir s'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés* ».

De la même façon, la décision de la Chambre de l'instruction va s'articuler autour de ces deux idées de l'injuste et de la responsabilité : non-lieu s'il n'existe pas de charges suffisantes à l'encontre de la personne poursuivie (pas d'injuste), renvoi devant la juridiction de jugement si les charges sont suffisantes et que l'abolition du discernement n'est pas établie (injuste probable + possible responsabilité) ou « *arrêt de déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental* »¹⁵³⁵. Or les éléments que doit préciser cet arrêt ne sont pas sans rappeler la construction que nous défendons :

- tout d'abord, il « *déclare qu'il existe des charges suffisantes contre la personne d'avoir commis les faits qui lui sont reprochés* », ce que nous avons rapproché de l'injuste étant donné que la faute, *in abstracto*, doit être établie pour pouvoir retenir une qualification pénale et que l'existence d'un fait justificatif devrait conduire à un simple non-lieu¹⁵³⁶ ;
- ensuite, il se prononce sur l'irresponsabilité du sujet actif, c'est-à-dire sur la responsabilité *stricto sensu* et en particulier sur le discernement ;
- puis il peut, à la demande de la partie civile, renvoyer l'affaire devant le tribunal correctionnel pour qu'il se prononce sur la responsabilité civile du sujet actif, ce qui correspond parfaitement avec l'idée défendue plus haut de l'existence d'une antijuridicité civile dès lors qu'est qualifié un injuste ;
- enfin, il peut prononcer une mesure de sûreté suivant le schéma exposé plus haut « *injuste + irresponsabilité = mesure de sûreté* ».

¹⁵³² En plus des cas où l'état du sujet actif ne permettra pas sa comparution, un auteur relève fort justement le risque d'aggravation du sentiment d'injustice ou d'incompréhension des victimes lorsque, bien que privé de discernement au moment des faits, l'agent aura recouvré la raison au moment de l'audience et n'apparaîtra pas comme souffrant de troubles psychiatriques. En ce sens : Ph. BONFILS, « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », art. préc.

¹⁵³³ Voir : J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », art. préc. Cet auteur souligne l'importance de l'intérêt apporté aux victimes dans la mise en place de cette procédure, rappelant que celle-ci a fait suite à une enquête réalisée par la Chancellerie en 2006 selon laquelle la moitié des victimes avait « *le sentiment que sa situation n'a pas été vraiment prise en compte* » dans le cadre des procédures existant antérieurement.

¹⁵³⁴ Un auteur va même plus loin en affirmant : « *La règle d'or, quoique non exprimée dans la loi, est que l'audience doit porter sur le crime beaucoup plus que sur le criminel. En effet, l'irresponsabilité du délinquant n'empêche pas le fait de rester intrinsèquement criminel, ce qui facilite le travail de deuil des victimes.* » *Ibid.* La référence à un fait « *intrinsèquement criminel* » n'est pas sans rappeler, une fois encore, la notion d'injuste. Un autre auteur, qui défend une idée similaire par le terme de « *culpabilité matérielle* », n'est pas loin d'arriver aux mêmes conclusions : « *Il est indéniable que la loi peut légitimement différencier le cas de la personne 'entièrement' innocente (qui n'est pas l'auteur des faits poursuivis, qui n'a pas réalisé un acte délictueux, ou dont l'état d'esprit au moment des faits n'était pas l'intention exigée par le texte d'incrimination) de celle à l'encontre de laquelle peuvent être relevés les éléments légal, matériel et moral (sauf l'imputabilité) de l'infraction, mais qui était atteinte d'un trouble mental ayant aboli son libre arbitre au moment des faits. Partant, il est logique de créer une décision de règlement de l'instruction particulière, fondée sur cette circonstance.* » Voir : S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », art. préc.

¹⁵³⁵ Respectivement, articles 706-123, 706-124 et 706-125 du Code de procédure pénale.

¹⁵³⁶ Il faut néanmoins souligner que ce n'est là que l'émergence d'une qualification de l'injuste et non une véritable qualification judiciaire de celui-ci, le Conseil Constitutionnel ayant souligné que « *la chambre de l'instruction n'est compétente ni pour déclarer que cette personne a commis les faits qui lui sont reprochés ni pour se prononcer sur sa responsabilité civile* ». Voir : Cons. Const., 21 février 2008, n°2008-562 DC.

745. Mais si cette audience nouvelle en cas d'irresponsabilité pénale établie au stade de l'instruction a été motivée par le souci de faire mieux accepter celle-ci à des victimes souvent indignées par les décisions de non-lieu et désireuses de voir leur affaire jugée publiquement, il nous semble que cette situation particulièrement sensible dans l'opinion pour concerner des faits divers parfois sordides et fortement médiatisés, soulève une problématique qui la dépasse très largement.

Malgré l'importance qui est ici accordée à la question de l'irresponsabilité et les incertitudes sur la nature de l'arrêt rendu par la Chambre de l'instruction, on peut voir dans cette nouveauté procédurale l'émergence d'une scission du procès pénal *stricto sensu* en deux étapes distinctes : la première qualifiant l'injuste, et la seconde se prononçant sur l'imputation de l'injuste et en particulier sur la responsabilité pénale.

Fondée sur la distinction que nous avons défendue en droit pénal de fond au niveau des éléments de « l'infraction », une telle scission, véritablement fondée sur la notion d'injuste, serait selon nous fort opportune dans le procès pénal *lato sensu*¹⁵³⁷.

B. L'opportune scission procédurale entre qualification de l'injuste et imputation de l'injuste.

746. Face à la complexité et, parfois, aux incohérences d'un droit positif écartelé entre préservation des intérêts des victimes et réaffirmation de la nature publique du procès pénal, il semble opportun de proposer une scission du procès pénal qui garantirait les droits du sujet passif (1) tout en précisant la place des « victimes » (2) dans une procédure pénale qui doit rester de nature essentiellement publique lorsqu'il s'agit d'imputer une responsabilité de nature pénale au sujet actif¹⁵³⁸.

1°/ Garantie de la qualification de l'injuste.

747. Lorsque nous avons évoqué la crise actuelle du droit pénal, nous avons insisté sur les difficultés d'adaptation du droit pénal à la société du risque et, en particulier, sur l'extrême difficulté qui existe à l'heure d'établir des responsabilités individuelles au regard de victimes déterminées en cas de catastrophes collectives, de produits défectueux ou encore de santé publique¹⁵³⁹. Il était alors apparu que le droit pénal n'était pas forcément le mieux adapté pour appréhender ces situations mais que la voie civile souffrait également de graves inconvénients, le plus sérieux étant que la charge de la preuve incombant au demandeur, celle-ci se révélait extrêmement difficile à apporter pour les victimes sans le concours du Ministère public et de la

¹⁵³⁷ Comme le souligne fort justement un auteur, il faut souhaiter que le législateur intervienne pour remédier aux incertitudes sur la nature « originale » de l'arrêt rendu par la Chambre de l'instruction qui « ne s'intercale encore qu'imparfaitement entre le non-lieu et le renvoi, entre une simple décision d'instruction et une décision de jugement, entre une déclaration d'innocence et une déclaration de culpabilité ». Voir : S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », art. préc.

¹⁵³⁸ L'idée d'une « césure » du procès pénal en deux phases n'est pas nouvelle et avait notamment été défendue par ANCEL, qui souhaitait distinguer la phase de la « conviction » de celle de la « sentence ». Une différence fondamentale sépare néanmoins la construction ici proposée de celle du père de la défense sociale nouvelle : celui-ci considérerait en effet que devait figurer dans la première phase « la matérialité des faits » et « leur qualification juridique » mais aussi les questions relatives à « l'imputabilité de l'auteur », ce qui conduisait à n'envisager la seconde phase qu'en cas de culpabilité de l'agent, celle-ci étant alors destinée à « choisir la sanction appropriée à sa situation et à ses caractéristiques individuelles ». En plus de correspondre à une conception étroite du procès pénal n'incluant ni la phase d'enquête ni celle d'exécution des peines, cette « césure », que de nombreux auteurs retrouvent en droit positif dans le mécanisme de l'ajournement de la peine, revient à distinguer la constitution de l'infraction telle qu'elle est classiquement entendue de la décision sur la peine là où nous souhaitons séparer la qualification d'un injuste abstraitement constitué de la reconnaissance de la responsabilité pénale personnelle et de ses conséquences. Voir : M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 219-221 ; A. D'HAUTEVILLE, « L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions », R.S.C. 1991, p. 149 ; G. LEVASSEUR, « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », R.S.C. 1991, p. 9. Certains auteurs reprennent également cette idée de césure pour séparer les questions relatives à la responsabilité de celles, distinctes, relatives à la dangerosité. En ce sens : J. DANET, C. SAAS, « Le fou et sa 'dangerosité', un risque spécifique pour la justice pénale », art. préc.

¹⁵³⁹ Sur la difficulté pour le droit d'appréhender ces accidents de la « société moderne », voir *supra*, n°380 et s.

police judiciaire¹⁵⁴⁰. Or la scission que nous proposons permettrait de garantir au sujet actif un droit total à la qualification de l'injuste grâce au caractère public de l'enquête tout en précisant et délimitant les prérogatives légitimes des « victimes » et leur place dans le procès pénal *lato sensu*.

Or si l'on réexamine les situations évoquées à la lumière de la construction ici défendue, il apparaît que la plupart du temps, l'injuste pourra être relativement facilement qualifié grâce à une enquête menée à bien par la puissance publique et que seule posera véritablement problème la détermination des responsabilités individuelles.

Si l'on pense par exemple à l'effondrement d'une tribune tuant des dizaines de spectateurs, alors qu'une victime seule ne pourrait faire procéder aux expertises nécessaires sans de grandes difficultés, notamment financières, l'enquête pourra sans doute établir l'existence d'un résultat typique au sens de l'article 221-6 du Code pénal et déterminer l'origine de l'accident (défaut de montage, de construction, d'entretien...), qualifiant de ce fait une faute *in abstracto*, le bon père de famille ayant nécessairement bien monté, construit ou entretenu la tribune. Dans ces cas là, il pourrait d'ores et déjà être procédé à une qualification de l'injuste.

Les difficultés relatives à l'identification des sujets actifs personnellement responsables et à la mise en œuvre des procédures particulières d'imputation (et en particulier l'établissement d'une faute qualifiée) persisteraient mais n'auraient plus les conséquences extrêmes qu'elles peuvent avoir aujourd'hui : une fois l'injuste établi par l'autorité publique et qualifié par l'autorité judiciaire, la victime pourrait alors demander une indemnisation sans attendre que soient précisément jugées les responsabilités pénales individuelles ou même obtenir réparation si l'injuste est établi à l'encontre d'une personne déterminée¹⁵⁴¹. Surtout, le besoin de vérité des victimes serait pleinement satisfait puisque les circonstances précises de leur malheur auraient été établies.

Mais ce droit à la qualification de l'injuste ne doit pas avoir pour conséquence une immixtion des victimes dans l'imputation de l'injuste.

2°/ Précision des parties aux deux phases du procès.

748. Si l'on suit notre logique jusqu'au bout, on pourrait alors défendre que le sujet passif puisse exercer une « action pénale », quelle que soit la position du Ministère public, aux fins de faire qualifier judiciairement l'injuste. **Véritable partie de la première phase du procès pénal**, le sujet passif pourra alors déclencher les poursuites, participer à la manifestation de la vérité en demandant tout acte utile à celle-ci puis demander la qualification de l'injuste, ce qui impliquerait de lui reconnaître la possibilité de faire appel de la décision niant que celui-ci fut constitué.

Une fois cette qualification judiciaire de l'injuste établie en revanche, **une seconde phase** du procès pénal s'ouvrirait qui en tirerait les conséquences, pénales (ou « *para-pénales* » si l'on pense aux mesures de sûreté) et civiles pour le sujet actif. Conformément à ce que nous avons défendu, **le sujet passif ne serait plus alors partie au procès pénal**. Hors des cas particuliers admis plus haut en cas d'injuste constitué par une atteinte à un bien juridique personnel disponible, il ne pourra aucunement intervenir sur la question de l'établissement la responsabilité *lato sensu* du sujet actif, pas plus que sur la peine qui devrait être prononcée à son encontre ou sur l'exécution de celle-ci. Le sujet passif se trouverait alors, pour peu qu'il soit fondé à demander réparation d'un préjudice né de l'injuste, placé exactement dans la même situation que les parties civiles n'exerçant qu'une action strictement civile. Le sujet actif se retrouverait alors face au Ministère public, seul légitime à requérir une peine au nom de la société qu'il représente.

¹⁵⁴⁰ Ces lacunes de la voie civile sont souvent soulignées pour expliquer la préférence des victimes pour la « voie pénale ». Le législateur a cependant pris acte de ces difficultés et a développé la possibilité pour le juge civil de mener de véritables enquêtes, ce que certains auteurs n'hésitent pas à qualifier d'« *instruction civile* ». Voir, en ce sens, et soulignant le paradoxe de la menace concomitante pesant sur l'instruction pénale : F. BUSSY, « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », R.S.C. 2007, p. 39.

¹⁵⁴¹ Sur les mécanismes d'indemnisation des victimes par le Fonds d'indemnisation et sur la possibilité d'engager la responsabilité civile du sujet actif de l'injuste même en l'absence de responsabilité ou d'impossibilité d'imputation de l'injuste en droit positif, voir *supra*, n°690 et s.

749. Si la forme que devrait prendre l'audience et la juridiction compétente pour qualifier l'injuste reste encore à définir¹⁵⁴², il nous semble que cette possibilité de scission du procès pénal *lato sensu* mériterait une réflexion plus approfondie pour permettre de ménager les intérêts des victimes tout en préservant le caractère public de ce qui constitue l'essence du procès pénal : l'imputation de l'injuste. Fondée sur la même distinction que la structure de l'infraction, elle offrirait un cadre clair et cohérent aux prérogatives des différentes parties, publique et privées, concernées à un titre ou à un autre, par la commission du comportement incriminé.

Même si l'adoption du critère de la titularité du bien juridique comme fondement à « l'action pénale » nécessiterait une modification législative pour être compatible avec le droit positif et que certains points devraient être précisés comme les prérogatives des titulaires de biens juridiques diffus ou des non titulaires exerçant l'action du titulaire qui ne peut l'exercer lui-même, les quelques pistes que nous proposons ici nous semblent pouvoir mener à une grille de réflexion permettant de dégager des critères et des principes restaurant une cohérence rendue imparfaite par les mouvements parfois contradictoires du droit positif entre recherche de satisfaction des « victimes » et réaffirmation de la place de l'autorité publique dans le conflit pénal.

750. De la même façon que la protection particulière accordée par le droit pénal conduit à reconnaître le bien juridico-pénal comme un concept autonome de celui de bien juridique, la nature particulière de l'atteinte qui lui est portée doit conduire à accorder à son titulaire une action véritablement « pénale » lui permettant d'accéder à une qualification véritable de l'injuste. Mais si cette qualification de l'injuste intéresse autant le sujet passif de l'atteinte que la puissance publique, il n'en est pas de même de la répression de l'injuste, prérogative exclusivement régaliennne et dont les victimes doivent absolument être tenues à l'écart, non seulement d'un point de vue purement théorique mais également pour assurer, en pratique, l'égalité des justiciables devant le droit. Partiellement conforme au droit positif, cette stricte séparation entre injuste et imputation de l'injuste pourrait opportunément fonder une nouvelle organisation du procès pénal.

751. **Conclusion du Chapitre.** Il apparaît que bien au-delà de la stricte qualification de l'infraction, l'injuste pourrait offrir de précieux critères de distinction dans une matière de la constitution de partie civile par les « victimes » particulièrement troublée en droit positif.

Puisque l'injuste suppose à la fois une atteinte à la loi et au bien juridico-pénal, le critère de la qualité de titulaire du bien juridique affecté par le comportement prohibé pourrait permettre de distinguer les « victimes » n'ayant subi qu'un préjudice de celles qui sont les véritables sujets passifs de l'injuste. Il serait alors possible de distinguer l'action civile à finalité réparatrice d'une véritable « action pénale », reconnue aux seuls sujets passifs de l'injuste et dont les prérogatives pourraient être précisées sur le fondement de la distinction entre injuste et imputation de l'injuste.

Déterminée par la nature du bien juridique atteint, la notion de titularité du bien juridique pourrait s'émanciper de celle de droit subjectif et admettre, outre une titularité collective non rattachée à la personnalité juridique, une dissociation entre titularité et exercice qui permette à la fois la représentation des sujets passifs non titulaires de la personnalité juridique et un meilleur encadrement de l'intervention des associations de victimes.

¹⁵⁴² Malgré les réserves formulées par le Conseil Constitutionnel sur la nature de la décision rendue par la Chambre de l'instruction dans le cadre de la procédure actuelle, on pourrait envisager que la refonte à venir de la procédure pénale permette à la future « Chambre de l'enquête et des libertés » de rendre un jugement de qualification de l'injuste. Il semblerait néanmoins préférable que la qualification de l'injuste soit réservée à la juridiction de jugement, celle-ci raisonnant alors seulement en deux temps : qualification de l'injuste et, le cas échéant, conséquences pénales et civiles de celui-ci.

En tant que titulaires du bien juridique affecté, les sujets passifs de l'injuste verraient leur droit à la qualification de celui-ci réaffirmé mais, parallèlement, elles seraient absolument écartées de ce qui relève de l'imputation de l'injuste, prérogative exclusive de la puissance publique. La distinction entre injuste et imputation de l'injuste pourrait alors utilement se retrouver dans la procédure pénale par la scission du procès pénal *lato sensu* entre une première phase consacrée à l'enquête et au jugement de l'injuste et débouchant sur la qualification de celui-ci et une seconde phase comprenant l'établissement de la responsabilité pénale, la détermination de la peine et son exécution. Véritables parties de la première phase du procès pénal, les sujets passifs spécifiques de l'injuste se verraient par principe exclus de la seconde, relative à la mise en œuvre de l'imputation de l'injuste, prérogative régaliennne exclusivement attachée à la puissance publique.

752. ___ **Conclusion du Titre.** ___ Que l'on se place du point de vue du sujet actif ou du sujet passif du comportement prohibé, on s'aperçoit que le droit positif s'appuie de plus en plus souvent sur des critères proches de ce que nous avons défini comme constituant « *l'injuste* » pour leur attribuer des effets juridiques.

Responsabilités civile et pénale du sujet actif se trouvent ainsi déterminées par la qualification préalable de l'injuste alors que celui-ci va fonder l'action « *pénale* » des particuliers devant les juridictions répressives et permettre de la distinguer de l'action civile en réparation des divers préjudices qu'a pu causer le comportement prohibé.

L'injuste, dans les relations qu'il entretient avec le concept de bien juridique, permet de mieux distinguer les aspects privé et public du conflit né de la réalisation du comportement incriminé et de réaffirmer l'importance de la responsabilité du sujet actif comme préalable à toute imputation pénale de l'injuste tout en préservant les intérêts légitimes des victimes.

La « *privatisation* » du procès pénal *lato sensu* pourrait alors être strictement encadrée et limitée à ce qui a trait à l'atteinte antijuridique subie par le bien juridico-pénal concret, rattaché à un titulaire déterminé, et les prérogatives régaliennes de la puissance publique issues de la violation de la loi seraient préservées. Justice civile à vocation réparatrice et justice pénale à vocation répressive verraient ainsi leurs domaines respectifs restaurés et leurs canaux de communications précisés.

753. — **Conclusion de Partie** — Alors que la reconnaissance nécessaire de la dualité de l'atteinte causée par l'infraction, à un bien juridique protégé et à la loi elle-même, pouvait laisser craindre une désorganisation fatale de notre théorie du droit pénal, déjà malmenée par les évolutions de la politique criminelle et de la « *société moderne* », il apparaît au contraire que celle-ci conduit à envisager la théorie de l'infraction sous un jour nouveau et à proposer des critères permettant de dégager une organisation plus cohérente des éléments la constituant. Si nous nous sommes parfois éloignée, dans cette relecture du droit pénal, de certaines solutions du droit positif, nous avons néanmoins souvent abouti à consacrer ses distinctions et, parfois, à éclairer certaines de ses subtilités.

En érigeant le concept de bien juridique en objet de protection du droit pénal et en le remplaçant dans la notion plus générale d'injuste, nous avons abouti à une scission fondamentale de l'infraction entre qualification de l'injuste et imputation de la responsabilité pénale. Aux faiblesses de la notion fluctuante d'« *infraction* », nous avons vu qu'il était possible d'opposer une notion précise, l'« *injuste* », véritable « *nœud* » de la théorie de l'infraction et de ses conséquences, pénales et extra-pénales, et possible critère de la redéfinition des différentes responsabilités et prérogatives de l'ensemble des parties, privées et publique, à l'origine de l'injuste ou en ayant subi les conséquences, du procès pénal *lato sensu*.

Soumis aux grands principes, formels et matériels, du droit pénal, l'injuste se trouve alors au cœur d'une théorie qui se propose d'offrir un cadre de réflexion renouvelé permettant de concilier la réaffirmation des acquis passés de la théorie du délit et l'intégration des problématiques nouvelles que la conception matérialiste et légaliste traditionnelle ne permet pas d'intégrer. Dominé par une appréciation abstraite, l'injuste établit une appréciation hautement axiologique mais distincte de la réprobation, subjective et concrète, de la faute du sujet actif, fondée sur la responsabilité qui justifie la peine. Or si elles ne sauraient permettre, à elles seules, d'endiguer l'émergence d'un « *droit pénal du danger* » qui entend s'affranchir des exigences classiques de la théorie du délit comme de la responsabilité, les notions d'injuste et d'imputation de l'injuste nous semblent à même d'offrir un cadre d'analyse privilégié des évolutions et dérives du droit positif en permettant d'accéder à une conception matérielle du droit pénal.

CONCLUSION GENERALE.

754. Le concept de bien juridique, dans les relations qu'il entretient avec la notion d'antijuridicité, nous permet d'arriver à une conception matérielle de l'injuste et donc, plus largement, du droit pénal. Nous avons vu que de nombreuses solutions du droit positif, et en particulier de la jurisprudence, s'intègrent parfaitement à la construction que nous défendons même si certaines garanties matérielles issues de la reconnaissance de l'infraction comme atteinte à un bien juridique pénalement protégé par un sujet actif responsable peinent à émerger (comme les notions d'imputation objective, d'exigibilité ou d'erreur sur l'atteinte à un bien juridique). De la même façon, si la responsabilité comme unique fondement de l'imputation de l'injuste demeure menacée, la distinction entre l'injuste et son imputation permet de mieux mettre en lumière les carences des garanties actuellement accordées par ces mécanismes nouveaux.

Or la reconnaissance d'une délimitation matérielle du droit pénal, non par la détermination illusoire d'une liste de biens juridiques *a priori* dignes de protection, mais par un cadre théorique renouvelé semble particulièrement nécessaire à l'heure où la législation « *s'emballe* » et où le législateur prétend s'affranchir des garanties traditionnelles reconnues par notre ordre juridique. Face à l'éclatement du droit pénal, à son expansion toujours croissante, à son instabilité de plus en plus grande et à la dilution de la notion de responsabilité, les principes comme les grilles de lecture traditionnels, opposant objectivisme et subjectivisme, semblent en effet bien impuissants.

Là où le principe de légalité est censé assurer la sécurité juridique, on déplore l'inaccessibilité d'une législation toujours plus complexe et mouvante dont les incriminations se chevauchent de plus en plus souvent, et seul demeure le principe d'interprétation stricte qui, détourné de sa finalité première, contribue à ajouter à l'imprévisibilité du droit. Là où le principe de matérialité est censé garantir un fondement concret à la répression pénale, on voit se développer les incriminations n'exigeant qu'un élément matériel minimum ou même, dépourvues de toute exigence de comportement et l'aggravation exceptionnelle de la répression en raison d'un simple mobile. Là, enfin, où le principe de la responsabilité personnelle exige que soit qualifiée une faute, imputée à un sujet responsable, on voit perdurer les infractions de résultat et se mettre en place des réponses à l'acte infractionnel fondées non sur la responsabilité, mais sur la « *dangerosité* ».

En affirmant que l'infraction ne peut exister que si le comportement est constitutif d'un injuste, nous réaffirons la nécessité d'une contrariété au Droit dans son sens matériel et non pas seulement formel. La qualification de l'injuste, parce qu'elle implique une réprobation objective et non pas seulement une appréciation causale, dévoile le caractère essentiellement axiologique du droit pénal lui-même sans pour autant le confondre avec la morale. Reconnaître que la loi pénale ne trouve pas sa finalité dans sa propre subsistance mais dans la protection de biens juridico-pénaux ne revient pas à nier l'exigence de la loi comme source unique des interdits pénaux mais seulement à rejeter le mythe d'une interprétation stricte encore trop marquée par le culte de la loi et l'interprétation littérale qui l'accompagne.

La réalité politique n'a en effet plus rien à voir avec les théories du contrat social censées, aujourd'hui encore, fonder notre système juridique et, à la dégradation « institutionnelle » de la qualité du travail législatif s'ajoute une instrumentalisation à peine voilée des fonctions du droit pénal. Or si nous désapprouvons formellement les conséquences extrêmes des théories sociologiques qui prétendent faire du droit un système autopoïétique aussi peu protecteur que les conceptions normativistes, les apports des sciences sociales sont indéniables sur l'observation du processus de création de la norme et révèlent fort bien les conséquences désastreuses, sur la législation, du détournement de la fonction pédagogique du droit pénal et de sa soumission au « temps médiatique » et à la démocratie d'opinion. Plutôt que de se réfugier derrière une neutralité feinte qui conduit à la légitimation de ces phénomènes, il nous semble indispensable d'assumer l'indéniable contenu axiologique de notre objet d'étude et d'en tirer toutes les conséquences.

La création de la loi, comme son interprétation et son analyse, sont guidées par des valeurs et ce n'est pas instituer une responsabilité morale que de l'affirmer. Il faut admettre, dans la théorie de l'infraction, que la qualification de l'injuste obéit à une appréciation axiologique guidée par la finalité de protection des biens juridiques, émanation des valeurs, et destinée à établir une réprobation *in abstracto* du comportement du sujet actif. L'imputation de l'injuste, en revanche, se fonde sur la responsabilité subjective, indispensable à la qualification de l'infraction. Loin de se confondre avec une responsabilité morale pour être, précisément, déterminée par la loi, l'exigence de la responsabilité pénale comme préalable à toute peine doit absolument être réaffirmée dans un système pénal qui doit impérativement rester fondé sur l'idée de libre arbitre s'il ne veut risquer de sombrer dans l'autoritarisme ou le totalitarisme, et d'aboutir à la négation même de la personne en tant que sujet de Droit.

Or l'émergence, aux côtés de l'infraction, d'une forme d'imputation de l'injuste basée non sur la responsabilité mais sur la « dangerosité », conduit à s'interroger sur les fondements mêmes d'une telle imputation et sur les principes qui doivent gouverner cette catégorie indéfinie que constituent les « mesures de sûreté », très partiellement soumises aux principes protecteurs du droit pénal, et qui s'appuient sur une notion indéterminée que nul ne semble véritablement capable de définir.

Réorganiser la théorie du délit autour des notions d'injuste et d'imputation de l'injuste en soumettant chacune de ces notions à des principes directeurs clairs et affirmés, issus de la finalité de protection du bien juridique, ne permet sans doute pas d'éviter la dérive du droit pénal vers un « droit pénal du danger ». Mais l'affirmation d'une nécessaire atteinte, *lato sensu*, à un bien juridique pour constituer l'antijuridicité pénale permet néanmoins de fournir un critère au domaine légitime du droit pénal et à rejeter, hors de lui et vers ce que l'on appelle parfois un « droit administratif pénal », les comportements qui ne menacent pas de véritables biens *juridico-pénaux* mais seulement des biens juridiques formels. De la même façon, la réaffirmation de la responsabilité comme condition de l'imputation de l'injuste devra conduire à préciser le fondement des nouvelles formes d'imputation qui se développent dans notre législation pendant que la nette distinction entre l'injuste et son imputation permettra de préciser la place des victimes dans le procès pénal.

D'avantage que par la détermination *a priori* des valeurs dont émanent les biens juridiques, c'est par la théorie de l'infraction elle-même que le droit pénal peut ainsi espérer retrouver son identité en perte.

BIBLIOGRAPHIE.

- I. Ouvrages généraux, traités, manuels.
 - A. Ouvrages anciens.
 - 1. Sources françaises.
 - 2. Sources allemandes.
 - 3. Sources latino américaines.
 - 4. Sources italiennes.
 - B. Ouvrages de droit pénal général.
 - 1. Sources françaises.
 - 2. Sources allemandes.
 - 3. Sources espagnoles.
 - 4. Sources italiennes.
 - C. Ouvrages de droit pénal spécial, procédure pénale et droit pénal comparé.
 - 1. Sources françaises.
 - 2. Sources espagnoles.
 - 3. Sources latino américaines.
 - D. Ouvrages d'histoire du droit, de philosophie du droit, de sociologie et de politique criminelle.
 - 1. Sources françaises.
 - 2. Sources espagnoles.
 - E. Ouvrages de droit civil et d'introduction générale au droit.
 - 1. Sources françaises.
- II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies.
 - A. Ouvrages de droit pénal général, de droit pénal spécial et de procédure pénale.
 - 1. Sources françaises.
 - 2. Sources allemandes.
 - 3. Sources espagnoles.
 - 4. Sources latino américaines.
 - 5. Sources italiennes.
 - B. Ouvrages de théorie et de philosophie du droit, de sociologie et de politique criminelle.
 - 1. Sources françaises.
 - 2. Sources allemandes.
 - 3. Sources espagnoles.
 - 4. Sources italiennes.
 - 5. Sources d'autres pays.
- III. Dictionnaires, lexiques, encyclopédies.
- IV. Articles, études, chroniques.
 - A. Sources françaises.
 - B. Sources allemandes.
 - C. Sources espagnoles.
 - D. Sources latino américaines.
 - E. Sources italiennes.
 - F. Sources belges.
 - G. Sources d'autres pays.
- V. Presse.
- VI. Sites internet.
 - A. En langue française.
 - B. En langue espagnole.

I. Ouvrages généraux, traités, manuels.

A. Ouvrages anciens.

1. Sources françaises.

- DONNEDIEU DE VABRES (Henri),
 - *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1947, 1066 p.
- GARÇON (Émile),
 - *Code pénal annoté*, 1^{ère} éd., Paris, L. Larose et L. Tenin, 1901, 2 volumes.
 - *Le droit pénal*, Collection Payot, 1921, 160 p.
- GARRAUD (René),
 - *Précis de droit criminel*, 3^e éd., Paris, L. Larose et Forcel, 1888, 813 p.
 - *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, 3^e éd., Paris, Sirey, 1913, tome I, 813 p.
 - *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, Paris 1907, tome I.
- MERLE (Roger), VITU (André),
 - *Traité de droit criminel ; Droit pénal général*, Cujas, 1967, 1346 p.
- ORTOLAN (Joseph Louis),
 - *Éléments de droit pénal*, 3^e éd., Paris, Henri Plon, 1863, tome I, 606 p.
- ROSSI (Pellegrino),
 - *Traité de droit pénal*, 2^e éd., Paris, Guillaumin et C^{ie}, 1855, tome I, 328 p.
- ROUSSELET (Marcel), PATIN (Marcel),
 - *Précis de droit pénal spécial*, 4^e éd., Sirey, 1941, 732 p.

2. Sources allemandes.

- LISZT (Franz) von,
 - *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17^e édition allemande (1908) par R. Lobstein, Paris, V. Giard & E. Brière, 1911, tome I, 417 p.
 - *Tratado de derecho penal*, traduit de la 20^e éd. Allemande par L. Jimenez de Asua, 4^e éd., Madrid, Reus, coll. *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*, 1999, tome I, II et III, 1582 p.
- WELZEL (Hans),
 - *Estudios de derecho penal*, traduit de l'allemand par E. Aboso et Tea Lôw, Buenos Aires, B de F, 2003, 156 p.

3. Sources italiennes.

- FERRI (Enrico),
 - *Elementos y circunstancias del delito*, traduit de l'édition italienne de 1923 par J.-A. Rodríguez Muñoz, Bogotá, Leyer, 1993, 178 p.

B. Ouvrages de droit pénal général.

1. Sources françaises.

- BOULOC (Bernard),
 - *Droit pénal général*, 20^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2007, 710 p.
- CONTE (Philippe), MAISTRE DU CHAMBON (Patrick),
 - *Droit Pénal Général*, 7^e éd., Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, 394 p.

- DESPORTES (Frédéric), LE GUNEHHEC (Francis),
 - *Droit pénal général*, 16^e éd., Economica, coll. *Corpus droit privé*, 2009, 1248 p.
- JEANDIDIER (Wilfrid),
 - *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. *Domat Droit privé*, 1988, 530 p.
- MASCALA (Corinne),
 - *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. *Pages d'amphi*, 2003, 217 p.
- MERLE (Roger), VITU (André),
 - *Traité de droit criminel ; Droit pénal général*, 7^e éd., Cujas, 1997, 1068 p.
- PIN (Xavier),
 - *Droit pénal général*, 2^e éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2007, 397 p.
- PRADEL (Jean),
 - *Manuel de droit pénal général*, 17^e éd., Cujas, coll. *Manuels*, 2008, 836 p.
- et VARINARD (André), *Les grands arrêts du droit pénal général*, 6^e éd., Dalloz, coll. *Grands arrêts*, 2007, 734 p.
- RASSAT (Michèle-Laure),
 - *Le droit pénal*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 2005, 154 p.
 - *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2006, 635 p.
- ROBERT (Jacques-Henri),
 - *Droit pénal général*, 6^e éd., PUF, coll. *Thémis Droit privé*, 2005, 564 p.
- SORDINO (Marie-Christine),
 - *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., Ellipses, coll. *Universités Droit*, 2009, 336 p.

2. Sources allemandes.

- JAKOBS (Günther),
 - *Derecho penal: Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación*, traduit de la 2^e éd. Allemande par J. Cuello Contreras et J.-L. Serrano Gonzales de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995, 1113 p.
- ROXIN (Claus),
 - *Derecho penal: parte general. Tomo I*, traduit de la 2^e éd. allemande par D-M. Luzón Peña, Madrid, Thomson, coll. *Civitas*, 1997, 1071 p.

3. Sources espagnoles.

- ÁLVAREZ GARCÍA (Javier),
 - *Introducción a la teoría jurídica del delito*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, 141 p.
- LUZÓN PEÑA (Diego-Manuel),
 - *Curso de derecho penal : Parte general I*, Madrid, Editorial Universitas, 2002, 651 p.
- MIR PUIG (Santiago),
 - *Derecho penal : parte general*, 7^e éd., Barcelona, Reppertor, 2004, 781 p.
- MUÑOZ CONDE (Francisco),
 - *Teoría general del delito*, 3^e éd., Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, 246 p.

4. Sources italiennes.

- CARNULETTI (Francesco),
 - *Teoría general del delito*, traduit de l'italien par W. Roces, Cometa, Madrid, coll. *Clásicos del derecho*, 2007, 446 p.

C. Ouvrages de droit pénal spécial, procédure pénale et droit pénal comparé.

1. Sources françaises.

- BOULOC (Bernard),
 - *Procédure pénale*, 21^e éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2007, 1055 p.
- CONTE (Philippe), MAISTRE DU CHAMBON (Patrick),
 - *Procédure pénale*, 4^e éd., Armand Colin, coll. *U*, 2002, 468 p.
- CONTE (Philippe),
 - *Droit pénal spécial*, 3^e éd., Litec, coll. *Manuels*, 2007, 432 p.
- GUINCHARD (Serge), BUISSON (Jacques),
 - *Procédure pénale*, 5^e éd., Litec, coll. *Manuel*, 2009, 1292 p.
- LEROY (Jacques),
 - *Procédure pénale*, L.G.D.J, coll. *Manuel*, 2009, 568 p.
- MALABAT (Valérie),
 - *Droit pénal spécial*, 4^e éd., Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 2009, 542 p.
- PRADEL (Jean),
 - *Droit pénal comparé*, 3^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2008, 892 p.
 - *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2009, 834 p.
- RASSAT (Marie-Laure),
 - *Droit pénal spécial, Infractions des et contre les particuliers*, 5^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2006, 724 p.

2. Sources espagnoles.

- ARMENTA DEU (Teresa),
 - *Lecciones de derecho procesal penal*, 3^e éd., Marcial Pons, Madrid, coll. *M*, 2007, 389 p.
- BERISTAIN (Antonio),
 - *Protagonismo de las víctimas de hoy y de mañana ; Evolución en el campo jurídico penal, prisional y ético*, Tirant lo blanch, Valencia, coll. *manuales*, 2004, 398 p.

3. Sources latino américaines.

- BOVINO (Alberto),
 - *Principios políticos del procedimiento penal*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2005, 124 p.

D. Ouvrages d'histoire du droit, de théorie et philosophie du droit, de sociologie et de politique criminelle.

1. Sources françaises.

- ARON (Raymond),
 - *Les étapes de la pensée sociologique*, Gallimard, coll. *Tel*, 2006, 663 p.
- ATIAS (Christian),
 - *Épistémologie juridique*, Dalloz, coll. *Précis*, 2002, 230 p.
- CARBASSE (Jean-Marie),
 - *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, PUF, coll. *Droit fondamental*, 2000, 445 p.
- CHARLES (Raymond),
 - *Histoire du droit pénal*, PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1969, 127 p.

- COSTER De (Michel),
 - *Introduction à la sociologie*, 4^{ème} éd., De Boeck Université, coll. *Ouvertures sociologiques*, 1996, 289 p.
- DELRUELLE-VOSSWINKEL (Nicole),
 - *Introduction à la sociologie générale*, 3^{ème} éd., Éditions de l'Université de Bruxelles, 1992, 341 p.
- FAGET (Jacques),
 - *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville Saint-Agne, Érès, coll. *Trajets*, 2002, 145 p.
- LAINGUI (André), LEBIGRE (Arlette),
 - *Histoire du droit pénal*, T. 1, Cujas, coll. *Synthèse*, 223 p.
- LALLEMENT (Michel),
 - *Histoire des idées sociologiques de Parsons aux contemporains*, 2^{ème} éd., Armand Collin, coll. *Circa*, 2005, 240 p.
- LAZERGES (Christine),
 - *Introduction à la politique criminelle*, L'Harmattan, *Traité de sciences criminelles*, 2000, 141 p.
- PARAMELLE (France),
 - *Histoire des idées en criminologie au XIX^{ème} et au XX^{ème} siècle : Gabriel Tarde*, L'Harmattan, coll. *Logiques sociales*, 2005, 335 p.
- PRADEL (Jean),
 - *Histoire des doctrines pénales*, 2^{ème} éd., PUF, coll. *Que sais-je ?*, 1991, 127 p.

2. Sources espagnoles.

- MARCOS RIVERO SÁNCHEZ (Juan),
 - *Episteme y derecho*, Comares, Granada, coll. *Estudios de derecho penal*, 2004, 296 p.
- MORÁN MARTÍN (Remedios),
 - *Historia del derecho privado, penal y procesal*, Universitas, Madrid, coll. *U*, 2002, 2 tomos.

E. Ouvrages de droit civil, d'introduction générale au droit et d'autres disciplines juridiques.

1. Sources françaises.

- CABRILLAC (Rémy),
 - *Introduction générale au droit*, 7^{ème} éd., Dalloz, coll. *Cours*, 2007, 258 p.
 - et al. , *Libertés et droits fondamentaux*, 14^{ème} éd., Dalloz, 2008, 860 p.
- CARBONNIER (Jean),
 - *Droit civil : 1/ Les personnes*, PUF, coll. *Thémis Droit privé*, 2000, 425 p.
- CONTE (Philippe), MAISTRE DU CHAMBON (Patrick),
 - *La responsabilité civile délictuelle*, 4^{ème} éd., PUG, coll. *Le droit en plus*, 2003, 172 p.
- CORNU (Gérard),
 - *Droit civil ; Les personnes*, 13^{ème} éd., Montchrestien, coll. *Domat, droit privé*, 2007, 249 p.
- DOUCHY-LOUDOT (Mélina),
 - *Droit civil 1^{ère} année ; Introduction, personnes, famille*, 4^{ème} éd., Dalloz, coll. *Hypercours*, 2007, 418 p.
- PETIT (Bruno),
 - *Les personnes*, 3^{ème} éd., PUG, coll. *Le droit en plus*, 2003, 124 p.
- TERRE (François),
 - *Introduction générale au droit*, 6^{ème} éd., Dalloz, coll. *Précis*, 2003, 609 p.
- VINEY (Geneviève), JOURDAIN (Patrice),
 - *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, L.G.D.J, 3^{ème} éd., 2006, 1397 p.

II. Ouvrages spéciaux, thèses et monographies.

A. Ouvrages de droit pénal général, de droit pénal spécial et de procédure pénale.

1. Sources françaises.

- BELLAMY (Jean),
 - *Le préjudice dans l'infraction pénale*, thèse Nancy 1937, Imprimerie Georges Thomas, 172 p.
- BONFILS (Philippe),
 - *L'action civile ; Essai sur la nature juridique d'une institution*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2000, 646 p.
- CONTE (Philippe) et al.,
 - *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, *Carré Droit*, 2003, 122 p.
- DANA (Adrien-Charles),
 - *Essai sur la notion d'infraction pénale*, L.G.D.J., Paris, 1982, 568 p.
- DASKALAKIS (Elie),
 - *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, thèse Paris, 1969, 440 p.
- DURAND (Bernard) et al.,
 - *La douleur et le droit*, PUF, 1997, 514 p.
- KELLERSON (Philippe),
 - *La contractualisation de la réponse pénale*, Mémoire de DEA, Université Montpellier I, E.R.P.C, 2003, 112 p.
- MALABAT (Valérie),
 - *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Thèse Bordeaux IV, 1999, 421 p.
- MARÉCHAL (Jean-Yves),
 - *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003, 559 p.
- PHILIPPOT (Pascal),
 - *Les infractions de prévention*, Thèse Nancy, 1977.
- PIN (Xavier),
 - *Le consentement en matière pénale*, L.G.D.J., coll. *Bibliothèque de sciences criminelles*, 2002, 724 p.
- PONSEILLE (Anne),
 - *L'infraction de prévention en droit pénal français*, thèse Montpellier, 2001.
- POUYANNE (Julia),
 - *L'auteur moral de l'infraction*, thèse Bordeaux IV, 2001, 685 p.
- ROUSSEAU (François),
 - *L'imputation dans la responsabilité pénale*, thèse Bordeaux IV, 2007, 562 p.
- STEFANI (Gaston) et al.,
 - *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, 425 p.
- THEVENON (Jean-Maurice),
 - *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, thèse Lyon, Paquet, 1942, 166 p.
- WALTHER (Julien),
 - *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand; contribution à une théorie générale de l'illicéité*, thèse Nancy II, 2003, 513 p.

2. Sources allemandes.

- ROXIN (Claus),
 - *Problemas básicos de derecho penal*, traduit de l'allemand par D.-M. Luzón Peña, Madrid, Reus, coll. *Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros*, 1976, 272 p.
- TIEDEMANN (Klaus),
 - *Constitución y derecho penal*, traduit de l'allemand par M. Abanto Vásquez, Lima, Palestra, coll. *Derechos y garantías*, 2003, 216 p.

3. Sources espagnoles.

- ALCÁCER GUIRAO (Rafael),
 - *Lesión del bien jurídico o lesión de deber ? Apuntes sobre el concepto material de delito*, Barcelona, Atelier, coll. *Serie mayor*, 2003, 135 p.
- BUSTOS RAMÍREZ (Juan), HOMAZÁBAL MALARÉE (Hernán),
 - *Nuevo sistema de Derecho penal*, Madrid, Trotta, coll. *Estructuras y proceso*, 2004, 142 p.
- CORCOY BIDAOSO (Mirentxu),
 - *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales*, Valencia, Tirant lo Blanch, coll. *Tirant monografías*, 1999, 389 p.
- CUESTA PASTOR (Pablo),
 - *Delitos obstáculo : tensión entre política criminal y teoría del bien jurídico*, Tesis doctoral Granada, 2002, 291 p.
- ESCRIVA GREGORI (José),
 - *La puesta en peligro des bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, Bosch, coll. *Publicaciones de seminario de Derecho penal*, 1976, 149 p.
- FERREIRO BAAMONDE (Xulio),
 - *La víctima en el proceso penal*, La ley, Madrid, 2005, 611 p.
- GANDARA VALLERO (Beatriz) De la,
 - *Consentimiento, bien jurídico e imputación objetiva*, Colex, Madrid, 1995, 264 p.
- GONZÁLEZ NAVARRO (Francisco),
 - *Acoso psíquico en el trabajo (El alma, bien jurídico a proteger)*, Civitas, Madrid, coll. *Cuadernos*, 2002, 181 p.
- HORMAZÁBAL MALARÉE (Hernán),
 - *Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal*, Barcelona, PPU, coll. *Derecho y Estado*, 1991, 188 p.
- MATA y MARTÍN (Ricardo),
 - *Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro*, Granada, Comares, coll. *Estudios de Derecho penal*, 1997, 96 p.
- SOTTO NAVARRO (Susana),
 - *La protección penal de los bienes colectivos en la sociedad moderna*, Granada, Comares, coll. *Estudios de derecho penal*, 2003, 354 p.

4. Sources latino américaines.

- FERNÁNDEZ (Gonzalo),
 - *Bien jurídico y sistema del delito*, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2004, 391 p.
- RIGHI (Esteban),
 - *Antijuridicidad y justificación*, Buenos Aires, Alfabet ediciones, coll. *Lumiere*, 2002, 141 p.

5. Sources italiennes.

- ROCCO (Arturo),
 - *El objeto del delito y de la tutela jurídica penal : contibución a las teorías del delito y de la pena*, traduit de l'italien par G. Seminara, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2001, 628 p.

B. Ouvrages de théorie et philosophie du droit, de sociologie et de politique criminelle.

1. Sources françaises.

- ANCEL (Marc),
 - *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd., Cujas, 1981, 381 p.
- CAMPAGNA (Norbert),
 - *Michel Villey : Le droit ou les droits ?*, Michalon, coll. *Le bien commun*, 2004, 111 p.
- CARBONNIER (Jean),
 - *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 8^{ème} éd., L.G.D.J., 1995, 441 p.
- CARIO (Robert),
 - *Pour une approche globale et intégrée du phénomène criminel; Introduction aux sciences criminelles*, 2^{ème} éd., L'Harmattan, coll. *Transdisciplines*, 1997, 256 p.
 - *De l'effraction du lien intersubjectif à la restauration sociale*, L'Harmattan, *Traité de sciences criminelles*, 2001, 272 p.
- CARRÉ de MALBERG (Raymond),
 - *Contribution à la théorie générale de l'État*, Dalloz, coll. *Bibliothèque Dalloz*, 2003, 638 p.
- CAYLA (Olivier), THOMAS (Yan),
 - *Du droit de ne pas naître*, Gallimard, coll. *Le débat*, 2002, 175 p.
- CRIGNON De OLIVEIRA (Claire), GAILLE-NIKODIMOV (Marie),
 - *A qui appartient le corps humain ?*, Les Belles Lettres, 2004, 295 p.
- FÉDIDA (Jean-Marc),
 - *L'horreur sécuritaire ; Les trente honteuses*, Privé, 2006, 204 p.
- FOUCAULT (Michel),
 - *Surveiller et punir*, Gallimard, coll. *Tel*, 1995, 360 p.
- GARAPON (Antoine), SALAS (Denis),
 - *La République pénalisée*, Hachette, *Question de société*, 1996, 140 p.
- GRZEGORCZYK (Christophe),
 - *La théorie générale des valeurs et le droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, 1982, 271 p.
- HENETTE- VAUCHEZ (Stéphanie),
 - *Disposer de soi ?*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2004, 447 p.
- LASCOURMES (Pierre), PONCELA (Pierrette) et al.,
 - *Au nom de l'ordre: Une histoire politique du Code pénal*, Hachette, 1989, 404 p.
 - *Réformer le Code pénal, Où est passé l'architecte ?*, PUF, coll. *Les voies du droit*, 1998, 309 p.
- ROBERT (Jacques-Henri) et al.,
 - *La personne juridique dans la philosophie du droit pénal*, Éditions Panthéon- Assas, 2003, 125 p.
- ROUSSEAU (Jean-Jacques),
 - *Du contrat social*, 10/18, 1989, 438 p.
- SALAS (Denis),
 - *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette, coll. *Littératures*, 2005, 280 p.
- TRIGEAUD (Jean-Marc),
 - *Humanisme de la liberté et philosophie de la justice*, Éditions Biere, coll. *Bibliothèque de philosophie comparée*, 1990, tome II, 166 p.
- TROPER (Michel) et al.,
 - *Théorie des contraintes juridiques*, L.G.D.J., Paris, 2005, 201 p.

- TZITZIS (Stamaxio),
 - *La Personne, l'Humanisme, le Droit*, Les presses de l'Université Laval, coll. *Diké*, 2002, 150 p.
- VILLEY (Michel),
 - *Le droit et les droits de l'homme*, 3^e éd., PUF, coll. *Questions*, 1998, 169 p.

2. Sources allemandes.

- JAKOBS (Günther),
 - *Derecho penal del enemigo*, 2^e éd., traduit de l'allemand par M. Cancio Melía, Thomson, coll. *Civitas*, 2006, 152 p.
 - *El Derecho penal como disciplina científica*, traduit de l'allemand par A. van Weezel, Thomson, coll. *Civitas*, 2008, 107 p.
- KAUFMANN (Arthur),
 - *Derecho, moral e historicidad*, traduit de l'allemand par E. Eiranova Encinas, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2000, 88 p.
- LISTZ von (Franz),
 - *La idea del fin en el Derecho penal*, traduit de l'allemand par C. Pérez del Valle, Granada, Comares, coll. *Los argonautas*, 1995, 96 p.
- RADBRUCH (Gustav),
 - *Introducción a la filosofía del derecho*, Fondo de Cultura Económica, coll. *Brevarios*, 1997, 192p.
- WELZEL (Hans),
 - *Estudios de filosofía del derecho y derecho penal*, traduit de l'allemand par G. Aboso, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2006, 255 p.
 - *El nuevo sistema del derecho penal*, traduit de l'allemand par J. Cerezo Mir, Montevideo-Buenos Aires, B de f, 2006, 201 p.

3. Sources espagnoles.

- ÁLVAREZ GARCÍA (Javier),
 - *Sobre la estructura de la normal penal: la polémica entre valorativismo e imperativismo*, Valencia, Tirant lo blanch, coll. *Alternativa*, 2001, 149 p.
- MIR PUIG (Santiago) et al.,
 - *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, coll. *Penal*, 2004, 297 p.
- PORTILLA CONTRERAS (Guillermo),
 - *El Derecho Penal entre el cosmopolitismo universalista y el relativismo postmodernista*, Valencia, Tirant lo blanch, coll. *U" alternativa*, 2007, 406 p.
- ZÚÑIGA RODRÍGUEZ (Laura) et al.,
 - *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, 2001, 207 p.

4. Sources italiennes.

- BECCARIA (Cesare),
 - *Des délits et des peines*, traduit de l'italien par M. Chevallier, GF-Flammarion, 1991, 187 p.

5. Sources d'autres pays.

- BECKER (Howard),
 - *Outsiders*, traduit de l'américain par J.-P. Briand et J.-M. Chapoulie, Métailié, 1985, 247 p.
- HOBBS (Thomas),
 - *Léviathan ; Traité de la matière, de la forme et du pouvoir de la république ecclésiastique et civile*, traduit l'anglais et annoté par F. Tricaud, Dalloz, 2000, 780 p.
- HULSMAN (Louk),
 - *Peines perdues : le système pénal en question*, traduit par J. Bernat de Celis, Le centurion, 1982, 182 p.
- KELSEN (Hans),
 - *Théorie pure du droit*, traduit de l'allemand par Ch. Eisenmann, Bruylant L.G.D.J., coll. *La pensée juridique*, 1999, 367 p.
 - *Théorie générale des normes*, traduit de l'allemand par O. Beaud et F. Malkani, PUF, coll. *Léviathan*, 1996, 604 p.

III. Dictionnaires, lexiques, encyclopédies.

- CABRILLAC (Rémy) et al.,
 - *Dictionnaire du vocabulaire juridique*, 3^{ème} éd., Litec, coll. *Objectif droit dico*, 2008, 417 p.
- CORNU (Gérard),
 - *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd., PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007, 986 p.
- FERRERAS (Jacqueline), ZONANA (Gilbert),
 - *Dictionnaire juridique et économique, Espagnol-Français, Français-Espagnol*, La maison du dictionnaire, 2000.
- GARCÍA VALDÉS (Carlos) et al.,
 - *Diccionario de ciencias penales*, Edisofer, Madrid, 2000, 516 p.
- LALANDE (André),
 - *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, coll. *Quadrige*, 2002, 1323 p.
- LOPEZ (Gérard), TZITSZIS (Stamatios) et al.,
 - *Dictionnaire des sciences criminelles*, Dalloz, 2004, 1013 p.

IV. Articles, études, chroniques.

A. Sources françaises.

- AGOSTINI Christophe,
 - « Pour une théorie réaliste de la validité », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Tropper*, Economica, 2006, p. 1-20.
- ALEXIS Frank,
 - « De la protection des personnes contre les chiens dangereux », *AJDA* 2008, p. 1821.
- ALT-MAES Françoise,
 - « Le concept de victime en droit civil et en droit pénal », *R.S.C.* 1994, p. 35.
 - « La contractualisation du droit pénal. Mythe ou réalité ? », *R.S.C.* 2002, p. 501.
- ANTOINNE Suzanne,
 - « Le droit de l'animal, évolutions et perspectives », *Dalloz* 1996, p. 126.

- AZZI Tristan,
 - « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD Civ.* 2007, p. 227.
- BAILLON-WIRTZ Nathalie,
 - « La condition juridique de l'enfant sans vie : retour sur les incohérences du droit français », *Droit de la famille*, n°4, avril 2007, étude 13, p.9.
- BARON Élixa, CLAVERIE Charlotte, RAYMOND Marie-Anne,
 - « Propositions pour un nouveau plan du Code pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes & commentaires*, 2009, p. 17-23.
- BARRE Jean-François, MIEN Dominique,
 - « Reste-t-il des droits de la défense en phase d'enquête ? », *AJ Pénal* 2004, p. 235.
- BEIGNIER Bernard,
 - « Vie privée posthume et paix des morts », *Dalloz* 1997, p. 255.
- BENAYOUN Claude,
 - « De l'autorité de la chose jugée au pénal en matière de cause étrangère », *Dalloz* 1999, p. 476.
- BIGET Carine,
 - « La Cnil veut mieux contrôler le fichier Stic », *AJDA* 2009, p. 124
- BLANC Alain,
 - « La question des victimes vue par un président d'assises », *AJ Pénal* 2004, p. 432-434.
- BONFILS Philippe,
 - « Loi n° 2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *R.S.C.* 2008, p. 392.
- BOULOC Bernard,
 - « Droit pénal et groupes de société », *Rev. sociétés*, 1988, p. 181.
- BOURGAULT-COUDEVILLE Claire,
 - « La recevabilité de l'action civile de l'enfant victime par ricochet du viol commis sur sa mère », *Dalloz* 1999, *Jurisp.* p. 445.
- BOURTHOMIETJX Christian,
 - « La critique allemande de la pensée politique française du XVIIIème siècle et le national-socialisme », *Revue internationale de droit comparé*, 1949, vol. 1, n°3, p. 299-314.
- BOUSTA Rhita,
 - « Jurisprudence du Conseil Constitutionnel : une avancée *a minima* ? », *Petites Affiches*, 17 juin 2008, n°121, p.7.
- BRUNET Pierre,
 - « Irrationalisme et anti-formalisme : sur quelques critiques du syllogisme normatif », *Droits, Revue française de théorie, de philosophie et de culture juridiques*, n°39, 2004, p. 197-217.
- BRAULT-JAMIN Vincent,
 - « La consécration jurisprudentielle de l'irresponsabilité pénale des décideurs publics pour des fautes simples d'imprudence », *Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal*, septembre 2001, p.518-531.
- BÜCK Valentine,
 - « Chronique de droit constitutionnel pénal », *R.S.C.* 2004, *Chroniques*, p. 158-164.
- BUSSY Florence,
 - « L'attraction exercée par les principes directeurs du procès civil sur la matière pénale », *R.S.C.* 2007, p. 39.
- CAPUS Nadja,
 - « Le droit pénal et la souveraineté partagée », *R.S.C.* 2005, p. 251.
- CARBONNIER Jean,
 - « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *J.C.P* 1952, I,1034.

- CARIO Robert,
 - « La place de la victime dans l'exécution des peines », *Dalloz*, 2003, *Chron.*, p. 145.
 - « Les droits des victimes : état des lieux », *AJ Pénal*, décembre 2004, p. 425-429.
 - « Qui a peur des victimes ? », *AJ Pénal*, décembre 2004, p. 434-437.
- CASSIA Paul,
 - « Le renvoi préjudiciel en appréciation de constitutionnalité, une 'question' d'actualité », *RFD*, 2008, p. 877.
- CÉRÉ Jean-Paul,
 - « La rétention de sûreté à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *AJ Pénal* 2008, p. 220.
- CERF-HOLLENDER Agnès,
 - « Accidents du travail et loi du 10 juillet 2000 », *R.S.C.* 2001, *Jurisp.* p. 401.
 - « Acharnement de l'employeur à l'encontre d'un syndicaliste, harcèlement moral, discrimination syndicale, entrave au droit syndical : cumul idéal d'infractions ou conflit de qualifications ? », *R.S.C.* 2007, p. 824.
- CHAKIRIAN Laurence,
 - « Comment la Cour de cassation maintient-elle le principe de la réparation intégrale ? », *Dalloz* 2001, p. 2073.
- CHALTIEL Florence,
 - « La réforme de la justice devant le Conseil Constitutionnel : la loi, encadrée, dans l'ensemble validée, partiellement censurée », *Petites Affiches*, 20 mars 2008, n°58, p.3.
- CHAPLEAU Béatrice,
 - « La pénalisation de la transmission du virus de l'immunodéficience humaine par voie sexuelle », *Droit Pénal* octobre 2006, *étude* 18.
- CHASSAING Jean-François,
 - « Les trois Codes français et l'évolution des principes fondateurs du droit pénal contemporain », *R.S.C.* 1993, p. 445.
- CHEVALLIER Jean-Yves,
 - « L'état de nécessité, Le rôle du Doyen P. Bouzat dans la reconnaissance de l'infraction nécessaire en droit positif », in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Pedone, 1980, p. 117- 134.
- CHEVROTIN Dannièle,
 - « Bévues sur le caractère non recelable d'une information », *Droit pénal* 2001, *étude* 12.
- CLAUSADE (de) Jocelyne,
 - « 'Sécurité juridique et complexité du droit': considérations générales du Conseil d'Etat », *Dalloz* 2006, p. 737.
- CONTE Philippe,
 - « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, *Chron.*, p. 49-59.
 - « Le lampiste et la mort », *Droit Pénal* 2001, *Chron.*, p. 10-11.
 - « Aux fous ? », *Droit Pénal* 2008, *Repère* 4.
- COULON Jean-Marie,
 - « Principes généraux du rapport », *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 61.
- CUMIN David,
 - « Tentative de définition du terrorisme à partir du *jus in bello* », *R.S.C.* 2004 p. 11.
- DANET Jean,
 - et SAAS Claire, « Le fou et sa 'dangerosité', un risque spécifique pour la justice pénale », *R.S.C.* 2007, p. 779.
 - « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal*, 7 octobre 2008, [en ligne]
<<http://champpenal.revues.org/document6013.html>>
 - « Cinq ans de frénésie pénale », in *La frénésie sécuritaire ; Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, coll. *Sur le vif*, 2008, p. 19-29.

- DANTI-JUAN Michel,
 - « Les responsabilités pénales nées de la dissémination transfusionnelle du Sida », *Revue de droit pénal et de criminologie*, 1992, p. 1102.
 - « Réflexions sur les limites de la constitutionnalisation en droit pénal », *Politeia* n° 5, 2004, p. 103-112.
- DARGENTAS Emmanuel,
 - « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 1977, p. 411-424.
- DARSONVILLE Audrey,
 - « La réitération, ou de la consécration légale d'une notion hybride ; A propos de la loi n° 2005-1549 du 12 décembre 2005 », *Dalloz* 2006, p. 2116.
- DEBOVE Frédéric,
 - « La justice pénale instantanée, entre miracles et mirages », *Droit pénal*, novembre 2006, étude 19.
- DELAGE Pierre-Jérôme,
 - « La dangerosité comme éclipse de l'imputabilité et de la dignité », *R.S.C.* 2007, p. 797
- DELMAS-MARTY Mireille,
 - « L'analyse systémale et la politique criminelle », *Archives de Politique Criminelle*, n°8, 1985, p. 27-45.
 - « Le crime contre l'humanité, les droits de l'homme, et l'irréductible humain », *R.S.C.* 1994, p. 447.
 - « Les contradictions du droit pénal », *R.S.C.* 2000, p. 1.
 - « La Cour pénale internationale et les interactions entre droit interne et international », *R.S.C.* 2003, p.1.
 - « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *R.S.C.* 2007, p. 461.
 - « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *R.S.C.* 2009, p. 59
- DELMAS SAINT-HILAIRE Jean-Pierre,
 - « Les principes de la légalité des délits et des peines. Réflexion sur la notion de légalité en droit pénal », in *Mélanges en l'honneur du doyen Pierre Bouzgat*, Pedone, 1980, p. 149-165.
 - « Faits justificatifs, Consentement de la victime », *Juriclassieur*, art. 122-4 à 122-7, 1996.
 - « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la Chambre criminelle du 23 janvier 1997 », *Dalloz* 1997, p. 249.
 - « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », *Politeia* n° 5, 2004, p. 113- 124.
- DEMICHEL André,
 - « Le droit pénal en marche arrière », *Dalloz* 1995, *Chron.*, p. 213.
- DENQUIN Jean-Marie,
 - « Réflexion sur le syllogisme judiciaire », in *L'architecture du droit. Mélanges en l'honneur du professeur Michel Tropper*, Economica, 2006, p. 373-385.
- DEUMIER Pascale,
 - « Création du droit et rédaction des arrêts par la Cour de cassation », *Archives de philosophie du droit*, n°50, Dalloz, 2007, p. 49-76.
- DEMUNCK Claire,
 - « Lutte contre le terrorisme et respect des droits fondamentaux : le difficile équilibre », *Dalloz* 2008, *Actualité*, 16 décembre 2008.
- DETRAZ Stéphane,
 - « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *R.S.C.* 2008, p. 273.
- DJUISSI SIGHA Clémence Larissa,
 - « Béatrice Laperou-Schneider : *Le nouveau droit de la récidive* », Actes du colloque du 25 janvier 2007, Université de Franche-Comté, *R.S.C.* 2009, p. 266.

- DION Nathalie,
 - « Le juge et le désir du juste », *Dalloz* 1999, *Chroniques*, p. 195.
- DREYER Emmanuel,
 - « Les mutations du concept juridique de dignité », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif*, PUAM, n° 2005-1, p. 19-44.
 - « La médiation pénale, objet juridique mal identifié », *J.C.P.* 2008, I, 131.
- DOUCET Jean-Paul,
 - « Les droits de la défense, faits justificatifs méconnus », *Gazette du Palais* 1972, II, p. 595.
 - « La condition préalable à l'infraction », *Gazette du Palais* 1972, II, p. 726-729.
 - « Supplique en faveur de la science criminelle », *Gazette du Palais* 1984, II, p. 486.
 - « Le lit de Procuste », *Gazette du Palais* 30 mars 2002, p. 10.
 - « La doctrine est-elle une source du droit ? », article non publié, [en ligne] <<http://ledroitcriminel.free.fr>>
- DREYER Emmanuel,
 - « La causalité directe de l'infraction », *Droit Pénal* n°6, juin 2007, *étude* 9.
- EDELMAN Bernard,
 - « La dignité de la personne humaine, un concept nouveau ? », *Dalloz* 1997, *Chron.*, p. 185.
- FABRE-MAGNAN Muriel,
 - « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *Dalloz* 2005, p. 2973.
- FARDOUX Olivier,
 - « Erreur de droit et intention délictueuse », *Dalloz* 2006, p. 561.
- FAUCHON Pierre,
 - « Le professeur et le législateur », *Droit Pénal* 2001, *Chron.*, p. 8-9.
- FAVOREU Louis,
 - « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale », in *Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 169-209.
- FELDMAN Jean-Philippe,
 - « Les 'faucheurs' fauchés par la Cour de cassation », *Dalloz* 2007, *Jurisp.* p. 1310.
- FORTIN Daniel,
 - « Les nouveaux envahisseurs : les parties civiles à l'audience », *Dalloz* 1993, p. 111.
- FORTIS Élisabeth,
 - « Réprimer les discriminations depuis la loi du 27 mai 2008 : entre incertitudes et impossibilités », *AJ Pénal* 2008, p. 303.
- FOURNIER Stéphane,
 - « Le nouveau Code pénal et le droit de la complicité », *R.S.C.* 1995, p. 475.
- GARRON Frédéric,
 - « L'interprétation des normes supralégislatives en matière pénale », *R.S.C.* 2004, p. 773.
- GIAPOCELLI Muriel,
 - « Libres propos sur la sanction-réparation », *Dalloz* 2007, p. 1551.
- GIUDICELLI André,
 - « Le principe de légalité en droit pénal français ; Aspects légistiques et jurisprudentiels », *R.S.C.* 2007, p. 509.
- GIUDICELLI-DELAGE Geneviève,
 - « Les crimes et délits contre la nation, l'Etat et la paix publique dans le nouveau Code pénal », *R.S.C.* 1993, p. 723.
 - « Les jeux de l'interprétation entre discontinuités et interactions; L'inévitable dialogue des juges ? », in *Le champ pénal; Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 17-36.
 - « Droit pénal de la dangerosité – Droit pénal de l'ennemi », juin 2009, [en ligne], <<http://www.college-de-france.fr/>>

- GLAUDET Philippe,
 - « Le Code Napoléon, fondateur de la nation française », *Répertoire du Notariat Degrénois*, 15 mai 2004, n°9, p.621.
- GLEß Sabine et al.,
 - « Regards de droit comparé sur la phase préparatoire du procès », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes & commentaires*, 2009, p. 203-229.
- GOUTAL Jean-Louis,
 - « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *R.S.C.* 1980, *Chron.*, p. 911-941.
- GRUNVALD Sylvie,
 - « À propos de l'élément matériel de l'infraction : quelques questions de frontières », in *Le champ pénal; Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 131-143.
- GUÉRIN Didier,
 - « Les droits de la défense et de la partie civile dans la phase préparatoire du procès pénal selon le rapport du comité de réflexion sur la justice pénale », *Droit pénal* n°10, octobre 2009, p. 18-23.
- HAROUNE Abdelkader, LOMBARD Françoise,
 - « Vers la fin de la rétention en France ? », *R.S.C.* 2008, p. 2910.
- HAUS Jean Jacques,
 - « Les bases philosophiques du droit pénal », *Principes généraux du droit pénal*, 2^e éd., Gand, 1874, extraits [en ligne],
<<http://ledroitcriminel.free.fr/>>
- HAUSER Jean,
 - « La vie et la mort sont-elles d'ordre public ? », *Politeia* n°3, 2003, p. 103-115.
- HAUTEVILLE Anne d',
 - « L'esprit de la loi du 6 juillet 1990 relative aux victimes d'infractions », *R.S.C.* 1991, p. 149.
 - « Le droit des victimes dans la loi du 15 juin 2000 », *R.S.C.* 2001, p. 107.
 - « La problématique de la place de la victime dans le procès pénal », *Archives de politique criminelle*, n°24, 2002, p. 7-13.
 - « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civile et pénale d'imprudance », in *Le champ pénal; Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 145-154.
- HEDABOU Aziz,
 - « Contribution à l'éclaircissement de l'unité des faits' en matière pénale », *Revue pénitentiaire et de droit pénal*, 2008, *Chron.*, p. 61-75.
- HENRION Hervé,
 - « La loi du 15 juin 2000 assure-t-elle l'équilibre nécessaire entre les droits et devoirs de l'État, de la personne mise en cause et de la victime ? », *Archives de politique criminelle*, n°24, 2002, p. 81-121.

- HERZOG-EVANS Martine,
 - « Homme juridique et humanité de l'embryon », *RTD Civ.* 2000, p. 65.
 - « La loi relative à la prévention de la délinquance et l'exécution des peines », *Dalloz* 2007, p. 2174.
 - « Prévenir la récidive : les limites de la répression pénale », *AJ Pénal* 2007, p. 357.
 - « Les victimes et l'exécution des peines. En finir avec le déni et l'idéologie », *R.S.C.* 2008, p. 356.
 - « La loi n°2008-174 du 25 février 2008 ou la mise à mort des 'principes cardinaux' de notre droit », *AJ Pénal* 2008, p. 161.
 - « Les textes d'application de la loi rétention de sûreté ; l'enracinement des nouvelles orientations de l'exécution de la peine », *Dalloz* 2008, p. 3098.
 - « Une première décision d'une juridiction régionale de la rétention de sûreté plaçant sous surveillance de sûreté », *Dalloz* 2009, p. 2146.
- HOSNI Naguib,
 - « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *R.S.C.* 1999, p. 711.
- JAN Pascal,
 - « Le Président, le Conseil et la Cour. Une histoire de Palais de mauvais goût », *AJDA* 2008, p. 714.
- JEAMMAUD Antoine,
 - « La règle de droit comme modèle », *Dalloz* 1990, *Chron.*, p. 199.
- JEANDIDIER Wilfrid,
 - « La protection pénale de l'animal », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 81-93.
 - « Classification des infractions », *J.C.P. Pénal*, 1998, art. 111-1.
- JOURDAIN Patrice,
 - « L'implication du véhicule : nouveaux éclaircissements », *RTD Civ.* 1995, p. 382.
 - « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil », Actes du colloque organisé par le centre de recherche en droit privé de l'Université de Paris I du 1^{er} février 2001, *R.S.C.* 2001, p. 748-755.
- KELLERSON Philippe,
 - « Ángel Sánchez De La Torre : *Justicia y sanciones penales* », *Revue de la B.P.C.*, [en ligne], <<http://www.philosophiedudroit.org/>>
- KENSEY Annie,
 - « La réalité statistique des peines et mesures concernées par l'obligation de soins, le suivi socio-judiciaire », *AJ Pénal* 2009, p. 58.
- KERCHOVE Michel van de,
 - « Éclatement et recomposition du droit pénal », in *La place du droit pénal dans la société contemporaine*, 2000, p.5-15.
 - « Le sens de la peine dans la jurisprudence du Conseil Constitutionnel français », *R.S.C.* 2008, p. 805.
- KUPFERBERG Christian,
 - « La *Sicherungsverwahrung* ou la rétention de sûreté allemande », *Droit pénal* n°5, mai 2008, étude 8.
- LABBEE Xavier,
 - « Esquisse d'une définition civiliste de l'espèce humaine », *Dalloz* 1999, *Chron.*, p. 437.
- LACAZE Marion,
 - « Triste bilan sur la causalité issue de la loi du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », in *Recherches et Travaux, Mélanges DEA*, Université Montpellier I, n°5, mai 2006, p. 103-121.

- LAMY Bertrand de,
 - « La loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (Crime organisé - Efficacité et diversification de la réponse pénale) », *Dalloz* 2004, *Chron.*, p. 1910.
 - « Le délit d'abus de faiblesse comme moyen de punir la captation d'héritage », *Droit de la famille* n° 7, juillet 2005, comm. 171.
 - « La rétention de sûreté : pénal or not pénal ? (décision n°2008-562 DC du 21 février 2008, loi relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental) », *R.S.C.* 2009, p. 166.
- LANTHIEZ Marie-Laure,
 - « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *Dalloz* 2005, p. 464.
- LARGUIER Jean,
 - « 'Théorie des ensembles' et qualification pénale », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 95-110.
- LAVRIC Sabrina,
 - « Réforme de l'ordonnance de 1945 : mise en place d'un groupe de travail », *Dalloz* 2008, p. 1133.
 - « 70 propositions pour adapter la justice pénale des mineurs », *Dalloz*, *Actualité*, 8 décembre 2008.
 - « Fichiers de police : publication d'un rapport parlementaire », *Dalloz* 2009, p. 938.
 - « Code de la justice pénale des mineurs : les grandes lignes », *Dalloz*, *Actualité*, 20 mars 2009.
 - « Le délit de solidarité, mythe ou réalité ? », *blog Dalloz*, 20 mai 2009, [en ligne], <<http://blog.dalloz.fr>>
- LAZERGES Christine,
 - « Seuils d'âge de la responsabilité pénale en Europe », *R.S.C.* 1991, p. 414.
 - et DELESALLE Hubert, «Parlement et parlementaires dans l'élaboration de la loi pénale», *R.S.C.* 2000, *Thèmes et commentaires*, p.145-161.
 - « Le renforcement des droits des victimes par la loi n°2000-516 du 15 juin 2000 », *Archives de politique criminelle*, n°24, 2002, p. 15-25.
 - « De la fonction déclarative de la loi pénale », *R.S.C.* 2004, *Chroniques*, p. 194-202.
 - « Le Conseil Constitutionnel acteur de la politique criminelle », *R.S.C.* 2004, *Chroniques*, p. 725-736.
 - « La doctrine et les lois en cours d'adoption », *R.S.C.* 2007, p. 169.
 - « La rétention de sûreté : le malaise du Conseil Constitutionnel », *R.S.C.* 2008, p. 731.
 - « La tentation du bilan 2002-2009 : une politique criminelle du risque au gré des vents », *R.S.C.* 2009, p. 689.
- LEBLOIS-HAPPE Jocelyne
 - et al., « Chronique de droit pénal allemand », *R.I.D.P.*, Vol. 73, p. 1230-1259.
 - « Le délit de privation de soins n'est pas constitué si les faits poursuivis n'ont pas compromis la santé du mineur », *J.C.P. éd. G.*, 15 février 2006, II, 10022.
 - « Rétention de sûreté *vs* *Unterbringung in die Sicherungsverwahrung* : les enseignements d'une comparaison franco-allemande », *AJ Pénal* 2008, p. 209.
- LÉGAL Alfred,
 - « Le concours idéal et le cas de deux infractions dont l'une est un élément constitutif de l'autre », *R.S.C.* 1965, p. 871-875.

- LELIEUR-FISCHER Juliette,
 - « L'impossible poursuite de tous les crimes contre l'humanité commis avant l'entrée en vigueur du nouveau Code pénal ? », *R.S.C.* 2004, p. 31.
- LEMOINE Pascal,
 - « Le délit d'association de malfaiteurs et la circonstance de bande organisée », *Revue pénitentiaire*, n°2, avril-juin 2007, p. 277-290.
- LEPOINTE Éric,
 - « Justifié donc irresponsable », *Dalloz* 1996, *Chron.*, p. 247.
- LESCLOUS Vincent,
 - « Le cumul réel d'infractions », *R.S.C.* 1991, *Chron.*, p. 717.
- LEVASSEUR Georges,
 - « Napoléon et l'élaboration des Codes répressifs », in *Mélanges Imbert*, PUF, 1989, p. 371 ; et, [en ligne]
<<http://ledroitcriminel.free.fr/>>
 - « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 111-133.
 - « L'influence de Marc Ancel sur la législation répressive française contemporaine », *R.S.C.* 1991, p. 9.
 - « Omission de porter secours à une personne cliniquement morte », *R.S.C.* 1994, p. 109.
- LIENHARD Alain,
 - « Validité des doubles poursuites aux fins de sanction administrative devant la COB et de sanction pénale devant le juge répressif », *Dalloz* 2000, p. 229.
 - « Pas si facile de passer du pénal au civil », *Actualité Juridique Pénal* 2008, p. 66.
- MALABAT Valérie,
 - « Le délit de mise en danger, la lettre et l'esprit », *J.C.P.* n°9, 1^{er} mars 1999, p. 339-342.
 - « De l'efficacité du contrôle de constitutionnalité en matière pénale », *Politeia* n°5, 2004, p. 159-169.
 - et SAINT-PAU Jean-Christophe, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Droit Pénal*, février 2004, p. 4-7.
 - « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », in *Le champ pénal; Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 155-165.
 - « Les infractions inutiles ; Plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes & commentaires*, 2009, p. 71-77.
- MALAURIE Philippe,
 - « La bible et le droit », *R.T.D Civ.* 2000, *Chron.*, p. 525.
- MANZANERA Cyril et SENON Jean-Louis,
 - « Psychiatrie et justice : de nécessaires clarifications à l'occasion de la loi relative à la rétention de sûreté », *AJ Pénal* 2008, p.176.
- MARECHAL Jean-Yves,
 - « La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? », *Dalloz* 2006, p. 2446.
- MARGUÉNAUD Jean-Pierre,
 - « La personnalité juridique des animaux », *Dalloz*, 1998, p. 205.
- Marie Catherine,
 - « La montée en puissance de l'enquête », *AJ Pénal* 2004, p. 221.
- MASSÉ Michel,
 - « La souveraineté pénale », *R.S.C.* 1999, p. 905.

- MATHIAS Éric,
 - « Action pénale privée : cent ans de sollicitude ; A propos de la loi du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale », *Procédures*, mai 2007, p. 6-11.
- MATHIEU Bertrand,
 - « La dignité de la personne humaine : quel droit ? quel titulaire ? », *Dalloz* 1996, *Chron.*, p. 282.
- MATSOPOULOU Haritini,
 - « La dépenalisation de la vie des affaires », *R.S.C.* 2008, p. 475.
 - « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la 'dangerosité' et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », *Droit pénal*, n°4, avril 2008, *étude* 5.
- MAYAUD Yves,
 - « *Ratio legis* et incrimination », *R.S.C.* 1983, p. 596.
 - « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », in *Mélanges Larguier*, PUG, 1993, p. 203-218.
 - « De la correction au maltraitement, ou des limites de la justification éducative », *R.S.C.* 1995, p. 814.
 - « Lorsque l'empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l'*animus necandi* », *R.S.C.* 1999, p. 98.
 - « Entre le dit et le non-dit, ou les leçons de droit pénal du Conseil Constitutionnel », *Dalloz* 1999, p. 589.
 - « La mesure de sûreté après la décision du Conseil Constitutionnel n° 2008-562 DC du 21 février 2008 », *Dalloz* 2008, p. 1359.
- MAYER Danièle,
 - « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *Dalloz* 1994, p. 325.
- MARY Philippe,
 - « A propos des similitudes entre 'guerre anti-terroriste' et 'lutte' contre la délinquance urbaine », *R.S.C.* 2006, p. 476.
- MERLE Roger,
 - « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale », *R.S.C.* 1964, p. 725-736.
- MILLARD Éric,
 - « Quelques remarques sur la signification politique de la théorie réaliste de l'interprétation », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Tropper*, Economica, 2006, p. 725-734.
- MISTRETTA Patrick,
 - « Le cadavre, le voleur et le droit pénal », *J.C.P. éd. G.*, n° 28, 11 juillet 2001, II, 10566.
- MOULY Jean,
 - « Du prétendu homicide de l'enfant à naître ; Défense et illustration de la position de la Cour de cassation », *R.S.C.* 2005, p. 47.
- MOUSSERON Pierre,
 - « Les immunités familiales », *R.S.C.* 1998, p. 291.
- MULLER Yvonne,
 - « La dépenalisation de la vie des affaires ou... de la métamorphose du droit pénal », *AJ Pénal* 2008, p. 63.
- OTTENHOF Reynald,
 - « Abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse d'une personne vulnérable », *R.S.C.* 2002, p. 821.
- OUTIN-ADAM Anne,
 - « Le point de vue des chefs d'entreprise », Actes du colloque organisé par le centre de recherche en droit privé de l'Université de Paris I du 1^{er} février 2001, *R.S.C.* 2001, p. 756-763.
- PACTEAU Bernard,
 - « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, p. 151.

- PASTOR Jean-Marc,
 - « Un rapport estime que la création des fichiers de police doit être confiée à la loi », *AJDA* 2009, p. 624.
- PEIS-HITIER Marie-Pierre,
 - « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *Dalloz* 2005, *Chron.*, p. 865.
- PELTIER Virginie,
 - « Le principe d'égalité au secours de la légalité criminelle, à propos de la décision du Conseil Constitutionnel du 10 juin 2004 », *Politeia* n°5, 2005, p. 171-179.
- PETIT Serge, COHEN Carine,
 - « La HALDE a-t-elle sa place devant les juridictions ? », *Dalloz* 2008, p. 1519.
- PICOT Myriam,
 - « La participation de l'enfant victime au procès pénal », *AJ Famille* 2003, p. 373.
- PIN Xavier,
 - « La privatisation du procès pénal », *R.S.C.* 2002, p.245.
 - « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *R.S.C.* 2003, p. 259-276.
 - « Le centenaire de l'arrêt *Laurent-Athalin* », *Dalloz* 2007, p. 1025.
 - « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* n°49, 2009, p. 83-105.
 - « L'irresponsabilité pénale (Réflexions sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes & commentaires*, 2009, p. 51-61.
- POKORA Sophie,
 - « La médiation pénale », *AJ Pénal* 2003, p. 58.
- PONCELA Pierrette,
 - « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet: une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de Philosophie du Droit*, n°22, Dalloz, 1977, p. 131-142.
 - « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », in *La peine : quel avenir ?*, éditions du Cerf, 1983, p. 51-65.
 - « Quand le procureur compose avec la peine », *R.S.C.* 2002, p. 638.
- PONSEILLE Anne,
 - « La faute caractérisée en droit pénal », *R.S.C.* 2003, p. 79-90.
- POULY Christophe,
 - « La crise de l'État de Droit au prisme de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Politeia* n°5, 2005, p. 181-197.
- PRADEL Jean,
 - « La religion face au droit criminel », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 149-163.
 - « Le nouveau Code pénal (partie générale) », *Dalloz* 1993, p. 163.
 - « Les conditions de la transmission de l'action civile aux héritiers de la victime », *Dalloz* 1993, p. 203.
 - « Empoisonnement : suite au prochain numéro », *Dalloz* 1998, p. 457.
 - « De la véritable portée de la loi du 10 juillet 2000 sur la définition des délits non intentionnels », *Dalloz* 2000, point de vue n°29, p.VII.
 - « Vers un 'aggiornamento' des réponses de la procédure pénale à la criminalité ; Apports de la loi n°2004-202 du 9 mars 2004 dite Perben II », *J.C.P. éd. G.* 2004, I, 134.
 - « Principe de la légalité du droit pénal - Atteintes - Rôle des principes généraux du droit et de la coutume », *Dalloz* 2007, p. 25.
 - « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *Dalloz* 2008, p. 1000.
 - « Procédure pénale, janvier 2007-juin 2008 », *Dalloz* 2008, p. 2757.

- PROTHAIS Alain,
 - « Une mineure victime d'un inceste ne peut se constituer partie civile », *Dalloz*, 1993, p. 75.
 - « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », *Dalloz* 1998, p. 334.
 - « Tribulations d'un pénaliste au royaume de l'éthique biomédicale », *J.C.P éd. G.*, n°15, 14 avril 1999, I, 129.
- PUIG Pascal,
 - « Hiérarchie des normes : du système au principe », *R.T.D Civ.* 2001, p. 749.
- RACZ Georges,
 - « La méthode criminologique de l'interprétation des lois pénales », *R.S.C.* 1985, p. 279-282.
- RADÉ Christophe,
 - « Réflexions sur les fondements de la responsabilité civile, 1_L'impasse », *Dalloz* 1999, p. 313.
- RAYNAUD Philippe,
 - « Positivism juridique et démocratie », in *L'architecture du droit, Mélanges en l'honneur de Michel Tropper*, Economica, 2006, p. 871-881.
- ROBERT Jacques-Henri,
 - « L'histoire des éléments de l'infraction », *R.S.C.* 1977, p. 269-284.
 - « La classification tripartite des infractions dans le nouveau Code pénal », *Droit pénal*, janvier 1995, *étude* 1.
 - « Recevabilité de l'action civile des groupements », *R.S.C.* 2007, p. 303.
 - « La victoire posthume de Lombroso et de Ferri », *Droit pénal*, février 2008, repère 2.
- ROCCA Claire,
 - « De la dissociation entre la réparation et la répression dans l'action civile exercée devant les juridictions répressives », *Dalloz*, 1991, p. 85.
 - « Nouvelle définition de l'infraction non intentionnelle: une réforme qui en cache une autre plus importante », *Les Petites Affiches*, 26 octobre 2000, n°214, p. 4-8.
- ROETS Damien,
 - « L'application de la loi pénale dans le temps et la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz* 2004, p. 1991.
 - « Réflexions sur les possibles implications du principe de précaution en droit pénal de l'imprudence », *R.S.C.* 2007, p. 251.
 - « La rétention de sûreté à l'aune du droit européen des droits de l'homme », *Dalloz* 2008, p. 1840.
- ROME Félix,
 - « Fini de rire, navrante Edvige », *Dalloz* 2008, p. 2217.
- ROUJOU de BOUBÉE Gabriel,
 - « Mise en oeuvre de l'erreur de droit », *Dalloz* 2000, p. 114.
 - « Conséquences d'une divergence d'appréciation entre deux chambres de la Cour de cassation », *R.S.C.* 2004, p. 2759.
- et MIRABAIL Solange, « Droit pénal, novembre 2006-juin 2006 », *Dalloz* 2007, p.399.
- « Les rétentions de sûreté », *Dalloz*, 2008, p. 464.
- ROUSSEL Gildas,
 - « E. Breen, *Gouverner et punir* », *R.S.C.* 2005, p. 698.
 - « L'introduction du 'repenti' ou le pragmatisme appliqué du législateur », *Actualité Juridique Pénal* 2005, p. 363.

- ROYER Guillaume,
 - « La victime et la peine ; Contribution à la théorie du procès pénal *post sententiam* », *Dalloz* 2007, p. 1745.
 - « La réserve d'interprétation constitutionnelle en droit criminel », *Dalloz* 2008, p. 825.
 - « Un projet de loi organique pour la mise en place de l'exception d'inconstitutionnalité », *Dalloz, Actualité*, 30 avril 2009.
- RUBI-CAVAGNA Eliette,
 - « L'extension des procédures dérogatoires », *R.S.C.* 2008, p. 23.
- RUET Céline,
 - « La responsabilité pénale pour faute d'imprudence après la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels », *Droit Pénal* 2001, *Chron.*, p. 4-9.
- SAAS Claire,
 - et TRAUTMANN Sebastian, « Actualités du droit pénal allemand (2006) », *Dalloz* 2007, p.181.
 - « Les héritiers face au préjudice subi par leur auteur », *AJ Pénal* 2008, p. 366.
- SAINT-PAU Jean-Christophe,
 - « La responsabilité des personnes morales : réalité et fiction », in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, *Carré droit*, p. 71-113.
- SAINTE-ROSE Jerry,
 - « L'enfant à naître : un objet destructible sans destinée humaine ? », *J.C.P éd. G.*, 2004, I 194, 5p.
- SAINT-JAMES Virginie,
 - « Réflexions sur la dignité de l'être humain en tant que concept juridique du droit français », *Dalloz* 1997, *Chron.*, p. 61.
- SALAS Denis,
 - « Présence de la victime dans le procès et sens de la peine », *AJ Pénal*, n°12, 2004, p. 430-431.
- SALVAGE Philippe,
 - « Le consentement en droit pénal », *R.S.C.* 1991, p. 699.
- SAPHORE Céline,
 - « La Constitution dans la jurisprudence criminelle de la Cour de Cassation (1791-1810) », *Politeia* n°5, 2005, p. 199-229.
- SENON Jean-Louis,
 - « Troubles mentaux et prison », *R.S.C.* 2007, p. 155.
- SERLOOTEN Patrick,
 - « Les qualifications multiples », *R.S.C.* 1973, p. 46-79.
- SEUVIC Jean-François,
 - « Interruption volontaire de grossesse, contraception, stérilisation : loi du 4 juillet 2001 », *R.S.C.* 2001, p. 841.
 - « Présentation générale de la loi pour la sécurité intérieure », *R.S.C.* 2003, p. 817.
 - « Crimes contre l'espèce humaine, eugénisme, clonage reproductif, infractions complémentaires, article 214-1 à 215-4 du Code pénal », *R.S.C.* 2004, p. 912.
- SOHM-BOURGEOIS Anne-Marie,
 - « La personnification de l'animal : une tentation à repousser », *Dalloz*, 1990, p. 33.
- TERRE François,
 - « Pitié pour les juristes ! », *R.T.D Civ.* 2002, p. 247.
 - « La proportionnalité comme principe ? », *J.C.P. éd. G.*, n°25, 15 juin 2009, p. 52-57.
- THIBIERGE Catherine,
 - « Avenir de la responsabilité, responsabilité de l'avenir », *Dalloz* 2004, p. 577-582.

- THIERRY Jean-Baptiste,
 - « L'individualisation du droit criminel », *Dalloz* 2008, p. 59.
 - « La question de la complétude du Code pénal vue au travers de son Livre V », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale : Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes & commentaires*, 2009, p. 11-16.
- TILLEMENT Geneviève,
 - « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Droit Pénal*, décembre 2003, *Chron.*, p. 4-7.
- THOMAS Didier,
 - « L'évolution de la procédure pénale française contemporaine : la tentation sécuritaire », in *Le champ pénal; Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 53-69.
- TRIGEAUD Jean-Marc,
 - « Sur la mort et sur celui qui voulait mourir. Éléments de réflexion », *Politeia* n°3, 2003, p. 61-80.
 - « Loi sur la rétention de sûreté et philosophie criminelle », *Revue de la B.P.C.*, Thèmes, II/2008, [en ligne]
<<http://www.philosophiedudroit.org/>>
- VARINARD André,
 - « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », in *Mélanges offerts à Albert Chavanne*, Litec, 1990, p. 165-178.
 - « Qualifications multiples - Notion et régime », *Dalloz* 2007, p. 247.
- VERGES Etienne,
 - « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ Pénal* 2004, p. 181.
- VIALA Alexandre,
 - « La notion d'État de droit : l'histoire d'un défi de la science juridique », *Revue de la recherche juridique et de droit prospectif*, vol. 13 n°1, printemps 2001, p. 673-693.
- VINEY Geneviève,
 - « Conclusion », Actes du colloque organisé par le centre de recherche en droit privé de l'Université de Paris I du 1^{er} février 2001, *R.S.C.* 2001, p. 764-770.
 - « Les différentes voies de droit proposées aux victimes », *Archives de politique criminelle*, n°24, 2002, p. 27-40.
- VIRIOT-BARRIAL Dominique,
 - « Le droit pénal face aux grandes catastrophes sanitaires », *AJDA* 2008, p. 21.
- VITU André,
 - « De l'illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée* 1984, p. 127.
 - « La complicité par abstention », *Dalloz* 1990, *Chron.*, p. 775.
- VOLFF Jean,
 - « La privatisation rampante de l'action publique », *Procédures*, n° 1, Janvier 2005, *étude* 1.
- WALTHER Julien,
 - « A justice équitable, peine juste ? », *R.S.C.* 2007, p. 23.
- WEIGEND Thomas et al.,
 - « Droit constitutionnel allemand », *R.S.C.* 2004, p. 688-697.

B. Sources allemandes.

- HASSEMER Winfried,
 - « Los rostros del derecho penal », traduit de l'allemand par F. Muñoz Conde, Cahiers de défense sociale, 2004, p. 105-116.
 - « Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos », traduit de l'allemand par E. Larrauri, 2007, [en ligne]
<<http://neopanopticum.wordpress.com>>
- JAKOBS Günther,
 - « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », R.S.C. 2009, p. 7.
- RADBRUCH Gustav,
 - « El relativismo en la filosofía del derecho », in *Relativismo y Derecho*, traduit de l'allemand par L. Villarborda, Santa Fe de Bogotá, Temis, 1999, p. 1-10.
 - « Arbitrariedad legal y derecho supralegal », in *Relativismo y Derecho*, p. 25-42.
 - « La renovación del derecho », in *Relativismo y Derecho*, p. 25-42.
 - « Clases de Interpretación », in *Relativismo y Derecho*, p. 43-52.
 - « La 'naturaleza de la cosa' como forma del pensamiento jurídico », in *Relativismo y Derecho*, p. 53-70.
 - « Cinco minutos de filosofía del derecho », in *Relativismo y Derecho*, p. 71-74.
- ROXIN Claus,
 - « Sentido y límites de la pena estatal », in *Problemas básicos de derecho penal*, traduit de l'allemand par D.-M. Luzón Peña, Madrid, Biblioteca jurídica de autores españoles y extranjeros, 1976, p. 11-36.
 - « Franz von Liszt y la concepción politicocriminal del Proyecto alternativo », in *Problemas básicos de derecho penal*, p. 37-70.
 - « Contribución a la crítica de la teoría final de la acción », in *Problemas básicos de derecho penal*, p. 84-127.
 - « Reflexiones sobre la imputación en el Derecho Penal », in *Problemas básicos de derecho penal*, p. 128-148.
 - « Infracción del deber y resultado en los delitos imprudentes », in *Problemas básicos de derecho penal*, p. 149-180.

C. Sources espagnoles.

- CANCIO MELIÁ Manuel,
 - « De nuevo : ¿ 'Derecho penal' del enemigo? », in *Derecho penal del enemigo*, 2^e ed., Thomson, coll. *Civitas*, 2006, p. 85-152.
- CASTELLÓ NICÁS Nuria,
 - « El bien jurídico en el delito de manipulaciones genéticas del art. 159 del código penal español », *Revista electrónica de Ciencia penal y criminología*, 2002, [en ligne],
<http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-04.html>
- CEREZO MIR José,
 - « La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos », *ZIS*, 5/2009, p. 200-211, [en ligne],
<www.zis-online.com>
- CHAZARRA QUINTO María Asunción,
 - « La lucha contra el terrorismo versus el respeto a los derechos fundamentales : la política criminal española tras los macroatentados terroristas, 2006, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>

- GONZÁLEZ CUSSAC José,
 - « La generalización del derecho penal de excepción : la afectación al derecho a la legalidad penal y al principio de proporcionalidad », in *La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, 2007, p. 227-268.
- JIMENEZ de ASUA Luis,
 - « L'antijuridicité », *R.I.D.P.*, 1951, p. 273-318.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ Carlos,
 - « Reflexiones sobre la expansión del Derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'Big Crunch' y la selección de bienes jurídico-penales », in *La política criminal en Europa*, Barcelona, Atelier, coll. *Penal*, 2004, p. 91-106.
- MIR PUIG Santiago,
 - « La perspectiva 'ex ante' en derecho penal », *ADPCP*, 1983, p. 5-22 ; et, [en ligne] <<http://www.cienciaspenales.net>>
 - « Valoraciones, normas y antijuridicidad penal », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2004, [en ligne] <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>
 - « Límites del normativismo en derecho penal », *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 2005, [en ligne] <<http://criminnet.ugr.es/recpc>>
 - « Bien jurídico y bien jurídico penal como límites al *ius puniendi* », 2007, [en ligne] <<http://neopanopticum.wordpress.com>>
 - « Entrevista al Profesor Doctor Santiago Mir Puig por Eduardo Alcócer Povis », *Instituto de Ciencia Procesal Penal*, 2008, [en ligne] <<http://www.incipp.org.pe/>>
- MUÑOZ CONDE Francisco,
 - « Tendencias legislativas y doctrinales : entre la tolerancia cero y el derecho penal del enemigo », in *La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, 2007, p. 11-50.
 - « Le droit pénal international est-il un 'droit pénal de l'ennemi' ? », *R.S.C.* 2009, p. 19.
- PORTILLA CONTRERAS Guillermo,
 - « La supuesta crisis de la teoría del bien jurídico : la tensión entre iuspositivismo y positivismo, entre la necesidad de referencias externas y la inmanencia del derecho. Especial atención a la legitimidad de ciertos bienes colectivos », in *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 896-928.
- QUINTERO OLIVARES Gonzalo,
 - « La deriva y crisis de las ideas penales en España », in *Estudios penales en recuerdo del profesor Ruiz Antón*, Valencia, Tirant lo blanch, 2004, p. 929-958.
- SÁEZ VALCÁRCEL Ramón,
 - « Juicio penal y excepción. ¿Una involución en el proceso de civilización ? », in *La generalización del derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, Consejo General del Poder Judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, 2007, p. 51-87.

D. Sources latino américaines.

- AGUIRRE Eduardo Luis,
 - « La concepción de la enemistad en el pensamiento de los clásicos. Rousseau y los infractores del pacto social », 2007, [en ligne] <<http://www.derechopenalonline.com/>>
- BAILONE Matías,
 - « Historia del derecho penal », [en ligne] <<http://www.matiabailone.com.ar/publicaciones/historiadelderepenal05.pdf>>

- BENAVIDES VANEGAS Farid Samir,
 - « La crisis de la modernidad y los fundamentos del derecho penal », 2007, [en ligne]
<http://derechopenalonline.com>
- BUSTOS RAMÍREZ Juan,
 - « Imputación objetiva y bien jurídico », 2001, [en ligne]
<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_39.pdf>
- CÁRDENAS RUIZ Marco,
 - « Aplicación de la medida de seguridad de internación conforme a la jurisprudencia vinculante de Perú », 2007, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- CORIGLIANO Mario Eduardo,
 - « Delitos de peligro. Hacia una definición política-criminal y sistemática », 2006, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- DIEZ RIPOLLES José,
 - « La contextualización del bien jurídico protegido en un derecho penal garantista », 2007, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- GUILLAMONDEGÚI Luis Raúl,
 - « Los discursos de emergencia y la tendencia hacia un derecho penal del enemigo », 2005, [en ligne]
<www.carlosparma.com.ar>
- HENDLER Edmundo,
 - « Una aproximación al tema de los delitos económicos », *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Abeledo-Perrot, 1990, p.115-123 ; et, [en ligne]
<<http://www.catedrahendler.org/>>
- IRRAZÁBAL IBÁÑEZ Hugo,
 - « Contenido del injusto penal culposo : la frontera entre la responsabilidad objetiva y la imprudencia », 2008, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- LEYVA ESTUPIÑÁN Manuel,
 - « El derecho penal mínimo y el bien jurídico », [en ligne]
<<http://www.monografias.com/trabajos37/derecho-penal-minimo>>
- MILANESE Pablo,
 - « El moderno derecho penal y la quiebra del principio de intervención mínima », 2007, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- PANTA CUEVA David F.,
 - « Algunas observaciones al principio de confianza dentro de la teoría de la imputación objetiva : problemas de autonomía y repercusiones normativas », 2005, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
 - « El problema de la causalidad y su relación con los criterios normativos de imputación », *Revista electrónica de doctrina y jurisprudencia en línea*, 2006, et, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- REYNA ALFARO Miguel,
 - « Reflexiones sobre el contenido material del bien jurídico-penal y la protección de los bienes jurídicos colectivos (Perú) », 2007, [en ligne]
<<http://derechogeneral.blogspot.com>>
- RODRÍGUEZ Cristhian Gilberto,
 - « Actuales tendencias del derecho penal : del garantismo al moderno derecho penal », 2007, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>

- ROQUE ARCE Percy,
 - « Introduction a los criterios normativos de imputación como marco previo a la atribuidabilidad de resultados », 2006, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- URQUIZO OLAECHEA José,
 - « El bien jurídico », *Cathedra*, n°2, mai 1998, [en ligne]
<<http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/>>
- TISNADO SOLIS Lui Alberto,
 - « Presupuestos normativos de la teoría de la imputación objetiva. Hacia una revisión crítica », 2006, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>
- ZAFFARONI Eugenio Raúl,
 - « El derecho penal liberal y sus enemigos », 2007, [en ligne]
<<http://neopanopticum.wordpress.com/>>
 - « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *R.S.C.* 2009, p. 43
- ZAMORA CORDERO Mario,
 - « La construcción del enemigo en el derecho penal del enemigo a nivel latinoamericano », 2006, [en ligne]
<<http://www.derechopenalonline.com/>>

E. Sources italiennes.

- DOLCINI Emilio, MARINUCCI Giorgio,
 - « La Constitution et le droit pénal en Italie ; Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *R.S.C.* 1996, p. 317.
- DONINI Massimo,
 - « Les droits fondamentaux et la juridiction pénale comme garantie contre ou comme justification pour l'usage du droit comme arme ? », *R.S.C.* 2009, p. 31.
- FERRAJOLI Luigi,
 - « Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales », traduit de l'italien par M. Walter Antillón, 1995, [en ligne]
<http://neopanopticum.wordpress.com/>
- GRAMATICA Filipo,
 - « La notion de responsabilité dans le système de défense sociale », traduit de l'italien par A. de Carvalho, *R.S.C.* 1975, p. 109-122.
- PAPA Michèle,
 - « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *R.S.C.* 2009, p.3.
- VOGLIOTTI Massimo,
 - « Mutations dans le champ pénal contemporain ; Vers un droit pénal en réseau ? », *R.S.C.* 2002, p. 721.

F. Sources belges.

- AMSELEK Paul,
 - « Le rôle de la volonté dans l'édition des normes juridiques selon Hans Kelsen », *Revue Juridique Thémis* 1999, p. 187-223, [en ligne]
<<http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjtvol33num2/amselek.pdf>>

- FRYDMAN Benoît,
 - « Les nouveaux rapports entre droit et économie, trois hypothèses concurrentes », *Le droit dans l'action économique*, Éditions du C.N.R.S., 2000 ; et, [en ligne] <<http://www.philodroit.be/>>
- MARY Philippe,
 - « A propos des similitudes entre 'guerre anti-terroriste' et 'lutte contre la délinquance' », *R.S.C.* 2006, p. 476.

G. Sources d'autres pays.

- PRATT John,
 - « Dangerosité, risque et technologie du pouvoir », *Criminologie*, 2001, vol. 34, n°1, [en ligne] <<http://id.erudit.org/iderudit/004756ar>>
- ROTH Robert,
 - « Nouveau droit des sanctions en Suisse : entre l'ami et l'ennemi », *R.S.C.* 2006, p. 117.

V. Presse.

- VERDIER Marie, « La question : interview d'Antoine Garapon », *La Croix*, 25 septembre 2000.
- Anonyme, « Tchernobyl : une information judiciaire a été ouverte pour 'atteinte involontaire à l'intégrité des personnes' suite au dépôt de plaintes judiciaires », *Le Monde*, 19 juillet 2001
- « Nuage radioactif de Tchernobyl : 200 nouvelles plaintes pour 'empoisonnement' ont été déposées », *Le Monde*, 27 avril 2002
- Anonyme, « Bracelet électronique : la question du respect de la Constitution soulève une vive polémique », *Le Monde*, 27 septembre 2005.
- « Cancers thyroïdiens : le professeur Pellerin convoqué par la juge chargée du dossier », *Le Monde*, 30 mai 2006
- ROHDE Éric, « Trop de loi tue la loi... : la jungle législative », *Le Monde*, 23 janvier 2007.
- Anonyme, « Dati : la rétention de sûreté n'est pas en 'rupture' avec le droit », *Nouvel Obs.com*, 9 janvier 2008.
- « Lettre ouverte aux membres du Conseil Constitutionnel », *Libération*, 18 février 2008
- Anonyme, « Sarkozy ne veut pas 'laisser des monstres en liberté' », *Libération*, 23 février 2008.
- Anonyme, « L'opinion largement favorable à la rétention de sûreté », *Le Figaro*, 26 février 2008.
- Anonyme, « Lutte antiterroriste : les agents de la CIA seraient autorisés à contourner le droit international », *Le Monde*, 27 avril 2008.
- VIGNAUD Marc, « Rétention de sûreté : les dispositions prévues par la loi », *Le Point*, 28 avril 2008
- MANDRAUD Isabelle, « Le décret sur l'ex-fichier Edvige prévoit de prolonger l'inscription des mineurs jusqu'à 21 ans », 20 septembre 2008.
- PRIEUR Cécile, « Psychiatrie : la régression sécuritaire », *Le Monde*, 6 décembre 2008.
- FARAGGI Pierre, « Le fou, ou les figures de la peur », *Le Monde*, 30 décembre 2008.
- Anonyme, « Torture : le futur ministre de la justice respectera la loi », *Le Monde*, 17 janvier 2009
- Anonyme, « Dix-huit lois sur la sécurité depuis 2001 », *Le Monde*, 4 février 2009.

- LECLERC Jean-Marc, « Loi antibandes : ce que prépare l'Élysée », Le Figaro, 2 avril 2009.
- Anonyme, « Une poignée de juristes au coeur de la polémique », Le Monde, 26 avril 2009
- Anonyme, « Guantanamo : les tribunaux d'exception pourraient être relancés », Le Monde, 3 mai 2009.

VI. Sites internet.

A. En langue française.

- <http://blog.dalloz.fr/>
- <http://champpenal.revues.org/>
- <http://chroniquesjudiciaires.blogs.nouvelobs.com/>
- <http://www.cnil.fr/>
- <http://www.conseil-constitutionnel.fr/>
- <http://www.dalloz.fr>
- <http://www.elysee.fr>
- <http://etats-generaux-justice.blogspot.com/>
- <http://www.justice.gouv.fr/>
- <http://ledroitcriminel.free.fr/>
- <http://www.lemonde.fr/>
- <http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr>
- <http://ledroitcriminel.free.fr/>
- <http://www.lefigaro.fr/>
- <http://www.lepoint.fr/>
- <http://www.lexisnexis.com>.
- <http://www.liberation.fr/>
- <http://www.maitre-colas.fr/>
- <http://www.persee.fr>
- <http://www.philippebilger.com/>
- <http://www.philosophiedudroit.org>
- <http://prdchroniques.blog.lemonde.fr/>

B. En langue espagnole.

- <http://www.cienciaspenales.org>
- <http://www.carlosparma.com.ar>
- <http://www.catedrahendler.org/>
- <http://criminet.ugr.es>
- <http://www.derechopenal.com.ar>
- <http://www.derechogeneral.blogspot.com/>
- <http://www.derechopenalonline.com/>
- <http://www.incipp.org.pe/>
- <http://www.monografias.com>
- <http://www.neopanopticum.wordpress.com/>
- <http://www.sisbib.unmsm.edu.pe>
- <http://www.unifr.ch/>

TEXTES OFFICIELS ET JURISPRUDENCE.

- I. Textes officiels.
 - A. France.
 - 1. Textes législatifs et gouvernementaux.
 - a. Lois, projets et propositions de lois.
 - b. Décrets.
 - c. Circulaires.
 - 2. Rapports.
 - B. Espagne.
 - 1. Textes législatifs.
 - 2. Rapports.
 - C. Législation européenne.
- II. Jurisprudence.
 - A. Jurisprudence française.
 - 1. Conseil Constitutionnel.
 - 2. Cour de cassation.
 - a. Assemblée plénière.
 - b. Chambre criminelle.
 - c. Chambres civiles et sociale.
 - 3. Juridictions judiciaires de fond.
 - 4. Juridictions administratives et autres juridictions.
 - B. Jurisprudence européenne.
 - C. Jurisprudence espagnole.
 - D. Jurisprudence allemande.
 - E. Jurisprudence latino américaine.

I. Textes officiels.

A. France.

1. Textes législatifs et gouvernementaux.

a. Lois.

- Loi n°68-5 du 3 janvier 1968 portant réforme du droit des incapables majeurs.
- Loi n°85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation.
- Loi n°86-1020 du 9 septembre 1986 relative à la lutte contre le terrorisme.
- Loi n°89-487 du 10 juillet 1989 relative à la prévention des mauvais traitements à l'égard des mineurs et à la protection de l'enfance.
- Loi n°96-393 du 13 mai 1996 relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence.
- Loi n°96-647 du 22 juillet 1996 relative à la répression du terrorisme et des atteintes aux personnes chargées d'une mission de service public.
- Loi n°98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs.
- Loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.
- Loi n°2000-516 du 15 juin 2000 renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes.
- Loi n°2001-504 du 12 juin 2001 renforçant la prévention et la répression des mouvements sectaires portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales.
- Loi n°2001-588 du 4 juillet 2001 relative à l'interruption volontaire de grossesse et à la contraception.
- Loi n°2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne.
- Loi n°2002-1138 du 9 septembre 2002 d'orientation et de programmation pour la justice.
- Loi n°2003-239 du 18 mars 2003 relative à la sécurité intérieure.
- Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.
- Loi n°2004-575 du 21 juin 2004 relative à la confiance dans l'économie numérique.
- Loi n°2004-800 du 6 août 2004 relative à la bioéthique.
- Loi n°2005-1649 du 12 décembre 2005 relative au traitement de la récidive des infractions pénales.
- Loi n°2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers et liens vers les décrets d'application.
- Loi n°2007-291 du 5 mars 2007 tendant à renforcer l'équilibre de la procédure pénale (1).
- Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance.
- Loi n°2007-1198 du 10 août 2007 renforçant la lutte contre la récidive des majeurs et des mineurs.
- Projet de loi n°442, déposé à l'Assemblée Nationale le 28 novembre 2007 relatif à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pour cause de trouble mental.
- Loi n°2008-174 du 25 février 2008 relative à la rétention de sûreté et à la déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental.

- Proposition de loi n°781 visant à combattre l'incitation à l'anorexie, déposée le 3 avril 2008, Texte n°132 adopté par l'Assemblée nationale le 15 avril 2008.
- Loi n°2008-696 du 15 juillet 2008 relative aux archives.
- Loi n°2008-644 du 1er juillet 2008 créant de nouveaux droits pour les victimes et améliorant l'exécution des peines (1).
- Loi constitutionnelle n°2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République.
- Projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 27 mai 2009.
- Projet de loi n°2007 tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale, enregistré à la Présidence de l'Assemblée nationale le 4 novembre 2009.

b. Décrets.

- Décret n°91-1051 du 14 octobre 1991 portant application aux fichiers informatisés, manuels ou mécanographiques gérés par les services des renseignements généraux des dispositions de l'article 31, alinéa 3, de la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.
- Décret n°2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE ».
- Décret n°2008-1129 du 4 novembre 2008 relatif à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté.
- Décret n°2008-1199 du 19 novembre 2008 portant retrait du décret n° 2008-632 du 27 juin 2008 portant création d'un traitement automatisé de données à caractère personnel dénommé « EDVIGE ».
- Décret n°2009-1249 du 16 octobre 2009 portant création d'un traitement de données à caractère personnel relatif à la prévention des atteintes à la sécurité publique.

c. Circulaires.

- Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, *Journal officiel de la République française*, 1993, 427 p.
- Circulaire CRIM 2000-09F1/11-10-2000 NOR: JUSD0030175C: Présentation des dispositions de la loi n°2000-647 du 10 juillet 2000 tendant à préciser la définition des délits non intentionnels.
- Circulaire de la DACG CRIM 08-17/E8 NOR : JUSD0830031C relative à la présentation générale des dispositions relatives à la surveillance de sûreté et à la rétention de sûreté.

2. Rapports.

- *Rapport de la Cour de Cassation 1998*, « La faute pénale non intentionnelle des fonctionnaires », *La Documentation française*, 424 p.
- *Rapport n°2681 du 16 novembre 2005* au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme.
- *Rapport n° 404 (2005-2006) de l'office parlementaire d'évaluation de la législation*, déposé le 15 juin 2006, « Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié ».
- *Rapport d'information fait au nom de la commission des lois sur les mesures de sûreté concernant les personnes dangereuses*, J.-F. BURGELIN, Sénat, n° 420 (2005-2006).

- *Rapport de la Cour de Cassation 2006*, « La Cour de cassation et la construction juridique européenne », *La Documentation française*, 618 p.
- *Rapport de la Cour de Cassation 2007*, « Le fait générateur de la responsabilité à l'épreuve de la nature de l'activité de santé », *La Documentation française*, 612 p.
- *La dépenalisation de la vie des affaires*, Rapport au garde des Sceaux, ministre de la Justice, *La Documentation française*, Coll. *des rapports officiels*, 2008, 133p.
- *Rapport à Mr le Président de la République ; Amoindrir les risques de récidive des condamnés dangereux*, V. LAMANDA, 30 mai 2008, [en ligne]
<<http://lesrapports.ladocumentationfrancaise.fr/BRP/084000332/0000.pdf>>
- *Rapport d'étape sur la phase préparatoire du procès pénal, Comité de réflexion sur la justice pénale*, 6 mars 2009, [en ligne],
<http://medias.lemonde.fr//mmpub/edt/doc/20090309/1165334_ceb1_leger.pdf>
- *Rapport du Comité de réflexion sur la justice pénale*, 1^{er} septembre 2009, 59 p., [en ligne],
< http://www.justice.gouv.fr/art_pix/1_sg_rapport_leger2_20090901.pdf>
- *Rapport n°2007 du 4 novembre 2009* au nom de la Commission des Lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République sur le projet de loi tendant à amoindrir le risque de récidive criminelle et portant diverses dispositions de procédure pénale.

B. Espagne.

1. Textes législatifs.

- Loi organique n°10-1995 du 23 novembre, *Bulletin officiel espagnol*, 24 novembre 1995.

2. Rapports.

- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,
• *La generalización del Derecho penal de excepción : tendencias legislativas*, Centro de documentación judicial, *Estudios de Derecho Judicial*, n°128, 2007, 268 p.

C. Législation européenne.

- Décision-cadre du Conseil Européen n°32002F0475 du 13 juin 2002 et relative à la lutte contre le terrorisme.
- Décision-cadre du Conseil Européen n°2008-919-JAI du 28 novembre 2008 sur la lutte contre le terrorisme.

II. Jurisprudence.

A. Jurisprudence française.

1. Conseil Constitutionnel.

- Cons. Const., 16 juillet 1971, n°71-44 DC.
- Cons. Const., 15 janvier 1975, n° 75-54 DC.
- Cons. Const., 23 juillet 1975, n°75-56 DC.
- Cons. Const., 19 janvier 1981, n°80-127 DC.
- Cons. Const., 30 décembre 1982, n°82-150 DC.
- Cons. Const., 10-11 octobre 1984, n°84-181 DC.
- Cons. Const., 25 janvier 1985, n°85-187 DC.
- Cons. Const., 3 septembre 1986, n°86-214 DC.
- Cons. Const., 30 décembre 1987, n°87-237 DC.
- Cons. Const., 28 juillet 1989, n°89-260 DC.
- Cons. Const., 18 janvier 1995, n°94-352 DC.
- Cons. Const., 16 juillet 1996, n°96-377 DC.
- Cons. Const., 23 juillet 1996, n°96-378 DC.
- Cons. Const., 30 décembre 1997, n°97-215 DC.
- Cons. Const., 5 mai 1998, n°98-399 DC.
- Cons. Const., 12 janvier 2002, n°2001-455 DC.
- Cons. Const., 13 mars 2003, n°2003-467 DC.
- Cons. Const., 21 février 2008, n°2008-562 DC.
- Cons. Const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.
- Cons. Const., 22 octobre 2009, n° 2009-590 DC.

2. Cour de cassation.

a. Assemblée plénière.

- Cass. Ass. Plén., 9 mai 1984, *Assemblée plénière*, n°2.
- Cass. Ass. Plén., 29 juin 2001, *Bull. crim. n°165*, J.C.P G 2001, II, 10560, note M.-L. RASSAT, « Le foetus n'est pas une personne susceptible d'être victime de l'infraction d'homicide par imprudence ».
- Cass. Ass. Plén., 14 avril 2006, *Bull. civ. n°5 et 6* ; « La maladie du débiteur cas de force majeure », *Dalloz* 2006, p. 1556, note D. NOGUÉRO.
- Cass. Ass. Plén., 9 mai 2008, *Assemblée plénière*, n°2 ; *Bull. crim. n°1*, pourvoi n° 05-87.379.
- Cass. Ass. Plén., 9 mai 2008, *Assemblée plénière*, n°2, *Bull. crim. n°1*, pourvoi n° 06-85.751.

b. Chambre criminelle.

- Cass. Crim., 23 juin 1838, *S.* 1838. 1. 626, note Dupin.
- Cass. Crim., 29 janvier 1921, *S.* 1922. 1. 185, note Roux ; J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, n°45.
- Cass. Crim., 20 avril 1934, *Genty*, *S.* 1935,1,399.
- Cass. Crim., 6 juillet 1934, *Dalloz* 1934, p. 446.
- Cass. Crim., 6 novembre 1936, *Bull. crim. n°111*.
- Cass. Crim., 17 mai 1939, *Bull. crim. n°114*.
- Cass. Crim., 7 mai 1942, *Bull. crim. n°56*.
- Cass. Crim., 15 mai 1946, *Bull. crim. n°120*.
- Cass. Crim., 20 juin 1946, *Dalloz* 1946, 360.

- Cass. Crim., 31 décembre 1947, *Bull. crim.* n°270.
- Cass. Crim., 19 mai 1949, *Bull. crim.* n°173.
- Cass. Crim., 1^{er} février 1955, *J.C.P.* 1955, 8582, note PAGEAUD.
- Cass. Crim., 9 février 1956, *Bull. crim.* n°148.
- Cass. Crim., 13 décembre 1956, *Bull. crim.* n°840.
- Cass. Crim., 15 janvier 1958, *Bull. crim.* n°58.
- Cass. Crim., 11 mars 1958, *Bull. crim.* n°238.
- Cass. Crim., 28 juin 1958, J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, n°24.
- Cass. Crim., 9 octobre 1958, J. PRADEL, A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, n°45.
- Cass. Crim., 3 mars 1960, *Bull. crim.* n°138.
- Cass. Crim., 10 février 1965, *Bull. crim.* n°44.
- Cass. Crim., 25 mars 1965, *Bull. crim.* n°88.
- Cass. Crim., 16 février 1967, *Bull. crim.* n°70.
- Cass. Crim., 25 avril 1967, *Bull. crim.* n°129.
- Cass. Crim., 10 octobre 1968, *Bull. crim.* n°248.
- Cass. Crim., 28 juillet 1969, *Bull. crim.* n°239.
- Cass. Crim., 29 décembre 1970, *Gazette du Palais*, 1971, I, 134.
- Cass. Crim., 14 janvier 1971, *Bull. crim.* n°13.
- Cass. Crim., 8 novembre 1972, *Gazette du Palais*, 1973, I, 205 note DOUCET.
- Cass. Crim., 4 décembre 1974, *Bull. crim.*, R.S.C. 1976, 409, observations G. LEVASSEUR.
- Cass. Crim., 10 avril 1975, *Bull. crim.* n°89.
- Cass. Crim., 12 octobre 1976, *Bull. crim.* n° 287.
- Cass. Crim., 19 octobre 1982, *Bull. crim.* n°225.
- Cass. Crim., 22 novembre 1983, *Bull. crim.* n°308.
- Cass. Crim., 19 juin 1984, *Bull. crim.* n°231.
- Cass. Crim., 9 juillet 1984, *Gazette du Palais*, 1984, II, 751, note J.-P. DOUCET.
- Cass. Crim., 4 février 1985, *Bull. crim.* n°54.
- Cass. Crim., 6 décembre 1985, *Bull. crim.*, n°372.
- Cass. Crim., 10 décembre 1985, *Bull. crim.* n°396.
- Cass. Crim., 16 janvier 1986, R.S.C. 1986, observations G. LEVASSEUR, p. 839 et A. VITU, p. 849.
- Cass. Crim., 22 janvier 1986, *Bull. crim.* n°29.
- Cass. Crim., 12 janvier 1989, *Bull. crim.* n°14 ; R.S.C. 1990, p. 507, note M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, « L'arrêt Bourquin, une double révolution : un vol d'information seule, une soustraction permettant d'appréhender des reproductions qui ne constitueraient pas des contrefaçons ».
- Cass. Crim., 17 mai 1989, *Bull. crim.* n°205.
- Cass. Crim., 30 mai 1989, R.S.C. 1990, 325, observations A. VITU.
- Cass. Crim., 1^{er} mars 1990, R.S.C., 1991, note G. LEVASSEUR, p. 79 et s.
- Cass. Crim., 28 mai 1990, *Bull. crim.* n°214.
- Cass. Crim., 7 novembre 1990, *Bull. crim.* n°372.
- Cass. Crim., 11 octobre 1993, *Bull. crim.* n°282. p. 711.
- Cass. Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n°203.
- Cass. Crim., 21 février 1996, *Bull. crim.* n°84.
- Cass. Crim., 19 février 1997, *Bull. crim.* n°67.
- Cass. Crim., 10 avril 1997, *Bull. crim.* n°96.
- Cass. Crim., 14 oct. 1997 *Bull. crim.* n° 334 ; *Droit pénal* 1998., 25, observations J.-H. ROBERT ; R.S.C. 1998, p. 328, observations Y. MAYAUD, « De la portée non justificative des diligences normales ».
- Cass. Crim., 16 décembre 1997, *Bull. crim.* n°429.

- Cass. Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim. n°83*.
- Cass. Crim. 17 février 1998, *Bull. crim., n°60*; R.S.C. 1998, p. 765, observations B. BOULOC, « Erreur de droit commise par un étranger illettré ».
- Cass. Crim., 2 décembre 1997, *Bull. crim. n°408*.
- Cass. Crim., 24 juin 1998, *Bull. crim. n°206*.
- Cass. Crim., 2 juillet 1998, *Bull. crim. n°211*; R.S.C. 1999, Chron. p. 98, observations Y. MAYAUD, « Lorsque l’empoisonnement rejoint le meurtre, ou du faux débat sur l’animus necandi ».
- Cass. Crim., 23 septembre 1998, *pourvoi n°97-86.297*.
- Cass. Crim., 6 janvier 1999, *Bull. crim. n°6*.
- Cass. Crim., 9 mars 1999, *Dalloz* 2000, p.81, note M.-Ch. SORDINO, A. PONSEILLE, « Un skieur averti en vaut deux : une décision qui risque de faire boule de neige ».
- Cass. Crim., 22 septembre 1999, *Bull. crim. n°193*.
- Cass. Crim., 22 septembre 1999, *Bull. crim. n°193*.
- Cass. Crim., 22 juin 1999, *Dalloz* 2000, p. 35, note Y. MAYAUD.
- Cass. Crim., 18 janvier 2000, *Bull. crim. n°28*.
- Cass. Crim., 21 mars 2000, *Bull. crim. n°128*.
- Cass. Crim., 27 avril 2000, *Bull. crim. n° 169*, *RTD Com. 2000*, p. 1030, note B. BOULOC.
- Cass. Crim., 24 octobre 2000: *Bull. crim. n°308*; R.S.C. 2001, p.824-829, note G. GIUDICELLI-DELAGÉ, « La responsabilité pénale dans l’entreprise après la loi du 10 juillet 2000 »; *Dalloz* 2002, *Jurisp.* p. 514, note J.-C. PLANQUE, « Influence de la loi du 10 juillet 2000 sur la responsabilité des personnes morales ».
- Cass. Crim., 5 décembre 2000, *J.C.P G. 2001*, II, 10 615, note Ph. CONTE.
- Cass. Crim., 10 janvier 2001, *inédit, pourvoi n° 00-82336*; R.S.C. 2001, p. 814, note J.-H. ROBERT.
- Cass. Crim., 19 juin 2001, *Bull. crim. n°149*, R.S.C. 2002, p. 96, note B. BOULOC, « Recel d’information ».
- Cass. Crim., 26 juin 2001, *Bull. crim., 161*.
- Cass. Crim., 26 juin 2001, *Droit Pénal, novembre 2001*, p. 12.
- Cass. Crim., 27 juin 2001, *inédit, pourvoi n°00-86694*.
- Cass. Crim., 22 août 2001, *Bull. crim. n°169*.
- Cass. Crim., 16 oct. 2001, *Bull. crim. n° 211*.
- Cass. Crim., 27 novembre 2001, *Bull. crim. n° 246*, note J. FRANCILLON, « Publication sur internet de messages délictueux. Détermination du point de départ de la prescription de l’action publique : la jurisprudence se fixe... mais le débat se poursuit ».
- Cass. Crim., 30 janvier 2002, *Bull. crim. n°16*.
- Cass. Crim., 20 février 2002, *Bull. crim. n°38*.
- Cass. Crim., 11 juin 2002, *Bull. crim. n°132*, R.S.C. 2003, p. 93, note B. BOULOC
- Cass. Crim., 18 juin 2002, *Dalloz* 2003, *jurisp.* p. 240.
- Cass. Crim., 25 juin 2002, *Bull. crim. n°144*.
- Cass. Crim., 13 novembre 2002, *Bull. crim. n°204*; *Dalloz* 2004, *Jurisp.* p. 1336, note CONTE, « Appréciation du caractère direct ou indirect de la causalité en matière d’homicide par imprudence ».
- Cass. Crim., 8 janvier 2003, *Bull. crim. n°5*.
- Cass. Crim., 11 février 2003, *Bull. crim. n°28*.
- Cass. Crim., 18 février 2003, *Bull. crim. n°41*.
- Cass. Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim. n°127*, p. 483.
- Cass. Crim., 16 septembre 2003, *Bull. crim., n°161*; R.S.C. 2004, p. 123, note J. FRANCILLON
- Cass. Crim., 6 janvier 2004, *inédit, pourvoi n°02-86271*.
- Cass. Crim., 7 janvier 2004, *Bull. crim. n° 5*; R.S.C. 2004, p. 635, note E. FORTIS.

- Cass. Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim. n°113*, *Dalloz* 2004, p. 2326, note H. K. Gaba ; *RTD Com.* 2004, p. 823, note B. BOULOC.
- Cass. Crim., 1^{er} septembre 2004, *AJ Pénal* 2004, p. 404 ; *Dalloz* 2006, p. 2923, observations Y. PICOD et al.
- Cass. Crim., 8 septembre 2004, *inédit*, n° de pourvoi: 03-85826.
- Cass. Crim., 22 septembre 2004, *Bull. crim. n°218*, R.S.C. 2005, p. 852, note R. OTTENHOF, « L'abus de confiance ne nécessite pas que le détournement porte sur un bien matériel ; dès lors, la 'dématérialisation' de l'infraction conduit à s'interroger sur la nécessité d'une remise, au sens classique du terme ».
- Cass. Crim., 5 octobre 2004, *Bull. crim. n°230* ; *Gazette du Palais*, 17 décembre 2004, p. 11, note D. COMMARET.
- Cass. Crim., 15 décembre 2004, *Bull. crim. n°322* ; R.S.C. 2005, p. 218, observations G. VERMELLE, « Réurrence de la complicité de complicité » ; *AJ Pénal* 2005, p. 155, observations G. ROUSSEL, « La complicité indirecte est punissable ».
- Cass. Crim., 11 janvier 2005, *inédit*, pourvoi n°04-84196.
- Cass. Crim., 19 janvier 2005, *Bull. crim. n°25* ; R.S.C. 2005, p. 934 et s., observations RENUCCI, « Le principe 'non bis in idem' et les juridictions nationales ».
- Cass. Crim., 1^{er} février 2005, *inédit*, pourvoi n°04-82788.
- Cass. Crim., 12 octobre 2005, *Bull. crim. n°259*.
- Cass. Crim., 15 novembre 2005, *Bull. crim. n° 295* ; R.S.C. 2006, p. 61, note Y. MAYAUD, «Le 'malaise brutal et imprévisible', cas de force majeure pour l'auteur d'un accident de la circulation routière ».
- Cass. Crim., 21 février 2006, *Bull. crim. n°47*, R.S.C. 2006, p. 604, « Violences et rébellion, ou de l'impossibilité d'un cumul... ».
- Cass. Crim., 15 mars 2006, *Bull. crim. n°81* ; *AJ Pénal* 2006, p. 267, observations M. HERZOG-EVANS.
- Cass. Crim., 28 mars 2006, *Bull. crim. n°88*.
- Cass. Crim., 11 mai 2006, *AJ Pénal* 2006, p. 358.
- Cass. Crim., 20 juin 2006, *Bull. crim. n°188*.
- Cass. Crim., 27 juin 2006, *inédit*, pourvoi n° 05-83767.
- Cass. Crim., 19 décembre 2006, *Bull. crim. n°316*.
- Cass. Crim., 30 janvier 2007, *Bull. crim. n°23* ; *Dalloz* 2007, p. 299, note Y. MAYAUD, « Antériorité pathologique et certitude causale ».
- Cass. Crim., 6 février 2007, *Bull. crim. n°29* ; R.S.C. 2007, p. 818, observations Y. MAYAUD, « Discrimination syndicale et harcèlement moral : deux qualifications cumulables pour un même fait... » ; R.S.C. 2007, p. 527 et s., note FORTIS.
- Cass. Crim., 7 février 2007, *Dalloz* 2007, p. 573., note A. DARSONVILLE ; *Revue pénitentiaire*, n°2 avril-juin 2007, p. 372-374, note X. PIN.
- Cass. Crim., 4 avril 2007, *inédit*, *Revue pénitentiaire*, n°2 avril-juin 2007, p. 372-374, note X. PIN.
- Cass. Crim., 12 juin 2007, *Bull. crim. n°157*, R.S.C. 2008, p. 95, note J. FRANCILLON.
- Cass. Crim., 2 octobre 2007, *J.C.P éd. G. 2008*, II, 10027, note V. VALETTE-ERCOLE.
- Cass. Com., 13 novembre 2007, *RTD Com. 2008* p. 354, note C. CHAMPAUD, D. DANET.
- Cass. Crim., 14 novembre 2007, *Bull. crim. n°281*.
- Cass. Crim., 25 novembre 2007, *AJ Pénal* 2008, p.83, note C. SAAS, « L'action civile paralysée par le consentement impossible ».
- Cass. Crim., 15 janvier 2008, *Bull. crim. n°6*.
- Cass. Crim., 29 janvier 2008, *AJ Pénal* 2008, p. 191 .
- Cass. Crim., 1^{er} avril 2008, *Bull. crim. n°88* ; R.S.C. 2009, p. 109, note C. AMBROISE-CASTÉROT, « Culpabilité et action civile en matière d'homicide involontaire après ingestion de 'médicaments' amincissants ».
- Cass. Crim., 25 juin 2008, *Bull. crim. n°167*.

- Cass. Crim., 16 septembre 2008, *Bull. crim. n°186*.
- Cass. Crim., 12 novembre 2008, *pourvoi n° 07-83398*.
- Cass. Crim., 12 novembre 2008, *Bull. crim. n°229*.
- Cass. Crim., 18 novembre 2008, *Bull. crim. n°233*; R.S.C. 2009, p. 1320, note Y. JOSEPH-RATINEAU, « Tous les chemins mènent à la faute caractérisée ».
- Cass. Crim., 20 janvier 2009, *pourvoi n° 08-82.807*.
- Cass. Crim., 21 janvier 2009, *Bull. crim. n°23*; *AJ Pénal* 2009, p. 124, note M. HERZOG-EVANS, « Conflits de lois dans le temps et exécution des peines : un revirement de la Cour de cassation ? ».
- Cass. Crim., 21 janvier 2009, *Bull. crim. n°24*; *AJ Pénal* 2009, p. 178, note J. LASSERRE CAPDEVILLE « Impossibilité d'appliquer les 'peines' prévues à l'article 706-136 du Code de procédure pénale à une hypothèse antérieure »; R.S.C. 2009, p. 136, note A. GIUDICELLI, « Procédure de déclaration d'irresponsabilité pénale : le refus problématique d'une application immédiate »; R.S.C. 2009, p. 69, note P.-J. DELAGE, « Vérité et ambiguïté autour de l'imputabilité morale »; *Dalloz* 2009, p. 1111, note H. MATSOPOULOU, « L'application non-rétroactive des 'peines' frappant désormais les délinquants aliénés ».
- Cass. Crim., 10 février 2009, *Bull. crim. n°33*.
- Cass. Crim., 24 mars 2009, *pourvoi n°08-84.849*.
- Cass. Crim., 28 avril 2009, *Bull. crim. n°80*.

c. Chambres civiles et sociale.

- Civ. 2, 18 décembre 1912, *DP* 1915, 1, 17.
- Soc., 7 mai 1943, *S.* 1943, 1, p. 106.
- Civ. 2, 19 février 1997, *Bull. II, n°54*; *Dalloz* 1997, p. 28, observations D. MAZEAUD, « La faute d'un mineur peut être retenue à son encontre même s'il n'est pas capable de discerner les conséquences de son acte ».
- Soc., 15 juin 2000, *Bull. civ. n°234*.
- Civ. 1, 30 janvier 2001, *Bull. civ. n°19*, *Dalloz* 2001, p. 2232, note P. JOURDAIN, « Autorité au civil de la chose jugée au pénal et principe d'unité des fautes : la rupture est consommée entre faute civile et faute pénale, mais l'est-elle totalement ? »; R.S.C. 2001, p. 613, note A. GIUDICELLI, « La déclaration par le juge répressif de l'absence de faute pénale non intentionnelle ne fait pas obstacle à ce que le juge civil retienne une faute civile d'imprudence ou de négligence ».
- Civ. 1, 4 novembre 2004, *RTD Civ.* 2005, p. 363, note J. HAUSER, « Droit à l'information : la dignité des morts ».
- Civ. 1, 22 mai 2008, *Bull. I, n°148 et 149*; Bulletin d'information de la Cour de Cassation n°689 du 15 octobre 2008.
- Civ. 1, 30 novembre 2008, *Bull. I, n°243*; *Dalloz* 2008, *Actualités*, note I. GALIMEISTER, « Exigence de l'imprévisibilité de la force majeure ».
- Civ. 1, 24 septembre 2009, *pourvois n°08-10.081 et 08-16.305*, *Dalloz* 2009, p. 2342-2343, observations I. GALLMEISTER, « Une avancée décisive pour les victimes du Distilbène ».

3. Juridictions judiciaires de fond.

- Cour d'appel de Chambéry, 6 février 1907, *D.P* 1907. 5. 19.
- Cour d'appel de Paris, 6 octobre 1944, *Dalloz* 1945, 115.
- Tribunal correctionnel de Montauban, 9 février 1968, *JCP* 1969. II. 15781, note E. CLAVEL.
- Tribunal correctionnel de Nevers, 30 janvier 1976, *Gazette du Palais*, 1976, 2, Sommaire n°227.

- Cour d'appel de Dijon, 19 décembre 1984, *R.S.C. 1985, 812*, observations G. LEVASSEUR.
- Cour d'appel de Paris, 5 juin 1985, *R.S.C. 1987, 865*, observations A. VITU.
- Cour d'appel de Paris, 7 juillet 1989, *Gazette du Palais, 1989. 2. 752*, observations PICHOT.
- Cour d'appel de Metz, 19 octobre 1989, *Droit pénal, 1990*, comm. 166, observations. J.-H. ROBERT.
- Cour d'appel de Paris, 3 mai 1993, *Dalloz 1994*, 118, note A. PROTHAIS.
- Tribunal correctionnel du Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal. 1995. 2. Somm. 327*
- Tribunal de Grande Instance d'Agen, 18 février 1998, *Dalloz 1999*, Somm. 334, note GALLOUX.
- Cour d'appel de Paris, 16 novembre 2001, (*n° 00/05087*); *R.S.C.*, 2002, p. 329, note Y. MAYAUD, « La certitude de la causalité dans les violences involontaires, une priorité à ne pas négliger ».
- Cour d'appel de Nancy, 25 avril 2002, *J.C.P G. 2003*, IV 1862.
- Cour d'appel de Rouen, 17 mars 2004, *JCP 2005*, IV, 1432.
- Tribunal de Grande Instance de Douai, 5 décembre 2008, *AJ Pénal 2009*, p. 85, observations M. HERZOG-EVANS, « Une libération conditionnelle refusée parce que la victime s'y oppose ? ».
- Tribunal Correctionnel de Paris, 14 janvier 2009, extraits [en ligne], <<http://prdchroniques.blog.lemonde.fr>>
- Tribunal correctionnel de Foix, 8 septembre 2009, *n°713/2009* ; *Dalloz*, Actualité, 22 septembre 2009, observations S. LAVRIC, « Relaxe d'une femme poursuivie pour 'délit de solidarité' ».

4. Juridictions administratives et autres juridictions.

- C.J.R., 9 mars 1999, *n°99-001*.
- CE, 30 août 2006, *RTD Civ. 2006* p. 736, note J. HAUSER, « De l'utilité du principe de dignité ».
- CE, 5e et 4e s.-sect. réun., 9 mars 2007, *Dalloz 2007*, 2204-2208, note L. NEYRET.
- Tribunal administratif de Rouen, 27 mars 2008, *AJDA 2008* p. 668.
- Cour administrative d'appel de Paris, 19 mars 2008, *AJDA 2008*, p. 1286, « L'accident de Tchernobyl et la responsabilité de l'Etat français sur les cancers de la thyroïde ».

B. Jurisprudence européenne.

- CEDH, 8 juin 1995, *Jamil c/ France*.
- CEDH, 31 juillet 1998, *Oliviera c/ Suisse*.
- CEDH, 25 juin 2002, *Colombani c/ France*.
- CEDH, 8 juillet 2004, *VO c/ France*, *RTD Civ. 2004* p. 714, note J. HAUSER, « L'embryon et la tentation de Strasbourg ».
- CEDH, 17 février 2005, *K.A. ET A.D. c/ Belgique*, *Dalloz 2005*, p. 2973, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », observations M. FABRE-MAGNAN.
- CEDH, 10 octobre 2006, *Pesino c/ France*.
- CEDH, 12 février 2008, *Kafkaris c/ Chypre*.
- CEDH, 16 octobre 2008, *Renolde c/ France*.

C. Jurisprudence espagnole.

1. Tribunal constitutionnel.

- STC 22/1981 de 2 de julio.
- STC 22/1984 de 17 de febrero.
- STC 123/1987 de 15 de junio.
- STC 37/1989 de 15 de febrero.
- STC 150/1991, de 4 de julio.
- STC 111/1993 de 25 de marzo.
- STC 341/1993 de 18 de noviembre.
- STC 55/1996 de 28 de marzo.
- STC 161/1997 de 2 de octubre.

2. Tribunal Suprême.

- STS de 5 de julio 1993.
- STS de 9 de febrero 1994.
- STS de 27 de mayo 1994.

D. Jurisprudence allemande.

- Cour Constitutionnelle fédérale allemande, 16 juillet 1969.
- Cour constitutionnelle fédérale allemande, 5 février 2004, [en ligne],
<<http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2008/2008562/doc.htm>>

E. Jurisprudence latino américaine.

- Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal, Sala II, causa n°23.552 "T., S. s/sobreseimiento" rta. 9/5/06, Argentina, [en ligne],
<<http://www.derechopenalonline.com/derecho.php?id=30,489,1,0,1,0>>

INDEX.

<i>Actio liberae in causa</i>	261	- et bien juridico-pénal	170, 243, 245
- et contrainte	261	- et droits subjectifs	<i>Voir</i> Droits subjectifs
- et état de nécessité	285	- et État providence	75, 79, 177
Action	49, 58, 62, 115	- et intention	<i>Voir</i> Dol
commission par omission	<i>Voir</i> Omission	- et libéralisme	36, 41, 55, 56, 68, 239
Action civile	<i>Voir</i> Action pénale	- et morale	243
- et associations de victimes	143	- et objet juridique	<i>Voir</i> Objet juridique
Action pénale		- et objet matériel	<i>Voir</i> Objet du délit
- et action civile	361	- et valeurs	244
- et personnalité juridique	360	- formel	13, 56, 76, 147
bien juridique collectif	357	- immanent	43, 80
bien juridique individuel	357	- immatériel	177
déclenchement des poursuites	364	- intérêt protégé	11, 45, 70, 245
enquête	366	- matériel	14, 75, 80
imputation de l'injuste	368	- personnel	69, 164
exercice de -	356	- primaires	74, 252
qualification de l'injuste	364, 374	- <i>ratio legis</i>	52, 126
titulaire de -	352, 355	- relation sociale	60, 61, 74, 80
Action publique	141	- supra-légal	78, 236
- et "délicts purement privés"	141	- transcendant	53, 61, 62, 74, 107, 240
- prescription	142, 191	- unité fonctionnelle	171
immunités procédurales	141	- valeur protégée	11, 53, 54, 59, 61, 62, 74, 79, 110, 180, 236
AMELUNG	67	"réfèrent individuel"	70
Animaux	73, 355	définition adoptée	243
Antijuridicité	17, 78, 95, 113, 277	disponibilité	98, 370
- civile	344	fonction de systématisation	126
- formelle	50, 278	fonction d'interprétation	52, 54, 129, 247
- matérielle	50, 292	fonction dogmatique	39, 49, 78
- négative	277	fonction limitatrice	40, 48, 68, 73, 171
- positive	292	générations de -	75, 79, 164
conscience de -	63, 316	place dans l'infraction	154, 248, 292
Appréciation axiologique	14, 48, 52, 236	pondération d'intérêts	17, 94, 139, 168, 173
Arbitraire	12, 36, 103, 229	titulaire	18, 46, 98, 355
Association de malfaiteurs	203	BINDING	38, 42, 113, 116, 171
Auteur indirect		BIRNBAUM	39
infractions non intentionnelles	336	BRICOLA	73
Autorités administratives indépendantes	149	Causalité	
BECCARIA	8, 17, 20, 35, 103, 106, 117, 229	- et imputation	<i>Voir</i> Imputation objective
BECKER	69	- indirecte	88, 336
BENTHAM	18	"dogme causal"	116, 165
BERNER	36	cours normal des choses	59, 65
Bien juridique		équivalence des conditions	64, 89, 115, 184, 266
- abstrait	52, 53, 55, 60, 161	présomption de -	267
- collectifs	70, 75, 165, 357	théorie de l'accumulation	185
- concret	40, 46, 85, 243	Circonstances aggravantes	127, 137, 153, 253
- constitutionnel	61, 71, 76	- et faute intentionnelle	271
- dérivés	252	- et résultat	265
- diffus	165, 183, 357		427
- et autonomie du droit pénal	245		

Code pénal		Droit pénal	
élaboration	147	- "technique"	147
organisation	127, 147, 150	- d'auteur	56, 196
Comportement	256	- d'exception	199
- et contrainte	258	- et matière pénale	208
- et discernement	259	- matériel	238
- et volonté	256	- minimal	78
COMTE	12, 42	- sanctionnateur	17, 43, 46, 246
Concours d'infractions		- symbolique	80, 178
- hétérogène	90	"nucléaire"	70
- homogène	90	autonomie du -	5, 62, 108, 245, 346, 355
- idéal	135, 253	fonction de garantie	49, 80, 164
bien juridique primaire et dérivé	253	fonction expressive	127, 174, 178
cumul juridique des peines	91	fonction promotionnelle	180
pénalité	90, 246	fondements.. 35, 37, 59, 66, 100, 110, 116, 167,	174, 238
Condition préalable		<i>ultima ratio</i>	74, 79, 173
- et bien juridique	154, 297	Droit pénal de l'ennemi	
Consentement de la victime		anticipation de la répression	189
- exclusif	97, 265	fondements	193
- justificatif	97, 289	identification	199
Consummation		procédures d'exception	191
- et dommage social	16, 40, 85	rhétorique	192
seuil	40, 250	Droits	
Contrainte	258	- constitutionnels	71, 236
- morale interne subjective	328	- fondamentaux	72, 78, 236
Contrat social	8, 35, 37, 67, 117, 193	- subjectifs	36, 38, 46, 348
Contrôle		DUGUIT	11
- de conformité	235	DURKHEIM	42, 66
- de constitutionnalité	72, 77, 101, 168, 234	École de KIEL	55, 56
- de conventionnalité	103, 235	École historique du droit	40, 233
juridictions de -	235	École positiviste italienne	21, 48
Cour constitutionnelle allemande	168, 205	Égalité	75
Criminologie	48	Empoisonnement	130, 270
Dangerosité	41, 87, 189, 206	Erreur	
DARGENTAS	62	- de droit	319
DASKALAKIS	62	- sur la jurisprudence	321
Déclaration d'irresponsabilité pénale pour cause		- sur l'atteinte au bien juridique	322
trouble mental	210, 342	- sur un élément qualifiant	272
Déviante	66, 69, 204	Espèce humaine	128, 151, 355
Dignité	22, 72, 73, 357	État de nécessité	94, 284
Discernement	316	- disculpant	328
- et comportement	259	- et faute antérieure	284
mineurs	317	- <i>ultra legem</i>	288
Doctrines		Exigibilité	324
rôle de -	15, 42, 48, 110, 238, 248	- et injuste	324
Dol	17, 44, 63, 115, 161, 268	- et responsabilité	326
- de conséquences nécessaires	269	Faits justificatifs	50, 93, 112, 114, 139, 278
- éventuel	187	- et causes d'irresponsabilité	112
- général	114, 268	- spéciaux	97, 139, 288
- spécial	114, 130	consentement de la victime	<i>Voir</i>
infractions complexes	271	Consentement - justificatif	
Droit		coutume	97
- et morale	7, 37, 39, 41, 48, 52, 54, 56, 59,	droits de la défense	140
66, 384		état de nécessité	<i>Voir</i> Etat de nécessité
droit naturel (ancien)	9	légitime défense	<i>Voir</i> Légitime défense
droit naturel (moderne)	9, 41, 79, 118	ordre, autorisation de la loi	93, 278
droit naturel (source de Droit)	108, 117	principe de spécialité	97, 140
droit positif	9, 42	Faute antérieure	260
Droit international pénal	22, 235		

- Faute d'imprudence **63, 186, 272**
 - caractérisée **186, 338**
 - délibérée **186, 338**
 autonomie de 273
culpa levisima 186
 - imprudence inconsciente 323
- FERNANDEZ **78**
- FERRAJOLI **80**
- FEUERBACH 6, 20, **35, 118**
- FICHTE 194
- Force majeure **65**
 - et contrainte *Voir* Contrainte
- GALLAS **55**
- GARRAUD 6, **44, 86, 155**
- HASSEMER 69
- HOBBS 8, 194
- HONIG **52**
- Imputabilité 65, **117, 173, 209, 259**
- Imputation de l'injuste
 - sujet actif irresponsable **341**
 - sujet actif responsable 340
- Imputation objective **64, 186, 299**
- Infraction
 - complexe **127, 153**
 - de prévention 76, 84, **252, 295**
 - délit obstacle **250**
 - élément matériel 131, 181, **263**
 - élément moral *Voir* Dol
 - et déviance *Voir* Déviance
 - formelle 84, 130
 classification **64, 126, 134, 160, 250**
 définition **113, 315**
 délit d'opinion **55, 204**
 délit obstacle 76, **166, 293**
 doublons 179
 hiérarchisation **127**
 signification sociale 16, 44, 55, **62, 67, 126, 174**
 structure 17, **63, 115, 255**
 substrat matériel 164
 sujet passif 37, 39, **238**
- Infraction impossible **86, 155, 296**
 - et délit putatif **157**
- Injuste **50, 63, 113, 255**
 droit à la qualification de 364
- Interprétation
 - analogique 106
 - axiologique 14, 110
 - criminologique 106
 - et *ratio legis* *Voir* *Ratio legis*
 - littérale 14, **106**
 - restrictive 106
 - stricte 12, **106, 116, 228**
 - téléologique 14, 46, 52, **54, 106, 169, 228, 246**
 déni de justice 108
 opinions dissidentes 15
 syllogisme judiciaire 229
- JAKOBS 10, **170, 188**
- JHERING 45
- KANT 194
- KAUFMANN 11, **61**
- KELSEN 13, **234**
- Légitime défense 280
 - et infraction non intentionnelle **283**
 - putative **281, 327**
 excès de - **282, 327**
- Liberté 72, 73, 74, **117**
- LISZT von 11, **45, 113, 171**
- Lois injustes 12, **48, 108, 110**
- LUHMANN 173, 198
- Mendicité 132
- Mesure de sûreté **206, 342**
 hospitalisation d'office **211**
 personne déclarée irresponsable **210**
 rétention de sûreté ... *Voir* Rétention de sûreté
 surveillance de sûreté 208
- MEZGER **53**
- MONTESQUIEU 106
- Nasciturus* 77, 131, 151, 232
- Normes
 - de conduite 19, 43
 - de sanction 43
 confiance en - **175**
 effectivité de - **59, 170**
 hiérarchie des - **76, 234**
 légitimité 12, 14, 67, 80, 170
 obligatoiriété 11
 processus de création - **69**
 théorie des - 43
 validité 10, 68
 validité (formelle) **42, 234**
 validité (matérielle) **100**
 validité (substantielle) **235**
- Objet du délit
 - juridique... 36, 38, 39, 43, 50, 55, 76, **85, 175, 249, 264**
 - matériel 39, 44, **50, 53, 60, 80, 183, 248**
 valorisation de - 40, 43, 53, 68, **70**
- Omission 181, 257
 - dans la fonction 182
- ORTOLAN **37**
- PARSONS 66
- Participation 16, **134**
 - et causalité **88**
 - et fait principal punissable **134, 332**
 - indirecte **89**
 - passive **89**
 pénalité **88**
- Peine
 - et biens juridiques 47, **241**
 - et victimes **368**
 - plancher 21, 92
 fonction symbolique 18, **198**
 gradation 16, 40, **87, 88**
 hiérarchie 15, 44, 47, 53
 nécessité 17
 neutralisation 21
 prévention générale 18, 175, **178**

prévention générale positive.....	18, 174	- et conscience de l'antijuridicité	316
prévention spéciale.....	47	- et exigibilité.....	<i>Voir</i> Exigibilité
rétribution	47, 198	fondements.....	84, 117, 205
Personne	151, 239	imputabilité.....	<i>Voir</i> Imputabilité
définition	195	Résultat	10, 113, 158, 183, 264
Personne morale		- et objet du délit	238
responsabilité de la -	334	- et risque	<i>Voir</i> Risque
PHILIPPOT.....	54	- juridique.....	53, 55, 56, 130, 159
Politique criminelle.....	168	- matériel	84, 85, 115
- et alternance politique.....	198	imputation du -	<i>Voir</i> Imputation objective
- et Contrôle de constitutionnalité	<i>Voir</i>	Rétention de sûreté	205
Normes - validité		application immédiate	208
- et droit pénal.....	47, 72, 79	Risque.....	84, 85, 165
- et protection des biens juridiques.....	246	- autorisé	186
- et société du risque.....	80, 166, 177	- et faute pénale	187
"tolérance zéro".....	204	- et résultat.....	264
erreur manifeste d'appréciation	101	ROCCO.....	11, 37, 44, 73
fichiers	202	ROSSI	37
inflation pénale.....	23, 80	ROUSSEAU	8, 12, 35, 117, 194, 233
opinion publique.....	179	SAVIGNY	40, 233
sentiment d'insécurité	179	SCHMITT.....	13, 195
vidéosurveillance.....	192	Sécurité juridique	9, 12, 21, 59, 104, 236
Positivisme juridique.....	12, 42, 66, 109, 116	Tentative.....	165
logique déductive.....	12, 229	- d'infraction impossible	<i>Voir</i> Infraction impossible
neutralité axiologique.....	109	- punissable (domaine)	85
Préjudice	352	actes préparatoires	203
Principe		désistement volontaire	87
caractère fragmentaire du droit pénal.....	172	pénalité.....	87
- de clarté de la loi pénale.....	101	repentir actif.....	87, 138
- de la plus haute expression pénale.....	135	Terrorisme.....	189, 193
- de légalité criminelle.....	12, 73, 100, 104, 116	Théories constitutionnelles.....	73
- de nécessité	17, 76, 100	- "positivisme constitutionnel"	76
- de non rétroactivité	101, 207	- éclectiques	74
- de proportionnalité.....	19, 74, 94, 100, 167	- et obligation de punir.....	77
- de subsidiarité.....	173	- strictes	73
- d'exclusive protection des biens juridiques		Théories finalistes.....	11, 45, 58
.....	36, 48, 76, 167	Théories humanistes	78
- d'insignifiance	169, 292	Théories légalistes.....	13, 100, 233
- d'interprétation stricte	12, 228	Théories naturalistes	45, 58, 115
- d'offensivité.....	36, 51, 74, 76	Théories néokantiennes.....	51
- <i>non bis in idem</i>	102, 135	Théories normativistes	13, 43, 113, 228
- <i>specialia generalibus derogant</i>	135	Théories réalistes de l'interprétation.....	229
Procédure pénale		Théories relativistes.....	198
audience devant la Chambre de l'instruction		Théories sociologiques	65, 74
.....	372	abolitionnisme	81
CRPC.....	366	fonctionnalisme	66, 80, 173
enquête	191, 366	interactionnisme symbolique	68
juridictions spéciales	192	théories du conflit.....	80
parties au procès	375	Théories systémiques	10, 173
procédures spéciales.....	200	analyse fonctionnelle	14, 66
procès pénal (scission du -).....	372	Théories utilitaristes	18, 47
<i>Ratio legis</i>	15, 52, 107, 169, 228	Tribunal constitutionnel espagnol.....	168
Rationalisme.....	12, 39, 233	Typicité	263
Récidive.....	91, 137	Victimes.....	10, 18, 67
Réprobation		- et sujet passif.....	350
- de l'acte	16, 59, 64, 84, 85, 87	- par ricochet.....	353
- du résultat.....	16, 59, 64	action civile.....	<i>Voir</i> Action civile
nocivité sociale.....	16, 40, 50, 59, 67, 70, 172	action vindicative.....	<i>Voir</i> Action pénale
Responsabilité pénale.....	17, 63, 316		

Index.

héritiers.....	353	- et comportement	256
indemnisation.....	344	acte de - (jurisprudence).....	230
Vie		acte de - (loi).....	12, 39, 42, 48, 52, 54, 62, 100 , 110, 117, 229, 233, 234
- et personnalité juridique	132	action finale	59 , 62
droit à -	73, 78	<i>ratio legis</i>	Voir <i>Ratio legis</i>
Viol.....	133	WELZEL	11, 19, 58
Volonté			

INTRODUCTION.....	3
PARTIE I DE LA RECONNAISSANCE DU CONCEPT.....	25
TITRE 1 LE BIEN JURIDIQUE ET LA LOI.....	29
Chapitre 1 Une nature juridique discutée.....	33
Section 1 La controverse sur l'essence libérale du concept.....	34
I Des origines extrêmement débattues.....	34
A. Une paternité discutée.....	34
1°/ La théorie des droits subjectifs de FEUERBACH.....	35
a. L'héritage de la pensée des Lumières.....	35
b. Un fort retentissement en Allemagne et en Europe.....	37
b-1 L'aura de la théorie.....	37
b-2 Les critiques de la théorie.....	38
2°/ L'invention du terme « <i>bien juridique</i> » par BIRNBAUM.....	39
a. L'apparition de la fonction dogmatique du « <i>bien juridique</i> ».....	39
b. Les troubles influencés de la pensée de la Restauration allemande.....	40
B. L'affrontement des théories positivistes dans la consécration du concept.....	42
1°/ Le concept formel du positivisme juridique de BINDING.....	42
a. L'expression du positivisme juridique.....	42
a-1 L'apogée du rationalisme.....	42
a-2 La théorie des Normes.....	43
b. Le bien juridique, objet de l'infraction.....	43
b-1 L'infraction comme lésion du bien juridique.....	43
b-2 La réception de la théorie.....	44
2°/ Le concept matériel du positivisme naturaliste de von LISZT.....	45
a. Le bien juridique, intérêt juridiquement protégé.....	45
a-1 L'influence de von JHERING.....	45
a-2 Un bien juridique issu de la réalité sociale.....	46
b. Le bien juridique, notion clé des sciences criminelles.....	47
b-1 Fonctions de politique criminelle.....	47
b-2 Fonctions dogmatiques.....	49
II L'évolution vers un bien juridique complètement spiritualisé.....	51
A. L'abstraction du concept de bien juridique.....	52
chez les néo-kantiens.....	52
1°/ Le bien juridique comme « <i>formule synthétique</i> ».....	52
2°/ Le bien juridique comme bien de la culture.....	53
B. Le bien juridique comme valeur objective.....	53
et la dérive vers un injuste total.....	53
1°/ Le bien juridique comme valeur objective de MEZGER.....	54
2°/ La remise en cause du bien juridique par l'école de KIEL.....	55
a. Le rejet d'un concept jugé libéral.....	55
b. Le bien juridique, saine sentiment du peuple allemand.....	56
Section 2 Des acceptations contemporaines hétéroclites.....	58
I Le retour à des références externes.....	58
A. Finalisme et post finalisme.....	58
1°/ La théorie de l'action finale de WELZEL.....	58
a. Une conception éthico sociale du Droit.....	59
b. Un bien juridique abstrait, objet médiat du délit.....	59
2°/ La « <i>révolution finaliste</i> ».....	60
a. L'extraordinaire diffusion des théories finalistes.....	60
a-1 Les multiples visages du bien juridique chez.....	61
les post-finalistes.....	61
a-2 La percée des théories finalistes en France.....	62
b. L'empreinte finaliste dans la théorie de l'infraction.....	63
b-1 La conception personnelle de l'injuste.....	63
b-2 Réprobation de l'acte et réprobation du résultat.....	64

B.	Les théories sociologiques.....	65
1°/	Les théories fonctionnalistes du droit pénal.....	65
a.	Le structuro fonctionnalisme de PARSONS.....	66
b.	Le délit comme nocivité sociale chez AMELUNG.....	67
b-1	L'indispensable nocivité sociale.....	67
b-2	L'insuffisante nocivité sociale.....	67
2°/	Les théories interactionnistes.....	68
a.	L'interactionnisme symbolique.....	68
b.	La théorie personnaliste de HASSEMER.....	69
II	Les théories du bien juridique supra-légal.....	71
A.	Le bien juridique issu de la Constitution.....	71
1°/	Le fondement des constitutions d'après guerre.....	71
a.	La Constitution italienne.....	72
b.	La Loi Fondamentale allemande.....	72
c.	La Constitution espagnole.....	73
2°/	Le bien juridique constitutionnel, limite au <i>ius puniendi</i>	73
a.	La théorie constitutionnelle stricte de BRICOLA.....	73
b.	Les théories éclectiques.....	74
B.	Diffusion et déclinaisons du bien juridique supra légal.....	75
1°/	Propagation et dérives du bien juridique constitutionnel.....	75
a.	L'affadissement des théories constitutionnelles.....	76
b.	La controverse sur l'obligation constitutionnelle de punir.....	77
2°/	L'émergence des théories du bien juridique-droits de l'homme.....	78
a.	Le bien juridique, droit fondamental reconnu par le droit international.....	79
a-1	Une philosophie universelle des droits de l'Homme.....	79
a-2	Un bien juridique immanent et dynamique.....	79
b.	Le bien juridique, fondement d'un droit pénal minimal.....	80
Chapitre 2	Une existence juridique incertaine.....	83
Section 1	Les stigmates d'une conception formelle de l'infraction.....	84
I	Dans les conditions de la répression.....	84
A.	L'absence de « gradation de l'injuste » par le critère de l'atteinte au bien juridique.....	84
1°/	L'indifférence à la gravité de l'atteinte.....	85
a.	Le domaine étendu de la tentative punissable.....	85
b.	La pénalité sévère de la tentative punissable.....	87
2°/	L'indifférence au caractère indirect de l'atteinte.....	88
a.	L'assimilation du complice à l'auteur.....	88
b.	L'admission souple de l'exigence de causalité.....	89
B.	La faible aggravation de l'injuste par le concours d'infractions.....	90
1°/	Le cumul limité des peines des infractions en concours.....	90
2°/	La saisissante comparaison avec la récidive légale et la réitération.....	91
II	Dans les causes de justification.....	93
A.	Le fait justificatif comme conflit de normes.....	93
1°/	La prééminence de l'autorisation de la loi.....	93
a.	La solution d'un conflit de loi.....	94
b.	Un fait justificatif premier.....	94
2°/	L'admission restreinte de l'état de nécessité.....	94
a.	Un indéniable fondement matériel.....	94
b.	D'importantes restrictions textuelles.....	95
B.	La réticence face aux faits justificatifs extra légaux.....	96
1°/	De rares exceptions.....	96
2°/	Le refus du consentement justificatif.....	97
a.	Un consentement justificatif admis à l'étranger.....	98
b.	Un consentement justificatif exclu en droit français.....	98
Section 2	L'ancrage du positivisme étatique.....	100
I	Le ciment légaliste.....	100
A.	La faiblesse des limites matérielles au droit pénal.....	100
1°/	La prudence saluée du contrôle de constitutionnalité.....	101
2°/	La légitimité contestée du contrôle de conventionalité.....	103

a.	La dénonciation d'un détournement de principe.	103
b.	La crainte de l'insécurité juridique.	104
B.	L'absence de pouvoir créateur du juge pénal.	106
1°/	Le carcan de l'interprétation stricte.	106
2°/	L'impossible recours à un droit supérieur.	107
a.	Le difficile recours à un bien juridique transcendant.	107
b.	L'impossible contestation de la loi injuste.	108
II	La chape positiviste.	109
A.	Un positivisme juridique assumé d'un point de vue épistémologique.	109
1°/	Une neutralité axiologique affirmée.	109
2°/	Un pragmatisme assumé.	111
a.	La mise en avant des solutions du droit positif.	111
b.	L'inclinaison de la doctrine devant le droit positif.	111
B.	L'empreinte positiviste d'un point de vue théorique.	113
1°/	Dans les définitions doctrinales.	113
a.	La violation de la loi comme résultat de l'infraction.	113
b.	Les définitions naturalistes des éléments de l'infraction.	115
2°/	Dans les fondements de l'infraction.	116
a.	L'attachement aux fondements du droit pénal moderne.	116
b.	L'attachement à la philosophie des Lumières.	117
	TITRE 2 LE BIEN JURIDIQUE ET LE FAIT.	121
	Chapitre 1 Le caractère protéiforme du bien juridique.	125
	Section 1 Des manifestations nombreuses.	126
I	Le bien juridique, <i>ratio legis</i>	126
A.	Le bien juridique dans sa fonction de systématisation.	126
1°/	Dans la classification tripartite et la hiérarchie des peines.	126
2°/	Dans la hiérarchisation et la classification des incriminations.	127
B.	Le bien juridique dans sa fonction d'interprétation.	129
1°/	Dans la détermination de l'élément moral.	130
2°/	Dans la détermination de l'élément matériel.	131
II	Le bien juridique, critère de la loi applicable.	133
A.	En droit pénal de fond.	133
1°/	Le bien juridique, critère de la qualification.	133
a.	Dans la détermination de la nature de l'infraction.	133
b.	Dans la détermination de la qualification applicable.	134
c.	Comme facteur d'aggravation.	137
2°/	Le bien juridique, fondement de la justification.	139
B.	En procédure pénale.	140
1°/	Le bien juridique, critère des modalités l'action publique.	141
2°/	Le bien juridique, critère d'ouverture l'action civile.	143
Section 2 L'impossible extraction du droit positif.		147
I	L'impossible extraction du droit pénal spécial.	147
A.	L'insuffisance des distinctions du Code pénal.	147
1°/	Le constat d'échec du livre V.	147
2°/	Une multitude d'incriminations non codifiées.	149
B.	Les faiblesses de la classification du Code pénal.	150
1°/	La faiblesse des distinctions fondamentales du Code.	150
2°/	L'impossible classification.	152
II	L'impossible induction du droit pénal général.	154
A.	L'impossible assimilation à la condition préalable.	154
1°/	Une option séduisante.	155
2°/	Une option rejetée par le droit positif.	156
B.	Les carences d'une assimilation au résultat.	158
1°/	L'appui du concept de résultat sur celui de bien juridique.	158
2°/	Les carences du rattachement au résultat juridique.	160
	Chapitre 2 La crise prétendue du concept.	163
	Section 1 La remise en cause de l'utilité du concept dans le modèle allemand.	164
I	Le consensus doctrinal sur les limites du concept de bien juridique.	164

A.	La perte de substance du bien juridique.	164
B.	Des grands principes malmenés par la politique criminelle.	167
1°/	Le prudent contrôle des incriminations.	168
2°/	L'interprétation téléologique des incriminations.	169
II	Le succès du courant abolitionniste du concept de bien juridique.	170
A.	L'abandon du bien juridique comme objet de protection.	170
1°/	La dénonciation de l'indétermination du concept.	171
2°/	L'abandon d'un concept jugé inutile.	172
a.	L'inutilité dans la détermination de la nécessité de la sanction pénale.	172
b.	L'absence de protection absolue.	172
B.	L'effectivité de la norme comme bien juridico-pénal.	173
1°/	L'inspiration du fonctionnalisme systémique de LUHMANN.	173
2°/	La théorie de la prévention générale positive.	174
Section 2	Le symptôme d'une crise du droit pénal commune.	176
I	L'inadaptation à la société du risque.	176
A.	L'expansion du droit pénal.	176
1°/	La complexification croissante de la société.	177
a.	L'avènement d'une « <i>société du risque</i> ».	177
b.	La modification du rôle de l'État.	177
2°/	Le développement d'un droit pénal symbolique.	178
a.	L'illégitime prééminence de la fonction symbolique.	179
b.	La légitimité discutée de la fonction promotionnelle.	180
B.	La transformation des éléments de l'infraction.	181
1°/	La transformation des éléments objectifs de l'infraction.	181
a.	La multiplication des infractions d'omission.	181
b.	L'indétermination du résultat.	183
c.	La complexification des cours causaux.	183
2°/	La transformation des éléments subjectifs de l'infraction.	185
a.	La difficile détermination de la faute pénale d'imprudence.	186
b.	La difficile détermination de la nature de la faute exigée.	187
II	La remise en cause des fondements du droit pénal.	188
A.	L'existence d'un « <i>droit pénal de l'ennemi</i> ».	188
1°/	L'émergence d'un droit allégué en garanties.	188
a.	Une répression anticipée.	189
b.	Une procédure aggravée.	191
2°/	Une justification théorique guerrière.	192
a.	Une rhétorique guerrière.	192
b.	Une justification philosophique fondée sur le contrat social.	193
B.	Les dérives du « <i>droit pénal de l'ennemi</i> ».	195
1°/	La dépersonnalisation de l'« <i>ennemi</i> ».	195
a.	La définition normative des personnes.	195
b.	La déchéance de la personnalité.	196
b-1	L'incompatibilité avec l'État de droit.	196
b-2	Le signe d'un certain relativisme éthique.	198
2°/	L'expansion du « <i>droit pénal de l'ennemi</i> ».	199
a.	La gangrène du droit commun par le « <i>droit pénal de l'ennemi</i> ».	199
a-1	La multiplication des procédures dérogatoires.	200
a-2	La contamination du droit pénal de fond.	203
b.	Le risque d'abandon du fondement de la responsabilité.	205
b-1	La rétention de sûreté.	206
b-2	Les mesures de sûreté à l'encontre de l'irresponsable.	210
PARTIE II DE L'INTEGRATION DU CONCEPT DANS LA THEORIE DE L'INFRACTION.		219
TITRE 1 L'ATTEINTE AU BIEN JURIDIQUE, CONDITION DE L'INJUSTE.		223
Chapitre 1 La reconstruction du concept.		227
Section 1 Le cadre d'une conception matérielle de l'infraction.		228
I	La rupture avec une conception formelle en déclin.	228
A.	Le leurre de l'interprétation stricte.	228
1°/	Le mythe de l'interprétation-connaissance.	228

2°/	L'inévitable interprétation-volonté.....	229
B.	Le déclin du mythe de la rationalité indubitable de la loi.....	233
1°/	La fin de la volonté comme unique source de normativité.....	233
2°/	Le contenu de la volonté comme condition de la validité normative.....	235
II	L'affirmation du bien juridique comme fondement matériel de l'infraction.....	238
A.	Une reconnaissance nécessaire.....	238
1°/	Une conception matérielle de l'État de droit.....	238
2°/	Une conception libérale de l'État.....	239
B.	Une articulation à préciser.....	240
1°/	Dans le fondement de l'interdit pénal.....	240
2°/	Dans le fondement et la finalité de la répression.....	241
Section 2	La théorisation d'un concept matériel de bien juridique.....	243
I	Le bien juridique, objet de la protection pénale.....	243
A.	Le bien juridico-pénal, émanation de la valeur.....	243
1°/	Le contenu axiologique du bien juridique.....	244
2°/	La sélection des biens juridico-pénaux.....	245
B.	La protection du bien juridico-pénal, finalité de la loi pénale.....	246
1°/	Un outil pour le législateur.....	246
2°/	Un outil pour l'interprète.....	247
II	Le bien juridique, objet atteint par le comportement incriminé.....	248
A.	Bien juridique et objet matériel de l'infraction.....	248
B.	Bien juridique et objet juridique de l'infraction.....	249
Chapitre 2	La qualification de l'injuste.....	255
Section 1	Un comportement typique.....	256
I	Le comportement.....	256
A.	Définition du comportement.....	256
1°/	La manifestation à l'extérieur d'une volonté humaine.....	256
2°/	L'indifférence de la finalité poursuivie.....	257
B.	Exclusion du comportement.....	258
1°/	L'exclusion du comportement par la contrainte.....	258
2°/	L'absence d'exclusion du comportement involontaire provoqué par une volonté antérieure.....	260
II	La typicité.....	263
A.	Éléments objectifs.....	263
1°/	Le comportement prohibé.....	263
2°/	Le résultat prohibé.....	264
a.	Appréciation au regard de l'objet juridique du délit.....	264
b.	Appréciation au regard de tous les objets juridiques.....	265
3°/	Le lien de causalité.....	266
a.	Maintien de l'équivalence des conditions.....	266
b.	Proposition d'extension du critère de la certitude du lien causal.....	266
B.	Éléments subjectifs.....	267
1°/	La faute intentionnelle.....	268
a.	La recherche de l'atteinte prohibée à l'objet juridique du délit.....	269
b.	Conséquences de la définition choisie.....	270
2°/	La faute non intentionnelle.....	272
a.	Autonomie de la faute pénale.....	273
b.	Appréciation de la faute pénale.....	274
Section 2	L'antijuridicité.....	277
I	L'antijuridicité négative.....	277
A.	L'antijuridicité négative formelle.....	278
1°/	L'ordre, l'autorisation de la loi et leurs corollaires.....	278
2°/	La légitime défense.....	280
a.	Une agression antijuridique.....	280
b.	La nécessité et la proportionnalité de l'acte de défense.....	282
3°/	L'état de nécessité.....	284
a.	La situation de danger.....	284
b.	Le comportement typique nécessaire.....	286

B.	L'antijuridicité négative matérielle.....	287
1°/	L'état de nécessité <i>ultra legem</i>	288
2°/	Les faits justificatifs <i>sui generis</i>	288
3°/	Le consentement justificatif.....	289
II	L'antijuridicité positive.....	292
A.	Atteinte à un bien juridico-pénal par le comportement typique.....	292
1°/	Antijuridicité positive du comportement typique.....	293
a.	Délits-obstacle.....	293
b.	Infractions de prévention.....	295
2°/	Antijuridicité de la tentative d'infraction impossible.....	296
a.	Admission de l'antijuridicité.....	296
b.	Exclusion de la typicité.....	298
B.	Imputation objective du résultat matériel au comportement typique.....	299
1°/	Nécessité de l'imputation objective.....	299
a.	Critères de l'imputation objective.....	300
b.	Émergence des critères en droit positif.....	301
2°/	Conséquences de l'absence d'imputation objective.....	303
TTTRE 2 L'INJUSTE, ELEMENT QUALIFIANT DE L'INFRACTION.....		311
Chapitre 1 L'imputation de l'injuste au sujet actif.....		315
Section 1 Conditions de la responsabilité pénale.....		316
I	Conscience de l'antijuridicité.....	316
A.	Le discernement.....	316
1°/	Exigence de discernement pour la qualification de l'infraction.....	316
a.	Appréciation <i>in concreto</i>	316
b.	Appréciation au moment des faits.....	318
2°/	Indifférence du discernement sur la qualification de l'injuste.....	319
B.	L'erreur sur le droit.....	319
1°/	Erreur sur le droit <i>stricto sensu</i>	320
a.	Appréciation de l'erreur.....	320
b.	Domaine de l'erreur.....	321
2°/	Erreur sur l'atteinte au bien juridique.....	322
a.	Infractions-obstacle et assimilées.....	322
b.	Imprudence inconsciente.....	323
II	Exigibilité.....	324
A.	Présomptions légales d'exigibilité et d'inexigibilité.....	324
1°/	Aggravation de la responsabilité.....	325
2°/	Atténuation et exclusion de la responsabilité.....	325
B.	Proposition de reconnaissance de l'inexigibilité subjective.....	326
1°/	Excès dans la légitime défense et légitime défense purement putative.....	327
2°/	État de nécessité « <i>disculpant</i> » et contrainte morale interne « <i>subjective</i> ».....	328
Section 2 Régimes de l'imputation de l'injuste.....		331
I	Modalités particulières d'imputation.....	331
A.	Imputation du comportement antijuridique d'autrui.....	331
1°/	Imputation au complice.....	332
2°/	Imputation à la personne morale.....	334
a.	Emprunt de l'injuste.....	334
b.	Autonomie de la responsabilité <i>stricto sensu</i>	335
B.	Imputation à l'auteur indirect personne physique d'une infraction non intentionnelle.....	336
1°/	Injuste personnel de l'auteur indirect.....	337
2°/	Modalités d'imputation de l'injuste.....	338
II	Conséquences de l'injuste pour le sujet actif.....	340
A.	Imputation de l'injuste.....	340
1°/	Imputation au sujet actif responsable.....	340
2°/	Forme d'imputation au sujet actif irresponsable.....	341
B.	Imputation de l'antijuridicité civile.....	344
1°/	En cas d'injuste.....	344
2°/	En cas d'exclusion de l'antijuridicité pénale.....	346
Chapitre 2 L'injuste, fondement de l'action du sujet passif.....		349

Section 1 L'atteinte au bien juridique, critère de la titularité de l'action.....	350
I Le préjudice, critère inadapté de la qualité de sujet passif.....	350
A. Sujet passif générique et sujet passif spécifique.....	350
B. Incohérences du critère du préjudice.....	352
1°/ Inadaptation à l'action purement vindicative.....	352
2°/ Admission extensive des victimes par ricochet.....	353
3°/ Impossible explication des distinctions opérées pour les héritiers.....	353
II La titularité du bien juridique, critère de la qualité de sujet passif.....	355
A. Titularité du bien juridique et personnalité juridique.....	355
1°/ Autonomie de la notion de titularité.....	355
2°/ Adoption d'une conception objective de la titularité.....	356
B. Titularité du bien juridique et exercice de l'action.....	356
1°/ Exercice de l'« action pénale ».....	356
2°/ Exercice des actions pénale et civile.....	361
Section 2 L'atteinte au bien juridique, critère des modalités de l'action.....	363
I Encadrement des prérogatives du sujet passif.....	363
A. Droit absolu à la qualification de l'injuste.....	364
1°/ Droit de déclencher les poursuites pénales.....	364
2°/ Droit à l'information et à l'intervention au cours de l'enquête.....	366
B. Prérogatives limitées dans la procédure d'imputation de l'injuste.....	368
1°/ Absence d'intervention de principe dans l'imputation de l'injuste.....	368
2°/ Intervention exceptionnelle en cas de bien juridique personnel disponible.....	370
II Proposition de scission du procès pénal.....	372
A. L'exemple ambivalent de l'audience devant la Chambre de l'instruction.....	372
B. L'opportune scission procédurale entre qualification de l'injuste et imputation de l'injuste.....	374
1°/ Garantie de la qualification de l'injuste.....	374
2°/ Précision des parties aux deux phases du procès.....	375
CONCLUSION GENERALE.....	381
BIBLIOGRAPHIE.....	385
TEXTES OFFICIELS ET JURISPRUDENCE.....	415
INDEX.....	427

