



HAL
open science

Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction

Claire Ballot Squirawski

► **To cite this version:**

Claire Ballot Squirawski. Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction. Droit. Université Paris-Sud Saclay, 2017. Français. NNT: . tel-02863363

HAL Id: tel-02863363

<https://hal.science/tel-02863363>

Submitted on 10 Jun 2020

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.

THÈSE DE DOCTORAT
DE L'UNIVERSITÉ PARIS-SACLAY
PRÉPARÉE À L'UNIVERSITÉ PARIS-SUD

ÉCOLE DOCTORALE N° 578
Sciences de l'Homme et de la Société

Spécialité de doctorat : sciences juridiques

par

Claire BALLOT – SQUIRAWSKI

Les éléments constitutifs
Essai sur les composantes de l'infraction

Thèse présentée et soutenue à Sceaux, le 6 juillet 2017

Composition du Jury :

Directeur de thèse :	M. Emmanuel DREYER	Professeur, École de Droit de la Sorbonne
Présidente :	Mme Haritini MATSOPOULOU	Professeure, Université Paris-Sud
Rapporteurs :	M. Xavier PIN	Professeur, Université Lyon III
	M. François ROUSSEAU	Professeur, Université Nantes
Examinatrice :	Mme Valérie MALABAT	Professeure, Université Bordeaux

THÈSE DE DOCTORAT
DE L'UNIVERSITÉ PARIS-SACLAY
PRÉPARÉE À L'UNIVERSITÉ PARIS-SUD

ÉCOLE DOCTORALE N° 578
Sciences de l'Homme et de la Société

Spécialité de doctorat : sciences juridiques

par

Claire BALLOT – SQUIRAWSKI

Les éléments constitutifs
Essai sur les composantes de l'infraction

Thèse présentée et soutenue à Sceaux, le 6 juillet 2017

Composition du Jury :

Directeur de thèse :	M. Emmanuel DREYER	Professeur, École de Droit de la Sorbonne
Présidente :	Mme Haritini MATSOPOULOU	Professeure, Université Paris-Sud
Rapporteurs :	M. Xavier PIN	Professeur, Université Lyon III
	M. François ROUSSEAU	Professeur, Université Nantes
Examinatrice :	Mme Valérie MALABAT	Professeure, Université Bordeaux

L'Université Paris-Sud n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Sommaire

PREMIÈRE PARTIE	L'identification substantielle des éléments constitutifs	31
Titre I	Les éléments constitutifs, outil déficient d'analyse	35
Chapitre 1	La naissance de l'outil d'analyse	37
Chapitre 2	La dénaturation de l'outil d'analyse	71
Titre II	Les éléments constitutifs, outil fondamental de qualification	105
Chapitre 1	L'exercice de qualification	109
Chapitre 2	Le schéma de qualification	143
SECONDE PARTIE	L'analyse structurelle des éléments constitutifs	243
Titre I	Les éléments objectifs de l'infraction	245
Chapitre 1	L'élément matériel de l'infraction	247
Chapitre 2	L'élément antijuridique de l'infraction	297
Titre II	L'élément subjectif de l'infraction	371
Chapitre 1	L'élément psychologique de l'infraction	373
Chapitre 2	Les conséquences de la réunion des données psychologiques sur la notion de responsabilité	445

Remerciements

Mes remerciements les plus sincères vont avant tout à Monsieur le Professeur Emmanuel DREYER, pour avoir accepté de diriger cette thèse. Qu'il trouve ici l'expression de ma profonde reconnaissance pour ses conseils constants et bienveillants ainsi que pour la liberté qu'il m'a laissée dans le traitement de ces travaux.

Aux Professeurs Valérie MALABAT, Haritini MATSOPOULOU, Xavier PIN et François ROUSSEAU, pour m'avoir fait l'insigne honneur d'accepter de juger ce travail.

À Monsieur Laurent SAENKO, pour ses précieux éclairages.

À Anaïs, Noémie, Julie, Benjamin, Pauline et Olivier qui, par leur amitié, ont contribué à la richesse de ces années.

Plus particulièrement encore, à Benoît, pour toute son aide, à Fanny et Nicolas pour leur soutien constant, tant matériel que moral, ainsi qu'à Damien pour ses conseils indispensables, dont j'espère n'avoir trahi ni la *lettre*, ni l'esprit.

À Donya et Nicolas pour leur amitié sans faille et leur soutien inconditionnel. À ma famille pour leur aide et leur présence tout au long de ce travail.

À Jonathan, pour tout ! Tout simplement.

Liste des principales abréviations

<i>Adde</i>	Également
AJCT	Actualité Juridique des Collectivités Territoriales
AJDA	Actualité Juridique de Droit Administratif
AJ famille	Actualité Juridique famille
AJ pén.	Actualité Juridique pénal
al.	Alinéa
art.	Article
Ass. plén.	Assemblée plénière
Bull. civ.	Bulletin des arrêts des Chambres civiles de la Cour de cassation
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Chambre criminelle de la Cour de cassation
Code de com.	Code de commerce
Code de proc. pén.	Code de procédure pénale
Code de propr. intell.	Code de propriété intellectuelle
Code de trav.	Code du travail
Code d'instr. crim.	Code d'instruction criminelle
Code pén.	Code pénal
CA	Cour d'appel
Cass. com.	Chambre commerciale de la Cour de cassation
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
Cass. soc.	Chambre sociale de la Cour de cassation
Cass.	Cour de cassation
CCE	Communication Commerce Électronique
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
chron.	Chronique
CJEG	Cahiers Juridiques de l'Électricité et du Gaz
coll.	Collection
Comp.	Comparer
concl.	Conclusion
Cons. const.	Conseil Constitutionnel
cons.	Considérant
<i>Contra</i>	En sens contraire
D.	Dalloz
dir.	Sous la direction de
doctr.	Doctrine
Dr. fisc.	Revue droit fiscal
Dr. pén.	Revue droit pénal
Dr. soc.	Revue droit social
éd.	Édition
ex.	Exemple
fasc.	Fascicule
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (même endroit)
<i>id.</i>	<i>Idem</i> (même chose)
<i>infra</i>	Ci-dessous
<i>in</i>	Dans

J. Cl. PLA	Juris-Classeur Propriété Littéraire et Artistique
J. Cl. Procédure pénale	Juris-Classeur Procédure pénale
J. Cl. Pénal Code	Juris-Classeur Pénal Code
JCP E.	Juris-Classeur Périodique, édition Entreprise
JCP G.	Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP	Juris-Classeur Périodique (Semaine juridique)
JO	Journal Officiel
juris.	Jurisprudence
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
n°	Numéro
obs.	Observations
<i>op. cit.</i>	<i>Opere citato</i> (œuvre citée)
p.	Page(s)
préc.	Précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses Universitaires de France
RDI	Revue de droit immobilier
RDPC	Revue de droit pénal et de criminologie
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Resp. civ. et assur.	Revue responsabilité civile et assurances
Rev. crit. dr. intern. priv.	Revue critique de droit international privé
Rev. dr. trav.	Revue du droit du travail
Rev. pénit.	Revue pénitentiaire
Rev. société	Revue des sociétés
RGDIP	Revue Générale de Droit International Public
RIDA	Revue Internationale du Droit d'Auteur
RIDC	Revue Internationale de Droit Comparé
RIDP	Revue Internationale de Droit Pénal
RIDPC	Revue Internationale de Doctrine et de législation Pénale Comparée
RJS	Revue de Jurisprudence Sociale
RPDP	Revue Pénitentiaire et de Droit Pénal
RSC	Revue de science criminelle et de droit comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
RTD eur.	Revue Trimestrielle de Droit européen
Rép. dr. civ.	Répertoire de droit civil
Rép. dr. pén.	Répertoire de droit pénal
Rép. dr. soc.	Répertoire du droit des sociétés
S.	Sirey (Recueil Sirey)
s.	Suivant(e)s
spéc.	Spécialement
<i>supra</i>	Ci-dessus
t.	Tome
TGI	Tribunal de grande instance
th.	thèse
Trib. correc.	Tribunal correctionnel
v°	<i>Verbo</i> (mot)
v.	Voir
vol.	Volume

Introduction

1. Les éléments – Le terme élément, communément utilisé dans la langue française, est emprunté aux doctrines physiques anciennes¹. Il désignait alors les quatre éléments que sont l'eau, le feu, la terre et l'air. Considérés comme étant à l'origine de toute chose, leur juste répartition était supposée permettre l'équilibre du monde². La doctrine des quatre éléments est ainsi originellement chargée d'une dimension philosophique et métaphysique, qu'elle a perdue par la suite, lorsque les éléments sont devenus un instrument scientifique³. Il est désormais acquis que tout atome est composé de différents éléments, dont le nombre a significativement augmenté au cours des siècles, et qui se définissent comme « des corps simples, des substances indécomposées et regardées provisoirement comme indécomposables »⁴. Par extension, le terme désigne aujourd'hui « tout ce qui entre dans la composition d'une autre chose et sert à la former »⁵. Constitutifs, les éléments le sont parce qu'ils entrent dans la constitution de leur objet et, qu'ensemble, ils le forment⁶. L'expression « éléments constitutifs », que l'on retrouve en différentes matières, relève d'ailleurs en cela du pléonasme, car les éléments sont, par hypothèse, nécessairement constitutifs de leur objet.

Le recours à des éléments afin de détailler la composition ou la structure d'une entité ou d'une notion est particulièrement fréquente. L'on évoque ainsi les éléments constitutifs d'un écosystème, de la notion de civilisation⁷, ou encore de l'État, depuis la célèbre présentation

1. V. *Dictionnaire Le trésor de la langue française*, v° Élément et le dictionnaire *Le Gaffiot*, v° *Elementum*.

2. SÉNÈQUE, *Questions naturelles, Livre III, X, Œuvres complètes*, TRAD. PAR J. BAILLARD, T. 2, HACHETTE, 1861 : « Rien ne s'épuise de ce qui revient sur soi-même. Chaque élément est soumis à ces retours alternatifs. Toutes les pertes de l'un vont enrichir l'autre ; et la nature tient ses différentes parties comme pondérées dans une balance, de peur que, les proportions dérangées, l'équilibre du monde ne soit rompu. »

3. V. E. SCERRI, *Le tableau périodique, Son histoire et sa signification*, 2011, EDP, p. XV et s.

4. *Dictionnaire le Littré*, v° Élément.

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*, v° Constitutif. Comp. *Encyclopédie Larousse* « Qui entre nécessairement dans la constitution, la composition de quelque chose ». Et *Dictionnaire de l'Académie française* ; *Dictionnaire Le trésor de la langue française*, v° Constitution.

7. J. LACROIX, *Éléments constitutifs de la notion de civilisation, Cours professé à la Semaine sociale de Versailles*, Chron. sociale de France, 1942.

de CARRÉ DE MALBERG⁸. En droit, ils permettent plus généralement aux auteurs ou aux juridictions de détailler la composition de différentes notions, telles le contrat⁹, ou le fond de commerce¹⁰. Le législateur y a d'ailleurs également recours et l'on trouve ainsi dans le Code de la propriété intellectuelle le détail et l'énumération des éléments constitutifs d'une marque¹¹, ou encore la mention des éléments constitutifs du salaire¹², du patrimoine¹³, du prix¹⁴, des exploitations agricoles¹⁵, etc. L'emploi de l'expression y est alors littéral, pour ne permettre qu'une décomposition de la notion considérée en divers éléments essentiels.

2. Des éléments incontournables en droit pénal – Mais en droit pénal, l'expression semble prendre un sens tout autre et une importance particulière. « Irremplaçable »¹⁶, tel est l'adjectif utilisé par Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON pour qualifier la notion¹⁷. Et il est vrai que, malgré des controverses, la division de l'infraction en plusieurs éléments s'est si bien imposée que l'on peine à imaginer un droit pénal dépourvu d'eux. Ils sont devenus progressivement un instrument incontournable et indispensable en cette matière. Didactiques, ils permettent de détailler les exigences propres à chaque incrimination dans une démarche analytique¹⁸. Toute infraction s'appréhende à travers ses divers éléments constitutifs, lesquels sont indispensables à sa caractérisation. Des divergences existent, mais traditionnellement, il est admis que les éléments constitutifs de l'infraction sont au nombre de trois¹⁹ : l'élément légal,

8. R. CARRÉ DE MALBERG, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, éd. du CNRS, 1962, p. 1, n^{os} 1 et s.

9. V. not. P. FIESCHI-VIVET, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS* 1991, p. 414, s'agissant des éléments constitutifs du contrat de travail, ou B. SAINTOURENS, *Rép. dr. soc.*, Société civile, 2012, n^{os} 11 et s., s'agissant de ceux du contrat de société. Comp. L. BOYER, *Rép. dr. civ.*, Contrats et conventions, 1993, n^o 111, s'agissant des conventions en général.

10. J. DERRUPPÉ et T. DE RAVEL D'ESCAPLON, *Rép. dr. com.*, Fonds de commerce, 2016, n^{os} 29 et s.

11. V. les articles L.711-1 et s. du Code de propr. intell., insérée dans un chapitre intitulé : « Éléments constitutifs de la marque ».

12. Code du trav., art. R.3232-1.

13. Code de com., art. L.526-8.

14. *Ibid.* art. L.143-6.

15. Code rural et de la pêche maritime, art. D.321-2.

16. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, 2004, p. 171, n^o 301.

17. Notion « irremplaçable », les éléments constitutifs sont par ailleurs « un instrument d'analyse indispensable » et « correspondent à une exigence technique du droit pénal ». *Ibid.*, p. 172, n^o 301.

18. En ce sens, J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977, p. 269. Comp. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971, p. 149 : « Par élément, ou élément constitutif, de l'infraction, au sens le plus strict, seul exact, on désigne la conduite définie par la qualification légale comme illicite, en d'autres termes, l'acte infractionnel, considéré du point de vue analytique. »

19. J. LEROY, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2016, p. 58, n^o 87 ; O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2016, 107, n^o 209. Comp. C. PORTERON, *Rép. dr. pén.*, Infraction, 2002, n^o 61 : « Dans une conception classique, toute infraction pénale nécessiterait la réunion de trois éléments constitutifs. Un élément légal : l'acte accompli doit être réprimé par un texte. Un élément matériel : l'acte réprimé ou, à tout le moins, son commencement d'exécution, doit avoir été matériellement réalisé. Un élément psychologique ou moral : cet acte doit avoir été accompli par une personne dotée d'une volonté libre et consciente. »

l'élément matériel et l'élément moral²⁰. Ces éléments seraient présents dans toute infraction, dès lors qu'ils relèvent de sa structure générale.

L'utilisation d'éléments dans l'analyse de l'infraction n'est d'ailleurs pas propre à la France. Elle se retrouve en Hongrie²¹, en Angleterre, aux États-Unis, en Italie, en Allemagne, en Suisse, en Espagne, en Belgique²², ainsi que dans bon nombre de pays Arabes, où des éléments proches des nôtres ont pu être utilisés et la division parfois légalement consacrée²³. Les éléments identifiés varient sensiblement dans ces différents pays ou ne sont pas toujours appréhendés de la même manière, mais, schématiquement, deux groupes peuvent être identifiés. Dans un premier, l'infraction est présentée essentiellement par une dualité de principe entre le fait et la volonté, dualité similaire à celle que nous connaissons en France, encore que d'autres éléments puissent s'y adjoindre. C'est alors de la réunion de ces deux ou trois éléments autonomes que l'infraction est constituée. L'on retrouve cette tendance par exemple en Belgique²⁴, ou dans les pays de Common law, qui ont une approche relativement proche de la nôtre, bien que l'élément légal n'y existe pas²⁵. La dualité y est exprimée par les expressions latines d'*actus reus* et de *mens rea*²⁶. L'*actus reus* renvoie à l'exigence d'un acte extérieur et rejoint, en cela, notre élément matériel ; la *mens rea* renvoie à l'exigence d'une volonté coupable et rejoint notre élément moral²⁷.

Dans un second groupe, le schéma suivi est inspiré de l'analyse allemande et, outre la

20. V. entre autres G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, 10^{ème} éd., Précis Dalloz, 1978, p. 106, n° 84 ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011, p. 101, n° 101 et p. 211, n° 223 ; C. PAULIN, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Litec, 2010, p. 15, n° 20 ; B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, 20^{ème} éd., Sirey, 2016, p. 57, n° 79 et p. 103, n°s 140 et s. ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171, n° 300 ; O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, *op. cit.*, 107, n° 209, encore que dans ces derniers ouvrages, l'élément légal soit appréhendé comme un élément constituant.

21. A. MESZAROS, « La complicité en droit pénal hongrois », *RSC* 2005, p. 265.

22. V. J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2016, p. 73, n° 45.

23. Tel a été le cas dans les codes libanais ou syrien. V. M. MOSTAFA, *Principes de droit pénal des pays arabes*, Institut de droit comparé de Paris, LGDJ, 1972, p. 41, n° 38. L'auteur procède à un bref rappel des différentes sources ayant influencé ces codes, rappel édifiant quant aux éléments retenus dans les différents pays (*ibid.*, p. 11, n°s 9 et s.). *Adde.* R. BUSTOS et M. VALENZUELA BEJAS, *Le système pénal des pays de l'Amérique latine*, trad. par J. BERNAT DE CELIS, A. Pedone, 1983.

24. V. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991, not. p. 198 et s.

25. Des exigences relatives à l'incrimination existent, mais la spécificité du droit dans ces pays fait qu'elles ne prennent pas l'importance qu'elles peuvent avoir en France. J. CEDRAS, *Le droit pénal américain*, PUF, collection Que sais-je ?, 1997, p. 40.

26. Pour le droit anglais, v. not. R. CROSS et E. ELY, « La responsabilité pénale » in *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, sous la dir. de M. ANCEL et L. RADZINOWICZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1959, p. 35, p. 35, et pour le droit américain, J. CEDRAS, *Le droit pénal américain*, *op. cit.*, p. 39, et H. WECHSLER, « La culpabilité et l'infraction, L'intention coupable dans le Model Penal Code » in *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 35.

27. A. ASHWORTH, *Principles of criminal law*, 6^{ème} éd., Oxford university press, 2009, p. 84 : « It has been traditional for writers on English criminal law to approach the analysis of offences by means of two concepts with Latin names, *actus reus* and *mens rea* : the *actus reus* consists of the prohibited behaviour or conduct, including any specified consequences ; the *mens rea* is usually described as the mental element –the intention. » L'auteur utilise par ailleurs les termes « conduct elements and fault elements » pour les désigner.

question de la responsabilité, s'organise autour des deux concepts fondamentaux que sont la typicité et l'antijuridicité²⁸. La typicité rappelle en partie notre élément légal en ce qu'elle signifie que le comportement accompli doit correspondre au comportement décrit par un texte d'incrimination. Pour autant, il s'agit, dans l'approche allemande, d'apprécier la typicité du comportement, autrement dit sa conformité au type tant dans sa dimension matérielle que dans sa dimension morale, de sorte qu'elle ne recouvre pas tout à fait l'élément légal français²⁹. Quant à l'antijuridicité, elle tient schématiquement à la contrariété entre le comportement et la norme et/ou l'atteinte à un bien juridique, et n'est que peu utilisée en France³⁰, pour n'avoir été que très partiellement reçue dans l'élément injuste. La compréhension des éléments diffère donc de l'approche française en ce qu'elle ne s'inscrit pas tout à fait dans la même démarche. Il ne s'agit pas véritablement d'additionner ici des éléments autonomes dont la somme formerait l'infraction, mais davantage d'apprécier les caractéristiques du comportement infractionnel³¹.

À l'inverse, en France, les éléments résultent d'une décomposition structurelle de l'infraction. Le raisonnement se fait alors par une sorte de jeu de construction, dans lequel l'infraction est le résultat de l'adjonction des différentes données qui la composent. C'est par la vérification successive de chacune d'elles que le comportement pourra être qualifié. L'infraction est, en quelque sorte, le résultat de ce raisonnement de construction par adjonction³². Il s'est du reste si bien imposé qu'il est appliqué assez systématiquement, aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence.

3. Doutes – Bien que leur utilisation soit systématique, les éléments ne font pour autant pas l'objet d'un consensus. Au contraire même. Les débats relatifs aux différents éléments de l'infraction sont nourris en raison de la diversité des analyses doctrinales, certaines tendant plus

28. Selon A. VITU, « De l'illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée* 1984, p. 129, le terme d'antijuridicité doit être évité, car il n'est qu'une transposition littérale des termes allemands et n'est de ce fait pas satisfaisant. Il lui préfère donc celui d'illicéité. Néanmoins, le terme antijuridicité demeure très largement utilisé dans les études consacrées à la doctrine allemande. En outre, le terme illicéité renvoie davantage à la conception formelle de l'antijuridicité (v. *infra*, n^{os} 175 et s.) dès lors qu'elle suggère une contrariété avec le droit. Pour ces raisons, il a été fait le choix d'opter pour la terminologie d'antijuridicité.

29. Ainsi, la typicité peut regrouper les éléments légal, matériel et moral. X. PIN, « La traduction des concepts de droit pénal : l'exemple franco-allemand » in *Droit et langues étrangères : la traduction juridique est-elle du domaine du spécialiste, du linguiste ou s'ouvre-t-elle au jurilinguisme ?*, Presses Universitaires de Perpignan, 2001, p. 43.

30. Pour une analyse plus approfondie, v. *infra*, n^{os} 175 et s.

31. Le modèle allemand d'analyse de l'infraction fera l'objet d'une analyse plus poussée ultérieurement. V. *infra*, n^o 63.

32. Cette idée selon laquelle les éléments constitutifs sont les données sur lesquelles sont bâties les différentes infractions se trouve déjà exprimée chez ORTOLAN qui, exposant la distinction entre les éléments constitutifs et les circonstances aggravantes, explique que dans les faits rencontrés dans le délit, certains forment « les conditions, les éléments indispensables pour l'existence même du délit ». Il poursuit : « Nous disons *conditions*, parce que ce sont ces faits dont le délit est en quelque sorte bâti ou construit (de *condere*, fonder, construire) ; par la même raison, ces faits se nomment éléments ou faits *constitutifs*. » J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal, Pénalité, juridiction, procédure*, 3^{ème} éd., t. 1, Henri Plon, 1863, p. 451, n^o 1053.

récemment à remettre en cause l'opposition matérialité/moralité qui est pourtant l'articulation fondamentale de la construction française. À cela s'ajoute une compréhension et une utilisation parfois littérale de l'expression faisant alors perdre à la division traditionnelle sa dimension de principe. La division tripartite de l'infraction apparaît pour ainsi dire en crise. Les difficultés sont anciennes et trouvent leurs sources dans l'absence de définition des éléments, mais elles s'amplifient à la faveur de la diversification des approches doctrinales et de l'évolution du droit pénal. Les incertitudes sont telles qu'il est aujourd'hui possible de douter tant de l'opportunité de la division tripartite que de son utilité. Pour autant, les éléments constitutifs demeurent prometteurs et conserver une approche en termes d'éléments présente un intérêt réel, à la double condition toutefois de repenser l'outil et de parvenir à déterminer aussi bien ce qu'est un élément constitutif, que quels sont les éléments de l'infraction. Ainsi, là où l'opportunité douteuse de la division traditionnelle pourrait encourager à son abandon (I), l'intérêt avéré des éléments constitutifs pousse lui au renouvellement de l'approche en termes d'éléments (II).

§ 1. L'opportunité douteuse de la division traditionnelle

4. Une utilité limitée – Bien que la division de l'infraction en trois éléments soit assez systématiquement présentée comme celle communément admise et que le recours aux éléments constitutifs soit systématique en droit pénal, l'intérêt comme l'opportunité de la présentation traditionnelle peuvent être discutés. Ils le peuvent à deux titres. En premier lieu, l'utilisation faite des éléments constitutifs ne rejoint pas toujours la division traditionnelle en trois éléments, mais s'en éloigne au contraire (A). En second lieu, la division de principe ne restitue pas parfaitement la réalité (B), pour ne pas être vraiment communément admise et pour ne pas toujours correspondre à la diversité des incriminations.

A. Une utilisation éloignée de la division traditionnelle

5. La mention des éléments dans la loi – Les éléments sont aujourd'hui très largement mobilisés, que ce soit en doctrine ou en droit positif. Mais leur utilisation en trahit parfois une acception littérale. Ils ne servent alors qu'à décortiquer les infractions pour en faire ressortir les données indispensables. Même l'emploi des éléments dans la loi paraît éloigné de la division en trois éléments.

L'infraction ne faisant pas l'objet d'une définition générale, l'on ne trouve pas dans le Code pénal de texte venant expressément préciser ses éléments de structure. Aujourd'hui, l'expression est globalement absente du droit positif, mais, antérieurement, elle apparaissait dans d'anciens textes, notamment relatifs à la localisation de l'infraction dans l'espace. Était réputée « commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments

constitutifs a été accompli en France »³³. Lors de la refonte du Code pénal en 1994, la rédaction a été abandonnée, faisant disparaître du même coup et pendant un temps l'expression du droit positif. Ce n'est que récemment qu'elle a refait son apparition dans le Code de procédure pénale, à l'occasion d'une loi en date du 27 février 2017. L'article 9-1 de ce code consacre désormais en son alinéa 3 la jurisprudence relative au report du départ du délai de prescription de l'action publique en matière d'infractions occultes ou dissimulées. Aux termes de cet article, le délai court à partir du jour où l'infraction est apparue et a pu être constatée dans des conditions permettant la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique. L'infraction occulte, visée par l'article 9-1, y est en outre définie comme celle qui, « en raison de ses éléments constitutifs, ne peut être connue ni de la victime ni de l'autorité judiciaire »³⁴. La notion est donc mobilisée comme moyen d'identification de cette catégorie d'infraction, mais sans que soient précisés les éléments en question.

Par ailleurs, l'on trouve également mention des éléments à l'article 111-3, aux termes duquel « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les *éléments* ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont les *éléments* ne sont pas définis par le règlement »³⁵. La référence n'est pas expresse, mais la mention des « éléments » y est éloquent, car dans l'ancien Code pénal, il n'était pas fait référence à eux dans l'article correspondant. Le principe de légalité n'y apparaissait qu'à propos de la peine et il était plus simplement prévu que « nulle contravention, nul délit, nul crime, ne peuvent être punis de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'ils fussent commis »³⁶. Si les éléments ne sont pas plus précisés qu'à l'article 9-1 du Code de procédure pénale, l'on est naturellement tenté de penser que les éléments auxquels le législateur fait référence dans ces deux textes sont les trois éléments constitutifs communément admis en doctrine³⁷.

6. L'appréhension des éléments dans la loi – Un doute sur ce point subsiste néanmoins. En définissant l'infraction occulte comme celle qui ne peut être connue « en raison de ses éléments constitutifs », l'article 9-1 paraît ne faire référence qu'aux spécificités matérielles

33. Code de proc. pén., art. 693, ancien. Comp. ancien Code pén., art. 334-1 et 334-2.

34. Code de proc. pén., art. 9-1, al. 4.

35. Nous soulignons.

36. Ancien Code pén. art. 4.

37. Un élément supplémentaire pourrait faire pencher en faveur de cette solution. Un arrêté, codifié dans le Code de procédure pénale, fait expressément état des trois éléments. Il ne s'agit là que d'un arrêté fixant le programme d'examen pour certains corps de métiers, de sorte que la référence à la construction doctrinale est cohérente, mais sont expressément inclus aux programmes en question « les éléments constitutifs de l'infraction », soit « l'élément légal, l'élément matériel, l'élément moral ». Code de proc. pén., art. A36-2, s'agissant de l'examen technique préalable à la désignation des agents des douanes chargés de l'exercice de certaines missions de police judiciaire. Pour les autres corps de métier concernés par des examens du même type, ne sont visés que les éléments constitutifs de l'infraction, sans précisions supplémentaires. V. art. A5 du Code de proc. pén. pour les gendarmes officiers de police judiciaire; art. A16 pour les officiers de police judiciaire de la police nationale et art. A36-10-3 pour les agents des services fiscaux chargés de l'exercice de certaines missions de police judiciaire.

des infractions et, plus précisément, à leurs modes de commission. De la sorte, l'expression renverrait bien plus à un démembrement de l'élément matériel qu'aux trois éléments traditionnels. La rédaction de l'ancien article 334-1 du Code pénal allait de manière encore plus marquée dans ce sens. Il disposait en effet que les peines prévues en matière d'attentat aux mœurs « seront prononcées alors même que les divers actes *qui sont* les éléments constitutifs des infractions auraient été accomplis dans des pays différents »³⁸. Les éléments paraissaient alors réduits aux actes, autrement dit aux exigences matérielles des incriminations. Certes, une telle acception ne peut être retenue, car ainsi entendus, les éléments se confondraient avec les « faits constitutifs » dont il est désormais fait état dans le Code pénal en matière de localisation des infractions dans l'espace. L'expression est utilisée à l'article 113-2 alinéa 2 du Code pénal, lequel répute commise sur le territoire de la République une infraction « dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire ». Or, il n'est pas certain que les deux expressions se rejoignent. Par la mention des *faits constitutifs*, sont visées les données matérielles et tangibles de l'infraction, qui en permettent la localisation. Plus précisément, l'expression doit être considérée « comme équivalente à celle d'actes caractérisant un des éléments constitutifs »³⁹, anciennement utilisée dans le Code de procédure pénale. Le terme de « *fait* » a simplement été préféré à celui d'« *acte* » antérieurement employé pour son caractère plus objectif⁴⁰. La localisation de l'infraction n'est ainsi possible qu'au lieu de réalisation de certains éléments seulement. Elle renvoie à une décomposition des données matérielles de l'infraction, qui inclurait les conditions préalables. En effet, la jurisprudence utilise l'expression pour s'affranchir de la notion d'élément. Alors qu'elle semble avoir admis la distinction doctrinale opérée entre condition préalable et éléments constitutifs⁴¹, elle admet de localiser l'infraction au lieu d'existence de la première⁴². La condition préalable, extérieure aux éléments de l'infraction, entrerait donc dans la catégorie plus vaste des « faits constitutifs ». Les expressions d'éléments constitutifs et de faits constitutifs, toutes deux utilisées par le législateur, ne se confondent donc pas, pour renvoyer chacune à deux choses différentes.

Le constat n'est toutefois pas suffisant à lever tout doute quant au fait que les éléments visés par le législateur soient les éléments utilisés en doctrine. Car il ressort de l'article 9-1

38. Nous soulignons.

39. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, Ministère de la Justice, 1993, Direction des JO, p. 16.

40. V. *Débats parlementaires du Sénat, Compte rendu intégral*, 19^{ème} séance du mercredi 10 mai 1989, Direction des JO, p. 614.

41. Par un arrêt, certes ancien, elle a en effet utilisé la distinction et opposé la condition préalable aux éléments constitutifs de l'infraction. Cass. crim., 30 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 114.

42. V. en matière d'abus de confiance, Cass. crim., 12 fév. 1979, *Bull. crim.*, n° 60 ; D. 1979, IR, p. 177, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; RSC 1979, p. 575, obs. P. BOUZAT, et Cass. crim., 2 déc. 2009, *Bull. crim.* ; *Dr. pén.* 2010, Comm. n° 42, obs. M. VÉRON. La tendance est néanmoins antérieure à la modification de l'article relatif à la localisation de l'infraction dans l'espace, de sorte que la jurisprudence est d'interprétation délicate sur ce point.

du Code de procédure pénale une acception relativement littérale des termes. De même, en prévoyant que la sanction d'un comportement est conditionnée par la définition antérieure de ses éléments, l'article 111-3 exige-t-il que toute infraction soit définie en son élément matériel et en son élément moral, ou n'exige-t-il plus simplement qu'un exposé détaillé des comportements, lequel permettrait de dégager les diverses conditions de sa sanction ? L'on est d'autant plus tenté de pencher en faveur de la seconde solution que les trois éléments de l'infraction ne peuvent entrer tous dans les prévisions de l'article 111-3 du Code pénal dès lors que tous ne peuvent pas être « définis ». Ainsi en est-il de l'élément légal qui est, par hypothèse, l'élément définissant l'infraction⁴³. La mobilisation des éléments dans la loi paraît donc éloignée de la division traditionnelle.

7. L'appréhension des éléments dans la jurisprudence – De même en est-il en jurisprudence, où une utilisation littérale des éléments se retrouve parfois. Certes, le Conseil constitutionnel et la Cour de cassation visent régulièrement les éléments matériel et moral dans leurs décisions et arrêts. Ainsi, le Conseil constitutionnel affirme classiquement que « la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés »⁴⁴. Dès lors, « la définition d'une incrimination [...] doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »⁴⁵. De même, lorsque la Cour de cassation contrôle la caractérisation d'une infraction, s'assure-t-elle que les juges du fond l'ont bien caractérisée en tous ses éléments, autrement dit en son élément matériel et en son élément moral⁴⁶. Pour autant, les éléments sont souvent mobilisés dans une approche bien plus littérale. Par exemple, dans une décision en date du 20 janvier 1981 portant sur les incriminations de menaces, le Conseil constitutionnel avait été saisi d'une question portant sur une imprécision de la loi, notamment au regard du terme « menace ». Ce dernier avait été jugé suffisamment précis, de même « que les *divers autres éléments constitutifs* des infractions visées [lesquels] sont énoncés sans ambiguïté, notamment en ce qui concerne l'objet des menaces, leur caractère conditionnel ou inconditionnel, les personnes à qui elles sont adressées »⁴⁷. Ici, l'expression permet tout au plus de renvoyer aux diverses exigences des textes. Et un tel emploi n'est pas rare, loin s'en faut. Dans une décision plus récente sur la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, l'utilisation est similaire. Cette

43. D'où sa qualification par Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON d'élément constituant de l'infraction. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171, n° 300. Comp. O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, *op. cit.*, 107, n° 209.

44. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; *D.* 1999, p. 589, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2000, p. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; *AJDA* 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; *D.* 2000, p. 113, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

45. *Ibid.*

46. La formule est habituelle, qui veut que l'infraction soit caractérisée en tous ses éléments, « tant matériel qu'intentionnel ». V. par ex. Cass. crim. 20 avr. 2007, n° 16-82.222.

47. Cons. const. 20 janv. 1981, préc. Nous soulignons.

loi avait apporté une modification à l'incrimination de dénonciation calomnieuse. Il y était prévu que se rendrait coupable d'une telle dénonciation « celui qui dénonce [...], un fait de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et qu'il sait totalement ou partiellement inexact »⁴⁸. Le Conseil constitutionnel avait alors considéré que les éléments constitutifs de l'infraction étaient insuffisamment définis, dès lors qu'était plus spécifiquement incriminée la dénonciation de faits opérée « en dernier ressort, en public » sans que soit précisés les actes ou procédures antérieurs en question⁴⁹. Dans cette décision, l'expression n'est une nouvelle fois utilisée que pour désigner une exigence propre à cette incrimination – ici l'exigence relative au dernier ressort –, que le Conseil estime insuffisamment précisée.

La même utilisation littérale se retrouve au reste de la même manière dans certains arrêts de la Cour de cassation. Certes, la formule habituelle voulant que les infractions soient caractérisées en tous leurs éléments, « tant matériel qu'intentionnel » suggère que les éléments constitutifs seraient de deux⁵⁰. Mais cette idée est tempérée par le fait que le pluriel est parfois utilisé concernant l'élément matériel. La formule est dans beaucoup d'arrêts ainsi rédigée et suggère une pluralité quant à ce dernier : « les énonciations de l'arrêt attaqué [...] mettent la Cour de cassation en mesure de s'assurer que la cour d'appel a, sans insuffisance ni contradiction, caractérisé en tous ses éléments, tant *matériels* qu'intentionnel, le délit »⁵¹. En outre, les éléments visés par la Cour ne se cantonnent pas aux éléments matériel et moral, dès lors que diverses exigences légales sont présentées comme des éléments constitutifs. L'exemple le plus parlant est sans doute le préjudice, dont la nature constitutive est l'objet d'un débat aussi constant qu'ancien⁵². La solution est aujourd'hui acquise en jurisprudence, selon laquelle le préjudice est un élément constitutif de certaines infractions, telles l'escroquerie et l'abus de confiance⁵³. Les éléments constitutifs ne sont donc pas prédéfinis et de deux (ou trois), mais dépendent de l'infraction particulière analysée.

48. Cons. const., 8 déc. 2016, n°2016-741 DC, cons. 138.

49. *Ibid.*, cons. 139 : « en incriminant la dénonciation de faits opérée « en dernier ressort, en public », sans préciser à quels actes ou procédures antérieurs il est ainsi renvoyé, le législateur n'a pas suffisamment défini les éléments constitutifs de cette infraction. »

50. Cass. crim. 20 avr. 2007, préc.

51. Cass. crim., 15 avril 2015, *Bull. crim.*, n°93. Il est toutefois particulièrement difficile d'interpréter cette formule, tant l'emploi du pluriel se révèle hasardeux. Ainsi est-il parfois employé pour des infractions simples, alors que le singulier est employé dans le cas d'infractions habituellement considérées comme complexes. Le singulier ou le pluriel est même parfois employé indifféremment pour une même infraction sans aucune justification : v. s'agissant de l'escroquerie, Cass. crim., 7 déc. 2016, n°15-84.886 où est visé l'élément matériel et Cass. crim., 1 juin 2016, n°15-80.230 où sont visés les éléments matériels.

52. Revenant sur les hésitations jurisprudentielles en la matière, M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, chron. p. 464.

53. Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 24 ; *D. actualité* 2015, note L. PRIOU-ALIBERT ; *D.* 2015, p. 845, note L. SAENKO ; *AJ pén.* 2015, p. 311, obs. G. BEAUSSONIE ; *D.* 2015, pan. p. 1506, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2015, n° 64, obs. M. VÉRON, s'agissant de l'escroquerie et Cass. crim., 26 oct. 1994, *Bull. crim.*, n° 340 ; *RSC* 1995, p. 582, obs. R. OTTENHOF, s'agissant de l'abus de confiance.

Enfin, la même ambivalence s'observe en doctrine, où l'utilisation des éléments trahit une compréhension parfois littérale des termes se traduisant par une variation du nombre d'éléments identifiés selon l'infraction considérée. Ainsi, le vol posséderait quatre éléments, tout comme le faux⁵⁴, tandis que l'abus de confiance en comporterait trois⁵⁵, et le viol deux⁵⁶. La même tendance s'observe d'ailleurs parfois dans des études de droit pénal anglais. Par exemple, en matière de vol, Monsieur KENNY détaille cinq éléments : le fait (soit prendre ou emporter), la propriété du bien, l'objet du vol, l'absence de consentement du propriétaire et l'intention⁵⁷. Il ne se contente donc pas du balancement *actus reus/mens rea*. En France comme en Angleterre, le droit pénal spécial s'affranchit ainsi parfois de la division générale de l'infraction, pour s'adapter aux spécificités de chaque incrimination.

8. Des éléments dépendants de leur objet – Cette ambivalence s'explique au demeurant relativement facilement au regard de la définition des éléments constitutifs. Car les éléments désignent de manière générale ce qui entre dans la composition d'une chose et la forme. Tout dépend alors de l'objet considéré. Or, l'infraction recouvre plusieurs réalités. Le terme est lui-même ambivalent et peut renvoyer aussi bien à l'infraction accomplie par l'agent – l'infraction-action –, qu'à celle décrite par le législateur – l'infraction incriminée –⁵⁸, ou encore à la notion elle-même, prise en tant qu'objet d'étude du droit pénal général⁵⁹. Si ces trois acceptions renvoient à des réalités différentes, leur composition particulière ne varie-t-elle pas nécessairement ? La divergence entre les éléments constitutifs de l'infraction-action et ceux de l'infraction-description a déjà été mise en lumière par des auteurs⁶⁰. Mais n'en va-t-il pas de même pour

54. H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004, p. 224, n^{os} 118 et s.

55. C. MASCALA, *Rép. dr. pén.*, Abus de confiance, 2003, n^o 60.

56. A. DARSONVILLE, *Rép. dr. pén.*, Viol, 2011, n^o 9.

57. C. S. KENNY, *Esquisse du droit criminel anglais*, trad. par A. PAULIAN, 9^{ème} éd., Marcel Giard, 1921, p. 234 et s. Comp. R. A. COLLINGS, « Les infractions contre les personnes » in *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 59, p. 61 et s., et F. A. ALLEN, « Les infractions contre la propriété » in *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 83, opérant une même « dissection » des infractions.

58. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc. V. égal. J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, Gazette du Palais, Litec, 1986, p. 97 et s.

59. On pourrait ici s'interroger sur le point de savoir si l'infraction a été suffisamment théorisée pour qu'il soit possible d'y voir une notion. Malgré l'approche pratique retenue en France et l'absence de réelle théorie générale de l'infraction, parfois soulevée par les auteurs étrangers (S. MANACORDA, « Théorie générale de l'infraction, lacunes ou spécificités de la science pénale ? », *RDPC* 1999, p. 35), une réponse positive semble pouvoir être apportée dès lors qu'elle a fait l'objet d'un effort de synthèse et d'une définition générale. Elle entre à ce titre dans la définition de la notion qui, « descriptive de l'objet », « part du réel et le synthétise » (X. BIOY, « Notions et concepts en droit, Interrogations sur l'idée d'une distinction » in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 21). Elle est plus précisément « une idée générale que l'âme a acquise, qui donne déjà une connaissance de l'essence de la chose, mais qui a besoin d'être développée » (S. AUROUX (dir.), *Les notions philosophiques*, 2^{ème} éd., PUF, 1998, t. 2, « Notion ».). Plus généralement, sur la notion de notion et la distinction entre la notion et le concept, v. *Notions et concepts en droit*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009.

60. V. not. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc. Cette subtilité se retrouve dans l'idée selon laquelle l'élément légal serait un élément constituant, car il est alors constituant de l'infraction-comportement.

les éléments de la notion d'infraction, prise en son sens général et abstrait, ou encore pour ceux de chaque infraction incriminée? À l'égard de chacune de ces dernières, les éléments constitutifs renvoient aux « divers aspects de l'acte incriminé »⁶¹, ou encore aux « divers termes que l'analyse peut distinguer dans sa définition légale »⁶². Ils dépendent donc forcément de l'infraction précisément considérée, sans pour autant être identiques aux trois éléments de l'infraction-notion⁶³.

Ainsi les éléments du vol ne sont pas les éléments de la dénonciation calomnieuse, parce que les exigences légales diffèrent. Au terme de l'article 311-1 du Code pénal, le vol consiste en « la soustraction frauduleuse de la chose d'autrui ». Si l'on tente d'identifier les divers aspects du comportement incriminé, et selon le détail de décomposition, il est possible d'identifier jusqu'à quatre éléments. Ils tiendront à la soustraction, à la fraude, à l'objet du vol et au caractère approprié de ce dernier⁶⁴. Ces éléments diffèrent logiquement des éléments de la dénonciation calomnieuse qui est, quant à elle, « la dénonciation, effectuée par tout moyen et dirigée contre une personne déterminée, d'un fait qui est de nature à entraîner des sanctions judiciaires, administratives ou disciplinaires et que l'on sait totalement ou partiellement inexact, [...] adressée soit à un officier de justice ou de police administrative ou judiciaire, soit à une autorité ayant le pouvoir d'y donner suite ou de saisir l'autorité compétente, soit aux supérieurs hiérarchiques ou à l'employeur de la personne dénoncée »⁶⁵. Dans une approche analytique de ce texte, peuvent être identifiés cinq éléments indispensables à la caractérisation de l'infraction : un élément relatif au fait de dénonciation, un élément relatif à ses modalités, un élément relatif aux caractéristiques propres au fait dénoncé, un élément relatif au destinataire, et enfin un élément relatif à la connaissance de la fausseté totale ou partielle du fait dénoncé. La dissection des différents textes d'incrimination conduit donc à dégager des éléments variables, dont le nombre et la teneur dépendent des exigences légales et qui peuvent, du reste, ne pas correspondre aux trois éléments qui sont ceux de l'infraction prise en tant que notion du droit pénal général⁶⁶. Au regard de sa faible mobilisation en droit pénal spécial, l'on peut douter tant de l'utilité de la division traditionnelle que de son opportunité. Elle n'apparaît pas répondre parfaitement aux

61. J. PRADEL, *Traité de droit pénal et de sciences criminelles comparées*, 12^{ème} éd., Cujas, 1999, p. 297, n° 322.

62. R. VOVIN, *Manuel de droit criminel*, LGDJ, 1949, p. 147, n° 230.

63. L'affirmation est vraie que l'on considère l'infraction décrite ou l'infraction accomplie.

64. Retenant quatre éléments constitutifs pour le vol, v. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, 14^{ème} éd., Sirey, 2012, p. 267, n° 369. D'autres auteurs ne scindent pas la chose et son caractère approprié, pour n'y voir qu'un seul élément, de sorte que le vol sera constitué de trois éléments. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Édition Cujas, 2014, p. 528, n° 847. Pour d'autres, enfin, la chose sera non pas un élément constitutif, mais une condition préalable. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Précis Dalloz, 2014, p. 123, n°s 101 et s. Comp. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 389, n° 737-738, retenant également deux éléments, mais en intégrant la chose objet du vol à sa matérialité.

65. Code pén., art. 226-10.

66. C'est en cette matière, en effet, qu'ils sont en premier lieu mobilisés, pour n'être pas forcément repris dans les études des différentes incriminations.

exigences de cette matière et semble, plus largement, ne pas correspondre à la diversité des incriminations.

B. Une réalité éloignée de la division traditionnelle

9. La diversité des divisions – Si elle est de principe, la division traditionnelle est loin de retranscrire la réalité de la matière, dans laquelle on observe une forte diversité tant des approches doctrinales que des incriminations. Tout d'abord, présenter cette division comme celle communément admise est sous beaucoup d'aspects trop absolu. Car pour traditionnelle qu'elle soit, la division élément légal, matériel et moral n'est pas acquise. Elle est au contraire si discutée qu'il est devenu commun de la présenter suivie des discussions qui l'entourent⁶⁷. Quant aux divergences doctrinales, elles sont à ce point nombreuses qu'il a pu être constaté en la matière un « grand désordre »⁶⁸, lequel laisse du reste perplexes les auteurs étrangers lorsqu'ils s'intéressent à l'étude française de l'infraction⁶⁹.

Deux éléments d'explication à cela peuvent être avancés. Le premier pourrait venir de ce que l'infraction prise en tant que notion générale demeure mal connue et peut être appréhendée de différentes façons. Or, l'acception que l'on en retient se répercute nécessairement sur les éléments identifiés. Le second élément tient quant à lui au fait que les éléments constitutifs n'ont pas réellement été étudiés. Le plus souvent, ils servent d'annonce de plan, mais sans être envisagés pour eux-mêmes⁷⁰. Par exemple, dans l'ouvrage de VILLEY, auteur ayant particulièrement contribué au développement de l'analyse duale de l'infraction, il est simplement écrit que « l'infraction se compose de deux éléments : l'élément matériel et l'élément intentionnel »⁷¹, le terme élément n'étant ni défini ni expliqué. Et, sous réserve des quelques définitions très générales précédemment évoquées, la même démarche s'observe dans les manuels plus récents⁷².

67. Opérant de la sorte, v. entre autre J. LEROY, *Droit pénal général*, op. cit., p. 58, n° 87 ; O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, op. cit., 107, n° 209 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 171, n° 300 ; C. PORTERON, *Infraction*, op. cit., n° 61.

68. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Ellipses, cours magistral, 2006, p. 276, n° 249 évoquant « un grand désordre dans la doctrine française contemporaine ».

69. S. MANACORDA, « Théorie générale de l'infraction, lacunes ou spécificités de la science pénale ? », art. préc. ; K. AMBOS, « Réflexions sur la théorie française de l'infraction pénale du point de vue allemand » in *Vers un nouveau procès pénal ?*, Société de législation comparée, 2008, p. 147.

70. La seule étude dédiée à eux (J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.), si fondamentale et riche soit-elle, est tournée vers leur histoire, non vers la signification et la fonction de l'outil. D'autres études font état des éléments constitutifs (M.-C. DELPECH, « De l'infraction, Ses conditions, ses éléments, ses caractères », *Extrait de la revue générale du droit, de la législation, et de la jurisprudence* 1879), ou de certains d'entre eux (v. par ex. A. VITU, « L'élément légal et l'élément matériel de l'infraction devant les perspectives ouvertes par la criminologie et les sciences de l'homme » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Travaux du colloque de science criminelle de Toulouse*, Dalloz, 1969, p. 39), mais sans qu'il soit procédé à une analyse de l'élément en lui-même.

71. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, A. Durand et Pédone-Lauriel, 1876, p. 95.

72. V. par ex. C. PAULIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 15, n° 20.

Il s'ensuit que, selon la conception retenue de l'infraction et la compréhension des éléments constitutifs, leur nombre variera majoritairement de un à quatre.

Par exemple, des auteurs comme Messieurs PRADEL et JEANDIER retiennent une approche objective et restreinte de l'infraction. Pour eux, il n'existe donc qu'un unique élément, qui tient à l'élément matériel : le fait infractionnel⁷³. Retenant pareillement une approche objective, mais associée à une conception plus large de l'infraction, Messieurs MERLE et VITU font, pour leur part, état de deux éléments, à savoir l'élément matériel et l'élément légal⁷⁴. Dans une approche plus subjective, les éléments ne peuvent être identiques, car l'élément matériel n'est plus suffisant pour constituer l'infraction. S'y ajoute donc un élément moral. L'admission de cet élément fait naître une dualité matérialité/moralité interne à l'infraction et qui peut, en outre, être complétée par des éléments légal et/ou injuste, si bien que le nombre d'éléments identifiés peut être de deux, de trois ou de quatre. Ces variations sont par ailleurs amplifiées par les propositions doctrinales tendant à l'identification de nouveaux éléments, lesquels s'ajoutent ou se substituent aux éléments pré-existants. Ainsi a-t-il été proposé un élément temporel⁷⁵, un élément antijuridique⁷⁶, ou encore un élément préalable⁷⁷.

En outre, et au delà de la conception objective de l'infraction, la conception traditionnelle opposant un élément de matérialité à un élément d'intentionnalité est de plus en plus remise en cause. Cette opposition ne serait qu'une étape dans l'analyse de l'infraction, étape pouvant et devant être dépassée. L'infraction est alors perçue comme une notion subjective, mais sans que la complémentarité du fait et de la volonté donne lieu à deux éléments distincts. L'on pense ici bien sûr en premier lieu aux travaux de Monsieur DANA⁷⁸, mais aussi à des thèses plus récentes, proposant de retenir une approche plus unitaire de l'infraction inspirée de la division allemande⁷⁹. Or, cette remise en cause pourrait trouver des arguments en sa faveur dans l'évolution actuelle du droit pénal, qui, sans contredire directement la division traditionnelle, modifie très certainement la teneur des différents éléments.

73. J. PRADEL, *Traité de droit pénal et de sciences criminelles comparées*, op. cit., p. 298, n^{os} 322 et s., et W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Droit privé Montchrétien Domat, 1991, p. 239, n^{os} 211 et s.

74. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, 2^{ème} éd., Cujas, 1973, p. 372, n^{os} 318 et s.

75. L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, 2008, Thèse, Paris 1.

76. V. not. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, 2011, Institut Universitaire Varenne, plus spéc. en seconde partie.

77. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, 2011, Thèse, Rennes, 1, spéc. p. 113, n^o 193.

78. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, 1982, LGDJ, not. p. 58, n^{os} 56 et s.

79. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 276, n^o 233 ; L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 129, n^{os} 230 et s. et p. 139, n^o 251. V. déjà en ce sens, E. DASKALAKIS, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, 1969, Thèse, Paris, p. 23 et s.

10. L'évolution des éléments traditionnels – En effet, le développement d'un droit pénal préventif a, dans une certaine mesure, favorisé une évolution des éléments matériel et moral. Traditionnellement, l'élément matériel est un fait, mais un fait non équivoque⁸⁰. Bien que les auteurs aient toujours admis que des actes préparatoires soient incriminés de manière autonome, seuls des faits entretenant une relation temporelle et causale suffisante avec un résultat dommageable pouvaient à leurs yeux être pénalement sanctionnés⁸¹. Or, la volonté d'appréhender les comportements en amont, avant la production du résultat redouté, entraîne une certaine dilution de l'élément matériel. Les infractions formelles et surtout les infractions obstacles se développent à tel point qu'elles n'apparaissent plus être des techniques spéciales d'incrimination. Les nouvelles infractions de lutte contre le terrorisme illustrent à elles-seules le propos. De manière générale, les incriminations appréhendent de plus en plus des comportements potentiellement dangereux, encore éloignés du résultat redouté par le législateur⁸². Cette conception préventive du droit pénal modifie de la même manière l'appréhension de l'élément moral. L'intention coupable est supplantée depuis un temps déjà par la notion de dangerosité. L'on ne sanctionne pas un comportement pour ce qu'il révèle d'hostilité à l'égard des valeurs protégées par le droit pénal, mais plus largement pour ce qu'il suggère la dangerosité, réelle ou potentielle, de l'agent.

Outre l'évolution qu'elle implique dans l'appréhension des éléments matériel et moral, une telle tendance n'est-elle pas de nature à remettre en cause l'opposition traditionnelle, laquelle pourrait ne plus être à même de restituer la diversité structurelle des incriminations ? La dualité élément matériel/ élément moral serait alors discutable pour n'être que de principe. La critique est d'ailleurs faite par un auteur anglais, selon qui la distinction *actus reus* et *mens rea* utilisée en Common law présente pour défaut majeur de n'être qu'une manière d'exprimer un principe général, non représentatif de la multitude des hypothèses de responsabilité. De ce fait, elle serait en partie inadaptée⁸³. Cette critique n'est-elle pas tout aussi vraie pour la division française ? Les éléments constitutifs ne sont-ils pas simplement la formulation d'un principe qui ne se retrouve pas forcément dans la diversité des incriminations ? Les remises en cause de l'opposition traditionnelle ne trouvent-elles pas, à un moment ou un autre, leur substrat dans une certaine inadéquation de la présentation traditionnelle à la réalité actuelle du droit pénal ? L'idée selon laquelle l'intention en matière de contravention est quasi-irréfragablement présumée⁸⁴ ne

80. V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., Sirey, 1912, p. 132, n° 66.

81. V. *ibid.*

82. G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69.

83. A. ASHWORTH, *Principles of criminal law, op. cit.*, p. 84-85 : « the distinction is nothing more than an analytical tool, and a rather « rough and ready » one. It does have implications [...]. It also has some shortcomings ». L'auteur poursuit en écrivant « with thousands of strict liability offences and many other variations of liability, what many refer to as the general part is no more than a set of aspirational principles ».

84. En ce sens, C. AMBROISE-CASTÉROT, *Rép. dr. pén.*, Présomption d'innocence, 2013, n° 45.

permet-elle pas, justement, et au prix d'un artifice peu convaincant, de maintenir l'apparence d'un principe qui n'est en réalité pas effectif ?

Un tel constat pourrait aller en faveur de l'abandon de l'opposition traditionnelle. Du moins impose-t-il d'en vérifier le bien-fondé. Plus largement, il pourrait aboutir à la remise en cause du principe même d'une division de l'infraction en divers éléments de structure. Mais, n'est-ce pas justement à raison de ce qu'ils expriment comme attachement à des principes fondamentaux, que les éléments devraient être conservés ? Car, bien que non représentatifs de certaines spécificités ou dérives, ils permettent d'exprimer une certaine conception de la responsabilité pénale. À ce titre, précisés et prédéterminés, les éléments peuvent être un outil indispensable du droit pénal et répondre ainsi tant aux exigences théoriques de cette matière qu'à ses exigences pratiques. En effet, les éléments permettent de façonner l'infraction, d'en imposer une certaine conception. C'est là l'un de leurs intérêts fondamentaux.

§ 2. L'intérêt avéré des éléments constitutifs

11. Éléments constitutifs et principe de légalité – Malgré une utilisation parfois littérale et une certaine incompatibilité de la division traditionnelle avec la diversité actuelle des incriminations, les éléments constitutifs ont un intérêt fondamental qui tient à leur fonction au regard du principe de légalité. En effet, il ne suffit pas qu'une sanction ait été prévue à l'avance pour qu'un comportement puisse être réprimé, encore faut-il que les éléments de l'infraction en cause soient définis par la loi ou le règlement⁸⁵. Or, le législateur n'est pas totalement libre en la matière. Si le Conseil constitutionnel rappelle régulièrement qu'il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation et de décision de même nature que celui du Parlement⁸⁶, il s'assure tout de même que les infractions présentent une structure respectueuse de certains principes généraux⁸⁷. À ce titre, il impose que le législateur prévoie, outre l'élément matériel de l'infraction, son élément moral. L'importance des éléments au regard du principe de légalité se prolonge en outre dans le principe selon lequel ils sont indispensables à la caractérisation de l'infraction et doivent

85. Se fondant sur les dispositions constitutionnelles dont cet article est l'écho, le Conseil constitutionnel impose en outre que les infractions soient définies en termes suffisamment clairs et précis pour exclure l'arbitraire. Cons. const. 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, cons. 7 et, plus récemment, Cons. const. 7 avr. 2017, n° 2017-625 QPC. Encore, le Conseil sauve-il « parfois, des textes à la rédaction imparfaite en apportant lui-même les précisions attendues » par le biais de réserves d'interprétations. B. DE LAMY, « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2009, n° 26.

86. Pour un rappel récent, Cons. const., 8 déc. 2016, n° 2016-741 DC.

87. Il a pour ce faire souvent recours à des réserves d'interprétations. V. par ex. Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC, cons. 73 : « Considérant, en troisième lieu, que l'occupation du terrain d'autrui rend vraisemblable la volonté de commettre l'infraction ; que la condamnation de l'ensemble des occupants illicites du terrain dans les conditions prévues par la disposition contestée n'est pas contraire à l'article 9 de la Déclaration de 1789 dès lors que s'appliqueront de plein droit, dans le respect des droits de la défense, les principes généraux du droit pénal énoncés aux articles 121-3 et 122-3 du code pénal [...] ».

par suite être vérifiés par les juges pour que la condamnation soit légale⁸⁸, ce dont s'assure au demeurant la Cour de cassation.

Ce rapport entre éléments constitutifs et légalité des condamnations était déjà exprimé par GARRAUD. Ainsi, « lorsqu'une juridiction pénale déclare un individu coupable d'une infraction, cette déclaration implique qu'elle a constaté 1° que tel individu avait participé à la perpétration de tel fait (élément matériel); 2° qu'il y avait participé avec discernement et volonté (élément moral); 3° que ce fait était prévu et puni par la loi à laquelle cet individu devait obéissance (élément légal); 4° que cet acte ne se justifiait pas par l'exercice d'un droit (élément injuste). Si l'un de ces éléments fait défaut, le juge ne peut condamner l'inculpé; il doit, suivant les cas, soit l'absoudre, soit l'acquitter »⁸⁹. Mais ce rôle particulier, accordé aux éléments, ne dépend-il pas de leur identification préalable? Une réponse mitigée s'impose. À dire vrai, les exigences de l'article 111-3 du Code pénal sont remplies que les éléments soient prédéterminés ou non. Dans le second cas, il ne s'agirait pour le législateur que d'une définition du comportement et de la vérification par le juge des éléments préalablement définis. Dans le premier cas, à l'inverse, les éléments seraient préétablis dans leur nombre et leur teneur et devraient être vérifiés par le juge parce que préalablement prévus par le législateur. Deux approches se conçoivent donc. Dans la première, le recours aux éléments peut être le moyen d'imposer au juge la vérification des exigences légales des textes. Dans la seconde, il peut être le moyen de lui imposer la vérification de certains éléments particuliers, nécessaires en toute hypothèse, parce que le législateur aura dû les définir préalablement dans les incriminations. Dans un cas comme dans l'autre, les éléments conditionnent la caractérisation des infractions. Par conséquent, que l'expression soit ou non entendue en son sens littéral, il faut admettre que les éléments constitutifs peuvent jouer un rôle au regard de la légalité des condamnations. Toutefois, l'importance de ce rôle est variable selon que le législateur est, ou non, libre dans la détermination des éléments des incriminations. Or, il ne l'est pas totalement, un comportement ne pouvant être incriminé et sanctionné que s'ils présentent certaines caractéristiques.

En ce domaine, les éléments constitutifs jouent donc un rôle primordial. Liés à la définition de l'infraction, ils en expriment une certaine conception (**A**), laquelle s'impose au législateur. À ce titre, ils peuvent en outre en être aussi être la mesure (**B**).

88. En ce sens J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Les principes de la légalité des délits et des peines, Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal » in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Éditions A. Pedone, 1980, p. 149. Dans le même sens, J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, *op. cit.*, p. 97.

89. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 91, n° 43.

A. Les éléments constitutifs, vecteurs d'une certaine conception de l'infraction

12. Des éléments de définition de l'infraction aux éléments constitutifs – Les éléments généraux sont sous-tendus depuis l'origine par cette idée selon laquelle ils sont des éléments préétablis et indispensables, parce qu'ils participent d'une approche théorique de l'infraction. L'habitude d'étudier l'infraction grâce aux divers éléments de sa structure s'est imposée très tôt pour se généraliser dans le courant du XIX^{ème} siècle. Mais l'on trouve déjà les prémices d'une telle analyse chez des auteurs du XVIII^{ème} siècle. Dans des ouvrages de cette époque, le crime est parfois présenté à travers des exigences diverses. L'étude proposée par MUYART DE VOUGLANS est à ce titre particulièrement édifiante. Il définit ainsi le crime : « c'est un acte défendu par la Loi, par lequel on cause un préjudice à un tiers, par son dol ou par sa faute »⁹⁰. Il explicite par la suite sa définition de manière tout à fait intéressante. MUYART DE VOUGLANS explique d'abord ce qu'il faut entendre par acte, affirmant notamment qu'il faut distinguer par principe deux choses dans le crime : « le dessein et l'exécution, *consilium et eventus* »⁹¹ et que « la simple volonté qui n'a pas encore passé les bornes de la pensée, n'est point mise au nombre des crimes »⁹². Suivent ensuite des développements sur les lois pouvant défendre l'acte, ces lois étant entendues très largement dès lors qu'elles intègrent le droit civil, canonique, les ordonnances et les coutumes. Il est par ailleurs précisé que, « de ce que le Crime est un acte défendu par la Loi, il s'ensuit que tout ce qui est fait de l'autorité ou avec permission de la Loi, ne sauroit être réputé crime »⁹³. Il achève enfin avec des explications relatives à la distinction entre la faute et le dol, assorties d'un exposé des différents cas pouvant se rencontrer⁹⁴.

D'aucuns pourraient voir dans ces développements les premières manifestations de la division actuelle de l'infraction. Bien que les exigences diffèrent sensiblement dans leurs contenus, l'on retrouve l'idée d'une complémentarité entre un fait et une volonté, une certaine – mais toute relative – importance du droit dans la détermination des crimes, ainsi que l'absence de criminalité de l'action accomplie dans l'exercice d'un droit comme, par exemple, lorsque l'acte est accompli « dans la nécessité de la juste défense »⁹⁵. Même la cause du crime est abordée, puisque l'auteur voit en lui un acte qui cause un préjudice à un tiers, pouvant être « ou le Public ou le Particulier »⁹⁶.

Si ces différentes exigences ne sont pas encore exprimées en éléments constitutifs, leur

90. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux en ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, 1757, p. 1.

91. *Ibid.*, p. 2.

92. *Ibid.*, p. 3.

93. *Ibid.*, p. 4.

94. *Ibid.*, p. 6 à 9.

95. *Ibid.*, p. 4.

96. *Ibid.*, p. 5.

exposé évoque une certaine constance dans la définition générale de l'infraction et atteste d'un lien très fort entre les premiers et la seconde. Ce n'est qu'après la Révolution que l'habitude d'étudier l'infraction à travers des éléments constitutifs s'est imposée. Les auteurs ont alors commencé à y avoir systématiquement recours. Seuls certains d'entre eux ont adopté une approche originale. L'on pense ici à ORTOLAN⁹⁷, à ROUX⁹⁸ ou encore à VIDAL et MAGNOL⁹⁹, qui utilisent parfois des éléments constitutifs, mais dont la teneur s'éloigne de la division tripartite ou duale de l'époque. Malgré quelques nuances, ces auteurs partagent leur étude entre le fait infractionnel et le sujet actif du délit et n'ont donc pas recours à une division de l'infraction en deux éléments. Ce faisant, ils remettent l'homme au cœur de l'analyse, en insistant sur une approche plus subjective de la responsabilité pénale, cette approche se traduisant par une opposition entre l'homme et l'acte, et non réellement entre deux composantes de l'infraction. Mais, très majoritairement, à partir du XIX^{ème} siècle, les auteurs ont recours aux éléments constitutifs tels que nous les connaissons aujourd'hui¹⁰⁰, que ce soit dans les études exégétiques des codes ou dans les manuels généraux. VILLEY¹⁰¹, LAINÉ¹⁰², GARRAUD¹⁰³, CHAUVEAU et HÉLIE¹⁰⁴ sont autant d'auteurs qui ont utilisé les éléments et participé à faire de la division de l'infraction un instrument de son étude. Le parallélisme est parfois flagrant entre la présentation de MUYART DE VOUGLANS et celle de GARRAUD. Ce dernier définit l'infraction comme « un fait, ordonné ou prohibé par la loi à l'avance, sous la sanction d'une peine proprement dite, et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit »¹⁰⁵ et identifie comme éléments constitutifs : un élément de fait externe, un élément de volonté, un élément tenant à l'existence d'un texte d'incrimination et un élément d'absence de justification¹⁰⁶. Les éléments de définition précisés par MUYART DE VOUGLANS deviennent ainsi pour GARRAUD, sous des acceptions bien entendu différentes, des éléments constitutifs.

97. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit.

98. J.-A. ROUX, *Droit pénal et procédure pénale*, Sirey, 1920.

99. G. VIDAL, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire, refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magnol*, 9^{ème} éd., t. 1, Rousseau et Cie, 1947.

100. Il est intéressant de remarquer que cette tendance n'est pas propre au droit pénal. En droit de la responsabilité civile délictuelle, la faute ou la responsabilité ont également commencé à faire l'objet d'une étude à travers des éléments constitutifs dans le courant du XIX^{ème} siècle. V. *infra*, n° 16.

101. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit. Parce que VILLEY est l'un des premiers auteurs à avoir utilisé les éléments de l'infraction à la manière dont nous les utilisons aujourd'hui, le choix a été fait de travailler à partir de la première édition de son ouvrage, édition qui permet réellement de mesurer toute l'influence de cet auteur en la matière. Il est à noter que peu de modifications substantielles ont été apportées entre la première édition en date de 1876 et la sixième et dernière édition, en date de 1906.

102. A. LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, t. 1, 1879.

103. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1913.

104. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, 5^{ème} éd., 1872.

105. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 60, n° 36.

106. En outre, l'idée selon laquelle l'infraction ne s'entendrait que d'un acte préjudiciable se retrouve, certes différemment, chez certains pénalistes où l'infraction est un acte lésionnaire ou qui nuit à la société.

13. La peine, élément non constitutif – Pour autant, le recours aux éléments ne permet pas une définition parfaite de l’infraction, dès lors que les éléments constitutifs identifiés par la doctrine ne désignent pas chacune des choses qui y entrent. Ils ne sont que certaines d’entre elles. Ainsi, si l’exigence d’un texte défendant le comportement¹⁰⁷, est érigée en élément constitutif, la peine, elle, ne bénéficie pas du même traitement. Pourtant, les deux sont des éléments techniques de définition de l’infraction, cette dernière étant définie comme « tout fait prévu et puni par la loi d’une peine proprement dite »¹⁰⁸. En tant que « comportement actif ou passif prohibé par la loi et passible d’une peine »¹⁰⁹, l’infraction possède deux caractéristiques essentielles : une incrimination et la peine qui sanctionne le comportement¹¹⁰. Elles sont les deux données fondamentales de l’infraction, sans lesquelles celle-ci ne peut exister et la responsabilité ne peut se concevoir¹¹¹. Elles en sont, par extension, les marqueurs, les signes distinctifs. Or, là où l’incrimination devient assez tôt un élément constitutif, la peine, elle, reste en marge de la catégorie. Au regard de la pensée de GARRAUD, la solution surprend d’autant plus que la menace d’une peine suffit à définir sommairement l’infraction¹¹². Les éléments constitutifs n’intègrent donc pas tous les éléments de définition pour n’en concerner que certains, de sorte que constitutifs, ils ne le sont pas totalement, ou du moins, pas de l’infraction en un sens général.

14. Des éléments issus de principes généraux – C’est en réalité de l’infraction plus strictement entendue que ces éléments sont constitutifs. Il existe un lien indéniable entre les éléments de définition de l’infraction et les éléments constitutifs, en ce que les seconds ont vocation à permettre de préciser ce qu’il faut entendre par infraction. Mais plus spécifiquement, ils sont mobilisés dans la délimitation du comportement infractionnel. Autrement dit, ils sont l’occasion d’insister sur les caractéristiques du comportement pouvant faire l’objet d’une peine. Ils recouvrent, dans leur ensemble, ses particularités. Ceci vaut d’ailleurs dans une certaine

107. Ou le sanctionnant, c’est selon. Tout dépend ici de si l’on admet ou non que le droit pénal a un caractère normatif, autrement dit qu’en sanctionnant un comportement, il en fait du même coup l’interdiction. V. *infra*, n° 175.

108. E. GARÇON, *Code pénal annoté, Nouvelle édition refondue et mise à jour par Messieurs Rousselet, Patin et Ancel*, Recueil Sirey, 1952, p. 1, note 1. Dans le même sens, J.-A. ROUX, *Droit pénal et procédure pénale*, *op. cit.*, p. 61, n° 65 : elle est « l’acte contraire au droit, auquel la loi attache une peine comme conséquence de son accomplissement ». Comp. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Précis de droit criminel*, 3^{ème} éd., Petits précis Dalloz, 1953, p. 24, n° 61 : l’infraction est « la violation d’une loi de l’État, résultant d’un acte externe de l’homme, positif ou négatif, et qui est frappé d’une peine ».

109. G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Association Henri Capitant, PUF, 2016, v° Infraction.

110. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Corpus droit privé, Economica, 2009, p. 9, n° 22. Les auteurs définissent également l’infraction comme « un comportement interdit sous la menace d’une peine telle qu’il est défini de manière générale et impersonnelle par la loi pénale ».

111. J. CARBONNIER, *Sociologie juridique*, nouv. éd., PUF, 2004, p. 398 : « Toute loi pénale a deux bras : un interdit et une menace contre ceux qui le violeraient, l’incrimination et la peine ».

112. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 61-62, n° 36. Comp., plus récemment, P. LASCOUMES et C. BARBERGER, « De la sanction à l’injonction : « le droit pénal administratif » comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *RSC* 1988, p. 45 : « le seul critère opérationnel de l’incrimination est l’existence d’une peine rétribuant un comportement et susceptible d’être prononcée par un juge ».

mesure aussi pour le texte d'incrimination, puisque l'infraction, dans sa conception légaliste, est avant tout la violation de la loi ¹¹³. L'enjeu est donc de circonscrire le comportement infractionnel par une approche plus théorique de l'infraction.

Cet enjeu est perceptible lorsque l'on s'intéresse à la naissance des éléments constitutifs. Bien que le texte d'incrimination soit quelque peu à mi-chemin entre la précision substantielle et la précision technique de l'infraction, les éléments ne paraissent pas être la seule expression d'une systématisation de la structure des différentes infractions. Historiquement, les deux premiers éléments constitutifs identifiés et utilisés ont permis de préciser le comportement infractionnel en le circonscrivant. Certes, les éléments dégagés lors de l'étude de la notion d'infraction sont parfois présentés comme le fruit d'un effort de synthèse. Monsieur DECOCQ explique ainsi que « chaque infraction particulière a ses éléments spécifiques, énumérés par le texte qui la prévoit, et dont l'étude relève du droit pénal spécial. Mais, en dépit de leur grande diversité, ceux-ci peuvent être regroupés en quelques catégories générales. En poussant plus loin l'effort de synthèse, on peut les ramener à un ou plusieurs archétypes. C'est en ce sens qu'on parle d'éléments communs à toutes les infractions, dont l'étude ressortit au droit pénal général » ¹¹⁴. L'étude des différents textes permettrait donc de dégager certains traits généraux, présents dans toutes les infractions, qui en révéleraient la structure générale.

Pour autant, si le droit pénal général se nourrit sans aucun doute des constats effectués lors de l'analyse des différentes incriminations, les éléments matériel et moral pourraient ne pas être le fruit d'une systématisation. Leur émergence et leur développement peuvent être situés à la fin du XVIII^{ème} siècle ¹¹⁵, époque à laquelle, mettant l'accent sur le trouble causé à la société ¹¹⁶, le droit pénal était relativement objectif dans sa conception, ce qui se retrouvait inmanquablement dans la formulation des incriminations. La volonté n'était souvent pas précisée dans les infractions du Code de 1791, et celles-ci étaient majoritairement envisagées sous leur seul aspect objectif, sans que ne soit prévue de disposition générale relative à la volonté, comme on peut en trouver dans notre Code actuel. Au demeurant, la définition de l'infraction inscrite dans le Code des délits et des peines traduit assez bien cela. L'infraction y était ainsi définie : « Faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et la tranquillité

113. Pour FAUCONNET, l'infraction tient avant tout à une transgression, au rapport existant entre le comportement et la norme. Elle est donc un comportement de violation de la règle. V. P. FAUCONNET, *La responsabilité, Étude de sociologie*, 2^{ème} éd., Alcan, 1928, p. 275. Adde. P. PONCELA, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de philosophie du droit, La responsabilité* 1977, t. 22, p. 123. La difficulté est toutefois que l'infraction ne réside peut-être pas dans la violation de la norme pénale, celle-ci paraissant sanctionner plutôt qu'interdire.

114. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 149. Dans le même sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2016, p. 1, n° 2.

115. V. *infra*, n^{os} 27 et s. et plus spéc. n^{os} 36 et s.

116. V. C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, Librairie de la bibliothèque nationale, 1869, p. 91-92.

publique, est un délit »¹¹⁷. Cette définition, qui est la seule à avoir été proposée par le législateur, est essentiellement légaliste et matérielle. Elle ne fait de l'infraction que la violation d'une loi utile au maintien de l'ordre social et à la tranquillité publique.

La synthèse des différentes incriminations ne pouvait donc être le substrat des éléments matériel et moral. Il reste que la responsabilité n'y était pas envisagée de manière strictement objective. L'infraction a toujours intégré à sa définition ou dans sa conception une complémentarité de principe entre un fait externe de l'homme et une volonté coupable¹¹⁸. Il s'agit là des limites du droit pénal qui ne peut, par principe, connaître que des faits externes et volontaires¹¹⁹. C'est justement ce principe fondamental, parfois mis à mal sous l'Ancien régime, que le législateur révolutionnaire a entendu réaffirmer. Par une loi procédurale en date des 16 et 29 septembre 1791, il a ainsi prévu une obligation particulière en la matière, selon laquelle un crime ne peut être caractérisé et, par suite, sanctionné, sans que les juges aient constatés l'intention de son auteur¹²⁰.

Plus que le fruit d'une systématisation des différentes incriminations, les éléments constitutifs pourraient donc être l'expression d'une conception particulière de l'infraction ou plus largement de la responsabilité pénale, dont ils garantissent par ailleurs l'effectivité. L'élément légal se situe d'ailleurs dans cette dynamique, en ce qu'il rappelle et confirme l'importance d'une incrimination préalable. Sur ce point, l'on peut donc donner raison à Monsieur ASHWORTH : les éléments sont avant tout l'expression de principes généraux. Plus particulièrement, les éléments constitutifs permettent de préciser la nature du comportement infractionnel, sa substance. Les deux éléments principaux que sont l'élément matériel et l'élément moral traduisent ainsi deux données immuables de ce comportement : ses deux composantes essentielles, que sont le fait et la volonté. Ils permettent de la sorte de préciser substantiellement ce qu'est, ou *devrait être*, une infraction.

15. Le resserrement de l'objet des éléments – Pour autant, cet intérêt des éléments dans la détermination et la délimitation du comportement infractionnel a été quelque peu perdu de

117. Code des délits et des peines de 1795, art. 1^{er}. Cette définition de l'infraction, très légaliste, était du reste incomplète, car la sanction n'y jouait aucun rôle significatif. En ce sens, R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 61, n° 36.

118. La volonté coupable ne recouvrait certes pas ce que nous pouvons entendre aujourd'hui.

119. Le principe est déjà affirmé par MUYART DE VOUGLANS, qui tempère l'affirmation sans pour autant la remettre totalement en cause : « L'on vient de dire que le dessein seul n'est point puni par les Loix humaines ; mais lorsque ce dessein est manifesté par quelqu'acte extérieur, & que le coupable est surpris en faisant des efforts pour commettre le Crime, il n'est pas moins punissable que s'il l'avoit entièrement consommé, ce qui s'entend surtout lorsque ce Crime est de sa nature atroce, & c'est dans ce sens que la loi veut qu'on considère moins l'événement que la volonté ». P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, *op. cit.*, p. 3. Il cite alors les crimes d'assassinat ou de lèse-majesté, ce dernier étant par ailleurs régulièrement présenté comme l'exception à la règle selon laquelle la pensée non manifestée par des actes extérieurs ne peut être sanctionnée. V. A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, 1970, LGDJ, p. 132 et p. 136.

120. Sur cette loi et son importance dans le développement des éléments constitutifs, v. *infra*, n°s 35 et s.

vue à la faveur de l'identification de nouveaux éléments et d'un souci d'approfondissement structurel de l'infraction. Déjà l'élément légal trahissait cette logique pour être à mi-chemin entre la nature particulière du comportement et la définition technique de l'infraction. Mais c'est surtout l'identification et l'autonomie de la condition préalable qui illustrent le propos. Cette notion, relativement récente, est le résultat d'une dissociation des exigences légales antérieures au comportement accompli par l'agent et extérieures à lui, de celles intrinsèques à l'activité infractionnelle proprement dite¹²¹. Les éléments constitutifs, internes et contemporains au comportement infractionnel se réfèreraient donc à cette dernière activité, et à elle seule. Les éléments ne sont alors plus réellement constitutifs de l'infraction. Ou du moins ne le sont-ils ni de celle décrite, ni de la notion générale, parce qu'ils ne sont pas suffisants à la former. Ils ne le sont que de l'infraction accomplie. Avec l'admission de la condition préalable, l'objet des éléments se trouve particulièrement resserré : il n'est pas le comportement infractionnel apprécié largement, il n'est que le comportement dépendant directement de l'agent. La distinction permet ainsi d'approfondir le détail de la structure de l'infraction, mais au prix d'une certaine distance entre les éléments et la substance du comportement infractionnel.

Rien n'imposait, *a priori*, un tel resserrement de l'objet des éléments constitutifs, qui résulte davantage d'un décortiquage de la structure de l'infraction que d'un raisonnement à partir de ce que sont les éléments constitutifs et de leur fonction éventuelle. Au contraire, même, ce resserrement éloigne ceux-ci de la détermination de ce qu'est intrinsèquement l'infraction. L'on s'est concentré sur un problème pratique et structurel, en se désintéressant en un sens de l'intérêt plus global des éléments qui permettraient de circonscrire la notion et d'encadrer la répression.

16. Éléments constitutifs et faute civile délictuelle – Les éléments constitutifs peuvent pourtant avoir vocation à cela, ou du moins peuvent-ils participer à la précision de la notion d'infraction. Ils ont d'ailleurs été en partie utilisés ainsi en droit de la responsabilité civile délictuelle, où l'on retrouve une utilisation des éléments dans la précision de la nature interne de leur objet¹²². L'approche de la responsabilité délictuelle par la faute, le lien de causalité et

121. V. not. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, p. 726.

122. À l'inverse, la tendance au recours aux éléments constitutifs ne s'observe pas en d'autres matières connaissant également d'une responsabilité pour faute. En droit administratif par exemple, la responsabilité est appréhendée par le triptyque faute, causalité, préjudice, (D. TRUCHET, *Droit administratif*, 6^{ème} éd., PUF, 2015, p. 377, n° 1135), la causalité étant parfois envisagée à travers une notion d'imputabilité signifiant que le dommage doit se rattacher au fait d'une personne (J. RIVERO, *Droit administratif*, réédition, Dalloz, 2011, p. 229, n°s 267 et s. ; J. WALINE, *Droit administratif*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2014, p. 498, n°s 466 et s.). Ni la faute ni la responsabilité ne sont envisagées à travers des éléments. Évoquant toutefois les « faits constitutifs » de la faute de service, mais de manière tout à fait générale, P. CHRÉTIEN, N. CHIFFLOT et M. TOURBE, *Droit administratif*, 14^{ème} éd., Sirey, 2014, p. 651, n° 761. En règle générale, il n'y a pas véritablement de développements théoriques consacrés à la faute, ce qui explique sans doute l'absence de mobilisation d'éléments constitutifs. Les auteurs en donnent une simple définition, pour ensuite en exposer les différents types. V. not. M. DE VILLIERS et DE BERRANGER., *Droit public général*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2015, p. 462, n°s 466 et s. Comp. R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée, Les influences*

le préjudice y est parfois supplantée par une division de son fait générateur en divers éléments, qui ne peuvent que rappeler les éléments dégagés en droit pénal. SALEILLES, à l'instar d'AUBRY et RAU, utilisait ainsi des éléments constitutifs pour expliquer la nature et la consistance de la faute¹²³. Deux éléments distincts ont ainsi pu être dégagés : un élément objectif consistant dans « un fait contraire au droit » et un élément subjectif, tenant à la faute au sens moral, c'est-à-dire à l'imputabilité¹²⁴. D'autres auteurs y ont ajouté un élément d'illicéité, encore utilisé dans certains manuels récents¹²⁵. De manière générale, la tendance à la présentation de la faute à travers ses éléments constitutifs est demeurée, au moins tant que la faute est restée subjective. L'étude en deux éléments proposée par SALEILLES, l'un subjectif, l'autre objectif, a ainsi été abondamment reprise et, malgré l'abandon de l'élément subjectif dans le cadre du mouvement d'objectivation qu'a connu la responsabilité civile, le recours à des éléments constitutifs s'est en partie perpétué¹²⁶. En cette matière, leur intérêt théorique a d'ailleurs été bien plus exploité, ces derniers permettant vraiment de dégager une notion de faute et de la théoriser par une

reciproques des jurisprudences administrative et judiciaire, 2010, Réédition, La mémoire du droit, p. 1294, n^{os} 1453 et s. Ni la nature, ni la structure de la faute ne sont particulièrement approfondies, ce qu'illustre parfaitement cette affirmation selon laquelle la faute serait « une catégorie empirique, profondément casuistique et donc contenue entièrement dans l'appréciation des faits ». C. VAUTROT-SCHWARZ, *La qualification juridique en droit administratif*, 2010, LGDJ, p. 180, n^o 235.

123. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd., t. 4, Marchal et Billard (Paris), 1871, not. p. 746, n^o 444.

124. V. R. SALEILLES, *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, F. Pichon (Paris), 1889, p. 84, n^o 62.

125. V. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} éd., t. 2, PUF, 2007, p. 92, où l'on trouve l'explication selon laquelle « l'élément objectif nécessaire à la qualification de la faute comprend plus précisément deux éléments : un élément matériel et un élément d'illicéité ». Comp. A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012, p. 390, n^o 542, qui retient lui un élément juridique relatif à la qualification juridique du comportement comme non conforme à ce que l'on peut attendre du bon citoyen, et Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., Sirey, 2012, p. 673, n^o 1847. CARBONNIER utilise quant à lui la dénomination d'élément sociologique, celui-ci s'ajoutant aux éléments matériel et humain (si l'homme est un corps, « c'est avant tout une *volonté* » (en italique dans le texte)). J. CARBONNIER, *Droit civil, Vol. II : Les biens, les obligations*, PUF, Quadriges manuels, 2004, p. 2294, n^o 1136 et p. 2297, n^o 1138. Il faut par ailleurs noter que chez certains auteurs, l'acte matériel est inclus dans l'illicite, celui-ci se définissant comme l'acte en violation d'un droit. Un troisième élément tient alors parfois au dommage. Ainsi, Monsieur Bosc explique que les trois éléments du délit tiennent au fait de causer à autrui un dommage, que le dommage ait été commis par son auteur en dehors de l'exercice d'un droit et que cet auteur ait été conscient de ses actes, c'est-à-dire qu'il ait joui de sa liberté morale. J. Bosc, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, 1901, A. Rousseau, p. 7. Cette approche conduit en réalité à faire porter les éléments davantage sur la responsabilité que sur la faute *stricto sensu*, ce qui explique la prise en compte du dommage et de la causalité. Rapp. H. GERMETTE, *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile*, 1903, A. Rousseau, p. 38 et s., qui estime pour sa part que le fait est considéré avant tout comme dommageable. L'élément matériel tient de ce fait chez cet auteur au dommage, qu'il estime extérieur à la faute, quand bien même il serait un élément essentiel de la responsabilité. La faute est alors définie comme la violation d'un droit, violation pouvant être intentionnelle ou objective (*Ibid*, p. 272 et s. puis p. 278.) et les éléments constitutifs portent sur la responsabilité dans son ensemble.

126. V. not. G. CORNU, *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, 2010, Réédition, La mémoire du droit, p. 191 ; A. RABUT, *De la notion de faute en droit privé*, 1949, LGDJ, p. 25, n^{os} 15 et s. ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., t. 5, Economica, 2016, p. 146, n^{os} 134 et s. ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, *Traité de droit civil*, 2013, p. 438, n^{os} 441 et s.

étude très approfondie de sa définition, de sa substance et de sa nature¹²⁷. La division a par ailleurs fait en droit civil l'objet d'études dédiées¹²⁸, dont on ne trouve pas d'équivalent en droit pénal¹²⁹. L'illicéité, notamment, y a été davantage exploitée et a fait l'objet de bien plus amples développements, pour être déterminante dans la conception retenue de la faute. Elle est « un manquement à une obligation préexistante »¹³⁰, d'où il suit que la faute est un acte contraire au droit¹³¹.

La division retenue rappelle donc immanquablement la division de l'infraction, hormis dans l'importance accordée à l'illicite. Mais son intérêt est essentiellement didactique et théorique, sans avoir la même dimension pratique plus spécifique au droit pénal et qui résulte du principe de légalité. En droit civil, il s'agit avant tout de détailler ce qu'est la faute en précisant sa teneur¹³². En d'autres termes, il existe une corrélation entre la définition de la faute et les éléments identifiés, ceux-ci permettant soit de préciser la définition retenue, soit de perfectionner la notion. Or, cet intérêt théorique, qui s'observe aussi en droit pénal, n'a peut-être pas été suffisamment exploité. Pourtant, si les éléments constitutifs interviennent dans la détermination de la teneur du comportement infractionnel, ils doivent, par suite, contribuer à une approche plus théorique de la notion, ce qui n'est pas tout à fait le cas aujourd'hui.

17. Une approche théorique en doctrine allemande – À l'inverse, l'utilisation des éléments constitutifs en Allemagne illustre très bien cet intérêt de l'outil. Les éléments n'ont pas seulement permis de préciser ce qu'était une infraction, mais ont contribué à façonner

127. Sur les évolutions de la définition de la faute et les différentes conceptions retenues, v. not. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1965, p. 470, n^{os} 392 et s., et R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, th. préc., p. 351, n^{os} 346 et s.

128. J. BOSCH, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, th. préc., et H. GERMETTE, *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile*, th. préc.

129. Encore faut-il préciser que l'usage s'est par la suite quelque peu essoufflé, de sorte que les éléments constitutifs n'y ont pas pris la place qu'ils occupent désormais en notre matière. Le mouvement d'objectivation de la faute a fait disparaître l'idée d'une dualité d'éléments. À cela s'est ajouté une relativisation de l'élément d'illicéité, à la double faveur des discussions relatives à son opportunité (v. G. MARTY, « Illicéité et responsabilité » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 339) et du développement des théories du risque qui modifient la conception de la responsabilité civile et de ses fondements. Combinés, ces deux évolutions ont sans doute contribué à faire perdre aux éléments constitutifs leur intérêt en droit civil.

130. R. CHAPUS, *Responsabilité publique et responsabilité privée*, th. préc., p. 1294, n^o 1453, citant l'auteur.

131. Ici, l'illicéité est entendue formellement, mais le recours au comportement du bon père de famille participe lui davantage d'une approche matérielle.

132. Il est possible ici de s'interroger sur l'influence de l'analyse de l'infraction sur celle de la faute civile. Les deux tendances se sont développées sensiblement à la même époque en doctrine, mais l'émergence des éléments constitutifs en législation pénale est légèrement antérieure. Certaines études dédiées aux éléments constitutifs de la faute civile suggèrent une influence notable de la division de l'infraction sur la construction civiliste (v. not. J. BOSCH, *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, th. préc.), les éléments identifiés tenant parfois à l'élément matériel, l'élément moral et l'élément légal, étant précisé que la faute civile s'étant objectivée, l'élément moral a par la suite disparu. V. not. P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^{ème} éd., Manuel Litec, 2016, p. 199, n^{os} 297 et s., et F. TERRÉ, P. SIMLER et Y. LEQUETTE, *Droit civil, Les obligations*, 11^{ème} éd., Précis Dalloz, 2013, p. 777, n^o 718, où la présentation de l'élément légal rappelle fortement son acception pénale. L'influence pourrait d'ailleurs s'expliquer par le lien qui existe entre la faute civile délictuelle et l'infraction pénale.

l'infraction et à en révéler les contours. C'est à partir d'une approche plus générale de la matière et de la fonction du droit pénal que les éléments ont été identifiés. Le concept d'antijuridicité y a pris une importance considérable, notamment à travers les travaux de VON LISZT, lequel a assigné au droit pénal une fonction spéciale de protection renforcée des valeurs essentielles de la société¹³³. Cette approche fonctionnelle a enrichi l'analyse de l'infraction, dotée d'un élément antijuridique qui, sous son aspect matériel, retranscrit l'objectif de protection du droit pénal. L'infraction est, en Allemagne, un acte contraire aux valeurs de la société. Plus précisément encore, elle est un acte attentatoire à ces valeurs qui « implique matériellement la lésion ou la mise en péril d'un bien juridique »¹³⁴.

L'essor de l'antijuridicité dans sa dimension matérielle a contribué à donner un certain visage à la notion d'infraction. Celle-ci n'est pas seulement en droit pénal allemand un acte contraire au droit, elle est un comportement volontaire d'atteinte. L'infraction y est en conséquence définie comme un acte typique et antijuridique¹³⁵. Les éléments constitutifs dégagés ne permettent pas seulement de conditionner la caractérisation des infractions, ils révèlent aussi l'essence de l'infraction : les données sans lesquelles un comportement ne peut pas être pénalement sanctionné.

18. Une approche plus pratique en doctrine française – En France, l'utilisation des éléments est demeurée plus pratique. Il serait parfaitement réducteur d'affirmer qu'ils n'y ont pas été théoriquement mobilisés dès lors qu'ils ont participé à l'approfondissement de la définition de l'infraction. Mais leur rôle est resté en partie cantonné au conditionnement de la caractérisation des infractions, sans que l'on en exploite suffisamment les autres intérêts. Les éléments ont été trop peu étudiés pour eux-mêmes, et leur(s) fonction(s) trop peu précisée(s). Ils sont omniprésents, mais paradoxalement assez peu définis, comme si le sens à donner à l'expression s'imposait de lui-même. L'élément constitutif a été pour beaucoup façonné *a posteriori*, au fil de l'eau et à la faveur de l'identification de nouveaux éléments potentiels et des discussions relatives à leur opportunité. Pour cette raison, le recours aux éléments, comme les éléments identifiés, présentent certains paradoxes. Au reste, les discussions n'ont peut être pas été suffisamment synthétisées, de sorte que l'on ignore toujours, au fond, *ce qu'est un élément constitutif et ce dont il est constitutif*. Les éléments participent en partie de la précision de ce qu'est le comportement infractionnel et de la définition de l'infraction, mais ils ne sont pas suffisamment mobilisés d'un point de vue théorique.

133. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, trad. par R. LOBSTEIN, 17^{ème} éd., M. V. Giard et E. Brière, 1911, p. 98, §.13.

134. *Ibid.*, p. 170, §.26.

135. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand, Contribution à une théorie générale de l'illicéité*, 2003, Thèse, Nancy 2, p. 11. Retenant une approche inspirée de l'analyse allemande, X. PIN, *Droit pénal général*, 8^{ème} éd., Dalloz, collection cours, 2017.

Certes, des approches plus conceptuelles de l'infraction ont été proposées, mais sans réellement aboutir. En effet, des auteurs se sont intéressés à ce qu'était l'infraction, tentant de déterminer ce qu'il fallait entendre par crime et ce qui en était la cause¹³⁶ : « Pour qu'il y ait responsabilité criminelle, il faut d'abord qu'il y ait crime ; il faut donc que l'acte, indépendamment de la personne de l'agent, ait présenté aux yeux du législateur les conditions *réelles* requises pour mériter d'être interdit sous la menace de flétrissure »¹³⁷. Et l'auteur de s'interroger : « Qu'est-ce que le crime ? »¹³⁸ Les caractéristiques habituelles sont reprises, mais il s'agit alors d'identifier ce qui *fait* l'infraction. Si TARDE retient une approche essentiellement légaliste, selon les auteurs, les données permettant de préciser l'essence de l'infraction peuvent varier. Pour GAROFALO, il s'agit d'une offense aux sentiments de pitié et de probité : « [...] ce qui n'est que la violation d'un droit, ce qui ne blesse ni le sentiment de pitié, ni celui de probité, ne saurait plus être considéré comme un crime [...] »¹³⁹. Pour d'autres auteurs, comme HAMON, c'est la lésion ou la nuisance que provoque l'infraction¹⁴⁰. Plus largement, et plus récemment, pour PINATEL, il s'agit de la réaction sociale que provoque le crime¹⁴¹. Majoritairement, la démarche suivie par les auteurs est de parvenir à dégager l'essence de l'infraction, en un sens, le crime naturel entendu comme concept général et abstrait¹⁴², valant en tout temps et en tout lieu. Ces considérations rejoignent les limites et la théorie du droit de punir, car dès lors que l'infraction est définie

136. La démarche tend à identifier ce qui est la cause pour ainsi dire universelle de l'incrimination, autrement dit, le trait commun de toutes les infractions. Elle se distingue donc nettement de la démarche criminologique, qui s'intéresse elle aux causes de la criminalité et plus particulièrement du passage à l'acte. Selon les écoles et les époques, les causes identifiées ont varié. Les études criminologiques de l'infraction et de ses causes ont été particulièrement nombreuses au XIX^{ème} siècle et ont donné lieu à d'importants débats quant aux causes de la criminalité. v. l'ouvrage de Monsieur R. GAROFALO, *La criminologie, Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^{ème} éd., Alcan, 1890, not. p. 56 et s. ; G. TARDE, *La philosophie pénale*, 5^{ème} éd., A. Storck, 1900, p. 69 et s., plus axé sur la responsabilité ; J. GOUZER, « Théorie du crime », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales* 1894, p. 255, ainsi que les théories relatives à l'homme criminel : C. LOMBROSO, *L'homme criminel, Criminel-né, fou moral, épileptique : étude anthropologique et médico-légale ; trad. sur la IV^e éd. italienne par MM. Regnier et Bournet*, Alcan, 1887 ; E. FERRI, *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, 1893.

137. G. TARDE, *Essais et mélanges sociologiques*, A. Storck, 1895, p. 141.

138. *Ibid.*

139. R. GAROFALO, *La criminologie, op. cit.*, not. p. 42. Ayant recours aux sentiments collectifs, v. égal. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, réédition, PUF, 1991, p. 74-75 : « C'est cette solidarité qu'exprime le droit répressif, du moins dans ce qu'elle a de vital. En effet, les actes qu'il prohibe et qu'il qualifie de crime sont de deux sortes : ou bien ils manifestent une dissemblance trop violente contre l'agent qui les accomplit et le type collectif, ou bien ils offensent l'organe de la conscience commune. » Comp. P. FAUCONNET, *La responsabilité, op. cit.*, p. 247 et s.

140. A. HAMON, « De la définition du crime », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales* 1893, p. 242. Dans son article, HAMON procède par ailleurs à une synthèse édifiante des différentes approches possibles, qui illustre la volonté chez certains auteurs de préciser socialement l'infraction et que l'on retrouve d'ailleurs pareillement chez G. TARDE, *La philosophie pénale, op. cit.*, p. 69 et s.

141. J. PINATEL, « L'apport de l'histoire et de la psychologie sociale à la compréhension de l'évolution du concept de crime », *RSC* 1967, n° 209.

142. Dans la théorie hégélienne, le concept est plus abouti que la notion et présente un niveau supérieur d'abstraction. V. F.-P. BÉNOIT, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, Les leçons de la philosophie du droit de Hegel » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 23.

au regard du sentiment qu'elle cause ou de la règle violée, le comportement susceptible d'être incriminé se trouve précisé. La doctrine française est toutefois restée relativement peu réceptive à ces approches conceptuelles et sociologiques, pour partie dépendantes des partis pris de chaque auteur. Elle s'en est tenue, dans l'ensemble, à une définition légaliste de l'infraction¹⁴³. Dans sa conception générale, elle est, en France, un acte contraire au droit. C'est ainsi qu'elle est principalement définie, de sorte que ses deux signes distinctifs seraient l'incrimination et la peine. Mais, si ces deux critères participent clairement de sa définition technique, à bien y regarder, ils ne permettent ni d'identifier l'infraction, ni de la conceptualiser.

B. Les éléments constitutifs, mesure de l'infraction

19. Des intérêts interdépendants – Il existe un enjeu théorique au fait de préciser substantiellement l'infraction. Cet enjeu est philosophique, sociologique ou politique, car il permet d'encadrer la répression en déterminant ce *qu'est* l'infraction et, éventuellement, ce *qui fait* l'infraction ; mais il est aussi juridique, car l'infraction est la notion centrale de la matière pénale et à toute notion est attachée un régime. Or, l'infraction est une notion particulière, qui dans sa conception moderne est fondée sur différentes règles générales. Les éléments constitutifs ne sont pas seulement déduits de la définition de l'infraction, c'est en réalité à partir d'eux qu'elle est formée. Il y a donc un intérêt fondamental à l'identification des éléments constitutifs. Cet intérêt est double. Il est en premier lieu pratique, car il est indispensable de savoir quels éléments doivent être définis par le législateur pour être, par suite, vérifiés par le juge. Il est en second lieu théorique, car l'infraction est bâtie sur ces éléments, qui en révèlent la substance et la particularisent.

Les deux intérêts associés à la détermination des éléments, pratique d'un côté, théorique de l'autre, sont étroitement liés. La structure de l'infraction ne dépend-elle pas intimement de la conception que l'on en a ? Les éléments identifiés ne permettent-ils pas justement de restituer cette conception, de la rendre sensible aux sens, en même temps que de s'assurer qu'un comportement donné est bien, intrinsèquement, une infraction ? En s'assurant qu'un comportement vérifie tous les éléments d'un texte d'incrimination, ne s'assure-t-on pas du même coup qu'il possède tous les attributs de *l'infraction*, qu'il est une infraction ? Les éléments devraient donc révéler une structure générale et immuable de l'infraction, qui soit l'expression de sa substance. Ils sont, en cela, une manière de viser les composantes essentielles et nécessaires de l'infraction, qui lui donnent une physionomie de principe. Or, ils restent aujourd'hui incertains

143. Contestant une telle démarche dès lors qu' « il faut toujours tenir compte, pour l'établissement des incriminations, de l'état des mœurs publiques et des principes de droit politique, variables dans chaque pays et à chaque époque », R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 60, n° 36.

et difficilement identifiables.

20. La nécessaire détermination des éléments – Pourtant, il semble que l'intérêt des éléments constitutifs au regard du principe de légalité soit renforcé par leur détermination. À ce titre, ne devraient-ils pas être préétablis dans leur nature, dans leur nombre et dans leur consistance? Pour ce faire, il est nécessaire dans un premier temps de parvenir à identifier substantiellement l'élément constitutif, par sa nature, afin de déterminer *ce que sont* les éléments constitutifs. Ce n'est que dans un second temps qu'il sera possible de déterminer *quels sont* les éléments constitutifs. Il ne s'agira alors pas, dans un premier temps, de préciser la teneur exacte de chacun, mais simplement d'en déterminer l'essence.

L'étude de l'émergence et du développement du recours aux éléments est à ce titre riche d'enseignements. Elle met en lumière leurs fonctions initiales. Celles-ci sont partagées entre un enjeu pratique de caractérisation des infractions grâce à la vérification de leurs différentes composantes et un enjeu théorique de détermination des caractéristiques du comportement infractionnel, les deux fonctions étant, par ailleurs, intimement liées. Il en résulte que, tant au regard de leur fonction pratique qu'au regard de leur fonction théorique, les éléments peuvent être appréhendés avant tout comme un outil. Toutefois, dans leur utilisation, les éléments constitutifs sont tiraillés entre deux approches, l'une littérale, l'autre plus spéciale, laquelle voit dans les éléments des données préétablies et, en un sens, immuables. Sans doute est-ce la raison pour laquelle les divers éléments identifiés ne suivent pas tous la même logique et ne présentent pas tous les mêmes caractéristiques. Ils restent trop dépendants des infractions analysées, si bien qu'il n'est possible, à partir de l'utilisation actuelle des éléments, ni d'identifier ce qu'est un élément, ni d'identifier quels sont les éléments. Pour autant, les éléments constitutifs demeurent mobilisés dans une démarche de généralisation de l'analyse des différentes infractions, dont ils expriment les données essentielles et communes. C'est parce qu'ils révèlent la structure immuable de l'infraction – autrement dit de ses composantes essentielles – qu'ils sont fondamentaux, aussi bien à l'étude de l'infraction-notion, qu'à l'exercice de qualification. C'est donc au regard de cette double fonction qu'il sera possible de proposer une conception de l'outil, conforme à ce qu'il est déjà en partie et respectueuse de l'intégrité de l'infraction.

Une approche fonctionnelle et renouvelée des éléments constitutifs pourrait par ailleurs permettre de dégager les éléments constitutifs de l'infraction. En effet, les éléments sont avant tout un outil de qualification *des infractions*, mais ils ne peuvent l'être que parce qu'ils expriment une certaine conception *de l'infraction*. Dès lors qu'ils révèlent la nature et la teneur du comportement constitutif d'une infraction pénale, ils donnent aussi le schéma devant être suivi pour s'assurer qu'un comportement est bien constitutif d'une infraction. Il s'ensuit que les éléments ne devraient pas être identifiés à partir d'une définition de celle-ci, qui ne peut qu'être relative, ou d'une synthèse des différentes incriminations. Par contre, ils peuvent être déduits des principes

généraux qui sous-tendent l'infraction et qui lui donnent une morphologie particulière, ceux dans lesquels elle prend ses racines et sa nature. Peut être y a-t-il une erreur dans le fait de voir dans les éléments le fruit d'une synthèse de la structure des différentes incriminations. N'est-ce pas en réalité une démarche inverse qu'il faut mettre en œuvre, démarche qui a, du reste, conduit à l'identification des premiers éléments ? Si les infractions possèdent des éléments communs, c'est parce que ceux-ci sont l'expression d'une certaine conception de la responsabilité pénale, qui ne peut saisir que certains comportements. Ainsi, l'infraction, en tant que notion générale, présente des composantes incontournables et irréductibles qui se retrouvent dans sa structure. Tous les comportements ne peuvent relever du droit pénal. Cette affirmation découle du principe de subsidiarité de ce droit, mais elle tient aussi au respect des libertés individuelles. C'est en identifiant les principes auxquels est soumise la responsabilité pénale et en analysant la manière dont ceux-ci se retrouvent dans la structure de son fait générateur principal qu'est l'infraction que pourront être identifiés les différents éléments constitutifs. Ces principes sont divers, mais ils façonnent la morphologie du comportement infractionnel.

21. Des éléments d'identification de l'infraction – Cette étude sera bien sûr l'occasion de revenir sur les différents éléments proposés et utilisés par la doctrine ou la jurisprudence. Pour autant, la démarche ne partira pas des éléments actuels, lesquels sont largement discutés. Au reste, il ne s'agit pas réellement d'apprécier l'opportunité de tel ou tel élément. Les très nombreux débats doctrinaux ont épuisé le sujet, autant qu'ils ont montré la difficulté d'un consensus. L'enjeu est plus large. Il vise à questionner et repenser la division de l'infraction, afin de parvenir à dégager un schéma d'analyse, tant de l'infraction-notion que des infractions. Cela ne signifie pas que le schéma proposé ne rejoindra pas, au moins partiellement, le schéma actuel, car celui-ci contient une part de vérité. En outre, il ne s'agit pas de découvrir une structure originale de l'infraction, jusqu'alors ignorée de tous. Il faut s'interroger sur le point de savoir si des principes généraux de la matière ne peut être dégagée une structure particulière du comportement infractionnel et identifiés les éléments constitutifs de l'infraction. Issus des principes fondamentaux, les éléments constitutifs en mettent en lumière les composantes : ils les restituent, les expriment et par conséquent, permettent de dégager les contours de cette notion fondamentale du droit pénal. C'est en ce sens qu'ils sont la mesure de l'infraction et permettent de l'identifier.

Pour cette raison, les éléments identifiés devront dans un second temps être analysés isolément, afin d'en approfondir et d'en déterminer la teneur. D'un point de vue pratique, cette analyse plus spécifique paraît essentielle. Identifier les éléments ne peut suffire, encore faut-il savoir ce que chacun recouvre concrètement et quelles vérifications il appelle. D'un point de vue théorique, l'enjeu n'est pas moins fondamental, car identifier les éléments constitutifs est insuffisant pour préciser la teneur exacte du comportement infractionnel. Il faut en épuiser l'étude, en détailler

les implications pour tenter de proposer une conception de l'infraction, autrement dit, pour déterminer ce qu'elle est, ou devrait être. Cette étude sera l'occasion de confronter le schéma dégagé à la réalité des incriminations. En effet, une structure déduite des principes gouvernant la responsabilité pénale ne peut que donner la structure idéale de son fait générateur. Elle est l'expression, sinon de ce qu'est aujourd'hui une infraction, au moins de celle qu'elle devrait être. Or, tous les comportements pénalement sanctionnés ne partagent pas la même structure. Il n'est d'ailleurs pas certain que la grande distinction entre les différentes infractions soit celle qui oppose les infractions matérielles aux infractions formelles, car, à y regarder de plus près, les deux catégories sont sous-tendues par une même logique et présentent une structure similaire, faute d'être parfaitement identiques. Par contre, certains comportements pénalement sanctionnés qui dérogent à certains principes applicables en matière pénale, s'éloignent sensiblement de la structure idéale dégagée par l'absence de l'un des éléments identifiés. Cette spécificité structurelle se prolonge au demeurant parfois dans des spécificités quant au régime de ces infractions. Ce constat conduira *in fine* à s'interroger sur la diversité des faits générateurs de responsabilité pénale : faut-il admettre qu'il existe différentes catégories d'infractions, certaines présentant une structure idéale et d'autres possédant une structure dérogatoire, ou existe-t-il, aux côtés de l'infraction, d'autres faits générateurs de responsabilité ayant une structure qui leur est propre ?

22. Annonce de plan – L'étude des éléments constitutifs et celle de l'infraction apparaissent ainsi complémentaires parce que, prédéterminés, les éléments peuvent révéler l'essence de l'infraction et ses composantes essentielles. C'est à partir d'elles qu'est bâtie l'infraction, si bien que la compréhension de la notion ne peut que gagner à la détermination de ses composantes.

Il s'agira ainsi dans un premier temps d'identifier substantiellement les éléments constitutifs, à partir de leur nature et de leur fonction (**Partie 1**), pour pouvoir, dans un second temps analyser structurellement les différents éléments identifiés (**Partie 2**).

Première partie : L'identification substantielle des éléments constitutifs

Seconde partie : L'analyse structurelle des éléments constitutifs

PREMIÈRE PARTIE

L'identification substantielle des éléments constitutifs

23. L'essai manqué d'une systématisation – L'analyse devenue traditionnelle de l'infraction veut que celle-ci fasse l'objet d'une étude divisée en trois éléments. Cette division trouve ses origines dans l'affirmation de principe de la complémentarité du fait et de la volonté¹, principe affirmé dans la loi en 1791². Cette loi imposait aux juges de se prononcer sur l'intention de l'auteur des faits. Au moins en apparence, elle mettait au même niveau l'importance de la matérialité du fait et de sa moralité dans la caractérisation de l'infraction. S'il n'est pas certain que l'enjeu ait vraiment été alors une caractérisation duale de l'infraction comme nous l'entendons aujourd'hui, l'exigence de vérification de la volonté formulée dans la loi en 1791 est devenue un enjeu de politique jurisprudentielle. Le Tribunal puis la Cour de cassation ont utilisé pour asseoir leur contrôle ce qui est parfois désigné en doctrine par l'expression de « question intentionnelle »³. Mais c'est surtout sous l'impulsion de la doctrine que le recours aux éléments s'est développé et qu'ils ont été mis au service d'une étude de l'infraction. Les deux éléments

1. Les auteurs anciens utilisaient anciennement le plus souvent la terminologie d'intention. Les propositions de distinction entre les notions d'imputation, de volonté et d'intention furent essentiellement développées à partir du milieu du XIX^{ème} siècle. Lorsqu'il est utilisé de manière générale comme expression du principe de complémentarité, le terme d'intention n'est toutefois pas le plus approprié car dans son acception moderne, il renvoie à l'élément moral des infractions intentionnelles. Le terme de volonté sera donc privilégié malgré la terminologie utilisée par les anciens auteurs lorsqu'il n'est question que d'une exigence générale et non d'une intention proprement dite.

2. Loi des 16 et 29 sept. 1791, J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, 1824, Guyot et Scribe, p. 331 et s.

3. G. SICARD, « La « question intentionnelle » et la terreur judiciaire dans le Sud-ouest » in *La culpabilité, actes des XX^{èmes} Journées d'histoire du droit*, sous la dir. de J. HOAREAU-DODINAU et P. TEXIER, Limoges, 2001, p. 633.

initiaux que sont l'élément matériel et l'élément moral relèvent d'une conception particulière de celle-ci, car subjective. Ils sont une expression de cette conception et ont été utilisés en doctrine pour préciser la teneur de l'infraction. Initialement concentrés sur le comportement infractionnel dont ils révélaient la particularité, les éléments constitutifs se sont par la suite diversifiés. Mis en lien avec la définition générale de l'infraction, ils ont peu à peu intégré certaines de ses données telle l'exigence d'un texte d'incrimination qui, tout en restant liées au comportement infractionnel, relèvent plus largement de la définition de la notion. La diversification des éléments et leur élargissement rend malaisé leur délimitation et identification, de sorte qu'il est intéressant de revenir sur l'évolution qui a eu lieu afin d'en cerner les enjeux.

24. La variabilité des analyses – Quelle qu'ait été cette évolution, le lien entretenu entre les éléments et la définition de l'infraction a conduit la doctrine à en approfondir l'analyse à travers une étude scindée en trois données immuables. L'analyse en trois temps conduit à une caractérisation s'articulant autour de la détermination du texte applicable, de la vérification de l'élément matériel et enfin de la vérification de son élément moral. Bien que l'utilisation des éléments se soit imposée aujourd'hui aussi bien en doctrine qu'en jurisprudence, leur intérêt est limité par la démultiplication des éléments qui en traduisent des approches variables. Il est particulièrement difficile de parvenir à déterminer ce que sont réellement les éléments constitutifs et lesquels ils sont, notamment parce que l'analyse en trois temps ne se maintient pas de manière systématique. Selon ce dont ils ont vocation à faciliter l'analyse, les éléments identifiés sont variables et logiquement dépendants de leur objet. Adossés aux différentes incriminations, ils ne sont souvent que l'occasion d'une énumération des exigences légales. Dépendants dans ce contexte de chaque texte ou de la catégorie particulière d'infractions, ils ne permettent en rien une analyse systématique mettant en exergue la structure particulière de l'infraction. Théoriquement, les éléments révèlent la structure invariable de toute infraction, mais en pratique, ils n'en permettent pas toujours une analyse ordonnée dès lors que l'étude des incriminations suit très peu le triptyque. Soit les éléments dégagés par les auteurs s'en éloignent en raison des spécificités structurelles des différentes incriminations, soit des éléments spéciaux viennent s'ajouter aux éléments généraux identifiés.

25. Les éléments comme outil – Cette tendance est regrettable car elle relativise fortement l'intérêt des éléments. Ils pourraient pourtant avoir une réelle utilité à la fois dans l'effort d'approfondissement de la notion d'infraction par l'invariabilité structurelle qu'ils révèlent et, à la fois, dans l'analyse des faits en vue de leur qualification. Le recours aux éléments constitutifs peut présenter ce double intérêt, tant théorique que pratique au regard de leur double fonction d'approfondissement de la notion d'infraction et de garants de la légalité des condamnations. Car déduits de la structure générale de l'infraction, ils peuvent guider et encadrer efficacement

l'exercice de qualification.

Pour ce faire, il est toutefois nécessaire de préciser la nature des éléments, mais aussi de parvenir à les identifier. Leur multiplication en doctrine, associée à leur variabilité, rend la démarche malaisée et tend à faire perdre de vue l'intérêt de la division tripartite de l'infraction. Pourtant, si l'utilisation actuelle des éléments participe de l'indétermination de l'outil, il est possible, au regard de ses fonctions, de tenter de déterminer ce qu'ils sont. Parce qu'ils sont en premier lieu un outil d'analyse de l'infraction, ils peuvent par extension être un outil fondamental de qualification dès lors qu'est dégagé un schéma général et unique. Ce schéma peut se déduire soit d'un effort de systématisation des différentes incriminations existantes, soit de la définition générale d'infraction, autrement dit, de la notion. Dans un cas comme dans l'autre, l'exercice de qualification pourrait s'appuyer sur les éléments et le schéma de qualification dégagé. Ces derniers deviendraient à ce titre un outil utile, tant au droit pénal général pour lequel ils seront l'expression des spécificités de la notion d'infraction, que pour le droit pénal spécial pour lequel ils serviront de schéma d'étude des incriminations. Aujourd'hui outil déficient dans l'analyse de l'infraction (**Titre 1**), les éléments constitutifs peuvent donc devenir un outil fondamental de qualification (**Titre 2**).

Titre I

Les éléments constitutifs, outil déficient d'analyse

26. Des éléments de l'infraction aux éléments des infractions – Bien qu'ils soient un outil incontournable du droit pénal et que le recours à eux soit aujourd'hui systématique, beaucoup de zones d'ombres entourent les éléments constitutifs. L'outil apparaît relativement peu précis, car tiraillé entre deux fonctions, l'une de généralisation, l'autre de spécialisation. Alors qu'ils pourraient être un outil général d'analyse de l'infraction, les éléments tendent à se rapprocher excessivement de simples conditions et ne permettent alors qu'une énumération des exigences spécialement prévues dans chaque incrimination.

Historiquement, pourtant, les éléments se sont développés dans un contexte bien particulier qui semble à première vue ne pas s'accorder avec cette seconde fonction. Leur émergence est liée à la procédure mise en place qui, si elle ne modifiait pas substantiellement un principe déjà acquis, eut le mérite d'inscrire dans la loi la règle selon laquelle l'infraction ne peut être constituée que par la réunion d'un fait et d'une volonté. Elle rendait par suite obligatoire la constatation par les jurés de l'intention de l'auteur. C'est à partir de cette obligation procédurale, mais surtout de son utilisation par la jurisprudence que s'est développée l'idée d'une approche duale de l'infraction. Les deux éléments, issus de la loi et dégagés par la jurisprudence, ont donné lieu en doctrine à une analyse de l'infraction divisée en différents éléments.

Aujourd'hui, les débats relatifs aux éléments de l'infraction demeurent fournis et l'on s'interroge sur le statut à accorder à de nombreuses données. L'outil a été trop peu étudié pour lui-même et, dès lors, trop peu défini. Paradoxalement, alors que l'opposition élément matériel/élément moral est de plus en plus critiquée comme étant artificielle, tout tend à devenir élément de l'infraction. Les études des textes d'incrimination abondent en ce sens, où le nombre d'éléments identifiés est fonction des exigences légales et non d'un triptyque général. Car finalement, toute condition formellement exigée dans une incrimination est constitutive de l'infraction considérée

au sens où elle est nécessaire à son existence légale¹. Mais est-elle pour autant un élément constitutif de l'infraction? Rien n'est moins sûr. L'utilisation actuelle des éléments montre les incertitudes qui entourent l'outil, autant que son caractère incontournable. La difficulté fondamentale est en réalité qu'un glissement s'est opéré : l'on est passé de l'affirmation dans la loi d'une complémentarité structurelle entre deux données fondamentales révélant l'essence *de l'infraction*, à un découpage *des infractions* en autant d'éléments que de conditions entrant dans leurs définitions.

C'est donc en revenant sur la naissance de l'outil d'analyse que des indices d'identification des éléments et de leur intérêt peuvent être trouvés (**Chapitre 1**), tandis que l'explication à la faible utilité de l'outil peut être trouvée dans sa relative dénaturation (**Chapitre 2**).

1. Ainsi entendus, les éléments constitutifs visent alors « simplement ce qui est condition d'existence de l'infraction ». J. LARGUIER, « La localisation internationale de l'infraction », *RSC* 1980, chron. p. 417.

Chapitre 1

La naissance de l'outil d'analyse

27. Une origine procédurale – Les éléments constitutifs sont issus du principe de la complémentarité entre le fait et la volonté. Ce principe est particulièrement ancien, mais a trouvé un écho particulier suite à une loi procédurale en date des 16 et 29 septembre 1791². Elle renvoie, en substance, aux deux éléments que sont l'élément matériel et moral. Cette loi faisait obligation aux jurés de se prononcer sur la volonté de l'auteur des faits. Parce qu'elle imposait théoriquement une certaine effectivité de la vérification de la volonté, et parce qu'elle affirmait son caractère indispensable aux côtés du fait pour constituer l'infraction, elle a accrédité l'idée selon laquelle l'infraction serait constituée de deux éléments de même importance et devant, donc, tous deux faire l'objet d'une vérification par le juge. L'exigence procédurale de vérification de la volonté a ainsi contribué à révéler une dualité structurelle.

Si l'affirmation de la complémentarité du fait et de la volonté est antérieure à cette loi, l'influence de l'obligation procédurale qu'elle contient ne peut être négligée. Elle a en effet donné lieu à une jurisprudence constante relative aux deux éléments de l'infraction. Repris en doctrine, ils sont alors devenus un véritable outil d'analyse, car faire des exigences factuelle et morale deux éléments distincts permet de mettre ces deux exigences sur un pied d'égalité et d'insister en conséquence sur l'importance d'une double vérification.

C'est ainsi de la complémentarité entre le fait et la volonté que sont issus les deux éléments initiaux de l'infraction. D'une simple exigence procédurale, la dualité est finalement devenue une règle de fond (**Section 1**). Par la suite, la division de l'infraction en éléments a été largement reprise par la doctrine qui a développé et enrichi l'analyse (**Section 2**).

2. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, *op. cit.*, p. 331 et s.

Section 1 – D'une exigence procédurale à une règle de fond

28. L'impact inattendu de la loi de 1791 – L'exigence de la volonté en matière de responsabilité pénale n'est certes pas née avec les éléments constitutifs. Au contraire, la complémentarité entre le fait et la volonté apparaît être une constante en matière de responsabilité pénale. Cependant, si l'exigence du fait et surtout sa vérification effective n'ont jamais soulevé de véritables problèmes³, l'exigence de la volonté était à l'inverse bien plus de façade. Elle était certes de principe, mais elle n'avait pas d'influence véritable. Essentiellement présentée de manière négative, car réduite aux conditions d'imputabilité, elle ne faisait pas forcément l'objet d'une vérification effective. C'est ainsi pour donner une certaine effectivité à l'importance de la volonté dans la qualification des faits que le législateur a pris, à la Révolution, une loi faisant obligation aux juges de poser aux jurés une question relative à la volonté de l'accusé.

Essentiellement symbolique et d'ordre procédural, cette loi ne pouvait à elle seule garantir l'effectivité pratique de l'élément moral pour deux raisons. Tout d'abord, « l'intention » visée par le législateur n'était en rien définie. Cette carence pouvait conduire à réduire la question au seul examen des capacités intellectuelles de l'agent et, donc, à ne rien changer à l'état du droit. La glose de la loi ne suggère d'ailleurs pas de changements révolutionnaires dans l'appréhension de la volonté par rapport aux règles énoncées dans les ouvrages datant de l'Ancien régime. Ensuite, cette disposition s'insère dans une loi d'inspiration classique mettant en place une procédure particulièrement complexe et rigide ne laissant que très peu de place à une réelle appréciation par les juges et les jurés. La question sur l'intention est devenue un véritable enjeu en jurisprudence. La Cour de cassation, soucieuse d'affirmer son contrôle jurisprudentiel s'est emparée de cette question pour censurer les arrêts dans lesquels les juges ne s'étaient pas prononcés sur ce point. De l'affirmation constante de la complémentarité entre le fait et la volonté (I), et grâce à l'influence de la jurisprudence (II), est ainsi venue l'habitude de scinder la structure de l'infraction en deux éléments essentiels : l'élément matériel et l'élément moral.

§ 1. L'affirmation de la complémentarité du fait et de la volonté

29. Une règle procédurale fondamentale – La complémentarité du fait et de la volonté est un principe général de la matière. Or, bien que son affirmation soit particulièrement ancienne, elle ne s'est imposée que très progressivement. Surtout, elle ne pouvait initialement servir de

3. D'un point de vue théorique, les enjeux relatifs à ce point ont longtemps été concentrés sur la détermination du seuil à partir duquel le droit pénal a vocation à intervenir, c'est-à-dire sur la définition du commencement d'exécution.

support à une étude de la notion d'infraction. Cela s'explique notamment par le fait que même si la responsabilité est depuis longtemps en partie subjective, l'exigence d'un élément moral tel que nous le concevons aujourd'hui est elle très récente. La volonté était certes en principe indispensable, mais les ouvrages anciens attestent d'une faible prise en compte de celle-ci : elle n'est que très peu développée et sa vérification effective n'est que rarement exigée.

La loi de 1791 n'apporte pas sur ce point de changement majeur car l'importance de la volonté y est finalement assez théorique. Mais elle consacre légalement le principe en imposant formellement aux jurés en matière criminelle de se prononcer sur la volonté de l'auteur d'une infraction. Obligation leur est faite de qualifier le comportement au regard tant de la matérialité de l'acte que de la volonté de son auteur. Par l'utilisation qui en fut faite, cette double vérification a imprimé à l'infraction un caractère dual qu'elle possédait déjà par principe, mais dont l'effectivité était antérieurement fortement réduite.

Il faut dès à présent préciser que la loi de 1791 se révèle paradoxale pour différentes raisons et que, de ce fait, son importance est sujette à débats. Quant au fond, elle n'emporte pas de conséquences majeures. Mais quant à ses conséquences, cette consécration légale **(B)** d'un principe constant en matière de responsabilité pénale **(A)** s'est révélée déterminante dans l'essor de l'analyse de l'infraction à travers une dualité d'éléments constitutifs.

A. La complémentarité entre le fait et la volonté, constante de la responsabilité pénale

30. Les prémices de l'exigence de la volonté – Les criminalistes sous l'Ancien régime affirmaient déjà le principe selon lequel le crime se compose du fait et de la volonté⁴. Bien avant, déjà, la responsabilité pénale s'était teintée d'une certaine subjectivité. Seule une approche dite « archaïque » ou « primitive »⁵ de la responsabilité est parfois décrite comme éminemment objective et mécanique. Cette responsabilité a pu être présentée comme concentrée en premier lieu sur le groupe, non sur l'individu, et l'acte appréhendé à travers le dommage causé. Les procès d'animaux, par exemple, participeraient de cette approche⁶. Reste que si certains droits anciens sont marqués par une forte objectivité, la prise en compte de la volonté s'observe très tôt⁷. En effet, la distinction opérée entre le dommage trouvant une cause volontaire et celui trouvant

4. V. not. D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, 1771, t. 1, p. 10, n° 14, et P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, op. cit., p. 2 et s. Les auteurs visent tous deux néanmoins l'intention.

5. M. POIRIER, « Les caractères de la responsabilité archaïque » in *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale*, Dalloz, 1961, p. 19.

6. Monsieur POIRIER relate de tels procès ayant pu avoir lieu sous l'Ancien régime, mais il serait excessif de présenter la responsabilité de cette époque comme systématiquement mécanique. *Ibid.*

7. Dans le Code d'Hammourabi ou dans les anciens droits d'Asie Mineure où la matérialité du fait suffisait à mettre en jeu la responsabilité de son auteur. V. J. GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité » in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, Dalloz, 1961, p. 51.

une cause accidentelle induisait déjà une certaine prise en considération de la volonté dans la responsabilité⁸. En outre, déjà dans le droit grec⁹, puis davantage encore dans le droit romain, l'on trouve trace de l'importance de la prise en compte d'une volonté accompagnant l'action. Outre la distinction dans certaines infractions entre le crime volontaire et le crime involontaire, la volonté de l'auteur permettait la caractérisation du délit ou au moins influait sur la sanction prononcée¹⁰. Un rescrit de l'Empereur Hadrien souligne et atteste de l'importance ainsi accordée à la volonté dans la formation du délit, le seul résultat matériel de l'acte devant, aux termes de ce rescrit, être considéré comme insuffisant¹¹. De même trouve-t-on plus tard dans le Digeste de Justinien la distinction entre la *culpa* et le *dolus* et l'affirmation selon laquelle « les infractions se caractérisent par la volonté et l'intention du délinquant » : « *maleficia voluntas et propositum delinquentis distinguit* »¹².

Encore faut-il préciser que si l'importance de la volonté est mise en exergue, celle-ci pouvait se déduire directement du seul examen des faits¹³, ce qui en limitait nécessairement la valeur. Mais, même teintée d'une certaine objectivité, la responsabilité ne faisait pas totalement abstraction des considérations psychologiques et dès le V^{ème} siècle, la notion de volonté s'est introduite en droit positif comme fondement de la sanction pénale¹⁴. Par la suite, le développement du droit canonique permettra aux considérations psychologiques de prendre davantage d'importance dans la responsabilité pénale. C'est en effet sous l'influence de ce droit que l'idée d'imputabilité morale se développe véritablement et est mise en exergue¹⁵.

31. Volonté et Ancien droit – Forte de plusieurs siècles d'affirmation, l'importance de la volonté s'impose ainsi progressivement et malgré l'existence d'infractions dites « matérielles », elle irrigue l'Ancien droit criminel¹⁶. Quand bien même elle ne recouvrerait alors pas tout à fait le

8. M. POIRIER, « Les caractères de la responsabilité archaïque » in *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale*, op. cit. V. égal. J. LE FOYER, *Exposé du droit pénal normand au XIII^{ème} siècle*, Librairie du recueil Sirey, 1931, p. 47.

9. J. GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité » in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, op. cit.

10. En ce sens, J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., PUF, collection droit fondamental, 2006, p. 48, n^{os} 21 et s.

11. *Ibid.* Sur ce rescrit, v. égal. J. GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité » in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, op. cit.

12. D. 47, 2, 55. La traduction est celle de Henri HULOT, (Metz l'an XII – 1803). Sur cette sentence, v. A. LAINGUI, « Les adages du droit pénal », *RSC* 1986, p. 29.

13. En ce sens, A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, th. préc., p. 34. Ceci reste encore en un sens le cas, la jurisprudence ayant souvent recours à des présomptions.

14. En ce sens, J. GAUDEMET, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité » in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, op. cit.

15. Au XII^{ème} siècle, les canonistes mettent ainsi en relief la volonté comme « condition préalable à toute responsabilité pénale ». R. MEZT, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval » in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, Dalloz, 1961, p. 83. V. égal. J. LE FOYER, *Exposé du droit pénal normand au XIII^{ème} siècle*, op. cit., p. 48.

16. Sur l'importance de la volonté dans l'Ancien droit criminel, v. A. LAINGUI, *Histoire du droit pénal*, 2^{ème} éd., PUF, collection Que sais-je ?, 1993, p. 88. et du même auteur, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, th. préc.

sens que nous lui accordons aujourd'hui, l'exigence d'une volonté libre et éclairée était présente. Elle conditionnait ainsi la responsabilité de l'auteur des faits¹⁷ ou tout du moins permettait une modulation de la peine¹⁸. Si elle n'était pas réellement constitutive de l'infraction, elle était donc prise en compte dans la décision de culpabilité.

32. L'exigence constante du fait – Or, dès lors que la volonté est présentée comme étant de principe, sa complémentarité avec le fait s'impose assez naturellement. Le fait est en effet une constante en matière de responsabilité, davantage encore que la volonté. L'Ancien droit connaît des hypothèses où n'est appréhendée que l'intention, mais la règle selon laquelle la pensée seule échappe au droit est en effet elle aussi très tôt formulée¹⁹. Elle interdit, en principe, la répression de la seule pensée. Affirmée également dans le Digeste de Justinien, la règle *cogitationis poenam nemo patitur*²⁰ a aujourd'hui valeur d'adage²¹. La seule intention, même malveillante, ne saurait être réprimée dès lors qu'elle ne s'est pas encore manifestée concrètement, au minimum à travers un commencement d'exécution. La fixation du seuil de répression implique une modification du monde extérieur, c'est-à-dire une action révélant la volonté ou l'intention malveillante de son auteur. De ce fait, l'infraction implique toujours, au minimum, un acte.

Ce principe est affirmé expressément dans les ouvrages du XVIII^{ème} siècle. L'on se souvient que MUYART DE VOUGLANS, lorsqu'il définit le crime, explique que « le dessein seul n'est pas punissable par la justice des hommes » car « le Crime est un acte, *factum* »²², ce qui implique que « la simple volonté qui n'a pas encore passé les bornes de la pensée, n'est point mise au nombre des crimes, parce que le pouvoir des Lois et de leurs Ministres ne peut s'étendre, non plus que leur connaissance, au-delà des actes extérieurs »²³. Par ces précisions, l'auteur détermine le moment à partir duquel le droit criminel a vocation à intervenir : l'acte ou un commencement d'exécution. Or, de la même manière la volonté est exigée par principe à cette époque. Ainsi trouve-t-on dans l'œuvre de JOUSSE l'affirmation selon laquelle « c'est une règle générale qu'il

17. En ce sens, P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^{ème} éd., t. 1, Dalloz, 1970, p. 197, n° 119. Dans le même sens, R. CHARLES, *Histoire du droit pénal*, 4^{ème} éd., PUF, collection Que sais-je?, 1976, p. 43.

18. La démente est ainsi présentée par TIRAQUEAU comme une cause d'atténuation de la peine. V. A. LAINGUI, *Le De poenis temperadis de Tiraqueau, 1559, Introduction, traduction et notes*, Économica, 1986, p. 47. Cependant, s'agissant du cas de l'infraction commise par une personne somnambule, il va plus loin et estime « qu'on ne doit pas tenir pour faute ce qui arrive à celui qui dort ». Cette présentation suggère donc davantage l'absence de responsabilité qu'une simple atténuation de la peine. *Ibid.*, p. 60.

19. Sous l'Ancien droit, la seule exception résidait dans les crimes de lèse-majesté et tenait essentiellement à des circonstances historiques. V. A. LAINGUI, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, th. préc., p. 132 et p. 136. MUYART DE VOUGLANS exigeait tout de même (par principe) que le dessein fut manifesté par des actes extérieurs. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, op. cit., p. 3.

20. D. 48, 19, 18.

21. V. A. LAINGUI, « Les adages du droit pénal », art. préc.

22. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, op. cit., p. 3.

23. *Ibid.*, p. 2 et s.

n'y a point de crime sans une volonté de le commettre »²⁴.

33. Une complémentarité de principe – Associées, ces deux exigences conduisent les pénalistes de l'Ancien droit à affirmer que l'infraction est composée par la réunion d'un fait et d'une volonté : « l'on voit bien [...] qu'il faut distinguer dans le crime le fait de l'intention ; [...] qu'en un mot, c'est principalement par la réunion du fait extérieur avec l'intention que se forme le crime »²⁵.

Le principe d'une complémentarité entre le fait et la volonté est donc posé très tôt et affirmé de manière relativement constante. Cependant, il est important de relever qu'il n'est en rien utilisé par les auteurs au service d'une quelconque analyse de l'infraction. L'infraction est donc conçue comme un fait volontaire, mais sans aboutir à une caractérisation nécessairement duale. Celle-ci ne s'est imposée que plus tard, grâce à une loi procédurale permettant à l'exigence de la volonté de prendre une certaine effectivité.

B. L'affirmation légale de la complémentarité du fait et de la volonté

34. Importance de la loi de 1791 – L'importance pratique de la loi des 16 et 29 septembre 1791 ne doit pas être exagérée, car elle n'apporte que peu de changements par rapport aux affirmations de l'Ancien droit. Toutefois, c'est avec cette loi sur laquelle il convient de revenir (1) que la double dimension de l'infraction trouve un premier fondement légal par la mise en place d'une procédure spécifique. Celle-ci impose aux juges de se prononcer sur la volonté de l'auteur des faits²⁶. Même si elle est discutée quant à son influence réelle, cette loi associée aux dispositions ultérieures relatives à la question portant sur l'intention et confirmant son importance (2), a fortement encouragé la prise en compte de la volonté dans la caractérisation de l'infraction.

1. La loi procédurale des 16 et 29 septembre 1791

35. Une exigence procédurale – Dans le prolongement des revendications formulées pendant le siècle des Lumières et pour lutter contre l'arbitraire, la procédure pénale est en grande partie repensée au lendemain de la Révolution. L'acte reste exigé par principe, en ce qu'il fixe le seuil minimum de la répression, mais cette exigence est insuffisante et implique pour être parfaite la seconde limitation traditionnelle tenant à l'exigence d'une volonté sous-tendant l'action. Le principe reste le même, mais la particularité du nouveau droit qui se met en place

24. D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit., t. 1, p. 10, n° 14.

25. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780, p. 2.

26. La loi vise l'intention, une question spécifique devant être posée aux jurés quant à son existence, d'où la terminologie utilisée en doctrine de « question sur l'intention ».

est d'en consacrer textuellement la seconde dimension dans la loi des 16 et 29 septembre 1791. Dans cette loi, il est expressément prévu qu'en matière de crime – mais de crime seulement –, les jurés devront se prononcer sur l'intention de l'auteur des faits. L'article 19 du Titre VII de la loi prévoit ainsi que « le président résumera l'affaire, fera remarquer aux jurés les principales preuves pour et contre l'accusé ; il terminera en leur rappelant avec simplicité les fonctions qu'ils ont à remplir, et en posant nettement les diverses questions qu'ils doivent décider relativement au fait, à son auteur et à l'intention. » L'article 21 précise quant à lui : « Le président posera les questions relatives à l'intention résultant de l'acte d'accusation, ou qu'il jugera résulter de la défense de l'accusé ou du débat »²⁷. Outre les questions portant sur les faits, les jurés devront donc en principe répondre également à des questions portant sur l'intention de leur auteur.

36. Une exigence paradoxale à l'air du droit pénal classique – Il y a dans l'importance accordée par cette loi à la volonté dans la caractérisation de l'infraction un certain paradoxe qui mérite d'être relevé tant il recèle d'indications quant aux hésitations relatives à l'importance réelle de cette loi. Elle s'inscrit en effet dans une conception classique²⁸ du droit pénal, par principe hostile à une trop grande prise en compte de l'intention. Le droit révolutionnaire se veut une réponse aux excès de l'Ancien régime et à l'arbitraire des condamnations qui pouvait y avoir cours. Le *Traité des délits et des peines* de BECCARIA a eu en la matière une influence considérable, et le droit pénal révolutionnaire puise en grande partie ses nouveaux principes dans les percepts de l'auteur. Or, si le droit pénal prôné par BECCARIA est particulièrement novateur et se veut plus mesuré, il repose sur une approche particulière de la responsabilité et sur une vision utilitaire de la peine²⁹. En réponse à l'arbitraire de l'Ancien régime, ce droit est fondé sur la légalité et l'égalité stricte des citoyens devant la loi et la sanction. Or, dans cette perspective d'égalité parfaite, la volonté se trouve mise en retrait. L'idée est que la prise en compte de celle-ci serait la porte ouverte à l'arbitraire et romprait ainsi l'égalité des citoyens devant la loi pénale³⁰. Cette idée est résumée dans l'affirmation de BECCARIA selon laquelle la vraie mesure de la gravité des crimes est le tort qu'ils font à la société et non l'intention du coupable³¹.

27. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 3, p. 339.

28. Les idées de BECCARIA ont permis l'émergence d'un droit pénal dit classique. Ce droit pénal est dit classique, car reposant sur une doctrine traditionnelle et dont les sources premières sont les œuvres de MONTESQUIEU, BECCARIA, ROUSSEAU, BENTHAM et FEUERBACH. En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., t. 1, p. 108, n^{os} 58 et s.

29. L'utilitarisme fut développé par BENTHAM qui a critiqué la théorie du contrat social qu'utilisait BECCARIA. Néanmoins, les deux auteurs ayant été inspirés par la doctrine d'HELVETIUS, certains auteurs rattachent BECCARIA à l'utilitarisme. V. X. MARTIN, « Du temps des lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel » in *Les colloques du Sénat, Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, [en ligne], 2010, p. 65.

30. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., t. 1, p. 112, n^o 61. V. égal. E. GARÇON, *Le droit pénal, Origines, évolutions, état actuel*, Payot, 1922.

31. C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, op. cit., p. 91-92.

37. Droit pénal classique et limitation de l'influence de la volonté sur la répression –

Pour respecter l'égalité devant la loi et l'égalité des condamnations, les juges se sont vus privés de toute marge de manœuvre dans la fixation de la peine³². Le délinquant est envisagé comme « le violateur lucide du pacte social »³³ et sa volonté n'est dès lors que peu ou pas prise en compte dans la détermination de la peine. Encore faut-il préciser que ni BECCARIA ni les tenants de l'École classique ne nient totalement l'importance de la dimension morale de la responsabilité, car celle-ci implique le libre arbitre de l'agent. Cependant, celui-ci est un postulat pour la doctrine classique qui ne s'attarde donc pas sur ce point³⁴. En outre, cette première présomption se double d'une seconde, devenue traditionnelle, celle selon laquelle la violation de la loi est présumée consciente. L'on voit bien alors la très faible effectivité pratique de la prise en compte de la volonté³⁵. Pour cette raison, Messieurs BOUZAT et PINATEL expliquent que le délinquant n'est envisagé à travers l'infraction que comme un être abstrait³⁶. La réduction de la dimension morale de l'infraction au libre arbitre et le postulat existant en la matière conduisent à une condamnation quasi automatique : « celui qui, pouvant agir bien, agit mal, est coupable. Étant coupable, il doit être châtié »³⁷.

Le Code de 1791, tout comme le Code des délits et des peines de 1795, est dans la droite ligne de la conception classique du droit pénal³⁸. Le Code de 1791 ne prévoit en effet pas de règle tenant à une exigence de principe de la volonté dans la constitution des infractions. Pour certaines infractions seulement est exigé un dessein particulier ou une intention méchante. De manière générale, les incriminations y sont essentiellement objectives et dénuées de considérations morales. Surtout, le caractère accidentel du fait ou la bonne foi sont spécifiquement mentionnés comme des exceptions à la caractérisation de certaines d'entre elles³⁹, ce qui pourrait suggérer qu'elles ne le sont que pour ces infractions particulières.

38. Une procédure en deux temps, obstacle à l'examen de la volonté –

De ce fait, l'affirmation dans la loi des 16 et 29 septembre 1791 de l'exigence de la vérification de l'intention apparaît relativement à contre-courant des conceptions qui sous-tendent le Code pénal

32. Le magistrat est réduit à un rôle qui a pu être qualifié de « distributeur automatique des peines », sans aucun pouvoir d'individualisation : P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., p. 95, n° 35.

33. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., t. 1, p. 115, n° 65.

34. *Ibid.*, t. 1, p. 112, n° 62. V. égal. R. MERLE, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale », *RSC* 1964, p. 725.

35. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., t. 1, p. 116, n° 65.

36. Dans le même ordre d'idée, ROUX reproche à l'École classique d'être restée « dans le dogmatisme abstrait, loin de la réalité vivante », faute de connaissances précises sur le monde des criminels. J.-A. ROUX, *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., p. 12, n° 11.

37. P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., p. 100, n° 39.

38. En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 116, n° 65.

39. Respectivement pour l'homicide et pour la bigamie : Code pén., 1791, Partie 2, Titre 2, Section 1, art. 1 (homicide) et art. 33 (bigamie).

promulgué dans le même temps. En outre, elle n'est pas véritablement novatrice par rapport à l'Ancien droit. L'on trouve déjà chez MUYART DE VOUGLANS des développements consacrés aux différents types de dol, à l'occasion desquels il explique que le dol peut être manifeste ou présumé. Alors que le second s'induit de l'analyse des faits⁴⁰, le premier « se prouve par la qualité même du crime ; c'est-à-dire lorsque le Crime est tel de sa nature qu'aucune circonstance ne peut l'excuser, et qu'il ne peut avoir été commis autrement que dans une mauvaise intention »⁴¹. Or, on trouve l'explication dans la glose de la loi de 1791 selon laquelle pour certains crimes, « l'inspection du cadavre, de la maison brûlée, ou de la pièce falsifiée, rend la certitude de ces faits absolument complète indépendamment des considérations ultérieures sur le nom du coupable et sur les faits qui l'ont fait agir. »⁴². Ce constat n'est pas sans rappeler le dol présumé de l'Ancien droit, celui qui résulte directement du crime accompli.

Par ailleurs la procédure mise en place en matière criminelle atteste elle aussi d'une approche classique. Celle-ci se déroule en deux temps. Dans le premier, un jury d'accusation est saisi. Celui-ci doit se prononcer sur l'opportunité de l'accusation et donc d'un renvoi de l'accusé devant le tribunal criminel. Pour ce faire, il doit constater dans un acte d'accusation l'acte et le fait que cet acte a été commis « méchamment et à dessein »⁴³. Cependant, il ne s'agit en principe que d'une simple constatation⁴⁴ et il n'est pas prévu de véritables discussions sur ce point⁴⁵. La difficulté est donc qu'au stade du jugement, la volonté du suspect a déjà été théoriquement constatée dans l'acte d'accusation.

Si l'acte d'accusation conclut qu'il y a matière à renvoi, l'accusé est présenté au tribunal criminel composé lui aussi d'un jury, cette fois de jugement⁴⁶. C'est normalement à ce stade que l'appréciation de la volonté devrait prendre toute son importance et c'est donc là que les jurés sont théoriquement appelés à se prononcer sur son existence. Il est certes expressément

40. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, *op. cit.*, p. 12 : « L'on appelle dol présumé, celui dont la preuve ne se tire point tant de la nature du Crime en lui-même, que des circonstances dont il a été accompagné, précédé ou suivi ».

41. *Ibid.*

42. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, *op. cit.*, t. 3, p. 499.

43. *Ibid.*, t. 3, p. 335.

44. Les questions portant sur l'intention relèvent en effet des dispositions relatives à la procédure devant le tribunal criminel. Dans la loi, un premier titre est en effet consacré au juré d'accusation. Les titres suivants sont consacrés à divers points de procédure, puis il est question dans le titre VI des règles propres au tribunal criminel. Suit enfin le titre VII consacré à l'examen de la conviction, titre dans lequel sont prévues les règles spécifiques à la question ou aux questions propres à l'intention. *Ibid.*, p. 335 à 339.

45. Le jury d'accusation n'entendait en principe pas le suspect pour se prononcer sur l'acte d'accusation. En ce sens, B. SCHNAPPER, « Le jury criminel » in *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, sous la dir. de R. BADINTER, Fayard, 1989, p. 149.

46. Sur la procédure criminelle mise en place en 1791, v. not. E. SÉLIGNAM, *La justice en France pendant la Révolution*, Plon, 1901, p. 435 et s., et A. ESMEIN, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle à nos jours*, Panthéon Assas, 2010, p. 417 et s., et A.-C. SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, 2002, Thèse, Bordeaux IV, p. 208 et s., et H. REMY, *Des Principes généraux du Code pénal de 1791*, 1910, Paris, not. p. 15 et s.

mentionné dans la glose de la loi qu'il « peut arriver que la nature de l'accusation ait changé par la défense de l'accusé et les preuves fournies par lui », de sorte que « l'on reconnaîtra qu'il serait impossible, sans une injustice révoltante, d'astreindre les jurés à s'en tenir au strict contenu de l'acte d'accusation »⁴⁷. Néanmoins, au stade du jugement, le jury reste strictement lié par l'acte d'accusation qui a lui-même constaté théoriquement l'existence d'une intention pour renvoyer l'accusé⁴⁸. Dès lors, si les jurés doivent se prononcer sur la volonté de l'auteur des faits, celle-ci n'est pas véritablement vérifiée, car il en a d'ores et déjà été préjugé dans l'acte d'accusation, mais sans réelle discussion. La constatation de la dimension morale de l'infraction semble ainsi relever de la simple exigence formelle⁴⁹ et ne pas emporter de changements notables par rapport aux principes antérieurs. La question de la volonté ne semble pas avoir réellement vocation à être étudiée par les tribunaux et la responsabilité demeure donc en grande partie objective.

39. Une loi à l'importance discutée – Pour cette raison, là où certains auteurs voient dans cette loi les prémices de la naissance des deux éléments de l'infraction⁵⁰, d'autres nuancent fortement l'idée. Procédurale, et propre à la matière criminelle, elle ne consacrerait en rien ni cette dualité d'éléments⁵¹ ni la complémentarité du fait et de la volonté. La question intentionnelle aurait en effet tout juste eu pour vocation initiale de permettre l'acquittement de l'accusé en cas de légitime défense ou de force majeure⁵², c'est-à-dire qu'elle n'apporterait fondamentalement

47. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., p. 499.

48. En ce sens, B. SCHNAPPER, « Le jury criminel » in *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, op. cit. ; G. SICARD, « La « question intentionnelle » et la terreur judiciaire dans le Sud-ouest » in *La culpabilité, actes des XX^{èmes} Journées d'histoire du droit*, op. cit. V. égal. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 3, p. 498 : « Ce qui est bien essentiel de ne pas perdre de vue, c'est que toute la délibération du jury de jugement a pour base l'acte d'accusation. C'est à cet acte que les jurés doivent s'attacher. ».

49. Sur ce point, v. J. FERRAND, « Quand la forme emporte le fond, de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », *RSC* 2013, p. 505.

50. En ce sens, J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

51. En ce sens, J. FERRAND, « Quand la forme emporte le fond », art. préc. L'auteur explique que l'exigence mentionnée se situe au stade de l'examen de la culpabilité, celle-ci étant déjà présumée par les règles de compétences. La loi inviterait donc simplement les jurés, au cours du procès, à faire état de l'existence de l'intention, exigence de pure forme, la vérification de l'intention étant négative. L'auteur admet néanmoins que cette loi a pu avoir pour conséquence indirecte de mettre en exergue l'importance de la dimension morale de l'infraction, importance qui donnera plus tard naissance à l'élément moral.

52. En ce sens, B. SCHNAPPER, « Le jury criminel » in *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, op. cit. Malgré le fait que cette lecture de la question relative à l'intention est tout à fait conforme à l'esprit classique du droit pénal, l'affirmation peut être nuancée, car la loi prévoit l'acquittement de l'accusé lorsque le jury aura décidé que le fait a été commis « involontairement, sans aucune intention de nuire, ou pour la légitime défense de soi ou d'autrui » (Titre VIII, art. 2. V. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 3, p. 341.). L'absence de volonté semble donc conduire à l'acquittement, au même titre que la légitime défense. Pour une approche plus nuancée que celle de Monsieur SCHNAPPER, v. G. SICARD, « La « question intentionnelle » et la terreur judiciaire dans le Sud-ouest » in *La culpabilité, actes des XX^{èmes} Journées d'histoire du droit*, op. cit., relevant que la question intentionnelle a rempli la fonction assignée par le législateur de 1791, celle de cerner les mobiles pour apprécier la méchanceté de l'accusé.

rien de nouveau par rapport au principe admis de longue date par les pénalistes.

2. La confirmation de l'importance de la question sur l'intention

40. Relativisation du caractère symbolique de la loi – Toutefois, l'importance de cette loi quant à la naissance des éléments constitutifs ne semble pas négligeable⁵³. Qu'elle n'ait pas apporté de modifications significatives au regard des solutions déjà en vigueur ne change finalement rien à l'influence qu'elle a pu avoir sur la naissance de l'analyse duale de l'infraction. D'un point de vue strictement formel, l'importance de la volonté dans la qualification des faits y est fermement affirmée. D'ailleurs, si le contexte révolutionnaire suggère que la loi de 1791 limiterait l'exigence de la volonté à la seule imputation morale de l'infraction, la glose de cette loi suggère au contraire une réelle prise en compte de la volonté, dépassant les seuls cas de la légitime défense ou de la force majeure. Outre le fait que l'absence de volonté est expressément mentionnée par la loi comme devant entraîner un acquittement⁵⁴, il est précisé dans sa glose que « la loi a porté plus loin encore la prévoyance ; et, comme c'est l'intention qui fait le crime, elle a voulu que les jurés [...] puissent scruter [...] la moralité du fait »⁵⁵. Ainsi, pour les crimes, la culpabilité impliquera que les jurés aient vérifié « l'existence matérielle du fait qui avait constitué le corps du délit », puis sa « moralité »⁵⁶. La justification de l'exigence procédurale tient donc à une spécificité de fond relative à la constitution de l'infraction. Une telle présentation n'est par ailleurs pas sans faire écho à la dénomination qui sera retenue quelque temps plus tard pour désigner les deux éléments de l'infraction⁵⁷. Si la loi n'a pas en elle-même donné naissance aux éléments constitutifs, son influence en la matière ne peut être totalement négligée.⁵⁸

41. La généralisation de la question sur l'intention – Au reste, cette disposition n'est pas demeurée isolée, mais a été par la suite confirmée et généralisée, notamment par un décret de la Convention nationale du 14 Vendémiaire an III⁵⁹. Pour comprendre l'intérêt de ce décret,

53. En ce sens, J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

54. Loi des 16 et 29 septembre 1791, préc. Titre VIII, art. 2 (v. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., t. 3, p. 341.)

55. *Ibid.*, t. 3, p. 499.

56. *Ibid.* Même pour les crimes pour lesquels l'existence du dol est inhérente aux faits, la volonté devra être constatée.

57. Monsieur ROBERT y voit ainsi l'origine des épithètes des deux futurs éléments de l'infraction. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

58. Il est à ce titre intéressant de remarquer qu'à partir du XIX^{ème} siècle, les approches doctrinales de l'infraction se sont développées dans de nombreux pays. Le recours à l'identification de divers éléments en son sein est particulièrement fréquent, mais les autres pays européens (à l'exception de la Belgique, dont le droit est très proche du nôtre et a subi son influence) ne s'en tiennent le plus souvent pas à une analyse scindée entre le fait et l'acte. La complémentarité y apparaît certes, mais elle est intégrée à des éléments relativement différents de ceux utilisés par la doctrine française. L'approche française est en fait bien plus proche de l'approche retenue dans les pays de Common law, encore que la dualité d'éléments ait une importance moins fondamentale dans l'analyse de l'infraction.

59. 5 octobre 1794. Sur ce décret, A.-C. SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, th. préc., p. 267.

il faut dès à présent préciser que le Tribunal de cassation avait rapidement pris l'habitude de sanctionner les arrêts dans lesquels la question relative à l'intention n'apparaissait pas. Dans un premier temps, ces annulations avaient concerné essentiellement des infractions pour lesquelles un dessein particulier était exigé⁶⁰. Le décret dont il est question fut pris justement suite à une affaire dans laquelle une femme avait été condamnée pour faux témoignage en matière civile, sans que la question relative à l'intention ait été posée au jury. L'arrêt n'avait pas fait l'objet d'une annulation, ce qui ne saurait finalement étonner au regard de la jurisprudence de l'époque, et dès lors que le texte relatif à l'infraction n'exigeait pas d'intention particulière⁶¹. Par suite, la femme avait pris l'initiative d'une pétition, ayant donné lieu au décret précité. Par ce dernier, l'importance de la question relative à l'intention est alors non seulement fermement réaffirmée, mais encore expressément généralisée. Il y est précisé : « Considérant qu'il ne peut exister de crime là où il n'y a point d'intention de le commettre ; que le grand bienfait de l'institution des jurés criminels consiste principalement en ce que l'intention des prévenus doit être examinée et appréciée, à la différence de l'ancienne instruction criminelle qui ne s'arrêtait qu'aux faits »⁶².

De cette décision, il résulte une obligation générale de toujours poser la question relative à l'intention en matière criminelle, même lorsque le texte n'exige pas d'intention particulière. Certes, l'importance de ce décret est limitée par son domaine, car la question sur l'intention n'est toujours exigée qu'en cette matière. L'exigence d'une question particulière, générale et systématique a en outre par la suite disparu, pour être désormais comprise dans la question relative à la culpabilité⁶³. Il n'en demeure pas moins que la réitération de la règle dans le décret de 1794 atteste d'une volonté législative affichée de rendre effective la vérification (ou la constatation) de la volonté dans la caractérisation de l'infraction dès lors qu'elle conditionne l'existence du crime. Par ailleurs, le Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV reprend également la question relative à l'intention. La procédure de la loi de 1791 y est en effet

60. Faisant état des nombreuses annulations en la matière, *ibid.*, p. 264.

61. Le texte relatif au faux témoignage en matière civile disposait en effet simplement que : « Quiconque sera convaincu du crime de faux témoignage en matière civile, sera puni de la peine de dix années de gêne ». Code pén. du 25 sept. – 6 oct. 1791, Partie 2, Titre II, Sect. II, art. 47.

62. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, *op. cit.*, t. 7, p. 290.

63. Bien que les jurés doivent être interrogés sur tous les éléments constitutifs des infractions reprochées (S. GUINCHARD et J. BUISSON, *Procédure pénale*, 10^{ème} éd., LexiNexis, 2014, p. 1307, n° 2456), aux termes de l'article 349 du Code de procédure pénale, la question relative au fait principal est ainsi rédigée : « l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait ? » Sont inclus dans la question tous les éléments constitutifs de l'infraction. Par ailleurs, « si les éléments constitutifs d'un crime ou d'un délit peuvent être décomposés en plusieurs questions, ils sont habituellement réunis en une question unique » (H. ANGEVIN, *J. Cl. Procédure pénale*, art. 347-354, fasc. 20, Cour d'assises – Questions, 2008, n° 94). Il n'est donc pas posé de question distincte sur le fait matériel et l'intention, mais une réponse positive à la question de culpabilité implique que l'accusé a matériellement et volontairement accompli l'infraction. Une question particulière n'est posée que dans le cas où une intention spécifique est exigée dans l'incrimination. V. du même auteur, *La pratique de la Cour d'assises, Traité-formulaire*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2012, p. 324, n° 799 et p. 326, n° 801.

codifiée, et avec elle, l'exigence de cette question⁶⁴. Les jurés, au stade du jugement, devront par conséquent obligatoirement se prononcer sur la matérialité des faits, puis sur leur moralité⁶⁵.

La loi de 1791 n'est ainsi pas totalement isolée. S'il est certain que l'ensemble du droit pénal post-révolutionnaire est profondément marqué par une conception classique de la répression, l'importance de la volonté dans l'existence de l'infraction n'est pas totalement négligée et dépasse les seules conditions d'imputabilité. Mais c'est surtout au regard de la tendance à analyser l'infraction en deux éléments distincts que cette loi a eu une influence conséquente. Certes, elle n'a pas elle-même véritablement consacré la dualité d'éléments de l'infraction, ce d'autant que l'exigence procédurale était exclusivement prévue en matière criminelle. Mais elle a servi de fondement à une jurisprudence abondante qui fut quant à elle décisive.

§ 2. L'influence de la jurisprudence sur l'affirmation des deux éléments

42. La jurisprudence et l'intention – Parce qu'elle s'insère dans une conception classique de la répression, la loi de 1791 ne pouvait à elle seule à garantir une vérification effective des deux composantes de l'infraction. Si certains auteurs ne lui accordent qu'une portée essentiellement symbolique, son influence n'est pas totalement négligeable, car c'est sur ce fondement que s'est développée une jurisprudence relative à l'élément moral. Non seulement les jurés ont utilisé la question sur l'intention dans le but de tempérer les rigueurs du système répressif mis en place, mais, en outre, la Cour de cassation a utilisé ce fondement pour annuler les arrêts dans lesquels les jurés ne s'étaient pas prononcés sur cette question (A). Or, si la volonté est nécessaire à la condamnation, c'est bien parce que l'infraction est constituée de deux éléments de valeur et d'importance égales. De la règle procédurale, la Cour de cassation déduit et affirme en conséquence l'existence des deux éléments constitutifs de l'infraction (B).

A. L'utilisation de la question sur l'intention par la jurisprudence

43. Le détournement de la question par les tribunaux – Rapidement, la question relative à l'intention prévue par la loi de 1791 puis par le Code des délits et des peines de 1795 est

64. Code des délits et des peines du 3 Brumaire an IV, Partie 3, Titre V, art. 393 et s. Pour un exposé de la procédure mise en place, v. not. A.-C. SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, th. préc., p. 208 et s.

65. Code des délits et des peines, art. 374 : « La première question tend essentiellement à savoir si le fait qui forme l'objet de l'accusation, est constant ou non ; la seconde, si l'accusé est, ou non, convaincu de l'avoir commis, ou d'y avoir coopéré. Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité du fait, et le plus ou le moins de gravité du délit, résultent de l'acte d'accusation, de la défense de l'accusé, ou du débat. Le président les pose dans l'ordre dans lequel les jurés doivent en délibérer, en commençant par les plus favorables à l'accusé. » ; et art. 393 : « Le juré qui a déclaré le fait constant et l'accusé convaincu, donne ensuite sa déclaration sur la moralité du fait, d'après les questions intentionnelles posées par le président. »

devenue un véritable enjeu en matière de répression. Tout d'abord, les jurés l'ont utilisée afin de compenser la rigueur excessive de la procédure⁶⁶. Le juge n'avait en effet pas de marge de manœuvre dans la fixation de la peine une fois la culpabilité de l'auteur des faits constatée par le jury⁶⁷. La loi prévoyait une égalité rigoureuse des citoyens, si bien que leur quantum était très strictement encadré⁶⁸, les juges ne possédant pas de réel pouvoir de modulation ou d'individualisation en la matière. Pour compenser des condamnations parfois trop sévères ou trop peu conformes à la spécificité des faits, les jurés ont donc utilisé les questions propres à l'intention afin de permettre l'acquittement des accusés et de les faire ainsi échapper à des peines trop lourdes et peu adaptées. En d'autres termes, les jurés refusaient parfois d'admettre l'existence de l'intention, même lorsque les faits étaient avérés, si la peine encourue était jugée excessive. Détournée par les tribunaux⁶⁹, la question relative à l'intention fut ainsi un moyen d'adapter la répression aux « circonstances réelles de l'infraction et de réintroduire de l'équité au sein d'un système répressif d'une extraordinaire rigidité »⁷⁰.

44. Un motif d'annulation – Mais c'est surtout grâce à la jurisprudence du Tribunal puis de la Cour de cassation que la question sur l'intention prend une véritable importance et que la vérification positive de la volonté devient – en principe – véritablement nécessaire à la caractérisation de l'infraction. En effet, le Tribunal de cassation, soucieux d'étendre son contrôle, trouve avec l'obligation de poser une question relative à l'intention de l'auteur un moyen efficace d'affirmer son rôle juridictionnel et sa fonction jurisprudentielle, tous deux étroitement entendus en 1790⁷¹. L'usage d'annuler les jugements dans lesquels la question relative à l'intention n'a

66. Dénonçant toutefois une mauvaise utilisation de la question sur l'intention, X. MARTIN, « Du temps des lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel » in *Les colloques du Sénat, Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, op. cit. Il existe un débat sur le point de savoir si la question était effectivement détournée ou si les jurés, comprenant mal le terme « intention », prenaient en compte les mobiles. *Ibid.* ; R. GRIFFON, *De l'intention en droit pénal*, 1911, Recueil Sirey, p. 20 ; J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction, Contribution à l'étude de leurs définitions et de leurs rapports*, 1942, Thèse, Lyon, p. 74.

67. Le rôle des juges est en effet de « prononcer [...] la peine prévue par la loi » : Loi des 16 et 29 septembre 1791, Titre VIII, art. 7 (v. J.-B. DUVERGIER, *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, op. cit., p. 341.)

68. Le système révolutionnaire fait l'objet en doctrine de nombreuses critiques en raison des excès liés à cette conception trop stricte de la légalité. V. not. E. GARÇON, *Le droit pénal*, op. cit., p. 92. La législation mise en place a ainsi pu être qualifiée d'injuste en ce qu'elle créait « une égalité regrettable entre les auteurs d'une même infraction ». P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., t. 1, p. 95, n° 35.

69. Sur ce détournement de la question sur l'intention, v. not. G. SICARD, « La « question intentionnelle » et la terreur judiciaire dans le Sud-ouest » in *La culpabilité, actes des XX^{èmes} Journées d'histoire du droit*, op. cit., et B. SCHNAPPER, « Le jury criminel » in *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, op. cit.

70. B. SCHNAPPER, « Le jury criminel » in *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, op. cit. L'utilisation de la question sur l'intention, qu'elle soit liée à un détournement ou à une mauvaise application, a motivé sa disparition dans le Code de 1810. V. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 74, citant les propos du rapporteur à la commission législative lors de la séance du corps législatif du 3 février 1810.

71. En ce sens, A.-C. SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, th. préc., p. 415. Sur ce point, v. égal. J. FERRAND, « Quand la forme emporte le fond », art. préc.

pas été posée se développe rapidement⁷², encore que les annulations ne concernent au départ que des condamnations pour des infractions nécessitant une intention au sens propre du terme⁷³.

Par la suite et avec l'affirmation de la généralisation de la question sur l'intention à tous les crimes, la jurisprudence se généralise elle aussi et se veut de plus en plus exigeante⁷⁴. La règle est désormais celle selon laquelle, les deux questions – celle portant sur les faits d'une part et celle portant sur la moralité de l'autre – doivent faire l'objet de questions distinctes⁷⁵, conformément aux exigences procédurales du Code de 1795, et à peine de nullité. Si les raisons du développement de cette jurisprudence sont essentiellement de politique juridictionnelle⁷⁶, il n'en demeure pas moins qu'elle encourage sur le plan des principes une caractérisation et une approche duale de l'infraction. Ces deux composantes nécessaires à la condamnation révèlent en effet une règle de fond.

B. De la procédure à la structure de l'infraction

45. La perpétuation de la jurisprudence par la Cour de cassation – Les annulations sont initialement liées à une simple règle procédurale et par suite uniquement fondées sur la loi de 1791 ou l'article 393 du Code des délits et des peines. Mais la règle procédurale exprime plus précisément une conception relativement subjective de l'infraction et reflète donc sa structure. Dès la première moitié du XIX^{ème} siècle et par justification de l'importance de la règle procédurale, celle-ci est de plus en plus présentée comme étant composée de deux éléments. Bien que cette dernière ne soit plus expressément prévue dans la loi, elle demeure de principe pour la Cour de cassation, justement parce que l'infraction ne peut s'entendre que d'un fait volontaire.

Le fondement de la jurisprudence en la matière ne peut plus être les textes révolutionnaires. Mais il est intéressant de remarquer que la Cour de cassation maintient et précise la jurisprudence du Tribunal par une interprétation des nouveaux textes en vigueur. En effet, le Code d'instruction criminelle de 1808 ne reprend pas formellement l'obligation faite aux juges de poser des questions relatives à l'acte et à la volonté. Au contraire, les questions posées aux jurés pendant les délibérations concernent exclusivement la vérification du fait. L'article 337 impose à chaque

72. Selon Madame SAPHORE, ces annulations pour absence de déclaration sur l'intention sont un moyen détourné d'annuler les questions complexes pour lesquelles la cassation a été exclue suite à un décret Flahant. V. A.-C. SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, th. préc., p. 263 et s.

73. *Ibid.*, p. 264.

74. *Ibid.*, p. 415 et s.

75. V. not., T. cass., 1^{er} Thermidor an VII, Bull. 1799, n°508, cassant un arrêt au motif que la question sur l'intention avait été confondue avec celle portant sur le fait matériel. Dans le même sens, T. cass., 9 Frimaire an VII, Bull. 1799, n°140.

76. V. A.-C. SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, th. préc., not. p. 265 et s. et p. 415 et s., et J. FERRAND, « Quand la forme emporte le fond », art. préc., l'enjeu, pour le Tribunal de cassation, étant d'affirmer son rôle juridictionnel.

membre du jury de répondre à la question suivante : « L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation ? »⁷⁷. L'article 345 régit quant à lui ainsi les réponses pouvant être faites à la question sur la culpabilité : « 1°. Si le juré pense que le fait n'est pas constant ou que l'accusé n'en est pas convaincu, il dira : « Non, l'accusé n'est pas coupable. » En ce cas, le juré n'aura rien de plus à répondre. 2°. S'il pense que le fait est constant, et que l'accusé en est convaincu, il dira : « Oui l'accusé est coupable d'avoir commis le crime, avec toutes les circonstances comprises dans la position des questions. » [...] »⁷⁸.

La question posée ne contient donc aucune référence expresse à la volonté⁷⁹. Quant à l'article 345, il ne vise que le fait. Pourtant, la règle en la matière demeure inchangée, car l'abandon de la question sur l'intention n'avait pas pour objet de nier la dimension nécessairement volontaire de l'infraction⁸⁰. La Cour de cassation reprend donc l'exigence procédurale révolutionnaire en estimant que « le mot coupable employé dans l'article 337 du Code d'instruction criminelle exprime tout à la fois la moralité du fait et sa matérialité ; d'où il suit que la question doit, pour être complète, être posée de manière à comprendre ce double élément »⁸¹.

46. Une solution imposée par la structure infractionnelle – Outre que cette solution est le prolongement parfait des solutions déjà formulées par le Tribunal de cassation sur le fondement du Code des délits et des peines, la terminologie employée est évocatrice. La Cour désigne les deux conditions de l'infraction sous le vocable d'*élément*. Par ailleurs, la jurisprudence qui se développe à cette époque marque un glissement flagrant d'une question essentiellement formelle – rédaction des arrêts de condamnation – à une question de fond. Ceci est d'autant plus intéressant que l'exigence de fond se trouve généralisée et non plus cantonnée aux seuls crimes. La jurisprudence de cette époque suggère en effet une constitution duale de toutes les infractions, en insistant sur l'importance de la volonté dans sa caractérisation. Un arrêt de 1826 est à ce titre particulièrement significatif. La Cour y énonce que « le mot coupable y est employé dans un sens complexe, qui exprime la MORALITÉ du fait en même temps que sa MATÉRIALITÉ⁸², en même temps que son existence purement physique ». Elle y affirme surtout que « c'est la moralité d'un fait, et non sa simple matérialité qui le constitue crime

77. Code d'instr. crim. art. 337. Comp. Code de proc. pén. art. 349, al. 1 : « Chaque question principale est posée ainsi qu'il suit : « L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait ? » ».

78. Code d'instr. crim. art. 345.

79. L'intention n'était toutefois pas occultée, car la question sur l'intention était implicitement comprise dans celle plus générale sur la culpabilité. V. R. GRIFFON, *De l'intention en droit pénal*, th. préc., p. 21.

80. *Ibid.*

81. Cass. crim. 26 janv. 1827, Bull. n°16. Reprenant les mêmes termes, v. égal. Cass. crim. 19 fév. 1859, Bull. n°58. Cette formulation devient en fait très fréquente à partir des années 1820.

82. En majuscule dans l'arrêt.

ou délit »⁸³. La moralité est donc ici très expressément liée à la constitution de l'infraction, que sa nature soit délictuelle ou criminelle⁸⁴. Une telle position est au demeurant parfaitement conforme à l'esprit de la loi de 1791. Dans cette loi, en effet, les motivations affichées quant à la mise en place de la question relative à l'intention étaient d'insister sur la dimension morale des infractions. La glose de la loi qui a déjà été mentionnée en atteste⁸⁵. Or, si le Code d'instruction criminelle ne mentionne pas expressément l'importance de la volonté dans la caractérisation de l'infraction, la présentation faite par BARRIS avant la promulgation du Code d'instruction criminelle et de son article 337, et reproduite par Monsieur ROBERT dans son célèbre article dédié à *L'histoire des éléments de l'infraction*, contient, elle, en substance l'idée des deux éléments constitutifs. BARRIS y affirmait que « tout délit se compose de deux éléments : d'un fait qui en constitue la *matérialité* et de l'intention qui conduit à ce fait et en détermine la *moralité* »⁸⁶. L'idée qui sous-tend la règle procédurale demeure donc la même, mais du point de vue de la jurisprudence, un glissement est nécessaire. Là où le Tribunal de cassation se concentrait sur un problème purement formel, la Cour de cassation justifie elle la solution par la structure duale de l'infraction. Cette structure impose une interprétation particulière du terme « culpabilité », celui-ci impliquant la volonté de l'auteur des faits.

Même si elle est d'abord d'ordre procédural, la solution qui s'affirme illustre ainsi une conception duale de la structure infractionnelle. De l'exigence de principe d'une mention relative à l'existence de l'intention, l'on glisse progressivement en jurisprudence vers l'affirmation de l'existence de deux éléments constitutifs. Cette dernière fut très rapidement reprise et développée par la doctrine afin de servir l'analyse de l'infraction.

83. Cass. crim., 13 mai 1826, *Bull. crim.*, n°95.

84. La Cour de cassation n'a en effet pas recours à la présomption de plus en plus utilisée par la doctrine en matière contraventionnelle, ce qui explique que malgré la généralisation de la structure duale aux délits, les contraventions ne soient pas visées. Ainsi affirme-t-elle à propos d'une contravention qu'« il ne s'agit pas d'un délit se composant de deux éléments, la matérialité du fait et l'intention coupable, mais d'une contravention punissable du moment que le fait qui la constitue s'est réalisé, sans qu'il soit besoin de rechercher l'intention de celui qui la commise ». Cass. crim., 15 sept. 1854, *Bull. crim.*, n°284.

85. V. *supra*, n° 40.

86. V. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc. Monsieur ROBERT fait également état de l'influence de la loi de 1791 et du Président BARRIS sur la jurisprudence de la Cour de cassation. Sur ce point, v. égal. A.-C. SAPHORE, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, th. préc., p. 525. BARRIS a en effet été Président de la Chambre criminelle de 1806 à 1824.

Section 2 – Le développement par la doctrine des éléments constitutifs

47. Le développement d'une approche théorique – Alors que les deux éléments de l'infraction s'imposent en jurisprudence et que l'importance de l'élément moral s'affirme, le droit connaît une certaine évolution. Une conception théorique se développe qui, pour le droit pénal plus particulièrement, encourage un approfondissement doctrinal de la matière. Outre une dimension philosophique plus marquée⁸⁷, les manuels de droit criminel s'intéressent par conséquent davantage à la théorie générale et notamment à la notion de l'infraction.

Parce qu'ils permettent de manière particulièrement pédagogique d'approfondir et de détailler son étude, les éléments constitutifs se révèlent fort utiles dans ce contexte et sont par conséquent très largement utilisés par la doctrine. Les ouvrages de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle font ainsi de plus en plus appel à la dualité d'éléments dans l'étude et l'analyse de l'infraction. Il ne s'agit alors plus seulement d'insister sur l'importance de sa dimension morale, mais véritablement d'utiliser les éléments au service d'une définition plus avancée de l'infraction. Elle est définie de manière générale, chacune de ses composantes faisant l'objet d'une étude approfondie.

De cet effort d'approfondissement, et en raison du lien très ténu entre définition de l'infraction et identification des éléments, résulte l'identification à la fin du XIX^{ème} siècle de nouveaux éléments. Deux autres données fondamentales sont mises en lumière. La première, qui rencontrera un certain succès, tient à l'exigence d'un texte de loi, la seconde, dont le statut est davantage discuté, tient à l'absence de cause de justification.

Le développement des éléments comme outil doctrinal d'analyse de l'infraction **(I)**, a ainsi contribué à la découverte de nouveaux éléments au XIX^{ème} siècle **(II)**.

§ 1. Le développement d'un outil doctrinal

48. Une utilisation au service de l'infraction – Les auteurs se sont assez rapidement emparés des éléments mentionnés par la jurisprudence. La complémentarité du fait et de la volonté est certes depuis longtemps admise en matière de responsabilité pénale, mais, initialement, elle n'est pas utilisée pour permettre d'analyser l'infraction. Progressivement, et par le biais du recours aux éléments constitutifs, cette double exigence est mobilisée dans ce cadre par la doctrine. Non seulement le recours aux éléments se développe considérablement et est

87. Sur les évolutions en la matière et sur un certain recul des développements philosophiques dans les manuels contemporains, v. P. PONCELA, « Droit de punir et pouvoir de punir, une problématique de l'État », *Archives de philosophie du droit, Philosophie pénale* 1983, t. 28, p. 123.

rapidement généralisé (A), mais en outre, l'analyse est systématisée. Ils permettent alors de présenter l'infraction autour de règles valant pour l'ensemble des comportements incriminés. L'essor des éléments constitutifs s'inscrit à ce titre dans une démarche de théorisation de l'infraction (B).

A. La généralisation du recours aux éléments dans l'étude de l'infraction

49. La reprise des éléments constitutifs par la doctrine – Alors que l'utilisation des éléments en jurisprudence s'impose, la doctrine prend elle aussi l'habitude de présenter l'infraction à travers eux. Au départ, les éléments ont un sens relativement général. L'expression est utilisée, mais sans prendre d'acception particulière. L'on trouve ainsi mention des éléments constitutifs dans la *Théorie du Code pénal* de CHAUVEAU et HÉLIE, ainsi que dans d'autres ouvrages davantage dédiés à la dimension générale du droit pénal. À titre d'exemple, TRÉBUTIEN explique dans son ouvrage paru en 1854 qu'il existe « deux conditions essentielles et constitutives de la criminalité ». Dans la marge, ces conditions sont désignées sous le vocable d'éléments⁸⁸, terminologie faisant écho à l'expression utilisée par la Cour de cassation. Reste que le terme « élément » ne semble pas prendre un sens spécifique et qu'il est possible de ne voir dans cette tendance qu'un pur choix terminologique permettant de mettre en valeur la dualité de l'infraction.

Toutefois, la présentation en éléments est par la suite systématisée par MOLINIER qui identifie de la même manière un élément matériel et un élément moral dans tout fait incriminé⁸⁹. La construction doctrinale se développe alors rapidement, sous l'impulsion d'auteurs tels que VILLEY, LAINÉ ou GARRAUD. Le premier affirme dans son ouvrage que « l'infraction se compose de deux éléments : l'élément matériel et l'élément intentionnel »⁹⁰, tandis que les deux autres poussent plus loin la décomposition de l'infraction et parviennent à en identifier jusqu'à quatre⁹¹. Aux deux précédents s'ajoutent alors les éléments légal et injuste.

50. Une complémentarité initialement éloignée de l'analyse de l'infraction – Or, chez ces auteurs, il existe réellement une volonté d'étudier la structure interne de l'infraction grâce à ses éléments constitutifs et de préciser par ce biais la teneur du comportement infractionnel,

88. E. TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. 1, A. Durand, 1854, p. 90.

89. V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal, annoté et mis au courant de la Législation et la Jurisprudence les plus récentes par G. Vidal*, t. 2, Arthur Rousseau, 1894, p. 30. Cet auteur serait le premier à systématiser l'analyse. En ce sens, J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc. (Si le *Traité* de MOLINIER est paru en 1894, son cours date pour sa part de 1850. V. MOLINIER, *Programme du cours de droit criminel fait à la Faculté de Toulouse*, impr. de Bonnal et Gibrac (Toulouse), 1851.)

90. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, *op. cit.*, p. 95.

91. V. A. LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 98, n° 123, identifiant trois éléments et R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, t. 1, p. 290, n° 134, en identifiant quatre.

ce qui n'était pas le cas avant. Antérieurement, le principe de la complémentarité du fait et de la volonté était certes affirmé, mais cela n'aboutissait pas à une analyse véritablement duale de l'infraction. Les ouvrages des criminalistes de l'Ancien régime ne contiennent en effet pas véritablement d'étude générale. Ils sont, à cette époque, destinés essentiellement à une étude « pratique » de la matière⁹². De ce fait, ils consistent en un exposé des différentes règles applicables. Les infractions sont présentées succinctement et expliquées à travers des illustrations jurisprudentielles et des considérations procédurales. Il est tout de même souvent procédé à une rapide présentation générale contenant l'exposé de certains principes gouvernant la matière pénale. À cette occasion est affirmée la double exigence du fait et de la volonté⁹³. Cependant, l'affirmation de principe ne conduit en rien à fournir un schéma d'analyse de l'infraction. Elle a d'autant moins vocation à cela que la volonté est essentiellement appréhendée négativement et se réduit souvent à un strict minimum⁹⁴. De ce fait, dans la majorité des cas, la volonté n'est ni précisée ni développée⁹⁵. Ainsi, non seulement l'infraction, en son sens général et abstrait, ne fait l'objet que de développements préliminaires, mais en outre, lors de l'étude des différentes infractions, la moralité est grandement occultée⁹⁶.

Il en sera d'ailleurs de même dans les études exégétiques du Code pénal de la première moitié du XIX^{ème} siècle dans lesquelles, de la même manière, les auteurs s'attardent peu sur la définition de la notion d'infraction et n'utilisent pas réellement la complémentarité entre le fait et l'acte pour permettre une analyse des incriminations⁹⁷. Dans la *Théorie du Code pénal*, par exemple, les infractions sont essentiellement présentées à travers leurs différentes conditions d'existence⁹⁸. En outre, si l'on trouve bien sûr affirmé le principe selon lequel

92. Sur la dimension pratique des ouvrages de l'Ancien droit pénal, v. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 141, n° 70. L'auteur met ainsi en garde le lecteur contre le « danger d'anachronisme à plaquer sur l'Ancien droit criminel les catégories abstraites et nettes du droit contemporain de la responsabilité pénale ».

93. Le Traité de JOUSSE illustre parfaitement cette tendance : la première partie du tome 1 traite très succinctement du crime en général, de la participation aux infractions et des peines. Le reste du tome 1 et le tome 2 sont ensuite consacrés à des points de procédure pénale. Quant aux tomes 3 et 4, ils sont relatifs à l'étude des différentes infractions. La partie consacrée à l'équivalent du droit pénal général est ainsi particulièrement faible par rapport au reste des développements.

94. V. *supra*, n° 30.

95. Il est tout de même à noter que *Les lois criminelles dans leur ordre naturel* de MUYART DE VOUGLANS contient quelques développements relatifs à l'intention et un exposé des différents dols (op. cit. p. 10 à 19.). Mais il ne s'agit pas réellement pour l'auteur de s'atteler à une analyse du crime comme concept. Le dol est appréhendé comme une des causes produisant le crime (ce dernier devant être apprécié dans son fait, sa cause et son événement).

96. Hors les cas d'exigence marquée d'un dol spécial et les infractions involontaires caractérisées par une faute d'imprudence, de négligence ou d'impéritie. V. par exemple P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, op. cit., p. 513-514. Concernant les infractions où une intention particulière est exigée, il est fait mention de cette intention, mais elle n'est pas développée outre mesure : v. par exemple s'agissant du meurtre par guet-apens pour lequel il est simplement fait état de son caractère délibéré par trahison, D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit., t. 3, p. 248.

97. V. J. CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, B. Warée, 1823-1824, ou J.-B. DUVERGIER, *Code pénal annoté*, A. Guyot et Scribe éd., 1833.

98. Et ce, quand bien même le vocable employé est souvent celui d'éléments. V. *infra*, n° 92.

l'infraction se compose du fait et de la volonté, ce n'est qu'à l'occasion de développements consacrés à la récidive et non pas au titre d'une définition générale et dédiée de l'infraction⁹⁹. Que l'infraction ne fasse pas l'objet d'une étude spécifique s'explique d'ailleurs assez facilement, car ces ouvrages sont des études linéaires du Code pénal, c'est-à-dire article par article. Or, le Code de 1810 ne contient pas de définition de l'infraction.

51. L'intérêt des éléments dans un contexte de subjectivisation – L'absence de réelle approche théorique de l'infraction associée à la relativisation de l'importance de la volonté ne permet donc pas la mise en place d'une analyse duale de celle-ci. Or, des courants doctrinaux plus sensibles à une approche davantage subjective de la responsabilité pénale se développent dans le courant du XIX^{ème} siècle. L'École éclectique notamment¹⁰⁰ tempère les excès de l'approche classique en recentrant l'analyse sur la personne du délinquant¹⁰¹. La responsabilité morale de celui-ci devient un élément central¹⁰², de sorte que la répression se conçoit moins de manière objective. Aux conditions propres à l'imputabilité sont alors ajoutées des considérations psychologiques plus importantes. L'infraction ne doit pas être seulement consciente, elle doit être voulue¹⁰³. Or, la dualité d'éléments constitutifs permet parfaitement d'insister sur cette conception de la responsabilité pénale en mettant sur un pied d'égalité le fait et la volonté dans la caractérisation de l'infraction¹⁰⁴. La dualité d'éléments de l'infraction est donc affirmée, mais, contrairement à la tendance antérieure, elle est surtout utilisée à la fois pour encourager une conception légèrement plus subjective et pour généraliser son analyse.

99. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., t. 1, p. 305, n° 196.

100. Sur les apports de cette doctrine par rapport à la doctrine classique, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 113, n° 62. Parmi les auteurs apparentés à ce mouvement, il est possible de citer Messieurs ORTOLAN, ROSSI et CUCHE (*ibid.*). Ce mouvement est dit éclectique, car opérant un compromis entre les positions de l'École classique et celles des positivistes. V. not. J.-A. ROUX, *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., p. 12, n° 11, et P. CUCHE, « L'éclectisme en droit pénal », *Rev. pénit.* 1907, juil–oct.

101. Même si la conception de la répression et les fonctions associées à la peine sont très différentes, les autres courants doctrinaux qui se développent (École de la défense sociale et École positiviste) sont eux aussi axés sur la personne du délinquant.

102. En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 113, n° 62.

103. ORTOLAN insiste sur la faute (au sens large) qui doit s'ajouter à l'imputabilité. Cette faute est la mesure de la culpabilité et doit être recherchée dans l'agent, non abstraitement dans les faits. V. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 102, n°s 230 et s. ORTOLAN rompt ainsi avec les excès de l'utilitarisme de BECCARIA. Si la dimension morale de l'infraction est parfois limitée à sa plus simple expression (c'est-à-dire aux conditions d'imputabilité), les différents degrés de volonté font l'objet d'études dédiées. V. not. E. VILLEY, « De l'intention en matière pénale », *La France judiciaire* 1876, p. 1, retenant pour sa part une approche assez limitée de l'intention.

104. L'exigence de l'intention est parfois présentée comme dénuée de fondements techniques. Elle serait « le fruit de l'équité ou de l'opportunité » (B. MERCADAL, « Recherche sur l'intention en droit pénal », *RSC* 1967, p. 1) et fondée sur des considérations scientifiques, morales et historiques (J. HALL, « Note sur les délits involontaires », *RSC* 1963, p. 328). Il est à noter que ce dernier auteur accorde une telle importance à l'intention en matière pénale qu'il se prononce en faveur de l'élimination des délits involontaires de la sphère du droit pénal proprement dit.

B. La tentative de théorisation de l'infraction

52. L'infraction, objet d'étude – Peu à peu, les éléments constitutifs deviennent en doctrine un outil au service de l'infraction. Ils ne servent pas uniquement à la qualification pénale des faits, mais, de manière plus générale, ils permettent aux auteurs d'approfondir l'analyse de l'infraction. Un lien très fort s'observe en effet entre les éléments et sa définition. Si certains auteurs, à l'image de GARRAUD, en proposent une à partir des éléments identifiés¹⁰⁵, il semble que les éléments se déduisent de la définition générale de l'infraction, dont ils permettront par la suite une analyse approfondie.

Il faut à ce titre préciser que le XIX^{ème} siècle est marqué par un mouvement de théorisation du droit. La destination pratique des ouvrages en la matière se maintient durant la première moitié du XIX^{ème} siècle où les analyses exégétiques du Code pénal sont particulièrement nombreuses¹⁰⁶. Ces analyses exégétiques répondent parfaitement à l'ambition pratique de l'enseignement au début du Consulat, marqué par un fort besoin de reconstitution des professions judiciaires¹⁰⁷. L'enjeu de l'enseignement est alors de former des praticiens ayant une bonne maîtrise des codes impériaux, sans que soit accordée de place réelle aux analyses théoriques et critiques du droit¹⁰⁸. Une évolution s'opère néanmoins dans le courant de la seconde moitié du XIX^{ème} siècle, dans le contexte de théorisation et d'enrichissement de l'enseignement du droit. Notamment, le droit administratif et son enseignement se développent, du même qu'une science du droit public¹⁰⁹.

105. GARRAUD écrit en effet dans son précis : « En résumé, si l'on veut embrasser, dans une définition exclusivement juridique, les éléments communs à toute infraction, on dira : c'est un fait, ordonné ou prohibé par la loi à l'avance, sous la sanction d'une peine proprement dite, et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit. » R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 60, n° 36. La définition de l'infraction est ainsi la résultante des éléments identifiés par l'auteur, encore que GARRAUD fasse le choix d'une définition objective, n'incluant donc pas la dimension morale alors pourtant que l'auteur y voit bien un élément de l'infraction.

106. Pour n'en citer que quelques-unes des plus connues, J. CARNOT, *Commentaire sur le Code pénal*, *op. cit.* ; A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.* (la première édition date des années 1830. Il est toutefois à noter que la démarche de ses auteurs est légèrement différente, car elle ne se veut pas purement exégétique.) ; J.-B. DUVERGIER, *Code pénal annoté*, *op. cit.*, et A. BLANCHE, *Études pratiques sur le Code pénal*, t. 3, Cosse et Marchal, 1861, encore que ce dernier ouvrage soit légèrement postérieur.

107. M. BALDOVINI, *La classification académique du droit, entre droit public et droit privé, sur un paradoxe de la science du droit*, 2009, Thèse, Caen, p. 343.

108. Monsieur BONNECASE explique ainsi que les professeurs devaient se contenter « du commentaire rigoureusement orthodoxe des Codes », l'objectif étant de « former des praticiens et non pas des jurisconsultes, des savants ». J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1880 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, t. 1, Delmas éditeur, 1933, p. 234. Sur la conception napoléonienne des écoles du droit et ses conséquences sur les méthodes d'enseignement, v. égal. M. BALDOVINI, *La classification académique du droit, entre droit public et droit privé*, th. préc.

109. En ce sens, A. ESMEIN, *Rapport présenté au conseil supérieur de l'Instruction publique sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit*, A. de Beauchamp, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, 1889–1898, p. 607, p. 608. Antérieurement, l'enseignement du droit public était fortement négligé, voire inexistant. Seul le droit pénal, alors encore une matière de droit public, était enseigné en raison de sa dimension pratique très marquée, encore que son enseignement n'ait pendant longtemps pas fait l'objet d'un cours dédié. Celui-ci était en effet partagé avec celui des procédures pénales et civiles. V. M. BALDOVINI, *La classification académique du droit, entre droit public et droit privé*, th. préc., not. p. 343 et 348. Sur la place de l'enseignement du droit public et du droit criminel, v. égal. J. BONNECASE, *La pensée juridique française de 1880*

La matière juridique dans son ensemble est entrée dans le courant du XIX^{ème} siècle dans ce que ESMEIN a appelé un « mouvement scientifique »¹¹⁰. En matière de droit pénal, le changement est tout à fait perceptible dans les manuels qui deviennent davantage théoriques. L'exégèse est peu à peu abandonnée au profit d'analyses critiques et théoriques qui s'inscrivent dans un renouveau de la pensée juridique et de son enseignement¹¹¹. Des développements préliminaires teintés de considérations philosophiques relativement conséquents sont ainsi consacrés aux justifications du droit de punir et aux fonctions du droit pénal. Cela se ressent également sur les notions générales, dont l'étude est davantage approfondie. Dans ce contexte, l'infraction, entendue en son sens général et abstrait, devient un objet d'étude à part entière¹¹². Elle devient l'élément central du droit pénal général et fait l'objet d'une étude détaillée, de sorte qu'il n'est plus simplement fait état de certains principes généraux de la matière. Les auteurs s'efforcent ainsi davantage d'en préciser la définition et la constitution.

53. L'approfondissement de la notion d'infraction – Ainsi, alors que TRÉBUTIEN ne définissait l'infraction que comme la résultante « d'un fait ou d'une omission prévue et punie par une loi pénale française proprement dite », VILLEY affine lui l'analyse et va plus loin dans le détail de ses caractéristiques. Il la définit comme « toute action ou inaction contraire à un commandement posé par la loi sous une sanction pénale et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit »¹¹³. De cette définition, VILLEY déduit deux éléments¹¹⁴ et deux conséquences¹¹⁵.

Non seulement la définition de l'infraction se précise, mais encore les éléments permettent-ils de la détailler, car chaque élément est ensuite étudié de manière approfondie dans les ouvrages. De manière générale, c'est ainsi la notion d'infraction que l'on tente de préciser *via* le recours aux éléments¹¹⁶. Outil d'analyse, ils le sont alors de deux points de vue. Ils permettent tout d'abord de généraliser la structure de l'infraction entendue abstraitement et s'insèrent de ce fait

à l'heure présente, *op. cit.*, p. 237, ainsi que le rapport de A. ESMEIN préc.

110. A. ESMEIN, *Rapport présenté au conseil supérieur de l'Instruction publique sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit*, *op. cit.*, p. 608.

111. La préface du premier volume de l'œuvre de Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE atteste elle aussi de cette mutation qui commence à voir le jour. Leur œuvre se situe en effet à la jonction de deux conceptions du droit et de son enseignement. Les auteurs y expliquent ainsi qu'ils souhaitent réaliser un ouvrage à la fois exégétique, destiné aux magistrats et praticiens, et à la fois théorique, ce qui explique notamment le choix du titre.

112. Le premier auteur à consacrer dans son ouvrage des développements conséquents à la notion d'infraction est ROSSI (P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, Barbezat et Cie, 1829), mais c'est essentiellement dans la seconde moitié du XIX^{ème} siècle que la partie générale du droit pénal se développe et que l'infraction devient donc un objet d'analyse.

113. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, *op. cit.*, p. 62.

114. *Ibid.*, p. 95.

115. Les deux conséquences sont que le fait ait été prévu par une loi (1), à laquelle l'individu devait obéissance (2). *Ibid.*, p. 62. Il s'ajoute à ces deux conséquences principales l'étude des faits justificatifs. *Ibid.*, p. 82.

116. V. M. FROMONT et H. JESCHECK, *Introduction au droit allemand*, trad. par A. RIEG, t. 2, Cujas, 1984, p. 266. Dans cet ouvrage, monsieur JESCHECK explique que « le concept d'infraction est, dans la doctrine pénale allemande comme française, précisée par un certain nombre d'éléments ».

dans une démarche de théorisation¹¹⁷. En outre, et de manière plus concrète, ils fournissent un schéma d'analyse des textes d'incrimination¹¹⁸. De ce fait, les éléments constitutifs sont encore aujourd'hui très largement utilisés pour servir de plan d'étude, tant de la notion d'infraction¹¹⁹, que des différentes infractions dans le cadre plus spécifique du droit pénal spécial¹²⁰.

54. Conclusion : un outil au service d'une analyse générale – Parce que les deux éléments mentionnés par la jurisprudence sont une constante en matière infractionnelle, ils permettent à la fois une approche généralisée de l'infraction et un approfondissement de la notion grâce à l'étude détaillée de sa structure. Le développement en doctrine des éléments constitutifs a ainsi conduit à faire des éléments un outil au service de l'analyse de l'infraction. La démarche d'approfondissement a du reste conduit les auteurs à identifier d'autres éléments. Parce qu'ils sont déduits en doctrine de la définition de l'infraction, d'autres conditions fondamentales à son existence ont été érigées en éléments constitutifs.

§ 2. L'identification de nouveaux éléments

55. L'adjonction des éléments légal et injuste – Un siècle après l'émergence des deux éléments initiaux, la doctrine a déduit de la définition de l'infraction deux autres éléments. Il ne s'agit pas ici de discuter la légitimité ou l'opportunité de ces éléments identifiés, mais simplement de proposer un rapide état des lieux de l'approche traditionnelle de l'infraction. Le nombre d'éléments pouvant être identifiés peut être fixé à quatre et inclut, outre les éléments matériel et moral, l'élément légal et l'élément injuste.

Parce que l'exigence d'un texte d'incrimination est une condition *sine qua non* de la répression depuis la Révolution, des auteurs ont érigé la légalité criminelle au rang d'élément constitutif. Dans le même ordre d'idée, parce que l'absence de justification apparaît être fondamentale à la possibilité de réprimer le comportement, l'injuste a été pareillement érigé en élément de l'infraction. L'un comme l'autre n'ont pour autant pas emporté de véritable consensus en doctrine. Reste néanmoins que l'analyse traditionnelle retient majoritairement la légalité au

117. À ce titre, Monsieur ROBERT s'interroge en ces termes : « L'analyse fondée sur les éléments de l'infraction est-elle plus qu'une technique didactique, exprime-t-elle aussi, en droit pénal général, une théorie de l'infraction, est-elle intimement liée à la nature de cette notion ? » J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc. Si l'analyse française n'est jamais parvenue totalement à une théorisation de l'infraction à travers ses éléments, les analyses allemande ou italienne ont elles très explicitement utilisé les éléments dans cette démarche.

118. V. *infra*, n° 76.

119. V. not. P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., p. 141, n°s 75 et s. ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., PUF, collection droit fondamental, 2010, p. 170, n°s 161 et s. ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 97, n° 99 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 393, n°s 430 et s. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 276, n° 249, etc.

120. Pour ne citer que quelques ouvrages, P. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit. ; V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit. ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit. ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, op. cit. ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit.

titre des éléments de l'infraction (A), élément auquel est parfois (bien que plus rarement) ajouté l'injuste (B).

A. La légalité érigée en élément

56. L'élément, outil de valorisation – S'agissant de l'élément légal de l'infraction – c'est-à-dire de l'exigence d'un texte d'incrimination antérieur aux faits –, une remarque doit être apportée. Outre que les éléments sont un outil de définition et d'analyse de l'infraction, ils s'avèrent être aussi un outil de valorisation de certaines conditions particulières. Ceci est parfaitement perceptible dans l'affirmation de l'élément moral de l'infraction, pour lequel l'enjeu a pu être d'insister sur le caractère indispensable de la vérification de la volonté pour caractériser l'infraction. Ceci se retrouve également dans le cas de l'élément légal dans lequel le principe de légalité se trouve rappelé et mis en valeur.

Car ériger la légalité pénale en élément de l'infraction présente un intérêt évident, celui de mettre en valeur le principe en insistant sur son aspect fondamental. Certes, les ouvrages anciens présentaient déjà les différents aspects du principe de légalité, mais en établissant un lien entre le principe et la caractérisation de l'infraction, les auteurs lui donnent une force et une valeur particulière. Les développements liés à la légalité sont alors mis directement en relation avec la caractérisation de l'infraction, ce qui permet d'insister sur les enjeux pratiques du principe. De ce fait, l'élément légal s'avère être un moyen d'évoquer un principe fondamental. Il permet de le mettre en valeur en insistant sur son caractère indispensable. L'élément légal sert ainsi à la fois à insister sur l'importance pratique du texte d'incrimination, mais il est également en quelque sorte le prétexte permettant le rappel tant des grands principes contenus dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen que de l'évolution qu'a connue la répression pénale.

57. La déduction de l'élément légal de la définition de l'infraction – Au reste, l'identification de l'élément légal s'insère tout à fait dans la démarche suivie par les auteurs lorsqu'ils identifient les différents éléments de l'infraction. Si les deux éléments initiaux¹²¹, moral et matériel, ont été identifiés d'abord par la loi et la jurisprudence, l'élément légal est pour sa part une construction purement doctrinale. Dès lors que les auteurs déduisent les éléments de la définition de l'infraction, l'exigence d'un texte semble pouvoir être ajoutée aux deux éléments déjà identifiés. L'admission de l'élément légal est une illustration de ce lien très particulier qui a pu unir définition de l'infraction et éléments constitutifs.

Cet élément a fait son apparition dans le Traité de LAINÉ qui semble être le premier à

121. Le terme est ici employé à raison de l'ordre chronologique d'identification des éléments.

avoir envisagé l'exigence d'une loi comme un élément de l'infraction¹²². S'il est le premier à ériger en élément constitutif la légalité, le choix opéré par LAINÉ se situe en fait dans le prolongement de la présentation de l'infraction faite par VILLEY¹²³. Ce dernier envisageait lui les éléments constitutifs à travers une dualité stricte, bien qu'il déduisît de la définition de l'infraction deux conséquences majeures. VILLEY explique ainsi que l'infraction est une action ou inaction contraire à un commandement posé par la loi sous la menace d'une sanction pénale¹²⁴. De la première partie de sa définition, il déduit une conséquence, relative à l'exigence d'un fondement légal¹²⁵. La peine ne peut être infligée que si le fait était prévu et puni par la loi, l'agent devant en outre obéissance à celle-ci¹²⁶. Il consacre alors des développements à l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, mais sans analyser cette double exigence comme élément de l'infraction.

Reprise par LAINÉ, l'analyse se modifie légèrement dès lors que cet auteur déduit pour sa part de la première conséquence identifiée par VILLEY l'existence d'un élément constitutif. Ainsi, selon lui, pour qu'un fait soit une infraction, « il faut qu'il ait été prohibé par la loi, sous la menace d'une peine proprement dite, et à l'avance ». Et de conclure : « Voilà l'élément légal. »¹²⁷. Il se déduit donc de la définition de l'infraction, dont il conditionne l'existence légale.

58. Un élément inabouti – Pour LAINÉ, l'élément légal consiste très précisément en l'existence d'une loi antérieure aux faits. Il semble se limiter à la simple affirmation selon laquelle le juge ne peut prononcer de peine pour des faits non incriminés, l'interprétation de la loi par le juge devant en outre être purement déclarative¹²⁸. Cette approche restrictive se conçoit, car elle résulte du constat selon lequel il n'y a pas d'infraction sans loi. L'étude de cet élément est alors assez concise. L'auteur n'y consacre que quatre pages, ce qui est sans commune mesure avec les développements consacrés aux deux autres éléments. Ainsi, si LAINÉ a envisagé le premier la légalité comme un élément constitutif, son analyse ne semble pas totalement aboutie, et ce d'autant plus qu'il renvoie l'étude de l'application de la loi dans le temps et dans l'espace à une partie ultérieure.

122. En ce sens, J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

123. *Ibid.*

124. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit., p. 62.

125. Une seconde conséquence, tenant à l'absence de justification, se retrouvera chez d'autres auteurs dans l'élément injuste.

126. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit., p. 62.

127. A. LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 90, n° 124.

128. Il explique rejoindre en cela l'opinion d'HÉLIE. *Ibid.*, p. 102 n° 127. L'on retrouve ici l'empreinte de la conception classique du rôle des juges qui ne sont « que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force, ni la vigueur » C.-L. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, Folio, essais, 2005, Livre XI, chapitre VI, p. 243. Cette conception du rôle du juge était partagée avec BECCARIA pour qui le rôle du juge devait se limiter à la formulation d'un syllogisme. C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, op. cit., p. 29.

59. Le développement de l'élément légal – Ce fut grâce à GARRAUD que l'élément légal put s'enrichir. Il reprit l'idée d'analyser l'incrimination comme un élément constitutif tout en développant son contenu selon les développements proposés par VILLEY. L'auteur explique ainsi que la déclaration de culpabilité implique quatre affirmations. La troisième tient à l'obligation de vérifier « que l'acte était prévu et puni par la loi à laquelle [l'individu] devait obéissance »¹²⁹. L'élément légal de l'infraction consiste donc en l'existence d'une loi antérieure à laquelle l'agent était soumis. Cette précision par rapport à l'analyse de LAINÉ permet d'élargir son contenu. GARRAUD estime que son étude implique celle de l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, un premier propos étant en outre consacré à son interprétation¹³⁰. En pratique, l'élément légal impose au juge la vérification de l'existence d'une loi d'incrimination applicable à l'agent. Dès lors, son étude nécessite fort logiquement, outre la vérification d'un fondement légal, la vérification de ses conditions d'application.

60. La diffusion de l'élément légal en doctrine – Cette conception proposée par GARRAUD a par la suite été celle suivie par la majorité des auteurs adhérant à l'élément légal¹³¹. Bien qu'il soit parfois discuté en doctrine en raison de son caractère préalable¹³², l'élément légal a en effet reçu un accueil plutôt favorable et est venu compléter l'étude de la structure interne de l'infraction dans de nombreux ouvrages. À la suite de LAINÉ et de CUCHE, de nombreux auteurs ont fait le choix de se rallier à une analyse tripartite de l'infraction, le troisième élément tenant à l'élément légal. Figurent notamment parmi ces auteurs Monsieur DONNEDIEU DE VABRES¹³³, Messieurs MERLE et VITU,¹³⁴ Messieurs STÉFANI et LEVASSEUR¹³⁵, Monsieur

129. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 1^{ère} éd., Sirey, 1881, p. 67, n° 148.

130. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 291, n°s 136 et s.

131. V. not. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^{ème} éd., Sirey, 1943, p. 47, n°s 89 et s. ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, *op. cit.*, p. 142, n°s 76 et s. Par la suite, la compréhension de cet élément a néanmoins évolué. V. *infra*, n° 161. Quelques nuances sont par ailleurs à relever et résultent notamment de l'intégration des faits justificatifs. Ainsi, CUCHE procède à la même étude que GARRAUD, mais réfutant l'élément injuste, il intègre les faits justificatifs à l'élément légal, ceux-ci le paralysant. P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, 3^{ème} éd., Petits précis Dalloz, 1929, p. 36, n°s 29 et s. et p. 53, n° 50.

132. Sur ce point, v. *infra*, n° 159.

133. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 25, n° 64.

134. Encore faut-il nuancer la position de ces auteurs, car s'ils retiennent bien l'élément légal en tant qu'élément constitutif, Messieurs MERLE et VITU réservent intégralement l'étude de l'élément moral à celle de la culpabilité, l'excluant de ce fait de l'étude de la structure de l'infraction. Selon eux, l'élément moral ne concerne pas les faits, mais le délinquant et est donc « étranger à la constitution morphologique de l'infraction » (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 372, n° 318). De ce fait, ils se rapprochent des auteurs ayant une conception objective de celle-ci et ne retiennent pas une division tripartite. V. *infra*, n°s 227 et s.

135. G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 106, n° 84.

BOULOC¹³⁶, Monsieur MAYAUD¹³⁷, ainsi que et Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON¹³⁸.

61. Une faible réception jurisprudentielle – Quant à la jurisprudence, sa position sur le sujet est relativement incertaine. Une certaine réticence peut être observée. Car, outre le fait que la Cour de cassation se contente le plus souvent de viser les éléments matériel et moral lorsqu'elle évoque les éléments constitutifs¹³⁹, des arrêts semblent suggérer l'absence d'adhésion de la Cour à l'idée d'un élément légal. Alors que celui-ci est expressément visé par la cour d'appel ou dans les moyens, la Cour de cassation a tendance à utiliser en réponse la formule générale désignant les deux éléments traditionnels et donc à ne pas se prononcer sur l'existence de cet élément¹⁴⁰. Pour autant, la position de la Cour n'est pas certaine, et dans d'autres arrêts, à l'inverse, il est fait expressément mention de l'élément légal et de sa vérification. Dans un arrêt récent, la Cour de cassation a ainsi cassé pour violation de la loi un arrêt rendu par une juridiction de proximité au motif « qu'à défaut d'élément légal les infractions ne pouvaient être constituées »¹⁴¹.

Toutefois, les arrêts portant explicitement sur l'élément légal restent limités, ce qui ne permet pas d'affirmer avec certitude un éventuel prolongement jurisprudentiel à la proposition doctrinale faisant de l'exigence d'un texte un élément constitutif. La reconnaissance de l'élément légal est trop ponctuelle pour y voir une réelle admission de principe. Il est certain que la Cour s'assure de l'existence d'un texte, mais il est bien moins certain qu'elle admette avec la doctrine, en plus de l'élément matériel et de l'élément moral, un troisième élément tenant à la légalité.

Reste que, parce que l'existence d'un texte de loi est indispensable à l'existence d'une infraction, une partie non négligeable de la doctrine admet que ce texte s'analyse en élément constitutif de celle-ci. L'analyse majoritaire traditionnelle peut alors être considérée comme étant celle retenant trois éléments constitutifs au sein de l'infraction, tenant à l'élément matériel, l'élément moral et l'élément légal. À ces éléments s'ajoute parfois un dernier élément tenant à

136. B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 101, n° 101 (l'élément légal est traité séparément) et p. 211, n° 223, (s'agissant des éléments matériel et moral).

137. Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 21, n° 10, dans une certaine mesure dès lors qu'il juge l'expression d'élément légal maladroite, mais estime qu'elle traduit tout de même bien « la place dominante de la loi dans ce qui est au cœur de la répression ».

138. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 129, n° 219 et p. 172, n° 300.

139. La formule fréquemment utilisée suggère une énumération limitative des éléments. La Cour vérifie en effet que les juges ont caractérisé les infractions, « en tous [leurs] éléments, tant matériel que moral ». L'expression se retrouve particulièrement fréquemment depuis les années 1965 : v. not. Cass. crim., 15 avril 2015, préc. ; Cass. crim. 27 nov. 2013, *Bull. crim.*, n°239 ; Cass. crim. 21 juin 2011, *Bull. crim.*, n°149 ; Cass. crim. 5 avr. 2005, *Bull. crim.*, n°118 ; Cass. crim. 7 oct. 1997, *Bull. crim.*, n°324 ; Cass. crim. 12 déc. 1983, *Bull. crim.*, n°337, Cass. crim. 6 déc. 1967, *Bull. crim.*, n°315.

140. V. par ex. Cass. crim., 7 juin 1995, n° 94-84.336 ; Cass. crim., 15 oct. 1998, n° 97-83.580 ; Cass. crim., 19 mai 2010, n° 09-82.287.

141. Cass. crim. 28 mai 2013, n° 12-86.078. Comp. Cass. crim. 2 juin 1993, *Bull. crim.*, n° 198, qui, s'agissant du délit d'importation sans déclaration de marchandises prohibées, reproche à une Cour d'appel de n'avoir pas vérifié si « l'élément légal de la prévention au regard du caractère prohibé de la marchandise ne s'en trouvait pas modifié et, le cas échéant, si les faits n'étaient pas susceptibles de recevoir une qualification différente ».

l'injuste. Cet élément a connu bien moins de succès que les trois autres, mais un état des lieux de l'analyse traditionnelle impose de revenir rapidement sur son admission, dès lors qu'une partie de la doctrine y adhère, soit qu'il s'ajoute aux trois autres éléments, soit qu'il se substitue à l'élément légal.

B. L'injuste, élément discuté de l'infraction

62. Quatrième élément de l'infraction – L'émergence de l'élément injuste en France est contemporaine à celle de l'élément légal. Sa paternité est attribuée à GARRAUD qui a déduit de la définition de l'infraction l'existence de quatre éléments. Le quatrième élément identifié correspond en fait à ce qui ne relevait pour VILLEY que d'une des conséquences de cette définition : l'absence de cause de justification. Issu d'un concept allemand parfaitement positif relatif à l'antijuridicité de l'acte infractionnel (1), la conception française de l'injuste le réduit paradoxalement à une approche essentiellement négative (2).

1. L'antijuridicité en doctrine allemande

63. Les éléments de l'infraction en doctrine allemande – En doctrine allemande, l'infraction, pour exister, doit être antijuridique, de sorte que l'antijuridicité est admise au titre des éléments de l'infraction¹⁴². Plus précisément, l'infraction se définit en Allemagne comme un comportement typique, antijuridique et coupable. La typicité renvoie à l'exigence d'un fondement légal à la répression. Elle s'entend toutefois plus largement que notre élément légal. En effet, outre l'exigence d'un texte, c'est la conformité du comportement avec les prévisions légales qui est exigée au titre de la typicité. Quant à l'antijuridicité, elle renvoie au caractère injuste de l'acte accompli. L'infraction n'est pas simplement perçue en droit allemand comme un acte contraire au droit, elle est aussi une atteinte à l'intérêt protégé par le texte. S'assurer de l'antijuridicité du comportement consiste par conséquent à vérifier qu'il était effectivement contraire à cet intérêt. Schématiquement, la qualification dans l'analyse allemande conduit donc à apprécier l'action au sens large (soit dans sa matérialité et dans sa moralité) pour en apprécier

142. Le législateur allemand a lui-même précisé qu'en cas de légitime défense ou d'état de nécessité, les faits « ne sont pas antijuridiques », consacrant par là même la théorie de l'antijuridicité. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 95, citant le Code pénal allemand. La notion, essentielle en doctrine allemande, a néanmoins fait l'objet de débats quant à son statut, certains auteurs estimant que l'antijuridicité relèverait davantage de l'essence de l'infraction que de sa constitution. V. L. JIMENEZ DE ASUA, « L'antijuridicité », *RIDP* 1951, p. 273, citant Monsieur DE MARSICO. Selon ce dernier, l'antijuridicité ne devrait pas s'analyser en un élément du délit car elle ne se trouve pas en décomposant le délit dans ses éléments de structure. Elle serait un caractère du délit, perceptible dans chacun de ses éléments et dans l'ensemble du délit. Monsieur JIMENEZ DE ASUA conteste pour sa part cette position. Selon lui, l'injuste est bel et bien un élément du fait punissable et ne relève pas de son essence spécifique.

la typicité (Tatbestandsmäßigkeit) et l'antijuridicité (Rechtswidrigkeit)¹⁴³. Enfin est appréciée la responsabilité de l'auteur. Comme en doctrine française, les éléments subjectifs sont donc partagés entre l'analyse de l'action et de la responsabilité de l'agent. Par ailleurs, l'appréciation de l'action n'est pas véritablement autonome¹⁴⁴. Elle entretient un lien très fort avec la typicité, puisqu'en appréciant l'action, l'on s'interroge sur sa typicité et inversement (analyser la typicité du comportement, c'est s'assurer que l'action accomplie correspond bien à l'action incriminée).

Dans son acception matérielle, l'exigence d'antijuridicité¹⁴⁵ conduit schématiquement à vérifier non seulement que le comportement est contraire à la norme¹⁴⁶, mais également qu'il porte atteinte au bien juridique protégé par l'incrimination¹⁴⁷.

64. L'antijuridicité, élément positif de l'infraction – De cette imbrication de l'atteinte au bien et de la contrariété à la norme vient en Allemagne la théorie de la justification. En effet, un comportement peut être contraire à la norme sans pour autant porter atteinte au bien juridique s'il ne mérite plus la protection qui lui était accordée, plusieurs biens juridiques entrant alors en conflit¹⁴⁸. Dans ce dernier cas, l'acte sera conforme à l'ordre social, la conduite de l'agent n'étant pas opposée à la société. N'étant pas antijuridique, le comportement ne sera donc pas constitutif d'une infraction. Dans le cas où des valeurs entreraient en conflit, l'ordre social impose en effet de sacrifier la valeur moindre pour que survive la valeur supérieure¹⁴⁹.

Bien que lié à la théorie de la justification, l'élément antijuridique n'en est pas moins un élément parfaitement positif de l'infraction¹⁵⁰. Selon cette théorie, il n'y a ainsi pas seulement justification de l'infraction, il y a plus largement obstacle à sa constitution, car l'antijuridicité en est un élément essentiel. Or, la construction française de l'injuste n'a repris que ce second aspect de la doctrine allemande. Elle n'envisage l'antijuridique qu'à travers sa conséquence, ce qui explique sa dimension exclusivement négative.

143. Pour une présentation schématique de l'infraction, v. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 11. Cette analyse, retenue par VON LISTZ (F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, not. p. 169, n^{os} 26 et s.), est présentée par Monsieur WALTHER comme étant la plus communément admise.

144. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 9.

145. V. *infra*, n^o 175.

146. Il s'agit là de l'aspect formel de l'antijuridicité.

147. Le concept de bien juridique peut être rapproché de notre conception de la valeur protégée.

148. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc., exposant la théorie de BINDING et du même auteur, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., PUF, Thémis droit, 2005, p. 250. Le conflit est alors entendu relativement aux différents biens juridiques en présence, et non simplement, comme la conception française le suggère, entre différentes normes.

149. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 77. L'antijuridicité matérielle serait de ce fait le fondement dogmatique de l'analyse allemande de la justification et aurait permis la naissance de la justification par l'état de nécessité, admise comme fait justificatif depuis une décision du Tribunal d'Empire du 11 mars 1927. *Ibid.*, p. 78 et s.

150. Il faut néanmoins préciser qu'il fait l'objet d'une présomption. *Ibid.*, p. 193.

2. La conception négative de l'élément injuste

65. La réception de l'injuste par GARRAUD – GARRAUD est le premier à introduire dans l'analyse française l'injuste¹⁵¹. Dans la première édition de son précis, l'auteur explique la notion d'infraction et identifie en son sein un élément injuste tenant au fait que l'acte « ne se justifie pas par l'exercice d'un droit »¹⁵². Cette définition, qui sera maintenue dans les éditions ultérieures de ses ouvrages ne fait ainsi pas directement état de l'antijuridicité de l'acte¹⁵³. Il est simplement expliqué qu'un fait peut devenir juste dans certaines circonstances faisant disparaître son caractère délictueux¹⁵⁴.

66. Une réception parcellaire – Lorsqu'il envisage l'élément injuste, GARRAUD ne le fait ainsi qu'à travers une de ses conséquences – la justification de l'acte – sans exploiter la subtilité de la pensée allemande faisant de la valeur protégée une composante de l'infraction. C'est cette seule conséquence qu'il érige en élément, élément exclusivement négatif dès lors qu'il ne tient qu'à l'absence de justification. Ce choix peut s'expliquer par la conception française de l'infraction¹⁵⁵ qui s'entend davantage comme une violation de la loi que comme une atteinte¹⁵⁶. Il a, quoi qu'il en soit, contribué à imprégner l'injuste en France d'un caractère exclusivement négatif.

En effet, les auteurs qui ont à sa suite repris l'idée d'un élément injuste se sont conformés à l'analyse de GARRAUD¹⁵⁷, sans réellement s'intéresser à sa justification profonde et à la notion d'antijuridicité¹⁵⁸. Madame RASSAT explique par exemple dans son ouvrage qu'à côté des deux

151. La notion d'injuste est déjà présente chez ROSSI pour qui l'infraction se définit comme un acte en violation d'un droit. L'auteur, d'origine italienne, fait donc entrer dans une certaine mesure l'antijuridicité en droit français, sans toutefois en faire un élément constitutif dès lors qu'il ne procède pas à une analyse de l'infraction à travers des éléments constitutifs. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., p. 5 puis p. 10 et s.

152. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 1^{ère} éd., op. cit., p. 67, n° 148.

153. GARRAUD n'utilise dans ses ouvrages l'antijuridicité que de manière timide à partir de la seconde édition du *Traité* et sa présentation de l'élément injuste reste profondément négative. V. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^{ème} éd., Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1898, t. 1, p. 166, n° 90.

154. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1^{ère} éd., t. 1, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1888, p. 123, n° 80.

155. En ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 351, n° 551.

156. *Ibid.*, p. 104, n°s 169 et s.

157. V. not. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit pénal*, 4^{ème} éd., Recueil Sirey, 1943, p. 44, n° 77 ; J. LARGUIER, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Mémentos Dalloz, série droit privé, 2014, p. 58 et s. ; P. SALVAGE, *Droit pénal général*, 8^{ème} éd., Presse universitaire de Grenoble, 2016, p. 61, n° 108 ; J. VERHAEGEN, « Le fait qualifié infraction » in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 749. Retenant l'exception de bonne foi dans la diffamation au titre de l'élément injuste, v. également P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation, notion et rôle » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 49. La dimension de l'élément injuste reste également chez cet auteur éminemment négative, la bonne foi permettant de ne pas retenir l'infraction en raison de son caractère légitime. L'élément injuste tiendrait alors, outre l'absence des faits justificatifs « classiques », à cette absence de bonne foi.

158. Dans les ouvrages de droit pénal général, il n'y a guère que Messieurs ROBERT et PIN qui consacrent des développements fournis à l'antijuridicité et traitent les causes de justifications dans le prisme de cette notion. V. X.

éléments positifs de l'infraction, il existe un élément négatif tenant à l'absence de justification. Et de poursuivre qu'en cas de fait justificatif, l'infraction ne peut être poursuivie en raison du fait « qu'elle ne se forme pas à défaut d'un de ses éléments rationnels »¹⁵⁹. Cet élément est ainsi un élément « proprement négatif [et] constitué par l'absence de toute cause légale de justification »¹⁶⁰.

67. Le caractère minoritaire de l'admission de l'injuste – Cet aspect négatif de l'élément injuste explique en partie le faible intérêt suscité par la doctrine à son égard, d'autant que, outre un certain double emploi avec l'élément moral¹⁶¹, bon nombre d'auteurs retenant l'élément légal considèrent qu'en présence d'un fait justificatif, c'est l'élément légal – et non pas un éventuel élément injuste – qui se trouve paralysé. Les causes objectives de justification seraient en effet liées à la légalité en ce qu'elles sont des circonstances enlevant « son caractère illégal à un acte dommageable volontaire »¹⁶². L'acte n'est alors pas analysé pour sa contrariété avec l'ordre social, mais davantage pour sa contrariété avec la loi.

Sans doute en raison de ce double emploi, les rares auteurs admettant l'élément injuste rejettent dans le même temps l'élément légal. Ils conservent alors une division tripartite de l'infraction, mais le troisième élément sera relatif à l'injuste¹⁶³. Seuls quelques auteurs, encore plus rares, admettent le cumul des deux éléments et optent alors comme GARRAUD pour une division de l'infraction en quatre éléments¹⁶⁴. En raison de la faible réception de l'injuste en doctrine française, il est donc possible d'affirmer que majoritairement l'analyse traditionnelle

PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 218, n^{os} 223 et s., et J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 250, ce dernier retenant l'antijuridicité pour elle-même, et non à travers l'idée de l'élément injuste. Pour une admission de l'injuste dans sa dimension positive comme négative comme élément de l'infraction, v. égal. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 157 et s., et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., spéc. p. 350, n^{os} 551 et s. D'autres auteurs mentionnent également l'antijuridicité, mais sans la développer outre mesure. V. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », art. préc., p. 97, ou Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 421, n^o 399, qui envisage pour sa part les faits justificatifs comme rendant l'acte conforme à l'ordre public. V. égal. G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, op. cit., p. 106, n^o 84. Les auteurs mentionnent bien l'antijuridicité dans sa conception allemande, mais estiment que l'élément injuste, même à travers la notion d'antijuridicité, se confond avec l'élément légal. Dans le même sens, A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 150.

159. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 273, n^o 230.

160. R. VOVIN, *Manuel de droit criminel*, op. cit., p. 148, n^o 231 puis p. 173, n^o 261. Pour cet auteur, cet élément peut-être considéré comme une composante spécifique de l'élément moral, ce qui le conduit à admettre la possibilité de l'élément injuste, mais à ne pas l'ériger en élément autonome.

161. V. *ibid.* Pour une analyse des faits justificatifs comme obstacle à l'imputabilité dans le prisme de la contrainte, v. égal. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 161, n^{os} 153 et s. V. égal. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, 2009, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses, p. 169, n^{os} 149 et s. L'auteur ne se place pas dans le cadre de la contrainte, mais propose l'idée d'un motif légitime comme fondement aux faits justificatifs. Les faits justificatifs seraient alors également des causes de non-imputabilité. Il faut noter que la place de l'imputabilité dans le schéma infractionnel diffère entre ces deux auteurs.

162. P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, op. cit., p. 53, n^o 50.

163. Parmi ces auteurs, v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., et X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit.

164. V. not. P. SALVAGE, *Droit pénal général*, op. cit., p. 17, n^o 29.

de l'infraction conduit aujourd'hui à étudier celle-ci à travers ses éléments légal, matériel et moral tout en rejetant l'élément injuste.

* *
*

68. Conclusion du Chapitre 1 : un outil d'analyse de l'infraction et des infractions –

Ce rapide état des lieux a permis de revenir sur la division traditionnelle de l'infraction en trois éléments. Traditionnelle, l'analyse l'est devenue en raison des intérêts majeurs que présentait cette approche. Il en effet possible de trouver dans le contexte historique du XIX^{ème} siècle les explications du très fort retentissement de l'affirmation jurisprudentielle selon laquelle l'infraction se constitue de deux éléments, l'un matériel, l'autre moral. Ces explications tiennent à la fois au développement de la dimension générale du droit pénal et à l'affirmation d'une conception plus subjective de la responsabilité. Dans un tel contexte, le recours aux éléments constitutifs se révélait particulièrement utile. De par son aspect didactique, la distinction entre deux éléments a permis aux auteurs d'explicitier la notion d'infraction en généralisant sa structure. En outre, parce que leur identification est la résultante d'une volonté affichée de valorisation de la volonté dans la caractérisation de l'infraction, elle répondait parfaitement aux attentes d'une approche plus subjective de la responsabilité.

L'écho doctrinal de la présentation jurisprudentielle fut ainsi très fort. Dès la fin du XVIII^{ème} siècle, les auteurs adhèrent très majoritairement à cette approche. L'affirmation selon laquelle l'infraction est composée d'un élément matériel et d'un élément moral devient ainsi tout à fait classique. La dualité d'éléments a cependant été très rapidement dépassée. Si certains auteurs ne retiennent encore aujourd'hui que l'élément matériel et l'élément moral¹⁶⁵, la doctrine majoritaire opte pour une division tripartite de l'infraction. L'élément légal est venu s'ajouter aux deux précédents, le plus souvent au détriment de l'élément injuste avec lequel il tend à faire double emploi. Cette identification découle assez directement des définitions proposées de l'infraction, mais étonnamment, elle n'en retranscrit pas toutes les données. Car si l'incrimination (qui est aussi un élément technique de définition) est devenue un élément constitutif, la peine, elle, bien que techniquement tout aussi fondamentale à la qualification infractionnelle d'un comportement, est restée en marge des éléments, sans doute parce qu'elle n'en est que l'effet. Elle ne participe pas d'une conception particulière de l'infraction. Il reste que l'identification de ces deux nouveaux éléments rend moins lisible la fonction de l'outil. Ils

165. V. not. A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, et F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*

apparaissent davantage comme un instrument de valorisation de certaines données, mais leurs liens avec la définition de l'infraction sont aussi confus que leurs liens avec le comportement infractionnel auquel ils étaient initialement liés.

En définitive, ce rappel historique est un point de départ quelque peu incertain à l'identification des éléments constitutifs. Certes, il a permis de revenir sur l'intérêt des éléments, mais aussi – et de manière bien plus intéressante au regard de l'enjeu d'identification – de dégager une idée de ce qu'ils sont et de leur source. Ils apparaissent comme des données communes à toutes les infractions, car inhérentes à leur structure. Par suite, ils se déduisent logiquement – mais partiellement – de la définition générale de l'infraction, qu'ils permettent d'affiner. Leur intérêt est donc double : préciser la notion, mais aussi systématiser la caractérisation des infractions. C'est en cela qu'ils sont un outil d'analyse, aussi bien *de l'infraction* que *des infractions*. Il reste que si ces premiers constats sont fondamentaux et ne doivent pas être perdus de vue, l'identification des éléments n'est aujourd'hui pas si simple, ne serait-ce qu'à raison de la diversification des éléments généraux. L'outil a, dans un sens, été victime de son succès. Outre le fait que les trop nombreuses variations doctrinales se révèlent être la résultante d'une certaine insuffisance de l'outil, les éléments constitutifs sont utilisés en doctrine à profusion. Une telle omniprésence est forcément néfaste. Elle affecte l'identité et l'efficacité de l'outil, conduisant à une certaine dénaturation de leur nature première.

Chapitre 2

La dénaturation de l'outil d'analyse

69. L'ambivalence du terme constitutif – On l'a vu, les éléments constitutifs paraissent intimement dépendants de la structure générale de l'infraction et de la définition de la notion. Constitutifs, ils le sont alors en ce qu'ils révèlent la substance de l'infraction, la manière dont elle est composée. S'ils permettent l'analyse *des* infractions (et incriminations), c'est avant tout parce qu'ils découlent de la nature même *de* l'infraction, prise en son sens général et abstrait. L'analyse qu'ils permettent est alors généralisée et ordonnée. Elle suit un schéma prédéfini qui s'adapte aussi bien à l'approfondissement de la définition de l'infraction qu'à la qualification des comportements.

La dualité initiale d'éléments ainsi que le développement par la doctrine de l'outil s'inscrit dans cette approche et cette compréhension du terme constitutif. Mais une autre utilisation des éléments existe. La démarche de généralisation n'est pas toujours suivie en doctrine, pour être parfois supplantée par une analyse spéciale, qui résulte sans doute des enjeux propres à l'étude et à la caractérisation des différentes infractions. Les éléments permettent dans certains cas de dégager les différentes exigences des textes ou les particularités de certaines catégories d'infraction présentant un élément constitutif propre. Les éléments sont alors constitutifs tout simplement parce qu'ils entrent dans la constitution de l'infraction considérée et que leur vérification est imposée par le principe de légalité.

70. Les éléments, des conditions indispensables – Cette seconde acception sous-tend beaucoup d'analyses et plus généralement l'approche retenue en droit pénal spécial. Le triptyque est souvent délaissé au profit d'une énumération des conditions ¹⁶⁶ indispensables à la caractérisation *des infractions*. Cette utilisation des éléments est néfaste. Elle tend à leur faire perdre toute identité et toute spécificité, parce qu'ils n'apparaissent pas toujours comme le reflet de la structure générale *de l'infraction*. Elle peut néanmoins trouver une explication dans la distinction

166. Le terme est employé ici dans un sens commun, comme ce qui conditionne, sans avoir égard à la particularité temporelle de la condition par rapport à l'élément.

proposée en doctrine entre les éléments généraux – communs à toutes les infractions – et les éléments spéciaux – propres à chaque infraction. La justification est séduisante. Elle permet de conserver l'idée d'une structure commune, tout en expliquant la démultiplication des éléments identifiés dans l'analyse des différents textes d'incrimination. Bien que séduisante, elle n'est toutefois pas probante, parce qu'elle ne permet ni d'expliquer les nombreuses incohérences qui demeurent, ni les différences de traitement entre les données exigées dans les textes. Surtout, les éléments se trouvent privés de la fonction initiale de systématisation que l'on pouvait leur pressentir. Leur utilité, alors toute relative, se cantonne au seul droit pénal général.

L'inconstance dans l'utilisation des éléments et dans la compréhension de leur caractère constitutif entraîne une importante remise en cause de l'intérêt des éléments comme outils. En perte d'identité (**Section 1**), les éléments sont aussi en perte d'utilité (**Section 2**).

Section 1 – La perte d'identité des éléments

71. Un outil polymorphe – L'utilisation des éléments constitutifs en doctrine illustre la polymorphie de l'outil. Les caractéristiques des éléments et la compréhension de leur caractère constitutif dépendent de la démarche suivie par les auteurs. Lorsque celle-ci tient à un effort de généralisation de l'analyse de l'infraction et des incriminations, les éléments s'inscrivent aussi dans une démarche générale de théorisation de l'infraction. Ils présentent alors des caractéristiques particulières et leur identification est directement dépendante de l'acception retenue de l'infraction. Cette démarche de généralisation s'observe toujours parfaitement en droit pénal général, où les éléments permettent une étude de l'infraction et en révèlent la structure invariable. Mais elle est souvent supplantée par une démarche de spécialisation, aussi bien dans l'étude plus spécifique de certaines catégories d'infractions, que dans l'analyse des différents textes d'incrimination. En effet, lorsque l'enjeu de l'analyse se concentre sur les particularités de chaque infraction, les éléments constitutifs permettent essentiellement – voire exclusivement – d'énumérer les différentes conditions requises par les textes. L'identité des éléments ainsi que la compréhension de l'outil est donc variable et l'expression ne semble pas toujours renvoyer à la même chose, selon que les éléments sont mobilisés dans le cadre d'une démarche de généralisation de l'étude ou dans le cadre d'une démarche de spécialisation. L'identité des éléments de l'infraction (**I**) ne recoupe donc pas l'identité des éléments des infractions (**II**).

§ 1. L'identité des éléments de l'infraction

72. Des éléments indispensables, car inhérents à l'infraction – Dans une démarche de généralisation, les éléments sont intimement dépendants de la nature du comportement infractionnel et de la définition de l'infraction. La conception retenue de l'infraction s'imprime sur sa structure – ou inversement. Les éléments sont indispensables à la caractérisation des infractions, avant tout parce qu'ils en révèlent la substance. Ils se distinguent par conséquent par leur caractère commun à toutes les infractions, quelles que soient par ailleurs les spécificités de ces dernières.

À cette première caractéristique, il a pu plus récemment en être ajoutée une seconde insistant particulièrement sur le fait que l'infraction est avant tout un comportement. Il a alors été remarqué que certaines données, bien qu'indispensables à la caractérisation d'une infraction, ne dépendaient pas directement de l'activité et ne pouvaient donc s'apparenter à un élément constitutif de l'infraction-comportement. Les éléments constitutifs présenteraient donc cette double spécificité d'être à la fois communs à toutes les infractions (**A**), et à la fois internes et contemporains au comportement infractionnel (**B**).

A. Des éléments communs aux infractions

73. L'importance du caractère commun – Dès lors que les éléments identifiés résultent de la nature de l'infraction, ils présentent forcément pour caractéristique d'être communs à toutes les infractions. Le triptyque répond tout à fait à cette logique. Dans ce prolongement, d'autres éléments ont également pu être proposés, soit à partir de la nature constatée de l'infraction, soit à partir d'une certaine approche de l'infraction. Le caractère commun se révèle alors déterminant dans l'identification de tels éléments (1). Ils sont en quelque sorte la mesure de l'infraction et en révèlent la substance. C'est à ce titre qu'ils en sont constitutifs et qu'ils permettent une systématisation des analyses (2).

1. Le caractère commun, déterminant dans l'identification des éléments

74. Le caractère commun justifiant de nouveaux éléments – Issus de la définition générale de l'infraction, les éléments constitutifs se caractérisent essentiellement si ce n'est exclusivement par leur caractère commun. C'est lui qui sera déterminant dans le statut à accorder à certaines données et qui justifiera qu'elles puissent, ou non, être érigées en éléments autonomes. Les quatre éléments dégagés par la jurisprudence et la doctrine répondent parfaitement à ce caractère. Mais d'autres éléments ont pu être proposés, justement à raison de leur généralité. Ainsi, des auteurs plaident en faveur d'un élément antijuridique qui serait une version positive de l'injuste et qui imprimerait à l'infraction une conception particulière : elle serait un compor-

tement volontaire portant atteinte ou mettant en danger une valeur essentielle à la société. Par conséquent, la caractérisation des infractions se ferait aussi au regard de leur antijuridicité¹⁶⁷.

Toujours au regard d'une approche générale et systématique de l'infraction, il a également pu être proposé l'identification d'un élément temporel. L'importance de la condition temporelle a parfois été relevée en doctrine¹⁶⁸, mais tout en demeurant liée à l'élément matériel et seulement pour certaines infractions¹⁶⁹. Selon Monsieur SAENKO, le temps pourrait pourtant être un élément de l'infraction dès lors que « l'infraction pénale, avant d'être la réunion d'une matérialité et d'une intentionnalité, est d'abord et avant tout une structure temporelle : elle est un fait de l'homme accompli *au cours* du temps mathématique »¹⁷⁰. Cet élément, dépendant de la nature de l'infraction, consisterait dans « le moment de la punissabilité de l'infraction, c'est-à-dire l'espace de temps mathématique dans lequel [...] les éléments matériel et moral doivent être accomplis »¹⁷¹. Commun à toutes les infractions et utile à la qualification pénale des faits, cet élément dépendrait donc de la constitution de l'infraction au même titre que la matérialité ou la moralité. Fondamental, il fixerait en effet des frontières et déterminerait par conséquent l'espace de temps au cours duquel les faits qui sont commis peuvent recevoir une qualification pénale¹⁷².

75. Le caractère commun, exclusif de l'autonomie de certaines données – À l'inverse, certaines données, bien qu'exigées dans certaines incriminations, ne seront pas considérées comme des éléments autonomes, justement parce qu'elles ne sont pas systématiques. C'est le cas notamment des mobiles.

Par mobiles, il faut entendre les motifs ayant poussé l'agent à agir comme il l'a fait¹⁷³. En principe, ces mobiles sont parfaitement étrangers à la caractérisation des infractions. Ils n'influent pas sur l'existence de l'infraction et ne peuvent ôter à l'acte son caractère infractionnel, quand bien même ils seraient louables¹⁷⁴. Par conséquent, ils ne font pas partie des éléments constitutifs et sont du reste traditionnellement distingués de la notion de dol¹⁷⁵ dans la définition de laquelle ils n'entrent pas¹⁷⁶. L'infraction sera caractérisée dès lors que le comportement était

167. Se prononçant en faveur de cet élément, v. entre autres J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 157 et s., et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., spéc. p. 350, n^{os} 551 et s., et procédant à l'analyse de l'infraction à travers un élément d'illicéité, X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 204, n^o 211.

168. A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, 1967, LGDJ.

169. *Ibid.*, p. 30, n^o 36. V. égal. G. LUCAZEAU, « Le temps en droit pénal, Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie », *RSC* 1990, p. 521, qui en propos liminaires regrette que le temps ne soit pas compté au nombre des éléments constitutifs de l'infraction.

170. L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., p. 683, n^o 897.

171. *Ibid.*, p. 324, n^o 430.

172. *Ibid.*, p. 585, n^o 770.

173. En ce sens, A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 216.

174. En ce sens, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 237, n^o 221.

175. En ce sens, F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 441, n^o 477. Les auteurs expliquent que le dol est propre à chaque infraction, alors que les mobiles diffèrent selon les individus.

176. En ce sens, A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 216.

volontaire, quelles qu'en soient les raisons profondes.

Le principe connaît toutefois des exceptions, essentiellement dans le cas où un texte d'incrimination fait spécifiquement état des mobiles¹⁷⁷. Ce sera par exemple le cas pour certaines infractions où un but particulier doit avoir été recherché par l'agent¹⁷⁸. Mais dès lors qu'il n'est qu'une donnée ponctuelle, il ne peut être érigé en élément autonome. Assez logiquement, et à raison de son lien avec l'élément moral, le mobile entrera alors en considération dans l'appréciation de l'élément moral¹⁷⁹. L'infraction en question ne sera en effet caractérisée que si l'agent poursuivait le but mentionné par le texte d'incrimination¹⁸⁰.

Déduits de la nature de l'infraction et communs à toutes les infractions, les éléments ont une double fonction qui est celle qui a été observée à l'occasion du retour sur le développement des éléments comme outil d'analyse. D'un point de vue théorique, ils servent la conceptualisation de l'infraction, d'un point de vue plus pratique, ils permettent une systématisation de l'analyse des infractions. Les éléments dégagés peuvent en effet fournir un schéma cohérent et invariable d'analyse et de caractérisation. Par contre, la peine, bien qu'étant le critère principal d'identification de l'infraction et intégrant à ce titre sa définition, n'a semble-t-il jamais été érigée en élément. Cette particularité peut sans doute s'expliquer par le fait que la peine est totalement étrangère à la substance de l'infraction, pour n'en être que la conséquence légale. Au reste, elle n'exprime aucun principe fondamental de la matière, si bien qu'il n'y a pas d'utilité à y voir un élément constitutif. Élément de l'infraction, elle l'est pourtant dans un sens technique, car elle entre en compte dans ce qui fait légalement l'infraction. Mais étrangère à sa nature et au comportement infractionnel, elle reste en marge des éléments constitutifs. La particularité est à noter, car elle renforce le pressentiment selon lequel les éléments peuvent avoir un intérêt non simplement dans une définition superficielle et légaliste de l'infraction, mais dans une définition plus substantielle, qui met aussi en lumière les principes auxquelles elle est soumise.

177. V. not. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 238, n° 222. En outre, le législateur érige parfois en circonstance aggravante le mobile de l'auteur. Tel est par exemple le cas du mobile d'ordre raciste. V. du même auteur, *Rép. dr. pén.*, Meurtre, 2006.

178. Ces infractions se rencontrent particulièrement dans le Livre IV : Des crimes et délits contre la nation, l'État et la paix publique, et plus précisément dans les infractions terroristes. Sur les liens existants entre le but et le mobile, v. J. CHAZAL, *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, 1929, Thèse, Lyon.

179. Il se rapproche dans ce cas de l'exigence d'un dol spécial. En ce sens, A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 217.

180. Ce n'est toutefois que ce but précis qui sera pris en compte dans la constitution de l'infraction. Il ne s'agit pas d'une prise en compte générale des mobiles. Peu importe par exemple qu'en plus du but visé, l'agent ait agi pour des raisons lucratives. Sur ce point, v. P. MIMIN, « L'intention et le mobile » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, Cujas, 1965, p. 112.

2. Les éléments, outil de systématisation

76. Le schéma de caractérisation de l'infraction – Parce qu'ils révèlent la substance de l'infraction et sont communs à toutes les infractions, les éléments ont une fonction très marquée de généralisation de l'étude et de la caractérisation des infractions. Cet intérêt apparaît toujours assez nettement aujourd'hui et reste le principal enjeu en la matière. Les éléments imposent par suite un schéma logique dans l'analyse des faits et dans leur qualification.

Le recours aux éléments de l'infraction s'est développé comme cela a été vu afin d'imposer une qualification pénale des faits en deux étapes. Les juges ne pouvaient conclure à l'existence de l'infraction qu'après en avoir vérifié les conditions matérielles – première étape – et morales – seconde étape. Outre l'idée que chaque infraction est constituée par le fait et la volonté, c'est donc un schéma de qualification qui fut proposé par le recours aux éléments. Ce schéma apparaît très clairement dans le Code des délits et des peines de 1795. Du point de vue procédural, il est prévu que chaque membre du jury doit dans un premier temps se prononcer sur le fait¹⁸¹ dont l'accusé est convaincu¹⁸². Enfin, il doit se prononcer sur la « moralité du fait »¹⁸³. L'idée qui sous-tend cet ordre logique est que si le fait n'est pas constant, il n'est pas utile de s'intéresser à la volonté, puisque seule, elle est insuffisante pour engager la responsabilité. De même, la constance du fait ne suffit pas non plus à caractériser l'infraction de sorte qu'à la vérification de la matérialité suit très logiquement la vérification de la moralité. Le fait est nécessaire, mais non suffisant.

Un tel schéma n'est aujourd'hui plus imposé par le Code de procédure pénale¹⁸⁴, mais l'idée d'une caractérisation de l'infraction en plusieurs étapes demeure. Non seulement elle est suivie par une partie de la doctrine, mais elle relève communément de l'approche analytique qui caractérise la démarche française. Monsieur DREYER explique à ce titre que le schéma logique conduisant à la responsabilité pénale débute avec le constat du fait par le juge, à la suite de quoi, le juge doit s'assurer que la personne suspectée d'avoir commis ce fait est apte à en répondre¹⁸⁵. De manière très générale, les ouvrages présentent d'ailleurs systématiquement dans un premier

181. Code des délits et des peines, art. 389 : « Chaque juré déclare d'abord si le fait porté dans l'acte d'accusation est constant ou non. »

182. *Ibid.* art. 390 : « Si cette première déclaration est affirmative, il en fait une seconde sur l'accusé, pour décider s'il est ou non convaincu. »

183. *Ibid.* art. 393 : « Le juré qui a déclaré le fait constant et l'accusé convaincu, donne ensuite sa déclaration sur la moralité du fait, d'après les questions intentionnelles posées par le président. »

184. Assez étonnamment, le Code de procédure pénale exige simplement qu'il soit délibéré et voté sur « le fait principal » puis, s'il y a lieu, sur les causes d'irresponsabilité. V. Code de proc. pén. art. 356 : « La cour et le jury délibèrent, puis votent, par bulletins écrits et par scrutins distincts et successifs, sur le fait principal d'abord, et s'il y a lieu, sur les causes d'irresponsabilité pénale ». Une telle rédaction peut surprendre car elle n'impose pas de vérification effective de la volonté dès lors que le terme « fait » est essentiellement objectif. Elle suggère donc une vérification négative de la volonté dans les seuls cas où l'accusé invoquera une cause subjective d'irresponsabilité.

185. E. DREYER, *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2016, p. 517, n° 662.

temps l'élément matériel de l'infraction, puis son élément moral. L'ordre qui permet d'aboutir à la certitude de la culpabilité est du reste la résultante logique de la complémentarité du fait et de la volonté, ainsi que du principe selon lequel le droit pénal ne peut saisir la seconde prise pour elle-même. Certains auteurs retiennent par conséquent systématiquement une approche duale des incriminations. Majoritairement et assez généralement, l'alternance entre un élément matériel et un élément moral sera retenue dans les ouvrages, dans le cadre de l'étude des différents textes. C'est notamment le cas de Madame RASSAT, dans son manuel de droit pénal spécial¹⁸⁶.

77. Doctrine étrangère – L'idée selon laquelle les éléments constitutifs fournissent un schéma logique d'analyse se retrouve au demeurant à l'étranger, et notamment dans les doctrines d'inspiration allemande. En doctrine suisse, par exemple, les trois éléments identifiés imposent une caractérisation de l'infraction en trois temps. L'infraction y est définie comme un acte « typique, illégal et fautif »¹⁸⁷, ce qui donne les différentes étapes du raisonnement¹⁸⁸. Il en est de même en droit pénal allemand. Selon Monsieur WALTHER, l'infraction peut en effet s'analyser comme « la somme des éléments qui la composent »¹⁸⁹. La méthode veut donc que les différents éléments soient appréciés dans un ordre particulier : « La concrétisation de l'un va être le préalable de l'existence de l'autre. Le déroulement de ces étapes de l'analyse est fondement du contenu en soi, selon la doctrine allemande. Ce déroulement est dicté par l'interdépendance, la préséance de ces éléments entre eux. Il s'effectue dans un certain ordre non seulement par souci de clarté pédagogique ou par respect des règles de l'argumentation, mais par la contrainte issue de la nature même de l'agencement de ces éléments »¹⁹⁰.

78. Un outil de qualification et d'analyse – Dans cette logique, et au regard de l'infraction commise, les éléments constitutifs sont ainsi en grande partie un outil d'analyse des faits en vue de leur qualification. Ils imposent un schéma au juge, lui permettant de conclure à la caractérisation de l'infraction. Il y a donc bien derrière cette idée une démarche de généralisation, car le même schéma s'imposera, quel que soit le comportement accompli et la qualification pénale susceptible d'être retenue. C'est du reste pour cette raison que les éléments constitutifs peuvent également servir l'analyse de l'infraction entendue de manière abstraite et théorique. Dès lors que les éléments constitutifs fournissent les grandes étapes de la caractérisation de l'infraction, c'est bien qu'ils en révèlent la structure commune tout en mettant en lumière ses

186. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit. V. égal. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., et V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit.

187. P. GRAVEN et B. STRÄULI, *L'infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd., Staempfli éd., 1995, cité par J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 195. Le schéma est très proche de celui retenu par la doctrine allemande.

188. *Ibid.*, étant précisé que ces trois exigences cumulatives sont articulées et pas seulement juxtaposées.

189. *Ibid.*, p. 193.

190. *Ibid.*, p. 195.

conditions *sine qua non* et inversement.

Historiquement déterminante, cette caractéristique des éléments à pu être complétée au XX^{ème} siècle par un second caractère, permettant d'insister plus particulièrement sur le lien entre élément constitutif et comportement accompli.

B. Des éléments internes et contemporains au comportement

79. L'autonomie de la condition préalable – Parce que l'infraction est avant tout un comportement, les éléments pourraient être compris comme étant constitutifs de ce dernier et donc comme devant être en lien direct avec lui. À cet égard, une distinction a pu être proposée entre l'élément constitutif et la condition préalable à l'infraction¹⁹¹. Conceptualisée par Monsieur VOUIN¹⁹², la condition préalable peut se définir comme la situation que la réalisation de l'infraction perturbe. Plus précisément, Monsieur VOUIN explique que certains éléments qui conditionnent l'application de la peine doivent s'analyser comme « la définition du domaine dans lequel l'infraction peut se commettre » et s'opposent de ce fait à « l'acte proprement constitutif »¹⁹³. Que ce soit au regard de la doctrine majoritaire ou de la jurisprudence¹⁹⁴, la condition préalable se détache donc des éléments de l'infraction, entendue comme comportement, et n'en suit pas le régime. Sans doute, l'affirmation mérite-t-elle aujourd'hui d'être nuancée, car la jurisprudence n'accorde plus de réelles conséquences à l'autonomie de cette condition. Celle-ci permet par exemple de localiser l'infraction dans l'espace, ce à quoi la doctrine était initialement opposée¹⁹⁵. Pour cette raison, notamment, la distinction entre

191. Il est permis d'hésiter sur la terminologie exacte devant être employée. Pour certains auteurs, la condition préalable est simplement opposée aux éléments constitutifs, tout en restant interne à l'infraction. Elle est alors la condition préalable *de* l'infraction. Pour d'autres, elle est une situation antérieure à sa réalisation et est extérieure à l'infraction. Elle est alors davantage la condition préalable *à* l'infraction. Majoritairement, la condition préalable paraît considérée en doctrine comme étant extérieure à l'infraction dans son entier. Reste que bien qu'extérieure à l'infraction, elle conditionne tout de même son existence juridique, de sorte que l'extériorité n'est pas parfaite.

192. En ce sens, J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », art. préc. ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, th. préc., p. 23, n° 15 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, 2006, Thèse, Lyon 3, p. 1, n° 1. Néanmoins, la nécessité de distinguer les éléments constitutifs de la condition préalable aurait été formulée dès 1813 par BARRIS. *Ibid.* p. 10, n°5.

193. R. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1953, p. 3, n° 2. V. égal., du même auteur, « Observations sur l'unité de la justice criminelle » in *Aspects Nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ansel*, t. 2, A. Pedone, 1975, p. 241. Reprenant la même définition, J. PRADEL, *Principes de droit criminel*, Cujas, 1999, p. 71, n° 54.

194. La distinction a été admise en jurisprudence par un arrêt en date du 31 mars 1971 : Cass. crim., 30 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 114, *Gaz. Pal.* 1971, 2, 406. Un arrêt ancien d'un Tribunal correctionnel reproduit en partie par M. DECOCQ avait déjà fait une distinction entre les éléments constitutifs et la condition préalable : « il convient de distinguer entre les éléments qui font réellement partie du fait punissable et ceux qui, sans pouvoir être rationnellement compris dans l'agissement délictueux, sont plutôt une condition nécessaire imposée par la loi » : v. A. DECOCQ note sous Cass. crim., 27 oct. 1966, *Rev. crit. dr. intern. priv.* 1967, p. 741, citant Trib. correc. Seine, 29 juin 1906.

195. La solution a néanmoins été consacrée légalement lors de la réforme du Code pénal. Désormais, l'article 113-2, alinéa 2, vise les « faits constitutifs » en matière de localisation de l'infraction, ce qui permet d'inclure dans les éléments intervenant en la matière la condition préalable.

condition préalable et éléments constitutifs est parfois critiquée, que ce soit du fait des faibles conséquences pratiques de la distinction ou parce que, même préalable, « le cadre dans lequel se déroule l'infraction est partie intégrante de l'incrimination »¹⁹⁶.

Le principe demeure toutefois inchangé pour une partie de la doctrine qui se rallie à l'idée de l'autonomie de la condition préalable¹⁹⁷. Ici, l'exclusion de cette condition des éléments constitutifs repose sur le lien établi entre eux et le comportement accompli. En tant que situation devant préexister à l'infraction, elle est le domaine dans lequel elle va se dérouler. La condition préalable est donc marquée d'une antériorité, mais aussi d'une extériorité par rapport au comportement accompli par l'agent. Elle n'en relève pas à proprement parler et subit simplement les conséquences découlant de sa réalisation. Par conséquent, elle doit être distinguée des éléments constitutifs qui sont pour leur part strictement liés au comportement et à la commission de l'infraction¹⁹⁸. La condition préalable est ainsi marquée d'une double spécificité. Elle est « tout à la fois extérieure et antérieure à l'infraction »¹⁹⁹ et peut de ce fait ne pas avoir de coloration pénale ou être déjà teintée d'un caractère illicite²⁰⁰.

80. L'intérêt de ces caractères dans l'exclusion d'autres données – La distinction a par ailleurs été utilisée pour contester l'opportunité de l'élément légal. De même que pour la condition préalable, des auteurs ont fait remarquer que le texte de loi précédait l'infraction²⁰¹. Il la conditionne donc, mais au sens propre du terme. Il en est un prérequis²⁰². En outre, il ne relève pas de l'activité infractionnelle de l'agent. Il ne fait que la décrire. La condition préalable et le texte de loi présentent donc des similitudes qui devraient conduire à exclure l'une et l'autre de la catégorie des éléments constitutifs.

Enfin, ce double caractère justifie aussi dans une certaine mesure l'extériorité des conditions

196. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 173, n° 302. Ces auteurs l'intègrent donc à l'élément matériel. Pour une approche critique de cette condition, v. égal. J. LARGUIER, « La localisation internationale de l'infraction », art. préc.

197. Pour n'en citer que quelques-uns : J. PRADEL, *Principes de droit criminel*, op. cit., p. 71, n° 54 ; C. LOMBOIS, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., précis Dalloz, 1979, p. 348, n° 255 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 273, n° 230 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 184, n° 224 ; J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », art. préc. ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 54, n° 77 ; A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, th. préc., p. 23, n° 15.

198. Monsieur ROUSVOAL, constatant le caractère très large de la condition préalable, a néanmoins proposé l'admission d'un élément préalable pouvant accueillir les objets non constitutifs de l'infraction et qui ne sont pas des conditions préalables *stricto sensu*. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 113, n° 194.

199. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », art. préc. Dans le même sens, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 543, n° 989, et L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 113, n° 194.

200. En ce sens, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 221, n° 199, et J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », art. préc. V. égal. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc., et M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 273, n° 230.

201. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 273, n° 230.

202. V. not. J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, op. cit., p. 98.

d'imputabilité par rapport à l'infraction. Quand bien même l'imputabilité pourrait être rattachée à l'élément moral de l'infraction²⁰³, la position majoritaire admet aujourd'hui que ses conditions soient extérieures à l'infraction. Elles se révéleraient être bien plus en lien avec le délinquant qu'avec le comportement infractionnel *stricto sensu* et trouveraient ainsi naturellement leur place au sein de la responsabilité²⁰⁴.

Cette distinction permet essentiellement d'affiner la compréhension de la structure de l'infraction et est moins en relation avec la substance de l'infraction. Mais elle permet d'insister sur l'activité de l'agent comme donnée essentielle. Quoi qu'il en soit, la distinction entre l'élément et la condition s'inscrit dans une démarche générale d'étude de la structure infractionnelle. Bien qu'elle soit une notion particulièrement utile au droit pénal spécial²⁰⁵, elle permet une certaine compréhension de l'infraction et une caractérisation cohérente de celle-ci. Dans une approche générale de l'infraction et de sa structure, l'identité des éléments tient donc à une double spécificité : ils sont communs à toutes les infractions, et directement dépendant du comportement infractionnel. Mais cette identité particulière n'existe que dans cette démarche, car dans une démarche plus spéciale et concentrée sur les différents textes, c'est le caractère indispensable des éléments qui est exclusivement mis en avant.

§ 2. L'identité des éléments des infractions

81. Des éléments indispensables par application du principe de légalité – Si dans la première démarche les éléments sont indispensables parce qu'ils sont inhérents à l'infraction, dans une seconde démarche, ils le sont plus simplement par application du principe de légalité. La donnée mentionnée dans un texte d'incrimination est nécessaire à la caractérisation de l'infraction : elle peut donc en être un élément constitutif, au sens où elle conditionne l'existence de l'infraction considérée.

Le droit positif oscille entre les deux approches présentées. Lorsque la Cour de cassation

203. Elle l'a longtemps été (v. not. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 106, n^{os} 76 et s., et E. VILLEY, « De l'intention en matière pénale », art. préc.) est l'est toujours pour certains auteurs. V. not. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 200, n^o 349.

204. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 60, n^{os} 54 et s. Monsieur JOURDAIN expliquait déjà dans sa thèse que par suite du développement du concept d'imputabilité, celui-ci est devenu une condition de la responsabilité en ce qu'il permet la désignation du responsable. P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, 1982, Thèse, Paris II, p. 129, n^{os} 111 et s. et p. 221, n^o 227. V. également du même auteur, « Retour sur l'imputabilité » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511 : l'unité du concept juridique de faute impliquerait d'analyser l'imputabilité comme une condition de la responsabilité et non comme un élément de la faute.

205. La notion n'existerait qu'en droit pénal spécial, ce qui limiterait son importance. L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., p. 573, n^o 751. Et il est vrai que M. VOUIN, s'il a conceptualisé la notion dans son ouvrage de droit pénal spécial, ne reprend pas les développements spécifiques à la condition préalable dans son manuel de droit criminel.

énonce de manière limitative les éléments de l'infraction²⁰⁶, elle paraît les faire dépendre de sa nature nécessairement duale. À l'inverse, la règle procédurale voulant que l'intention particulière (dol spécial) exigée par un texte fasse l'objet d'une question distincte en matière criminelle renvoie plutôt à une démultiplication des éléments, chacun devant être vérifié par application du principe de légalité²⁰⁷. Dans cette seconde approche, l'on voit que les caractéristiques des éléments ne sont plus les mêmes. Ils n'ont par ailleurs plus la même identité et plus la même utilité. Le caractère indispensable, déterminant, devient en effet suffisant. Cette tendance s'observe aussi bien lorsque des éléments particuliers propres à certaines catégories d'infractions sont identifiés (A), que de manière générale en droit pénal spécial où l'on constate un éclatement des éléments constitutifs (B).

A. Le raisonnement par catégorie

82. Les infractions de préjudice – Des éléments spécifiques à certaines infractions ont pu être identifiés, soit par la jurisprudence, soit par la doctrine. C'est tout d'abord le cas du préjudice, lorsqu'il est spécialement exigé dans les textes d'incrimination. Le débat relatif à sa place en droit pénal est ancien et fourni²⁰⁸. Il n'est pas encore ici question de revenir de manière approfondie sur ce débat²⁰⁹, mais simplement d'observer que le préjudice, lorsqu'il est exigé par les textes d'incrimination, paraît un élément constitutif de l'infraction considérée.

C'est initialement s'agissant du faux que le préjudice a pu être analysé comme tel. Non exigé de manière expresse dans l'ancien Code pénal²¹⁰, le préjudice a en effet été très tôt érigé par la jurisprudence en élément constitutif de cette infraction²¹¹. Il n'est ainsi pas rare de lire dans les ouvrages de droit pénal que le préjudice, en matière de faux, en est un élément constitutif²¹². Dépasant le strict cas de l'infraction de faux, le préjudice est aujourd'hui considéré comme un élément constitutif dès lors qu'il est exigé formellement par la loi. Il est par conséquent possible

206. V. en note *supra*, n° 61.

207. Sur cette exigence, H. ANGEVIN, *La pratique de la Cour d'assises*, op. cit., p. 324, n° 799.

208. Les nombreuses études dédiées au préjudice attestent de la vigueur du débat. Parmi les plus générales, il est possible de citer H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Recueil Sirey, 1943 ; du même auteur, « Quelques observations sur le rôle du préjudice en droit pénal français », *RIDPC* 1938, p. 2 ; G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, 2016, Dalloz.

209. V. *infra*, n° 357.

210. En ce sens, Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807.

211. *Ibid.* V. égal. M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc. Pour une analyse ancienne et critique de cette tendance, v. A. BLANCHE, *Études pratiques sur le Code pénal*, op. cit., p. 165, n° 123.

212. En ce sens, J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 750, n° 1223 ; H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., p. 234, n° 122. ; A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 1982, t. 1, p. 935, n° 1193. *Contra*, J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd., Armand Colin, 2004, p. 249, n° 264.

d'affirmer que l'abus de confiance comporte un élément tenant au préjudice²¹³, car « l'exigence du préjudice, en tant qu'élément constitutif de l'infraction, découle du texte d'incrimination »²¹⁴. De même en est-il pour l'escroquerie. Malgré quelques hésitations, la Cour de cassation a affirmé dans un arrêt remarqué qu'« en l'absence de tout préjudice, l'un des éléments du délit d'escroquerie fait défaut »²¹⁵. Par cette solution, réitérée par un arrêt de 1992²¹⁶ puis récemment par un arrêt de 2015²¹⁷, elle érigeait donc au rang d'élément constitutif le préjudice.

Il en résulte que le préjudice pourrait être un élément constitutif autonome²¹⁸, partiellement général. Il n'est en effet pas propre à une infraction en particulier, mais commun à toutes les infractions dont les incriminations en feront état.

83. Les infractions aggravées – C'est par ailleurs également le cas des circonstances aggravantes, pour lesquelles une tendance similaire existe. Selon certains auteurs, elles pourraient elles aussi s'analyser comme des éléments constitutifs autonomes, propres aux infractions aggravées. Il n'est pas ici question de la formule jurisprudentielle évoquant parfois les éléments constitutifs de ces circonstances, car une telle utilisation de l'expression est trop abusive pour en tirer un quelconque enseignement²¹⁹. Plus intéressante par contre est la proposition doctrinale selon laquelle les circonstances aggravantes pourraient s'analyser en éléments constitutifs de l'infraction aggravée²²⁰. Cette proposition s'oppose à la distinction traditionnellement opérée entre élément constitutif et circonstance aggravante²²¹. Il était en effet admis que les circonstances aggravantes ne pouvaient relever de la catégorie des éléments constitutifs dès lors que

213. C. MASCALA, Abus de confiance, *op. cit.* Dans le même sens, R. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial, op. cit.*, p. 60, n° 63 ; H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 107, n° 39.

214. C. MASCALA, Abus de confiance, *op. cit.* L'auteur regrette par ailleurs le fait « que la Cour de cassation ne se montre pas très exigeante quant à la preuve de l'existence de préjudice, considérant que celui-ci peut découler en considération des circonstances de fait directement de la seule constatation du détournement ». Cette tendance serait « contestable car, dans ces conditions, le préjudice exigé par la loi ne remplit pas un rôle décisif au sein des éléments constitutifs de l'infraction, ce qui est contraire aux prévisions du législateur ». *Ibid.*, n°86. Dans le même sens, v. M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc.

215. Cass. crim., 3 avr. 1991, *Bull. crim.*, n° 155 ; *RTD com.* 1992, p. 254, note P. BOUZAT ; *JCP* 1991, IV, 281, obs. G. AZIBERT ; *D.* 1991, p. 275, obs. G. AZIBERT ; *D.* 1992, p. 400, note C. MASCALA.

216. Cass. crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 234 ; *RTD com.* 1993, p. 586, note P. BOUZAT ; *D.* 1993, p. 15, obs. G. AZIBERT ; *Dr. pén.* 1992, comm. n° 282, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 1992, chron., p. 18, chron. J.-P. DOUCET.

217. Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 24 ; *D. actualité* 2015, note L. PRIOU-ALIBERT ; *D.* 2015, p. 845, note L. SAENKO ; *AJ pén.* 2015, p. 311, obs. G. BEAUSSONIE ; *D.* 2015, pan. p. 1506, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2015, n° 64, obs. M. VÉRON.

218. Par rapport aux trois éléments traditionnels.

219. V. not. Cass. crim., 2 juil. 1987, *Bull. crim.*, n° 279, où dans un attendu de principe, la Cour déclare : « Attendu que les questions relatives aux circonstances aggravantes doivent en énoncer tous les éléments constitutifs ». Et plus récemment, Cass. crim., 21 fév. 2007, *Bull. crim.*, n° 55. Une telle approche fait perdre tout intérêt à la construction doctrinale, d'autant que les circonstances aggravantes n'impliquent pas toutes une pluralité d'éléments.

220. V. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, 2006, Dalloz. Cette position est aujourd'hui présentée comme la conception moderne des circonstances aggravantes (v. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 126, n° 204).

221. V. not. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 92, n° 46 et p. 356, n° 190, et J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal, op. cit.*, p. 454, n° 1062, et M. DALLOZ, *Rép. dr. pén.*, Circonstances aggravantes, 2001.

l'aggravation présuppose justement que l'infraction principale soit constituée²²². Parce qu'elle ne fait que l'aggraver, la circonstance aggravante n'influe pas sur sa caractérisation et ne participe donc pas de sa structure.

Toutefois, la proposition faite par Madame DE JACOBET DE NOMBEL est tout à fait séduisante dès lors que l'on admet « une valeur juridique propre » à l'infraction aggravée²²³, celle-ci devenant une catégorie d'infractions à part entière²²⁴. Dans ce cas, en effet, la circonstance aggravante est indispensable à l'existence de l'infraction aggravée et la conditionne. De ce fait, elle pourrait relever de sa structure constitutive et en être un élément autonome.

84. L'absence de caractère interne et contemporain de certaines circonstances aggravantes – La tendance à l'identification d'éléments propres à certaines catégories d'infractions est regrettable. Elle s'inscrit dans une acception très générique des éléments et laisse en outre un profond sentiment d'incohérence. Par exemple, on ne peut s'empêcher de remarquer une certaine incompatibilité entre l'analyse des circonstances préalables comme éléments constitutifs et l'autonomie de la condition préalable. Certes, l'idée selon laquelle les éléments seraient nécessairement en lien direct avec le comportement a toujours été discutée en doctrine²²⁵ et tous les auteurs n'adhèrent pas à l'autonomie de la condition préalable. Elle se trouve en tout cas remise en cause par la proposition doctrinale relative aux circonstances aggravantes. Si certaines circonstances dépendent directement de l'activité infractionnelle de l'agent (vol commis avec violence par exemple²²⁶), d'autres sont en fait bien plus proches de la notion de condition préalable. Ce sera notamment le cas pour la qualité de la victime ou de l'auteur. Celle-ci est préexistante à l'infraction de base et conditionne parfois son aggravation. Or, même au regard de l'infraction aggravée²²⁷, cette qualité reste antérieure et extérieure à l'infraction. D'ailleurs, selon Messieurs

222. Elles sont parfois qualifiées pour cette raison d'éléments « accidentels », s'ajoutant à l'infraction constituée. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 92, n° 46, et A. CHAVANNE, « Les circonstances aggravantes en droit français », *RIDP* 1965, p. 527.

223. C'est notamment ce que propose Madame DE JACOBET DE NOMBEL. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., not. p. 22, n° 34, et du même auteur, « L'originalité de la circonstance aggravante de guet-apens », *RSC* 2010, p. 545. V. égal. E. LETOUZEY, *La répétition d'infractions*, 2016, Dalloz, p. 91, n° 137, qualifiant l'infraction aggravée d'« entité juridique autonome » et L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 126, n°s 204 et s., adhérent lui aussi à cette proposition.

224. Le terme de « famille » d'infraction peut être également utilisé s'agissant de ces infractions. Selon Monsieur DOUCET (J.-P. DOUCET, « Les familles d'infractions », *RDPC* 1975, p. 759) en effet, des familles d'infractions peuvent être identifiées et se composent d'une infraction de base et d'infractions dérivées, certaines l'étant par aggravation. Dans ce cas toutefois, le raisonnement se fait par rapport à un type d'infraction en particulier de sorte que prises pour elles seules, les infractions aggravées relèvent davantage d'une catégorie. En effet, selon Monsieur CAZALBOU, les catégories d'infractions s'organisent « autour de particularités remarquables » P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence, Contribution à une théorie des infractions conditionnées*, 2016, LGDJ, p. 2, n° 2. Monsieur CAZALBOU tient néanmoins les deux termes pour synonymes. *Ibid.*

225. V. not. J. LARGUIER, « La localisation internationale de l'infraction », art. préc.

226. Code pén. art. 311-4, 4°.

227. L'infraction aggravée peut ne pas avoir la même structure que l'infraction d'origine, c'est-à-dire que leurs éléments constitutifs ne sont pas toujours identiques, car la circonstance aggravante n'est pas uniquement un élément

MERLE et VITU, la qualité de l'auteur est une condition préalable à certaines infractions²²⁸. Si l'infraction aggravée a effectivement une existence propre, lorsqu'une circonstance aggravante tenant à la qualité de l'auteur est remplie, elle devient donc davantage la condition préalable de l'infraction aggravée qu'un de ses éléments constitutifs. De même, les circonstances tenant au lieu, si elles ne sont pas à proprement parler antérieures au comportement, ne dépendent en rien de l'activité de l'agent, de sorte qu'il est difficile de leur reconnaître le caractère d'élément constitutif « de l'infraction ». Le double attribut interne et contemporain ne peut donc pas se vérifier pour l'intégralité des circonstances aggravantes.

85. Des éléments partiellement généraux – En réalité, dans l'analyse de la structure de ces catégories d'infractions, seul le caractère essentiel est déterminant, mais par simple application de la légalité, non plus pour ce qu'il révèle de l'infraction. Le raisonnement n'est pas totalement dirigé vers une infraction en particulier, car l'élément identifié est commun à la catégorie d'infraction considérée. La tendance est toutefois regrettable parce qu'elle nie le caractère commun des éléments et le lien qu'ils entretiennent avec la définition générale de l'infraction. La fonction de systématisation est parfois avancée, comme pour le préjudice ou les circonstances aggravantes, mais elle se révèle partielle et permet un mouvement de catégorisation des infractions. L'effort n'est plus tant relatif à la généralisation de la structure de l'infraction prise en tant que concept, qu'à la mise en lumière des spécificités relatives à chaque catégorie d'infractions. L'élément constitutif tenant à la circonstance aggravante est propre à la catégorie des infractions aggravées, de la même manière que le préjudice est un élément propre à certaines infractions contre les biens ou contre les personnes. Dans le cadre d'un affinement des différentes catégories d'infractions existantes, de telles propositions sont particulièrement riches. Elles restent cependant limitées à cette démarche²²⁹. Les circonstances aggravantes, de même que le préjudice, demeurent en marge de la notion d'infraction et ne participent pas de sa structure commune. Ils ne sont que partiellement généraux, au regard d'une catégorie bien particulière d'infraction²³⁰.

supplémentaire par rapport à l'infraction d'origine. C. DE JACOBET DE NOMBEL, « L'originalité de la circonstance aggravante de guet-apens », art. préc.

228. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 507, n° 387.

229. Ceci est d'ailleurs parfaitement assumé par Madame DE JACOBET DE NOMBEL pour les circonstances aggravantes. Elle estime que « c'est de la nature de l'infraction que doit dépendre la qualité de ses éléments et non l'inverse », car « le contraire supposerait que l'on puisse identifier la qualité de ces derniers indépendamment de l'infraction qui la compose, ce qui est impossible ». Est en outre précisé que l'élément constitutif, comme la circonstance aggravante, « ne se définissent pas en eux-mêmes ». C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 114, n° 173.

230. Selon Monsieur CAZALBOU (P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 2, n° 2), les catégories d'infractions trouvent leur place à mi-chemin des deux niveaux du droit pénal. Ceci pourrait expliquer le fait que certains de leurs éléments ne soient que partiellement généraux. Ils ne sont généraux qu'au regard de la catégorie envisagée, mais non au regard du concept abstrait d'infraction.

Cette tendance prive d'identité les éléments, qui ne possèdent pas d'autre spécificité que d'être une donnée exigée dans un texte. Ils ne sont plus tant les éléments de l'infraction (permettant par ailleurs l'étude des incriminations par le schéma qu'ils révèlent); ils sont les éléments des incriminations, ce qui s'observe au demeurant très bien en droit pénal spécial.

B. L'éclatement des éléments en droit pénal spécial

86. Éléments et conditions d'existence – L'utilisation des éléments en droit pénal spécial s'inscrit de manière assez nette dans une acception générique des éléments, ceux-ci ne renvoyant qu'aux conditions d'existence des différentes infractions. En effet, la synonymie entre l'élément et la condition (en son sens commun de ce qui conditionne) est latente dans les ouvrages de droit pénal spécial (1). Elle était au contraire patente dans la plupart des ouvrages anciens (2).

1. Une synonymie latente

87. Une énumération de conditions – Dans le cadre de l'étude des textes, les auteurs ont essentiellement tendance à procéder à une énumération. Les éléments ne correspondent pas totalement aux trois éléments majoritairement retenus, soit que la division se détache de la division traditionnelle, soit que le nombre d'éléments identifiés soit supérieur et variable selon les auteurs.

88. Un schéma mal adapté aux infractions non intentionnelles – Il est à noter tout d'abord que les analyses des textes d'incrimination ne suivent pas toujours le schéma résultant de la division tripartite de l'infraction. Tel est par exemple le cas en matière d'infractions non intentionnelles. Ces infractions ont cela de particulier qu'elles sont des infractions « ouvertes »²³¹, ce qui permet de retenir des actes de natures variées, qu'ils soient de commission ou d'omission. Elles ne sont définies que comme le fait de « causer »²³² un résultat déterminé (mort ou blessures) par faute. La matérialité de l'acte importe donc ici assez peu et seul est formellement précisé le résultat. L'explication de ces infractions et des spécificités des incriminations se trouve de ce fait presque entièrement comprise dans l'étude de l'élément moral. Ceci est d'autant plus vrai que le régime de la faute pénale est particulièrement complexe et appelle donc des explications approfondies.

Dans l'étude de ces infractions, l'on remarque ainsi une certaine valorisation de l'élément moral au détriment de l'élément matériel. En raison de cette matérialité ouverte et de l'absence totale de précision quant à l'acte incriminé, l'élément matériel prend en effet une importance

231. En ce sens, A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, t. 2, p. 1425, n° 1766.

232. Code pén. art. 221-6, s'agissant de l'homicide involontaire.

toute relative. L'on a ainsi le sentiment « que les agissements matériels imputables ou coupables ne sont pas caractérisés autrement que par la faute non intentionnelle qu'ils révèlent »²³³. Ce constat fait par Messieurs MERLE et VITU, est relatif à l'ancienne incrimination d'homicide involontaire, mais il conserve aujourd'hui encore tout son sens dès lors que l'actuel article 221-6 est demeuré silencieux quant à l'acte matériel. Parce que l'élément déterminant de la répression est ici la faute, la division en trois éléments se révèle relativement mal adaptée pour l'étude de ces incriminations. Madame RASSAT écrit ainsi que « l'exposé de l'atteinte par imprudence à l'intégrité corporelle d'autrui se coule mal dans le moule habituel de description des infractions. En effet, ce qu'on reproche à l'auteur des faits, c'est d'avoir eu un comportement qui intègre d'une façon indissociable un élément matériel et une intention coupable »²³⁴.

En la matière, le schéma suivi se révèle de ce fait original. Des éléments sont bel et bien identifiés, car si le Code pénal ne développe pas outre mesure le fait, il mentionne, par exemple au titre de l'homicide involontaire, la faute, le lien de causalité (est incriminé le fait de « causer » la mort) et le résultat mortel. Il en résulte alors une analyse en trois éléments, lesquels résident justement dans l'exigence d'une faute, d'un préjudice et d'un lien de causalité entre la faute et le dommage²³⁵.

Particulièrement proche de la présentation civiliste²³⁶, le schéma d'analyse se distingue donc fondamentalement des éléments constitutifs traditionnellement admis dès lors que les éléments constitutifs des infractions par imprudence tiennent pour certains auteurs à un élément moral (une faute), à un résultat (le préjudice renvoie au moins indirectement à lui) et à un lien de causalité, ce dernier ayant une importance considérable en ce qu'il conditionne le degré de faute exigé. Cette division est d'autant plus étonnante que beaucoup d'auteurs estiment justement que l'élément matériel comprend l'acte, le résultat et le lien de causalité²³⁷. Or, parce que l'acte a une importance moindre en matière non intentionnelle, l'élément matériel n'est pas exploité en tant que tel, mais se trouve subdivisé en deux éléments qui lui sont traditionnellement rattachés. La matérialité de l'acte, au sens strict, est quant à elle occultée et ne sera, au mieux, traitée dans les manuels qu'avec la faute²³⁸.

233. A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, t. 2, p. 1424, n° 1765.

234. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 411, n° 364.

235. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 81, n° 67. Cette présentation est retenue dans de nombreux ouvrages de droit pénal spécial. V. not. R. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial, op. cit.*, p. 234, n° 179 ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 94, n°s 123 et s. Comp. V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 91, n° 166.

236. Il est possible de lire à ce propos que « comme dans le quasi-délit civil, il faut un dommage, une faute et un lien de causalité ». J. LARGUIER, P. CONTE et S. FOURNIER, *Droit pénal spécial*, 15^{ème} éd., Mémentos Dalloz, série droit privé, 2013, p. 67.

237. V. *infra*, n° 253.

238. Ainsi pour Monsieur VITU, le premier élément constitutif est un « comportement fautif », ce qui lui permet de traiter ensemble l'exigence d'un acte, quelle que soit sa nature, et l'exigence d'une faute. A. VITU, *Traité de droit*

89. L'hétérogénéité des analyses – Si étonnante soit-elle, cette analyse relève en réalité d'une tendance relativement généralisée en droit pénal spécial. Celle-ci tient au fait que chaque condition exigée est considérée comme un élément de l'infraction envisagée, sans que ne soit toujours maintenue la tripartie traditionnelle. De manière générale, l'étude des textes d'incrimination n'est pas uniformisée. Outre le cas particulier des infractions non intentionnelles, le triptyque légalité, matérialité, moralité est en effet assez souvent abandonné au profit d'une énumération d'éléments. Que l'élément légal ne soit pas développé dans ce cadre semble tout à fait cohérent, car il ne renvoie alors qu'à la mention du texte d'incrimination²³⁹. Mais c'est plus généralement la tripartie qui n'est pas maintenue en droit pénal spécial. Les éléments matériel et moral sont bien entendu majoritairement précisés, mais les auteurs ne procèdent pas – ou rarement – à une division duale de l'étude des textes²⁴⁰.

De manière assez générale, l'on remarque en effet à l'occasion de l'étude des textes d'incrimination que le terme d'élément constitutif y prend un sens tout à fait général et ne désigne alors que les différentes conditions que l'étude des textes permet de dégager. De ce fait, le nombre d'éléments identifié par les auteurs lors de l'étude des textes d'incrimination est rarement de trois, et même lorsqu'il sera de trois, les différents éléments ne seront pas exactement le reflet des éléments légal (ou injuste), matériel et moral. Selon les cas, des éléments particuliers se substitueront à l'un, comme dans le cas des infractions non intentionnelles. Dans d'autres cas, chaque élément sera subdivisé en autant d'éléments de même nature que de conditions en son sein²⁴¹.

90. Exemples – Par exemple, les infractions complexes se distingueraient par leur pluralité d'élément matériel²⁴², de même que certaines infractions simples. Par exemple, l'infraction d'empoisonnement pourrait posséder plusieurs éléments matériels : « Le premier élément maté-

criminel, Droit pénal spécial, op. cit., t. 2, p. 1424, n° 1765. Comp. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 411, n° 364.

239. Les questions relatives à son applicabilité aux faits d'espèce (application de la loi dans le temps et dans l'espace) ne dépendent pas de l'analyse du texte lui-même. En soi, la mention du texte épuise donc dans la majorité des cas l'étude de cet élément.

240. Des exceptions notables résident dans les ouvrages de Madame RASSAT (M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*) et de Monsieur CONTE (P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*), dans lesquels chaque infraction est étudiée en précisant tout d'abord dans son élément matériel puis son élément moral. V. égal. V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*

241. À ce titre, certains auteurs emploient le pluriel pour désigner chaque élément, ce qui suggère que l'infraction ne serait pas constituée d'un élément matériel et d'un élément moral, mais d'autant d'éléments matériels et moraux que de conditions relatives au fait et à la volonté. V. not. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, t. 1, p. 472, n° 223, et V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal, op. cit.*, p. 94 et s.). Le pluriel est en outre utilisé par la Cour de cassation, mais assez étonnamment uniquement pour l'élément matériel. Elle vise en effet fréquemment dans ses attendus « les éléments matériels [(pluriel)] et intentionnel [(singulier)] » de l'infraction en question.

242. Elle est, pour Monsieur DECOCQ, une infraction « à éléments matériels multiples ». A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 168. Dans le même sens, J. PRADEL, *Principes de droit criminel, op. cit.*, p. 81, n° 67, et V. MALABAT, *Rép. dr. pén.*, Faux, 2004, n° 7.

riel réside dans l'acte d'empoisonner », « le second [...] tient au moyen employé, la substance mortifère »²⁴³. Dans d'autres cas, encore, des éléments particuliers s'ajouteront aux deux éléments généraux. Il en résultera un éclatement des éléments, chaque condition devenant un élément constitutif de l'infraction considérée.

De toutes ces tendances, il résulte forcément une très grande variabilité des analyses et des éléments identifiés pour une même infraction. Ainsi dans l'infraction de faux ordinaire, le nombre d'éléments variera selon les auteurs. La présentation traditionnelle du faux veut ainsi qu'il soit constitué de trois éléments. À la matérialité et à la volonté s'ajoute un élément spécifique tenant au préjudice²⁴⁴. Un élément supplémentaire est alors identifié, en partie caractéristique des infractions contre les biens. Cependant, les éléments identifiés ne se limitent pas toujours à ces trois conditions. Ainsi, Madame MATSOPOULOU et Monsieur ROBERT en identifient-ils quatre²⁴⁵. Ils tiennent respectivement au document, à l'altération de la vérité²⁴⁶ au caractère préjudiciable, et enfin à l'élément moral²⁴⁷. La même présentation se retrouve dans l'ouvrage de Messieurs LARGUIER et CONTE²⁴⁸, encore que chez ces auteurs les deux éléments principaux tiennent au document et à l'altération, le préjudice et la mauvaise foi y étant largement rattachés²⁴⁹. Ajoutant un ultime élément aux quatre précités, Messieurs PRADEL et DANTI-JUAN identifient pour leur part cinq éléments constitutifs²⁵⁰.

De même, pour l'infraction de vol, les éléments identifiés varieront entre deux – et il ne s'agira alors que des éléments matériel et moral – et quatre, la chose objet du vol étant parfois érigée en élément constitutif à part entière²⁵¹, voire dédoublée en deux éléments constitutifs distincts²⁵².

91. Le statut de la condition préalable, une explication insuffisante – Une partie des différences peut s'expliquer par le statut incertain de la condition préalable, mais l'on remarque aussi et surtout une tendance à analyser chaque condition d'existence de l'infraction en élément constitutif. Cette tendance peut sembler regrettable parce qu'elle nuit à la cohérence des analyses.

243. A. PROTHAIS note sous Cass. crim., 22 juin 1994, *D.* 1995, p. 85. V. égal. du même auteur, *Tentative et attentat*, 1985, LGDJ, p. 168, n° 244.

244. V. not. A. LEPAGE, P. MAISTRE DU CHAMBON et R. SALOMON, *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2013, p. 106, n°s 309, et W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2005, p. 30, n° 24. Pour une approche critique de la présentation traditionnelle, v. A. BLANCHE, *Études pratiques sur le Code pénal*, *op. cit.*, t. 3, p. 165, n° 123. Certains auteurs s'en tiennent par ailleurs aux deux éléments matériel et moral, l'élément matériel étant néanmoins dédoublé. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 565, n° 981.

245. H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 224, n°s 118 et s.

246. Il s'agit ici selon les auteurs de l'élément matériel de l'infraction. *Ibid.*, p. 229, n°s 121 et s.

247. *Ibid.*, p. 224, n° 118 à p. 237, n° 123.

248. J. LARGUIER et P. CONTE, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 249, n° 264 à p. 255, n° 276.

249. *Ibid.*, p. 249, n° 264.

250. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 745, n° 1215. Le document valant titre est alors décomposé en deux éléments constitutifs.

251. *Ibid.*, p. 528, n° 847.

252. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 267, n°s 270 et s.

Les éléments varient en effet dans leur nombre, mais aussi dans leur nature puisque ces éléments « supplémentaires » tiendront tantôt à la condition préalable, tantôt au préjudice, tantôt à d'autres exigences propres à chaque texte²⁵³. En réalité, ce que suggère cette tendance est une acception générale de l'expression « élément constitutif ». Ceux-ci ne sont rien d'autre que les conditions indispensables à la caractérisation des infractions, si bien qu'il est logique que leur identification donne lieu à une énumération en droit pénal spécial. Cette synonymie suggérée par les études de droit pénal spécial n'est du reste pas nouvelle : on la trouve parfois de manière patente dans certains ouvrages anciens.

2. Une synonymie patente

92. Un héritage des études exégétiques – Une telle utilisation des éléments constitutifs lors de l'étude des textes d'incrimination n'est pas récente. Elle est au contraire l'héritage d'œuvres exégétiques anciennes dans lesquelles les éléments constitutifs n'étaient en réalité rien d'autre qu'un vocable désignant les différentes conditions de l'infraction. L'œuvre de Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE est à ce titre édifiante. La dualité est ainsi admise par principe et les auteurs ont tendance à identifier systématiquement un fait matériel principal²⁵⁴. Toutefois, l'on remarque tout au long de l'ouvrage une utilisation très générale des éléments constitutifs, ceux-ci permettant de viser, sous un vocable unique, toutes les conditions d'existence des infractions envisagées. Par exemple, s'agissant des violences volontaires ayant entraîné une interruption de travail inférieure à vingt jours, il est expliqué qu'« il faut que le prévenu ait fait des blessures ou porté des coups, c'est là l'élément matériel du délit ; qu'il ait agi volontairement, c'est-à-dire avec intention de nuire »²⁵⁵, étant alors précisé que « le deuxième élément du crime ou du délit est la volonté »²⁵⁶. À ces deux éléments s'en ajoute cependant un troisième qui est relatif au fait que les violences « n'aient pas produits une incapacité de travail de plus de vingt jours »²⁵⁷.

253. Ainsi, dans l'ouvrage de Mesieurs PRADEL et DANTI-JUAN, la chose objet du vol qui peut s'analyser en condition préalable est présentée par les auteurs comme un élément constitutif. Ceci est d'ailleurs d'autant plus étonnant que Monsieur PRADEL affirme dans d'autres ouvrages que la condition préalable se situe en effet en amont des éléments constitutifs car elle est « le domaine dans lequel se réalise l'infraction » et est de ce fait « extra-pénale ». J. PRADEL, *Principes de droit criminel, op. cit.*, p. 71, n° 54). En outre, dans le cadre des risques causés à autrui, la condition préalable tenant à l'obligation de sécurité ou de prudence est bien présentée comme étant préalable et non constitutive. J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 528, n° 848, concernant le vol, et p. 128, n° 131, concernant les risques. De même, dans le manuel de Monsieur VÉRON, la chose objet du vol est subdivisée en deux éléments constitutifs distincts (M. VÉRON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 269, n° 369), de même que le premier mariage est un élément constitutif de la bigamie (*ibid.*, p. 421, n° 584) alors que la remise dans l'abus de confiance est bien présentée comme étant préalable aux différents éléments constitutifs (*ibid.*, p. 310, n° 438).

254. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal, op. cit.*, t. 1, p. 305, n° 196. V. égal. *ibid.*, t. 4, p. 33. La volonté ne fait l'objet de développements spécifiques que dans certains cas particuliers impliquant des précisions, ce qui est assez classique dans les ouvrages du début du XIX^{ème} siècle.

255. *Ibid.*, t. 4, p. 25, n° 1330.

256. *Ibid.*, t. 4, p. 34, n° 1336.

257. Dans un tel cas, la qualification était aggravée. *Ibid.*, t. 4, p. 25, n° 1330.

Assez généralement, on remarque que les éléments ne visent pas uniquement la dimension matérielle ou morale de l'infraction. Au contraire, ils se démultiplient en autant d'éléments autonomes que de conditions essentielles à son existence. Ainsi, s'agissant du vol, les trois éléments constitutifs exposés tiennent à la soustraction, acte matériel consommant le vol²⁵⁸, à la fraude²⁵⁹, et à la chose d'autrui²⁶⁰. De même, s'agissant de l'adultère, Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE affirment que le fait que l'un des agents soit marié est considéré comme « l'un des trois éléments nécessaires pour constituer le crime », les deux autres éléments étant l'union consommée et la volonté coupable de la personne mariée²⁶¹.

Le troisième élément s'explique dans ces différents cas par le fait que la condition préalable n'était alors pas considérée comme ne relevant pas des éléments constitutifs²⁶². Cette spécificité ne permet cependant pas, ici non plus, de justifier totalement de l'existence d'un troisième élément. Ce dernier ne tient en effet pas uniquement à ce qui pourrait être aujourd'hui analysé comme la condition préalable à l'infraction. Concernant par exemple l'infraction d'emploi de substances nuisibles, les auteurs dénombrent là encore trois éléments permettant de constituer l'infraction. Ces trois éléments sont respectivement « que des substances aient été administrées volontairement à autrui ; que ces substances [...] soient nuisibles à la santé ; enfin qu'elles aient occasionné une maladie ou incapacité de travail personnel »²⁶³. Ici, l'élément intentionnel se trouve inclus dans la matérialité du fait (emploi des substances) et les deux autres éléments tiennent respectivement à la condition préalable et à l'obtention du résultat.

93. L'œuvre de GARÇON – Cette tendance à la démultiplication des éléments constitutifs s'observe également quelques années plus tard dans l'œuvre de GARÇON. L'on retrouve ainsi dans le célèbre *Code pénal annoté* l'analyse devenue traditionnelle du vol²⁶⁴, dans laquelle sont

258. *Ibid.*, t. 5, p. 45, n° 1901.

259. Ici, le développement de l'élément moral s'explique sans doute par la précision de l'exigence d'un dol spécial dans le texte d'incrimination. Dans beaucoup d'autres infractions, l'élément moral n'est en effet pas précisé.

260. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, t. 5, p. 29, n° 1884.

261. *Ibid.*, t. 4, p. 317, n° 1606.

262. Sur l'admission de la condition préalable et son développement en doctrine, v. *supra*, n° 79.

263. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, t. 4, p. 80, n° 1381.

264. L'ouvrage de Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE a particulièrement marqué la doctrine, si bien que les ouvrages exégétiques de la seconde moitié du XIX^{ème} reprennent des présentations très similaires. V. par ex. s'agissant du vol J.-E. BOITARD, *Leçons de droit criminel, contenant l'explication complète des Codes pénal et d'instruction criminelle*, 10^{ème} éd., Cotillon éd., 1872, p. 393, n^{os} 414 et s., ou A. BLANCHE, *Études pratiques sur le Code pénal*, *op. cit.*, t. 5, p. 395, n° 418. Dans ce dernier ouvrage, la présentation surprend par ailleurs. Monsieur BLANCHE semble en effet particulièrement attaché à la dualité de l'infraction. Il conteste ainsi la présentation traditionnelle du faux en trois éléments car la définition du faux « ne doit comprendre que les deux éléments constitutifs de tous les crimes, l'élément physique et l'élément intentionnel » *ibid.*, t. 3, p. 165, n° 123. Selon lui, l'analyse en trois éléments laisse penser que le faux serait un crime d'une nature particulière en suggérant que l'adjonction d'un troisième élément serait nécessaire, alors qu'il « n'est pas de nature exceptionnelle. Il existe sous les mêmes conditions que les autres crimes, il est constitué dès qu'il y a coexistence de l'élément matériel et de l'élément moral. » *Ibid.*, t. 3, p. 164, n° 123.

identifiés trois éléments constitutifs, l'un d'eux étant relatif à la chose d'autrui²⁶⁵. L'utilisation générale de l'expression est en outre particulièrement patente dans cet ouvrage où le nombre d'éléments tend à augmenter significativement. Il est par exemple expliqué, concernant la trahison de l'article 76 de l'ancien Code pénal, que « les éléments constitutifs de [l'infraction] sont au nombre de quatre ». Ces éléments consistent dans le fait que l'auteur soit français, qu'il s'agisse d'un secret de défense nationale, qu'il y ait eu livraison ou possession d'un tel secret et enfin que cette livraison soit faite à une puissance étrangère²⁶⁶. De même, dans l'infraction d'abus de confiance l'auteur identifie jusqu'à six éléments constitutifs²⁶⁷... Or, tout comme *La théorie du Code pénal* de Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE, le *Code pénal annoté* a eu une influence remarquable. L'analyse des textes proposée par GARÇON est en effet fréquemment reprise, de sorte qu'une utilisation générale des éléments constitutifs s'est perpétuée en la matière et s'observe aujourd'hui dans les manuels de droit pénal spécial. En cette matière, encore plus qu'en droit pénal général, les éléments ne semblent désigner que les conditions d'existence des infractions. Ils ne sont que les éléments des incriminations.

94. La synonymie élément/condition – Du reste, la synonymie ne résulte pas seulement de la démultiplication des éléments dans les ouvrages exégétiques. Elle apparaît aussi à travers l'interchangeabilité des termes. Dans l'ouvrage de CHAUVEAU et HÉLIE, les développements relatifs à la corruption en sont un des nombreux exemples. Il y est écrit que le texte d'incrimination « établit avec beaucoup de netteté les trois éléments constitutifs du crime, les trois conditions dont le concours seul peut justifier l'application de ses pénalités »²⁶⁸. L'absence de spécificité terminologique, associée à la démultiplication des éléments constitutifs dans l'analyse des textes d'incrimination entraînent ainsi dans l'ouvrage de Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE une confusion parfaite entre l'élément et la condition, les premiers n'ayant aucune particularité. Plus précisément, le recours aux deux éléments alors utilisés par la jurisprudence est utile essentiellement pour rappeler le principe général de la complémentarité entre le fait et la volonté²⁶⁹, mais il n'est utilisé pour le reste que dans le cadre de l'énumération des conditions requises par chaque texte. La dualité d'éléments, si elle est affirmée par principe, n'est pas mise au service d'une analyse des infractions. Le terme « élément » ne semble ainsi pas prendre un sens spécifique dans la *Théorie du Code pénal*, non plus que dans d'autres ouvrages anciens. Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE ne sont en effet pas les seuls à tenir les termes pour synonymes.

265. E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, t. 2, p. 570, note n° 1.

266. *Ibid.*, t. 1, p. 307, note n° 5.

267. *Ibid.*, t. 3, p. 175, note n° 6.

268. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal, op. cit.*, t. 2, p. 597, n° 834.

269. Ainsi peut-on lire assez classiquement qu'« un crime a deux éléments, la matérialité du fait, et la criminalité de l'agent ». *Ibid.*, t. 1, p. 305, n° 196. V. également *ibid.*, t. 4, p. 33.

Comme cela a déjà pu être mentionné²⁷⁰, TRÉBUTIEN expliquait en 1854 l'existence de « deux conditions essentielles et constitutives de la criminalité ». Ces conditions étaient mentionnées en marge comme étant les « éléments nécessaires à l'existence d'une infraction »²⁷¹.

95. Une méthode d'identification révélatrice de la synonymie – En outre, y compris dans les méthodes d'identification des éléments constitutifs proposées, la confusion est prégnante. Par exemple, lorsqu'ORTOLAN explique comment identifier les éléments, il préconise de se reporter à la définition donnée par la loi de chaque infraction, de l'analyser avec soin et d'en faire « sortir tout ce qui est la condition *sine qua non* de l'existence du délit ». Et de conclure : « ce sont là les faits ou éléments constitutifs »²⁷². La technique d'identification mise au point par ORTOLAN correspond ainsi tout à fait à la démarche adoptée par Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE, puis plus tard par GARÇON. Lorsque dans la *Théorie du Code pénal* sont présentés les éléments constitutifs d'une infraction, il est en fait simplement mis en lumière les différentes conditions la composant. Il en va de même dans le *Code pénal annoté*. Dans l'ouvrage d'ORTOLAN²⁷³, comme dans ceux de CHAUVEAU et HÉLIE ou de GARÇON, la terminologie permet ainsi tout au plus d'insister sur le caractère indispensable de certaines conditions. En conséquence, l'élément constitutif semble avoir pour seule spécificité de conditionner l'existence de l'infraction.

96. Perpétuation de la synonymie – Il est certain que ces ouvrages sont antérieurs à l'émergence de la notion de condition préalable, de sorte que la distinction entre la condition et l'élément n'avait sans doute pas le même intérêt qu'aujourd'hui. Cependant, le recours aux éléments semble y appeler une simple énumération de données indispensables, bien plus qu'il ne permet de dégager une structure commune. Aujourd'hui, malgré l'importance théorique prise par les éléments constitutifs, l'enjeu semble être resté dans une grande mesure le même. Étonnamment, la nature particulière de la condition n'est appréhendée que par le caractère préalable à l'infraction. En effet, la démarche en droit pénal spécial reste très proche des méthodes de Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE et des ouvrages similaires qui ont suivi. Il s'y observe en effet toujours une certaine démultiplication des éléments identifiés, mais aussi une certaine absence d'uniformité entre les analyses selon les infractions envisagées²⁷⁴.

270. V. *supra*, n° 49.

271. E. TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 90.

272. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 453, n° 1059.

273. Dans cet ouvrage, il y a en outre pareillement une interchangeabilité des termes. Ainsi peut-on par exemple lire que les délits intentionnels sont ceux « dans lesquels l'intention est une condition constitutive du délit même ». *Ibid.*, p. 251, n° 609.

274. Cette tendance s'observe notamment pour les infractions non intentionnelles qui prennent chez certains auteurs une structure particulière, mais pas uniquement. À titre d'exemple, Monsieur VÉRON opte pour le meurtre, comme pour la majorité des infractions, pour la distinction traditionnelle matérialité/moralité. Pourtant, dans le cas du vol, quatre éléments sont identifiés sans que cette particularité structurelle ne soit expliquée autrement que par les exigences des textes. V. M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, op. cit.

La synonymie n'est pas nouvelle, au contraire. Elle est néanmoins accentuée par la valorisation du caractère indispensable. Associées, ces deux tendances tendent à restreindre l'utilité des éléments.

Section 2 – La perte d'utilité des éléments

97. Justification possible à l'utilisation des éléments – L'utilisation des éléments en droit pénal spécial trouve une justification théorique. Selon certains auteurs, aux éléments généraux et communs à toutes les infractions s'ajouteraient des éléments spéciaux, propres à chacune d'elles. Une infraction ne serait donc pas constituée uniquement des éléments légal, matériel et moral. À ces trois éléments s'en ajouteraient d'autres, dépendants des exigences textuelles.

La justification est, il faut l'admettre, séduisante. Elle permet une conciliation entre la fonction de généralisation des éléments et le détail nécessaire des différentes conditions légales d'existence des différentes infractions. Cependant, cette justification se révèle insuffisante. Elle ne permet pas de lever toutes les difficultés liées au rapprochement entre éléments et conditions et les incohérences que cette proximité fait naître. Surtout, admettre l'adjonction d'éléments généraux et spéciaux conduit à légitimer les énumérations faites en droit pénal spécial au prix de la remise en cause de toute utilité des éléments. Dès lors que les éléments constitutifs appellent une énumération de conditions, ils ne permettent pas de dégager un schéma d'analyse. Malgré un caractère séduisant lié à la justification qu'elle propose à l'énumération de conditions auxquelles donnent lieu beaucoup d'analyse de droit pénal spécial, la distinction entre les éléments spéciaux aux éléments généraux (I) se révèle donc contestable (II).

§ 1. La distinction éléments généraux et spéciaux

98. Exposé de la distinction – Une explication à la tendance observée en droit pénal spécial peut être trouvée dans la distinction doctrinale faite entre les éléments constitutifs généraux et les éléments constitutifs spéciaux. L'idée développée par certains auteurs est que toute infraction est constituée en premier lieu des éléments généraux. Ces éléments renvoient au triptyque légalité, matérialité, moralité (et/ou injuste). Ils sont dits généraux, car communs à toutes les infractions. S'y ajoutent des éléments spéciaux, qui sont, eux, propres à chaque infraction. Ces éléments sont donc spécifiques et viennent en supplément des éléments généraux. Ils se déduisent directement des textes d'incrimination.

La distinction est peu utilisée dans les manuels récents qui n'en font du reste pas état²⁷⁵. Elle permet toutefois d'expliquer de manière assez convaincante l'utilisation faite des éléments en droit pénal spécial. Développée par LAINÉ, elle consiste à admettre que les éléments légal, matériel et moral sont des éléments, « essentiels » et « communs » à toutes les infractions²⁷⁶. À côté de ces éléments, il existe au sein de chaque infraction d'autres éléments « propres » à elle et qui « la distinguent des autres »²⁷⁷. La distinction fut reprise par GARRAUD qui explique quant à lui que « toute infraction se constitue de deux espèces d'éléments bien distincts : les uns lui sont communs avec toutes les autres infractions : ce sont les éléments généraux, constitutifs de tout délit ; les autres lui servent d'éléments propres, lui assignent une place à part, lui donnent un caractère particulier : ce sont les éléments spéciaux, constitutifs de tel délit. De sorte que toute infraction, comme tout individu a deux noms : un nom de famille : on l'appelle une infraction ; un nom propre : on l'appelle un vol, un faux, un meurtre. »²⁷⁸. Les éléments spéciaux, propres à chaque infraction permettent ainsi pour chacune d'elle « de l'individualiser parmi toutes les infractions classées et étudiées par le droit pénal spécial »²⁷⁹.

99. Conciliation – Une telle distinction permet indéniablement de concilier l'utilisation faite des éléments en droit pénal général avec celle faite en droit pénal spécial. Les éléments généraux conservent en effet leurs particularités. Outre le fait qu'ils sont indispensables à la caractérisation des infractions, ils conservent leur caractère commun. Ils demeurent donc liés à l'effort de conceptualisation de l'infraction dont ils expriment la structure. Quant aux éléments spéciaux, ils répondent aux exigences du droit pénal spécial pour lequel un détail de chaque condition requise est nécessaire pour exposer exhaustivement les exigences de chaque incrimination. La conciliation permise par l'adjonction des deux types d'éléments est donc évidente. Elle permet une justification de la différence qui s'observe entre les deux pans de la matière. En droit pénal général, les éléments gardent leurs spécificités et permettent une étude théorique et analytique de l'infraction. Ils révèlent ainsi le socle minimal de l'infraction, celui sans lequel l'incrimination ne saurait répondre aux exigences du principe de légalité. En droit pénal spécial, les éléments appellent davantage une énumération des données nécessaires à la caractérisation des infractions.

Par conséquent, la distinction éléments généraux et spéciaux permet d'expliquer beaucoup des incohérences décelables dans les analyses actuelles. Le préjudice serait ainsi un élément supplémentaire en raison de son caractère spécial. Il s'ajoute aux trois éléments généraux dont la

275. On la trouve toutefois exposée dans l'ouvrage de Monsieur VOUIN. R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, *op. cit.*, p. 148, n° 230.

276. A. LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 98, n° 124.

277. *Ibid.*

278. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 91, n° 45.

279. R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, *op. cit.*, p. 148, n° 230.

composition ne peut se trouver modifiée pour une infraction en particulier. Même l'autonomie de la condition préalable se trouve préservée. Les éléments spéciaux perdent sans doute leur caractère commun, mais il est possible de considérer qu'ils restent internes et contemporains à l'infraction.

Si intéressante soit-elle, cette distinction est toutefois particulièrement contestable. Non seulement la justification à la démultiplication des éléments par ce biais est insuffisante, mais encore la distinction entraîne une relativisation de l'utilité des éléments comme outil d'analyse.

§ 2. Une distinction contestable

100. Une justification incomplète – La distinction proposée par certains auteurs entre les éléments généraux et les éléments spéciaux permet d'expliquer les différences d'utilisation qui s'observent entre la partie générale et la partie spéciale du droit pénal. Toutefois, la justification se heurte à de sérieuses limites. Elle se révèle insuffisante et ne permet pas de lever toutes les difficultés. Comment expliquer, par exemple, que le préjudice puisse être un élément autonome alors que d'autres conditions sont intégrées aux éléments généraux ? En réalité, la distinction permet tout juste d'apporter un semblant de justification à l'utilisation générale des éléments constitutifs et à l'imprécision de l'outil. Elle n'est qu'une justification de façade à la synonymie latente entre les éléments et les conditions d'existence des infractions. Dès lors, les éléments n'auront d'utilité que dans le cadre du droit pénal général. Surtout, et de manière fort regrettable, ils ne pourront plus avoir pour fonction ni de préciser la définition de l'infraction ni de systématiser les analyses.

Séduisante, la distinction entre les éléments généraux et les éléments spéciaux n'est donc pas probante. Outre le fait qu'elle ne permet pas d'expliquer certaines incohérences (**A**), elle conduit à cantonner l'utilité des éléments à la seule partie générale de la matière (**B**).

A. Des incohérences persistantes

101. Une justification *a posteriori* – Les limites à la justification par le recours aux éléments spéciaux des énumérations faites en droit pénal spécial s'expliquent en partie par le fait que cette justification n'a été faite qu'*a posteriori*. On ne trouve pour la première fois l'explication que dans l'ouvrage de LAINÉ qui date de 1879. Or, certains ouvrages exégétiques mentionnaient déjà depuis quelques années les éléments de l'infraction, mais sans procéder à une étude des textes d'incrimination ordonnée autour des deux éléments dégagés par la jurisprudence. L'un des exemples déjà évoqué est celui de la *Théorie du Code pénal* de Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE dont la première édition date des années 1830. Si les auteurs faisaient bien référence aux éléments constitutifs et mentionnaient par principe la dualité d'éléments, l'analyse des textes

donnait lieu à une énumération d'éléments exigés par les textes, sans que les éléments matériel et moral soient toujours expressément mentionnés. Par conséquent, la distinction opérée par LAINÉ entre les éléments généraux et les éléments spéciaux ne paraît qu'une justification à l'utilisation faite des éléments dans les analyses exégétiques. En atteste l'exemple donné par l'auteur de l'infraction de vol pour laquelle les éléments identifiés sont en tous points conformes à ceux avancés dans la *Théorie de Code pénal*²⁸⁰.

102. L'absence de maintien de la structure générale – Par ailleurs, la proposition de LAINÉ ne permet pas toujours de justifier les éléments identifiés dans l'étude des incriminations. En effet, si les éléments généraux sont des éléments communs à toutes les infractions, ils en constituent le socle minimum. Ils sont les éléments de base devant toujours se retrouver. Or, les analyses des textes font parfois l'économie d'un des éléments. C'est le cas dans la *Théorie du Code pénal*, où l'élément moral n'est pas systématiquement explicité²⁸¹. Le plus souvent, il n'est développé de manière autonome que dans les cas où une intention particulière est exigée, ou pour les infractions nécessitant une faute²⁸². L'absence de maintien des éléments généraux apparaît également aujourd'hui dans les études des infractions non intentionnelles. Le recours aux éléments spéciaux ne peut expliquer la particularité des éléments retenus en la matière, ceux-ci n'étant pas conformes au triptyque général. Plus précisément, dans ce cas, il n'y a pas un élément spécial venant s'ajouter aux éléments généraux, mais une division de l'élément matériel en deux éléments distincts tenant au résultat et au lien de causalité²⁸³. L'énumération procède ici du détail des textes d'incrimination, mais elle ne correspond pas à l'adjonction d'éléments spéciaux au schéma de base matérialité/moralité.

Par ailleurs, le schéma éléments généraux/éléments spéciaux laisse théoriquement une place à la condition préalable. En raison de son antériorité, celle-ci demeure autonome et extérieure aux éléments constitutifs. En principe, elle ne devrait donc pas être considérée comme un élément spécial. Or, et malgré le fait qu'elle soit une notion utile essentiellement en droit pénal spécial, elle ne se maintient pas systématiquement lors des analyses des incriminations. Théoriquement, son autonomie peut se cumuler avec l'idée d'éléments spéciaux. Mais en réalité, ce cumul complexifie l'analyse et les auteurs ont parfois tendance à ajouter la condition préalable au nombre des éléments. Elle devient donc dans beaucoup de cas un élément spécial, propre à certaines infractions. Du reste, la théorie des circonstances aggravantes comme éléments constitutifs des infractions aggravées développée dans des thèses récentes semble *de facto*

280. Comp. A. LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 98, n° 123, et A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., t. 5, p. 29, n°s 1884 et s.

281. V. *supra*, n° 92.

282. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., t.4, p. 118, n° 1409.

283. La causalité est souvent intégrée à l'élément matériel en doctrine. V. not. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 174, n° 302.

remettre en cause l'autonomie de la condition préalable. Dans le cadre de l'infraction aggravée, le statut de la victime ou le lieu de commission des faits seront en effet des éléments spéciaux ou partiellement généraux. Pourtant, ils ne sont pas internes à l'infraction. Leur existence précède temporellement sa réalisation²⁸⁴. Dans le cadre de l'infraction simple, ils n'en seraient donc que des conditions préalables.

103. Incohérence relative à l'autonomie du préjudice – De la même manière, des incohérences majeures existent quant à l'autonomie accordée à certains éléments spéciaux. En effet, toutes les conditions indispensables à la caractérisation d'une infraction ne seront pas systématiquement considérées comme des éléments autonomes. Par exemple, lorsqu'un mobile est exigé, celui-ci n'est pas envisagé comme un élément spécial autonome. En raison de son lien avec l'élément moral, il l'intègre naturellement, souvent au titre de l'exigence d'un dol spécial²⁸⁵. À l'inverse, pourtant, le préjudice est lui érigé en élément autonome. Or, il est difficile de trouver une justification à la différence de traitement opérée²⁸⁶. Le préjudice est très proche du résultat de l'infraction dans les infractions contre les biens, d'autant que la Cour de cassation par la souplesse dont elle fait preuve en la matière semble admettre que l'existence du préjudice est inhérente à la réalisation de l'infraction. Il peut ne pas être de nature pécuniaire²⁸⁷ et peut surtout « découler en considération des circonstances de fait directement de la seule constatation du détournement »²⁸⁸ dans le cas de l'abus de confiance. Autrement dit, la commission de l'infraction et la réalisation du résultat (le détournement du bien) semblent entraîner *de facto* un préjudice pour la victime²⁸⁹. Du reste, non seulement le préjudice rejoint le résultat en ce qu'il est un effet de l'infraction, mais encore est-il intimement lié à la réalisation du résultat. Le plus souvent, ne résulte-t-il pas du seul détournement du bien et de l'atteinte au droit de propriété qui en résulte ? Il est de ce point de vue une individualisation du résultat légal

284. V. *supra*, n° 84.

285. V. *supra*, n° 75.

286. Du reste, l'idée selon laquelle le préjudice pourrait être un élément autonome est peu admissible car elle reviendrait à admettre qu'un élément constitutif puisse parfois faire l'objet d'une présomption irréfragable. Dans le faux en écriture publique ou authentique (Code pén. art. 441-4), le préjudice est irréfragablement présumé. L'idée d'une présomption irréfragable prive totalement les éléments constitutifs d'intérêt. Pour une critique de la souplesse des juges en la matière, v. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Ellipses, collection Cours magistral, 2016, p. 518-519, n° 1127.

287. Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 24 ; *D. actualité* 2015, note L. PRIOU-ALIBERT ; *D.* 2015, p. 845, note L. SAENKO ; *AJ pén.* 2015, p. 311, obs. G. BEAUSSONIE ; *D.* 2015, pan. p. 1506, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2015, n° 64, obs. M. VÉRON.

288. Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 80 ; Cass. crim., 26 oct. 1994, *Bull. crim.*, n° 340 ; *RSC* 1995, p. 582, obs. R. OTTENHOF.

289. Une solution similaire existe en matière d'escroquerie, encore que de manière assez surprenante, la Cour ne déduit pas forcément le préjudice de la remise, mais « de ce que l'acte n'a pas été librement consenti », ce qui suggère qu'« au lieu d'une atteinte au patrimoine [...], l'escroquerie causerait ainsi une atteinte au consentement ». L. SAENKO note sous Cass. crim., 28 janv. 2015, *D.* 2015, p. 845. V. égal. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, *op. cit.*, p. 15, n° 11, et X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, 2002, LGDJ, p. 81, n° 67.

de l'infraction dans la personne de la victime²⁹⁰. Or, le résultat n'est pour sa part jamais un élément spécial. Pour la grande majorité des auteurs, il est en effet une composante de l'élément matériel. Indispensable à la caractérisation des infractions matérielles, il est communément admis qu'il relève de leurs éléments constitutifs. Cependant, parce qu'il est la conséquence de l'acte accompli par l'agent, il dépend de l'élément matériel de ces infractions²⁹¹. Pour autant, il n'est pas une composante systématique de cet élément. L'intégration du résultat à l'élément matériel ne peut en effet être totalement généralisée en raison de la distinction existant entre les infractions matérielles, formelles et obstacles²⁹². Parce que les deux dernières ne sont pas conditionnées par la réalisation du résultat réel, celui-ci ne participe pas « de leur matérialité constitutive, générant ainsi une distinction entre les infractions matérielles et les infractions formelles ou obstacles »²⁹³. Il s'ensuit que l'élément matériel serait composé d'une constante, le comportement, auquel s'ajoute une variable, le résultat²⁹⁴.

Comment justifier alors que le préjudice puisse être un élément autonome, là où le résultat n'est qu'une composante de l'élément matériel ? La composition de l'élément matériel est déjà fonction du type d'infraction considérée dès lors que le résultat redouté par le législateur n'a à être vérifié que pour une catégorie particulière d'infraction. L'autonomie du préjudice est donc surprenante. La composition des éléments est fonction de l'infraction – ou du type d'infraction – considérée. Rien ne s'oppose en conséquence à ce que le préjudice intègre l'élément matériel lorsqu'il est exigé, de même que le mobile intègre en certains cas l'élément moral. Aucune explication autre que son caractère supplémentaire n'étant avancée pour justifier l'autonomie du préjudice comme élément constitutif, rien ne permet de justifier cette position.

290. V. *infra*, n° 359.

291. V. not. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, 2003, L'harmattan, p. 503, n° 763 ; V. MALABAT, « Le délit dit de « mise en danger », la lettre et l'esprit », *JCP* 2000, doct. 208 ; Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *op. cit.* Dans les manuels, l'étude du résultat est par conséquent majoritairement intégrée à l'étude de l'élément matériel. V. not. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 170 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 481, n° 422 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 173, n° 162 ; J. PRADEL, *Traité de droit pénal et de sciences criminelles comparées*, *op. cit.*, p. 357, n° 395 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 180, n° 312 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 160, n° 164. V. égal. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 33 et s.

292. Une généralisation parfaite de la composition de l'élément matériel est néanmoins possible dès lors que l'on retient la distinction entre le résultat réel, résultat redouté par le législateur, et le résultat légal, fixant le seuil de consommation des infractions. Ce second résultat pourra être une atteinte à la valeur protégée pour les infractions matérielles. Il rejoindra alors le résultat réel. Il pourra au contraire se situer en amont dans les infractions formelles et obstacles.

293. Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *op. cit.*

294. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 173, n° 162. Sur la caractéristique variable de l'élément matériel selon la nature des infractions, v. V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 443.

104. Incohérence relative à l'autonomie des circonstances aggravantes – De la même manière, admettre les circonstances aggravantes comme des éléments autonomes peut sembler incohérent. Certaines d'entre elles sont en effet intimement liées à l'un des éléments généraux. Tel est le cas de la préméditation vis-à-vis de l'élément moral, ou encore du mobile. Celui-ci n'est en effet souvent pris en compte qu'au titre de l'aggravation. Ainsi en est-il pour le meurtre à raison de l'orientation sexuelle de la victime²⁹⁵. Si l'infraction aggravée est effectivement une entité juridique autonome, cette circonstance aggravante ne vient-elle pas simplement modifier la consistance de son élément moral, plutôt que de s'y ajouter en tant qu'élément autonome²⁹⁶ ? Le même raisonnement peut être suivi s'agissant de l'usage d'une arme. Dans le cas par exemple de violences volontaires commises avec l'usage d'une arme²⁹⁷, cet usage semble davantage intégrer la matérialité du comportement, surtout lorsque la violence résulte de cette utilisation. L'acte matériel de violence ne peut que difficilement être dissocié de la circonstance aggravante qui en constitue le moyen de réalisation.

L'usage fait des éléments constitutifs apparaît excessif et bien trop systématique pour être justifié. Omniprésent en droit pénal, tout semble devoir être un élément de l'infraction. Les éléments apparaissent essentiellement être une manière de valoriser certaines données, mais au détriment d'une cohérence d'ensemble. La distinction entre les éléments généraux et spéciaux n'est qu'un semblant de justification à une utilisation parfaitement générale des éléments qui ne tendent concrètement qu'à être une expression permettant de désigner les conditions requises par les textes. Du reste, la distinction emporte avec elle la remise en cause de la fonction théorique de systématisation des éléments constitutifs.

B. L'utilité des éléments cantonnée au droit pénal général

105. L'absence d'utilité en droit pénal spécial – Que ce soit sous couvert du recours aux éléments spéciaux ou non, les éléments constitutifs ne permettent, en droit pénal spécial que d'isoler et d'expliquer les différentes exigences requises par les textes. Les éléments n'ont alors pas la même fonction en droit pénal général et en droit pénal spécial. En droit pénal général, ils permettent de préciser la structure interne de l'infraction et d'établir un ordre logique dans l'analyse des infractions afin d'en permettre une caractérisation minutieuse. Par conséquent,

295. Code pén. art. 221-4, 7°

296. En réalité, dans ce cas, la circonstance modifie à la fois la perception de l'élément moral et celle de l'élément matériel. Pour le mobile raciste ou discriminatoire, l'article du Code pénal exige en effet une manifestation matérielle du mobile. La circonstance aggravante ne peut être constituée que si « l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, utilisation d'images ou d'objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur orientation ou identité sexuelle vraie ou supposée ». Code pén. art. 132-77.

297. Code pén. art. 222-13, 10°.

leur utilité ne devrait pas être cantonnée au droit pénal général. Au contraire, le schéma fourni devrait pouvoir être transposé pour chaque texte d'incrimination afin d'en permettre une étude méthodique.

L'énumération de conditions est par contre assez peu compatible, tant avec l'idée d'une systématisation de l'analyse des infractions, qu'avec celle selon laquelle un schéma d'analyse serait fourni par les éléments généraux. La systématisation n'est pas possible dès lors que les éléments généraux sont fondus dans la masse des différents éléments identifiés et ne se maintiennent pas systématiquement. Le fait que l'étude des infractions ne soit pas systématiquement faite en faisant mention des éléments généraux et en les spécifiant remet en cause l'idée d'une structure commune. Bien plus, elle suggère une dissociation fort problématique entre l'étude générale de l'infraction et son étude spéciale, au moins lorsqu'il y a en droit pénal spécial un affranchissement du schéma d'étude fourni par le droit pénal général.

De même, l'idée d'un ordre logique dans l'analyse des faits devient difficilement concevable. À ce titre, LAINÉ expliquait que les éléments généraux sont ceux « que le juge doit examiner avant tout »²⁹⁸, ce qui suggère qu'ils devraient être vérifiés avant les éléments spéciaux. Cependant, selon les incriminations, un tel ordre peut manquer de cohérence, notamment lorsque les éléments spéciaux se trouveront en lien étroit avec l'un ou l'autre des éléments généraux. Les énumérations faites en droit pénal spécial ne suivent d'ailleurs pas une telle logique. Il semble en effet bien plus cohérent de vérifier dans un premier temps tous les éléments liés à la matérialité des faits puis ceux liés à la moralité. L'ordre logique imposé par les éléments généraux demeure donc, mais il n'est plus mis en valeur, ce qui est regrettable. Les éléments constitutifs sont simplement une suite de vérifications.

106. Une utilité potentielle en droit pénal spécial – Pourtant, l'outil est prometteur au regard des deux matières. Le droit pénal spécial pourrait en effet tirer profit du schéma proposé par les éléments généraux, notamment en terme d'uniformisation des analyses des différents textes. Le nombre d'éléments identifiés pour une infraction donnée devrait être invariable. Il est fonction des exigences légales, non des courants doctrinaux. Le détail des exigences de chaque incrimination peut du reste parfaitement être effectué dans le cadre donné par les éléments généraux. Les ouvrages de Madame RASSAT ou de Monsieur CONTE en attestent. L'étude de chaque infraction suit le schéma logique donné par les éléments généraux admis par ces auteurs. En outre, si les éléments ont théoriquement vocation à fournir un schéma d'analyse des infractions, d'un point de vue plus pratique, ils ont une fonction essentielle, celle de permettre la qualification des faits. Or, les exigences de l'exercice de qualification ne peuvent se satisfaire d'une vérification désordonnée de conditions. C'est dans cet exercice que l'existence

298. A. LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 98, n° 124.

d'un schéma prédéfini d'analyse prend tout son sens. Par la revalorisation du caractère commun des éléments, ceux-ci pourraient par conséquent se révéler être un outil prometteur. Du point de vue du droit pénal général, leur lien avec la conceptualisation de l'infraction n'en serait que renforcé. D'un point de vue plus pratique, les éléments auraient alors réellement pour fonction de guider l'analyse de l'infraction.

Au reste, même certains éléments spéciaux s'inscrivent dans une démarche de systématisation. La transcription du préjudice et des circonstances aggravantes en éléments constitutifs l'illustre. L'intérêt d'ériger en élément constitutif la circonstance aggravante est en effet de faire ressortir la particularité des infractions aggravées qui présentent une structure certes spécifique, mais tout de même commune à toutes les infractions de cette catégorie. De la même manière, la généralisation de l'analyse du préjudice comme élément de certaines infractions contre les biens met en valeur une catégorie particulière d'infraction, les infractions de préjudice. Il apparaît dès lors que les éléments constitutifs restent liés à une démarche de systématisation de l'analyse des différentes infractions. Mais il est particulièrement regrettable que cette démarche ne soit que catégorielle. L'approfondissement des différentes catégories d'infractions conduit à insister sur les structures propres des infractions de chacune de ces diverses catégories. Or, la multiplication des structures particulières est néfaste à une éventuelle conceptualisation de l'infraction, car elle met en valeur les spécificités de chaque catégorie au détriment de l'idée d'une structure commune. La catégorisation présente sans doute l'intérêt de permettre d'insister sur les similitudes au sein d'une même catégorie, mais elle fait parfois oublier que derrière toutes ces catégories – dont le nombre ne cesse au demeurant d'augmenter – il existe un concept primaire et général qu'il est nécessaire de préciser. Les différents types d'infractions ne se définissent et, éventuellement, ne se particularisent que par rapport à lui. Or, de ce point de vue, il existe encore trop d'incertitudes sur la structure générale de l'infraction et sur les éléments généraux qui la constituent.

Ce constat de la très grande variabilité dans les éléments identifiés, souvent fait par des auteurs étrangers, est regrettable. Il trahit l'absence de théorie française de l'infraction et les difficultés de précision de sa structure. Monsieur AMBOS dénombrerait ainsi récemment sept variantes dans l'analyse française de l'infraction²⁹⁹. Le constat est partagé par Monsieur MANACORDA qui déplorait lui les approches partiellement différentes proposées par chaque auteur, davantage par « souci d'originalité » que par une volonté de construire une théorie de l'infraction³⁰⁰.

299. K. AMBOS, « Réflexions sur la théorie française de l'infraction pénale du point de vue allemand » in *Vers un nouveau procès pénal ?*, *op. cit.*

300. S. MANACORDA, « Théorie générale de l'infraction, lacunes ou spécificités de la science pénale ? », art. préc.

* *
*

107. Conclusion du Chapitre 2 – Dans une première démarche, générale, les éléments constitutifs ont une fonction relativement évidente, qui réside dans une systématisation des analyses grâce à la mise en place d'un schéma prédéfini. Dès lors que les infractions relèvent d'un même modèle, elles doivent pouvoir être analysées selon le même schéma. Pourtant, cette utilité des éléments est remise en question par l'utilisation qui en est faite lorsque l'étude se concentre sur les incriminations. Lors de l'étude des textes d'incriminations, les auteurs ont tendance à énumérer autant d'éléments que de conditions requises par les textes. Les éléments n'ont alors pas d'identité propre. Constitutifs, ils ne le sont qu'à travers les exigences légales, mais ils portent alors sur les différentes incriminations, non sur *l'infraction*. Cette ambivalence dans la nature et l'objet des éléments est regrettable. Elle les prive de toute identité et de beaucoup de leur utilité potentielle. Leur fonction initiale ne devrait pourtant pas être perdue de vue, malgré les difficultés pratiques auxquelles une entreprise de systématisation pourrait être confrontée. En effet, les éléments constitutifs ont une utilité fondamentale en matière de qualification. Leur vocation n'est pas uniquement de conditionner celle-ci, elle peut être aussi de la guider.

* *
*

108. Conclusion du Titre 1 – Ce premier titre a été l'occasion de revenir sur l'analyse traditionnelle de l'infraction afin d'en proposer un état des lieux. L'étude de l'infraction s'organise majoritairement autour des trois éléments que sont l'élément légal, l'élément matériel et l'élément moral. Deux de ces éléments ont leur origine dans la complémentarité de principe entre le fait et la volonté. Leur affirmation légale est issue d'une loi de 1791 imposant aux juges de se prononcer sur la volonté de l'auteur des faits. Sous l'impulsion de la jurisprudence et de la doctrine, cette loi a encouragé la formulation devenue traditionnelle selon laquelle une infraction est toujours constituée par la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral. Par la suite, la doctrine a déduit de la définition de l'infraction deux autres éléments. Si l'élément légal a été relativement bien reçu, l'élément injuste fait lui l'objet de plus de réserves en raison notamment de son caractère négatif. De la sorte, la position la plus courante est celle retenant trois éléments, l'élément légal étant ajouté aux éléments matériel et moral. Le recours aux éléments constitutifs a permis d'approfondir l'analyse théorique de l'infraction, tout en la présentant à travers un schéma didactique et systématique. C'est en ce sens que les éléments sont devenus un outil d'analyse.

Ce simple constat aurait alors dû conduire une identification de la teneur de l'outil et des

éléments de l'infraction. Mais cette double identification ne pouvait être effectuée abstraction faite de l'état actuel de l'utilisation des éléments, d'autant que l'élément légal entretient un lien plus distendu que les éléments matériels et moraux avec le comportement infractionnel. S'il exprime un principe de la matière et une caractéristique technique de la définition de l'infraction, il n'en retranscrit pas la nature particulière ou la substance. Ce constat fait déjà naître un doute quant à l'identité de l'élément constitutif et quant à la démarche à suivre en vue de l'identification des éléments constitutifs.

Le doute est renforcé par l'utilisation des éléments. En droit pénal général, l'outil conserve sa fonction initiale. La division de l'infraction permet d'en approfondir l'étude, tout en mettant en lumière ses spécificités structurelles et formelles. Mais une approche plus spéciale et dirigée vers les différentes incriminations s'éloigne de cette fonction. Outil de valorisation, les éléments ne sont pas utilisés pour faire ressortir les spécificités de la notion d'infraction, mais pour insister sur les exigences propres à chaque incrimination. Le schéma général d'analyse est alors perdu de vue pour faire place à une énumération qui, si elle répond à n'en pas douter aux exigences du principe de légalité, a pour effet de cantonner l'utilité de l'outil au droit pénal spécial. Constitutifs, les éléments ne le sont que parce qu'ils entrent dans la composition des infractions. La tendance n'est pas nouvelle. Le développement des éléments ne semble pas avoir suivi la même logique dans la dimension générale de la matière et dans sa dimension plus spéciale. Une explication aurait certes pu être trouvée dans la distinction proposée par certains auteurs entre les éléments généraux et les éléments spéciaux. Pour autant, celle-ci s'est révélée insuffisante, d'autant que des incohérences demeurent lorsque l'on procède à une étude d'ensemble des éléments. En réalité – et l'idée qui sous-tend les éléments spéciaux en est l'aveu –, l'étude des éléments constitutifs des incriminations est essentiellement un prétexte à une énumération de conditions. Ce constat est regrettable en ce qu'il affecte l'identité et l'utilité des éléments en droit pénal, dont le succès ne se dément pourtant pas. Or, leur utilité est réelle. Les éléments peuvent être un outil particulièrement riche justement parce qu'ils ont vocation à permettre une analyse approfondie *de l'infraction* et, par suite, une analyse invariable et prédéfinie *des infractions*.

Titre II

Les éléments constitutifs, outil fondamental de qualification

109. La fonction de généralisation, fonction essentielle – L'état actuel de la doctrine ne permet pas de déterminer et d'identifier les éléments, dès lors que leur nature comme leur fonction est partiellement incertaine. Il faut par conséquent repartir de l'intérêt pressenti des éléments. Au regard de ce qui vient d'être vu, il est double : il est tout d'abord théorique et permet une meilleure appréhension et compréhension de l'infraction. Il est ensuite pratique et tient à l'analyse aussi bien des textes que des faits. Ces deux intérêts ne sont pas incompatibles, en attestent certains ouvrages de droit pénal spécial dans lesquels la division générale est maintenue de manière systématique. Plus largement, le succès des éléments suggère une utilité de l'outil. Elle peut justement résider dans l'ordonnancement des vérifications indispensables à la déclaration de responsabilité, par un schéma général et invariable de qualification des faits, lequel serait déduit de la structure générale de l'infraction.

Cet intérêt des éléments est de toute évidence leur intérêt principal, si ce n'est exclusif. D'autres peuvent certes être identifiés, mais ils sont bien moins déterminants. En premier lieu, la localisation de l'infraction ne dépend pas d'eux, mais de la notion plus vague et assurément plus large de « faits constitutifs »¹. L'expression avait été préférée à celle utilisée auparavant à l'article 693 du Code de procédure pénale d'« acte caractérisant l'un des éléments constitutifs de l'infraction »². Elle autorise la localisation de l'infraction au lieu de réalisation d'un acte matériel d'exécution, mais aussi au lieu d'existence de la condition préalable. Elle est en tout

1. Code pén., art. 113-2.

2. Le terme de « fait » a semble-t-il été préféré à celui d'acte en raison de son caractère plus objectif. V. *Débats parlementaires du Sénat, op. cit.*, p. 614, et *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal, op. cit.*, p. 16.

cas interprétée comme telle par la Cour de cassation³, la tendance étant à la décomposition des infractions « en autant de « faits » que possible afin de multiplier les occasions de rattachement au territoire de la République »⁴. Par ailleurs, les éléments constitutifs interviennent certes dans la détermination de la consommation⁵, mais sans en être le critère exclusif. Comme le remarque Monsieur MARÉCHAL, si l'on retient l'extériorité de la condition préalable par rapport aux éléments constitutifs, il est alors plus juste de parler de la réunion des conditions d'existence de l'infraction⁶. Il s'ensuit que si l'intérêt des éléments ne réside pas exclusivement dans une généralisation de l'analyse des infractions, il y tient pour beaucoup.

110. Approche fonctionnelle des éléments – Or, cette dernière fonction permet de dégager une définition fonctionnelle des éléments constitutifs ; d'en préciser l'essence et l'identité. Les éléments imposent un ordre logique dans l'analyse des infractions et jouent un rôle central en matière de qualification. C'est à l'occasion de la qualification des faits que l'ordre de vérification résultant du schéma imposé par les éléments constitutifs se révèle primordial. Et le rôle des éléments en cette matière se dédouble. Ils permettent une comparaison minutieuse du comportement et du texte d'incrimination pressenti, ce qui encourage l'idée d'une énumération de conditions. Mais les éléments constitutifs permettent aussi et avant tout de déterminer ce texte. C'est par une analyse ordonnée du comportement sous ses différents angles que le texte d'incrimination adapté pourra être identifié. La fonction de qualification est ici le prolongement de la fonction d'analyse de la notion d'infraction. Si l'infraction, prise en son sens général possède une structure particulière, toute infraction doit être qualifiée au regard de cette structure. Par ailleurs, on s'en souvient, malgré la diversification des éléments, les deux éléments principaux étaient relatifs à la teneur du comportement infractionnel. Ils permettaient de préciser la substance de l'infraction, entendue comme comportement. De manière générale, les éléments constitutifs peuvent donc guider l'exercice de qualification par les différents angles d'analyse du comportement qu'ils imposent. Ils sont, d'un point de vue pratique, avant tout un outil de qualification, indispensable à l'exercice de qualification (**Chapitre 1**). L'outil précisé dans sa nature et sa fonction, il sera alors possible de dégager le schéma d'analyse et de qualification des infractions (**Chapitre 2**), autrement dit, d'identifier les différents éléments constitutifs dans

3. V. not. Cass. crim., 2 déc. 2009, *Bull. crim.* ; *Dr. pén.* 2010, Comm. n° 42, obs. M. VÉRON, pour une localisation de l'infraction d'abus de confiance au lieu de la remise préalable.

4. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 1308, n° 1870. Comp. A. HUET et R. KOERING-JOULIN, *Droit pénal international*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2005, p. 220, n° 131, qui évoquent eux une tendance des tribunaux « à « atomiser » des infractions afin de les mettre en contact avec le territoire français ».

5. La consommation est souvent définie comme la réunion de tous les éléments constitutifs de l'infraction. A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, th. préc., p. 172, n° 259 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 34, n° 42.

6. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 283, n° 415.

leur essence. Car les incertitudes doctrinales quant aux éléments identifiés et la variabilité des analyses ne peuvent conduire qu'à repenser et préciser ce schéma.

Chapitre 1

L'exercice de qualification

111. Nature et fonction des éléments – Les éléments constitutifs répondent à deux enjeux d'importance similaire. L'un d'eux est théorique : les éléments ont été utilisés par la doctrine pour tenter de préciser la notion d'infraction. C'est pour cette raison qu'ils ont été déduits en partie de sa définition⁷. L'autre est pratique et a précédé historiquement l'enjeu théorique. Il tient à une certaine rigueur dans la qualification du comportement eu égard aux faits accomplis et à la volonté. À cet égard, les éléments ne sont pas à proprement parler des éléments de définition de l'infraction. Si, mis ensemble, ils la constituent, c'est parce ce qu'ils sont issus de sa structure et de la nature du comportement incriminé. Autrement dit, parce qu'ils révèlent la substance de l'infraction, ils peuvent être utiles à l'approfondissement de la notion d'infraction. Mais ils ne sont pas en tant que tel des éléments de définition. C'est pour cette raison, d'ailleurs, que la peine n'a pas sa place au sein des éléments constitutifs, bien qu'elle participe de sa définition technique.

En pratique, la fonction première des éléments est donc de conditionner la qualification des faits, mais en la guidant. C'est en ce sens que les éléments sont un schéma d'analyse. Parce qu'ils invitent le juge à envisager le comportement sous différents angles, il est possible de considérer les éléments comme des angles d'analyse du comportement, imposant un ordre logique et prédéterminé dans la qualification des faits. Du rôle des éléments dans l'exercice de qualification (**Section 1**) peut donc être déduite leur nature (**Section 2**).

7. V. *supra*, n^{os} 53 et s.

Section 1 – Le rôle des éléments en matière de qualification

112. La qualification, enjeu principal – À l’occasion de l’exercice de qualification, les éléments prennent une importance pratique particulière. Ils sont indispensables à la caractérisation de l’infraction et conditionnent par conséquent totalement la qualification. Le lien entre éléments constitutifs et qualification est d’autant plus évident que c’est en fait dans cet exercice que se situe leur intérêt premier. Revenir sur cette fonction des éléments est par conséquent essentiel. D’elle dépend en grande partie la conception à retenir de l’outil. Or, l’exercice de qualification est complexe et peut se concevoir de différentes manières. Non seulement la qualification peut viser l’exercice accompli par le juge ou celui effectué par le législateur, mais en outre, la qualification judiciaire intervient à différents stades de la procédure. Par conséquent, elle ne suit pas toujours totalement la même logique.

Comprendre l’intérêt des éléments en matière de qualification nécessite donc de revenir sur leur rôle dans les exercices de qualification légale et judiciaire **(I)**, ainsi que sur les modalités de l’exercice de qualification judiciaire **(II)**.

§ 1. Un rôle commun aux exercices de qualification légale et judiciaire

113. Un terme polysémique – En matière pénale, le terme de *qualification* recouvre plusieurs opérations. Il désigne l’exercice accompli par le législateur lorsqu’il incrimine un comportement. Il désigne au demeurant l’exercice accompli par le juge ou l’autorité de poursuite lorsqu’ils sont saisis des faits. Ces deux aspects de la qualification doivent être précisés **(A)**, car les éléments interviennent dans les deux cas. Il est par conséquent intéressant de voir dans quelle mesure les éléments sont utiles à l’un et à l’autre. En outre, parce que les éléments interviennent dans les deux exercices, leur objet est nécessairement dual **(B)**. Ils sont tout autant ceux de l’infraction, entendue comme comportement, que ceux de l’incrimination.

A. De la qualification légale et de la qualification judiciaire

114. Généralités – Le terme de qualification⁸ désigne en droit civil en premier lieu une « opération intellectuelle d’analyse juridique, consistant à prendre en considération l’élément qu’il s’agit de qualifier (fait brut, acte, règle, etc.) et à le faire entrer dans une catégorie juridique préexistante [...] en reconnaissant en lui les caractéristiques essentielles de la catégorie de

8. Pour une étude détaillée de la qualification, v. T. JANVILLE, *La qualification juridique des faits*, 2004, PUAM.

rattachement »⁹. En droit pénal, il est un terme polysémique¹⁰, pouvant désigner différentes opérations.

115. Qualification légale : définition – Dans une première acception, la qualification est l'opération accomplie par le législateur lorsqu'il attribue un nom à un comportement qu'il souhaite incriminer¹¹. Ainsi, le fait donner la mort à autrui volontairement est qualifié de meurtre par le législateur. Il s'agit de la qualification légale du comportement¹². Cette qualification est intimement liée à l'opération d'incrimination. Le législateur ne peut en principe pas se contenter de nommer un comportement, c'est-à-dire de le qualifier légalement. Il doit en outre le prévoir, à la fois dans sa dimension objective et dans sa dimension subjective. Sur ce dernier point, l'article 121-3 suffit en réalité à assurer le caractère intentionnel du comportement, de sorte que le législateur peut ne pas définir outre mesure l'infraction dans sa dimension subjective. Reste que si au sens strict, la qualification légale ne désigne que le nom de l'infraction (meurtre, vol, etc.), elle est dépendante de la description qui lui est associée. L'opération de qualification légale renvoie par conséquent à l'exercice d'incrimination. La qualification en elle-même (le nom) n'est que le résultat de l'opération. Cet exercice de définition et de description, propre au droit pénal, est directement imposé par le principe de légalité. Le législateur ne peut se contenter, comme en droit civil, d'un texte général exposant les conditions abstraites dans lesquelles la responsabilité d'une personne peut être engagée¹³. Il doit déterminer le plus précisément et le plus finement possible le comportement particulier susceptible d'engager la responsabilité pénale des individus.

116. Qualification judiciaire : définition – Par ailleurs, la qualification est, selon la définition de GARRAUD, « la détermination du rapport légal existant entre un fait délictueux et les dispositions de la loi qui lui sont applicables »¹⁴. Elle est donc l'opération intellectuelle par laquelle le juge confronte une situation concrète aux prévisions abstraites de la loi et s'assure que les faits coïncident avec les prévisions légales¹⁵. Cette opération est plus précisément désignée

9. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Qualification.

10. En ce sens, E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, 2013, PUAM, p. 28, n° 15.

11. V. not. B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, 1926, LGDJ, p. 5, n° 2, et E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 29, n° 18.

12. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 29, n° 18. V. néanmoins Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 299, n° 280, qui associe davantage cette terminologie à la répartition des infractions entre les crimes, délits et contraventions.

13. Malgré la multiplication de régimes spéciaux de responsabilité, le principe général demeure celui selon lequel « tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé à le réparer » (Code civ. art. 1240). Ce texte général donne les trois conditions essentielles et suffisantes à l'engagement de la responsabilité civile : un fait un dommage et un lien de causalité.

14. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 2, Recueil Sirey, 1909, p. 333, n° 537.

15. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 481, n° 613.

par le vocable de qualification judiciaire¹⁶ des faits¹⁷. Là où la qualification légale est le nom donné par le législateur au comportement qu'il incrimine, la qualification judiciaire est le nom attribué par le juge – ou l'autorité de poursuite – au comportement dont il est saisi. De même que pour la qualification légale, le nom n'est donc que le résultat de l'opération. L'exercice de qualification consiste quant à lui à déterminer le texte applicable.

Par suite de la présentation de Monsieur PERREAU¹⁸, les auteurs estiment majoritairement que la qualification judiciaire s'opère en deux temps¹⁹. Dans le premier, il s'agit de qualifier les faits, c'est-à-dire d'identifier les faits poursuivis avec ceux prévus par les textes d'incrimination. Dans le second, il est nécessaire de qualifier l'infraction, c'est-à-dire de déterminer plus précisément sa nature selon la catégorie (crime, délit, contravention) dont elle relèvera *in fine* en fonction des circonstances de sa commission²⁰. Dans la démarche de la qualification judiciaire, les faits ne seront constitutifs d'une infraction, et donc qualifiés pénalement, que s'ils entrent dans la définition fournie par le texte d'incrimination²¹.

117. Fonction des éléments – Que l'on se situe dans l'opération de qualification légale ou de qualification judiciaire, les éléments constitutifs sont pareillement capitaux. L'on sait qu'en vertu du principe de légalité, le législateur doit décrire précisément et intelligiblement les éléments des infractions qu'il entend incriminer²². Mais c'est essentiellement dans le cadre de la qualification judiciaire que l'intérêt des éléments est évident. C'est par conséquent sur lui qu'il conviendra de s'attarder en premier lieu.

L'opération de qualification du comportement nécessite que le juge confronte les faits

16. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 29, n° 18 ; B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, th. préc., p. 35, n° 12. Elle est qualifiée de judiciaire par opposition à la qualification légale.

17. V. not. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 506, n° 384.

18. Monsieur PERREAU a en effet proposé cette distinction dans sa thèse consacrée à la qualification en matière criminelle. Il relève à ce titre qu'elle avait déjà été pressentie par Monsieur BREUILLAC (*Des changements de qualification*, thèse Lyon, 1905). V. B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, th. préc., p. 8, n° 4.

19. V. not. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 524, n°s 400 et s., et E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 47, n° 45, encore que cette dernière en a une approche plus critique.

20. Par exemple, le fait de soustraire frauduleusement la chose d'autrui sera d'abord qualifié de vol (qualification des faits) puis, selon que les faits ont été commis avec certaines circonstances aggravantes, il sera qualifié de délit ou éventuellement de crime (qualification de l'infraction). Cette distinction est quelque peu artificielle, car la qualification de l'infraction découle directement de la qualification des faits. Elle en est la simple conséquence. La qualification des faits ne s'arrête en effet pas à la caractérisation de l'infraction simple. Elle intègre ses circonstances aggravantes. La qualification de l'infraction conduit ainsi simplement à tirer les conséquences de la qualification des faits, quant à la nature précise de l'infraction commise (crime, délit, de droit commun, militaire... (v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 506, n° 384)) et donc au régime éventuellement applicable.

21. En ce sens, C. AMBROISE-CASTÉROT, « L'objet de la qualification » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, sous la dir. de O. DÉCIMA, Cujas, 2013, p. 19.

22. Pour une affirmation de ce principe par le Conseil constitutionnel, v. not. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; D. 1999, p. 589, obs. Y. MAYAUD ; D. 2000, p. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; AJDA 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; D. 2000, p. 113, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

qui lui sont soumis avec les descriptions légales contenues dans les textes d'incrimination. La qualification ne peut se faire que si les éléments prévus par les textes se vérifient effectivement dans les faits. Le juge doit en conséquence procéder à une telle vérification et établir l'existence des éléments constitutifs de l'infraction en question. Cet enjeu est systématiquement souligné par la doctrine²³. La fonction première des éléments est de conditionner la qualification des faits parce que les éléments sont indispensables à la caractérisation des infractions. Il en résulte que l'intérêt principal des éléments réside dans l'exercice de qualification judiciaire à l'occasion duquel le juge « doit constater avec exactitude chacun des éléments constitutifs du crime ou du délit [...] ; car il ne peut y avoir de crime ou de délit qu'autant que toutes les conditions de l'incrimination de la loi peuvent être présumées se trouver dans les faits qui font l'objet de la poursuite »²⁴.

L'intérêt des éléments dans l'exercice de qualification s'impose de lui-même. Il est de l'essence même des éléments qui sont en premier lieu des conditions *sine qua non* d'existence des infractions²⁵. La qualification du comportement n'est par conséquent concevable que si tous les éléments prévus par les textes se vérifient dans les faits, quelle que soit par ailleurs la conception que l'on retient de ceux-ci. Il s'agit au reste de la conséquence du principe de légalité dont on déduit une obligation pesant sur le législateur de définir les infractions en des termes clairs et précis. Si le législateur doit décrire minutieusement le comportement qu'il entend réprimer²⁶, le juge doit pour sa part s'assurer que les éléments décrits sont bien présents en fait, c'est-à-dire que le comportement correspond en tous points aux prévisions légales.

Au demeurant, cet enjeu se retrouve également dans la démarche plus théorique d'étude des

23. V. not. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., not. p. 110, n° 144 ; B. PERREAU, *De la qualification en matière criminelle*, th. préc., p. 51, n° 17 (la fonction même du juge est de rechercher si les « faits réunissent bien les éléments constitutifs d'une infraction punissable ») ; J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sang contaminé et qualification pénale ... avariée », *Gaz. Pal.* 1992, doct. p. 674 ; J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, *litec*, 1990, p. 95 ; R. PARIZOT et S. DETRAZ, « Le choix de la qualification » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, sous la dir. de O. DÉCIMA, Cujas, 2013, p. 51. V. égal. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 481, n° 614 : le juge doit s'assurer « que toutes les conditions prévues par une loi qu'il s'apprête à appliquer son bien réunies ».

24. F. HÉLIE, *Traité de l'instruction criminelle*, 2^{ème} éd., t. 5, H. Plon, 1866, p. 99, n° 2068, à propos de l'instruction.

25. En ce sens, J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 453, n° 1059.

26. Il s'agit là au moins d'un principe de la matière, mais il est vrai que le législateur ne le respecte pas toujours. Le contrôle du Conseil constitutionnel est du reste souvent jugé insuffisant par la doctrine. Tout d'abord, il juge que la clarté des textes peut s'apprécier au regard des interprétations et précisions jurisprudentielles en cas de question prioritaire de constitutionnalité (v. P. CONTE, « La QPC et le petit bricoleur », *Dr. pén.* 2013, étude, n° 8). En outre, en cas d'imprécision, le Conseil a souvent recours à des réserves d'interprétation. Sur l'usage de ces réserves, A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, 2014, LGDJ, p. 32, n°s 36 et s. De la sorte, il évite de censurer des textes qui ne sont pas parfaitement clairs. Pour une partie de la doctrine, ces réserves sont contraires au principe de légalité. V. not. P. MAISTRE DU CHAMBON, « Le déclin du principe de légalité en matière pénale » in *Mélanges en l'honneur de doyen Roger Decottignies*, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, p. 212, et pour une position plus nuancée, A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 89, n° 111.

textes. Lorsqu'une incrimination est étudiée et lorsque ses éléments constitutifs sont explicités, c'est en effet bien pour faire ressortir les conditions sous lesquelles les infractions seront susceptibles d'être caractérisées. Les éléments se déduisent donc des textes d'incrimination et doivent se vérifier dans le comportement. Ils guident l'exercice de qualification. Outre son aspect didactique, le découpage de l'infraction en divers éléments invite « le juge à examiner méticuleusement la situation que la partie poursuivante prétend infractionnelle et à y appliquer une méthode analytique »²⁷.

B. Une dualité d'objet

118. L'ambivalence de l'infraction – De cette fonction des éléments constitutifs, il est possible de déduire une conséquence relative au débat concernant l'objet des éléments constitutifs. Une question qui s'est en effet posée a été de savoir si cet objet était l'infraction entendue comme comportement, ou l'infraction telle que décrite par le législateur, c'est-à-dire à dire l'incrimination. Le terme « infraction » peut renvoyer à deux réalités sensiblement différentes en ce qu'il peut désigner soit l'infraction-description, soit l'infraction-action. La distinction a notamment été étudiée par Monsieur ROBERT à l'occasion de son article consacré à l'histoire des éléments constitutifs et, par la suite, par Monsieur DOUCET. Ces deux auteurs insistent sur une importante distinction existant entre l'infraction au sens d'incrimination, et l'infraction au sens de fait tombant sous le coup de la loi pénale. Autrement dit, il y a d'un côté le concept, l'infraction créée par le législateur – soit la description abstraite d'un comportement dans un texte²⁸ – et de l'autre le comportement adopté par le délinquant et qui tombe sous le coup de la loi. Ce second cas correspond à l'infraction réellement commise. La première « infraction » renverrait en fait à l'incrimination légale²⁹, ou infraction-description³⁰; la seconde étant le délit concret³¹ ou l'infraction-action³².

119. Les éléments de l'infraction-description – De cette distinction, il résulterait une subtilité quant à l'objet des éléments constitutifs. Selon Monsieur ROBERT, le texte d'incrimination ne peut en effet qu'être extérieur au délit concret, au comportement adopté par l'agent. De ce fait, il ne peut être constitutif de l'infraction-action. Tout juste est-il une condition de la sanction du comportement³³, mais extérieur et nécessairement préalable à lui, il ne peut en être un élément

27. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

28. *Ibid.*

29. J.-P. DOUCET, *La loi pénale, op. cit.*, p. 97.

30. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

31. J.-P. DOUCET, *La loi pénale, op. cit.* L'auteur utilise également le vocable d'infraction judiciaire.

32. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

33. *Ibid.*

constitutif³⁴.

Toutefois, si l'élément légal ne peut être constitutif de l'infraction-action, Monsieur ROBERT relève que la loi est une composante déterminante de l'infraction en tant que concept, c'est-à-dire de l'infraction-description. Avant de vérifier si une infraction est caractérisée en l'espèce, encore faut-il que l'infraction existe en tant que telle et cette existence est conditionnée par la présence d'un texte de loi décrivant le comportement en lui associant une peine. Selon l'auteur, la loi serait ainsi l'élément essentiel de l'infraction-description.

Cet objet spécifique de l'élément légal avait déjà été perçu par GARRAUD. Cependant, sa présentation tend à dissocier les différents éléments constitutifs en faisant relever l'élément matériel et l'élément moral de l'infraction alors que l'élément légal est pour sa part celui de l'incrimination³⁵. Or, comme le relève Monsieur ROBERT, les trois éléments sont nécessairement liés. Autrement dit, ils ont forcément le même objet, en conséquence de quoi, tous trois devraient porter sur l'infraction-description, mais avec une différence de nature. L'élément légal est alors le contenant, la forme, et les éléments matériel et moral sont pour leurs parts le contenu, la matière³⁶, tous trois demeurant liés par ce rapport. Ces deux derniers, même liés à l'infraction-description, renvoient donc au comportement de l'agent. Ils sont la description abstraite de l'activité concrète exigée pour constituer l'infraction.

120. La dualité d'objet – Toutefois, on a vu que les éléments constitutifs ont pour utilité principale de guider la qualification pénale des faits. Ils se déduisent du texte d'incrimination – de l'infraction-description – pour se vérifier dans le comportement – dans l'infraction-action. Ceci s'explique par le fait que les éléments ont également un rôle à jouer dans la qualification légale dès lors que le législateur a pour obligation de décrire les éléments du comportement qu'il

34. V. également M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 273, n° 230. L'auteur estime que le texte de loi, préalable à l'infraction, ne peut s'analyser qu'en une condition et non comme un élément constitutif car l'élément est concomitant à l'événement alors que la condition le précède.

35. En effet, lorsque GARRAUD traite des éléments matériel et moral, il les fait fort logiquement porter sur l'infraction (l'infraction est étudiée dans son *Traité* dans « ses éléments matériels » puis « dans ses éléments moraux » R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^{ème} éd., *op. cit.*). Mais lorsqu'il envisage l'élément légal, l'objet de cet élément n'est pas totalement similaire dès lors qu'il intitule le titre relatif à cet élément « Élément légal de l'incrimination » (*ibid.*, p. 219, n° 116). L'auteur ne justifie ni n'explique cette nuance sémantique qui pourrait ne relever que d'une confusion entre l'incrimination et l'infraction. Dans la première édition de son *Précis*, les éléments portent en effet tous sur l'infraction. À partir de la seconde édition, si la présentation générale reste la même – les éléments constitutifs étant ceux de l'infraction –, les éléments ont tous pour objet l'incrimination dans les titres, alors qu'il fait une distinction dans le *Traité* qui est pourtant postérieur...

36. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc. Comp. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171, n° 300 ; O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, *op. cit.*, 107, n° 209 (les éléments matériel et moral sont constitutifs alors que l'élément légal est constituant de l'incrimination) et E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, 1989, Thèse, Lille, p. 12, n° 4 (l'élément légal décrit tandis que les éléments matériel et moral sont décrits).

entend incriminer. Dès lors, les éléments de l'un sont nécessairement les éléments de l'autre³⁷. Ils sont aussi bien ceux de l'infraction entendue comme comportement dont ils conditionnent la caractérisation (opération de qualification judiciaire), que ceux de l'incrimination, dont leur consistance exacte se déduit.

Le rôle des éléments et leur importance dans les opérations de qualification permettent ainsi de conclure à une dualité d'objet. Prévus et décrits par les textes et vérifiés dans le comportement, ils sont tout autant ceux de l'infraction que ceux de l'incrimination.

C'est toutefois essentiellement dans le cadre de la qualification judiciaire qu'ils sont mobilisés. Ils interviennent alors aux différents stades auxquels s'effectue la qualification. Afin de comprendre dans quelle mesure, il est nécessaire de se pencher sur les différentes modalités de qualification selon les différents stades auxquels elle s'effectue.

§ 2. Les modalités de l'exercice de qualification judiciaire

121. Méthodes de qualification – L'exercice de qualification peut se concevoir de deux manières, relativement liées, mais procédant de logiques différentes. L'on peut en effet appréhender la qualification comme exclusivement dirigée par l'analyse des faits. Dans ce cas, la démarche est inductive. L'analyse minutieuse des faits – ou du résultat constaté – permet de resserrer le cercle des qualifications légales applicables jusqu'à arriver à la « bonne » qualification. L'on peut aussi appréhender la qualification comme une opération de comparaison. En partant toujours des faits, l'on pressent une qualification qui semble applicable. Il s'agira alors d'en vérifier l'applicabilité effective.

Du point de vue des éléments, chaque approche leur imprime une acception particulière. Or, la doctrine a parfois tendance à insister sur l'intérêt des éléments dans l'exercice de comparaison et à trop peu les mobiliser au stade préalable, celui du choix de la qualification. En pratique, il est vrai, l'exercice de qualification mélange ces deux approches, de sorte que les éléments se trouvent tiraillés entre deux méthodes de qualification. Il ne faut cependant pas occulter l'intérêt pratique des éléments dans une approche plus théorique de la qualification, car même si l'approche pratique relève davantage de la comparaison, elle reste initialement sous-tendue par la même logique. Elle est en effet intermédiaire, en ce qu'elle emprunte des deux démarches.

Deux démarches de qualification sont donc théoriquement concevables. Il conviendra

37. En ce sens, J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, 2^{ème} éd., t. 1, Librairie générale de Ad. Hoste, 1874, p. 202, n° 280. Selon lui, les éléments constitutifs s'appliquent indifféremment aussi bien au délit abstrait qu'au délit concret. Cette position ne contredit d'ailleurs pas l'affirmation selon laquelle « ce qui participe de l'incrimination n'est pas toujours constitutif de l'infraction ». Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 221, n° 198. Elle implique simplement une identité entre les éléments décrits dans les textes et les éléments vérifiés par le juge.

d'exposer ces deux démarches (A), avant de démontrer que la démarche suivie en pratique présente un caractère intermédiaire (B).

A. Les différentes démarches de qualification judiciaire

122. Les deux approches de la qualification – Deux conceptions de la qualification s'opposent. L'une est sans doute davantage idéaliste, l'autre plus réaliste, car orientée vers les difficultés pratiques que peut soulever l'exercice de qualification.

La qualification suppose nécessairement un choix. Celui du fondement légal qui va permettre la répression du comportement. Or, ce choix peut être le point de départ de l'exercice ou en être le point d'arrivée. En effet, il est tout d'abord possible de ne concevoir la qualification que comme une opération d'analyse du comportement. En partant des faits et en les analysant, il est possible de resserrer le cercle des qualifications légales applicables. Ici, le choix de qualification est donc le résultat de l'opération. Il ne peut s'effectuer qu'à terme. De l'analyse des faits, par une démarche inductive l'on déduit la qualification applicable.

De manière légèrement différente, il est aussi possible de considérer la qualification comme un aller-retour incessant entre le fait et le droit. Dans ce cas, l'analyse du comportement permet de pressentir une qualification applicable dont il s'agira alors de vérifier l'applicabilité par un exercice de comparaison entre le fait et le droit. Il faudra alors s'assurer que la qualification choisie correspond en tous points au comportement, ou que le comportement en vérifie tous les éléments. À défaut, il faudra se tourner vers une qualification subsidiaire. Le choix est ici opéré en amont et l'opération de qualification tiendra essentiellement à la vérification de l'applicabilité du fondement choisi.

Ces deux démarches sont sous-tendues par des enjeux diamétralement opposés. L'enjeu est-il de trouver *la* qualification adaptée, ou de trouver *une* qualification qui puisse recevoir application en l'espèce ?

123. Des enjeux différents – C'est ici toute la difficulté de la matière, car les enjeux pratiques et les enjeux théoriques ne se rejoignent pas totalement. D'un point de vue strictement théorique, le principe de légalité impose une certaine rigueur à l'exercice de qualification. La logique par laquelle il est sous-tendu est qu'un comportement ne peut être réprimé que s'il a été au préalable incriminé. Dès lors, il s'agit de déterminer si le comportement entre dans les prévisions légales, non de parvenir à le faire entrer dans une prévision légale. Ceci impose donc d'analyser le comportement pour aboutir, éventuellement, à *la* qualification adaptée. À défaut, le comportement ne pourra être sanctionné pénalement.

En revanche, du point de vue pratique, l'impunité est parfois difficile à admettre et la qualification répond aussi à des enjeux d'ordre politique. Il s'agit donc souvent davantage de

trouver *une* qualification applicable, afin de réprimer les faits. Le constat fait par Monsieur DECOCQ l'illustre parfaitement : « il s'agit moins de vérifier qu'un fait répréhensible tombe sous le coup d'une qualification légale, que de trouver une qualification légale permettant de le réprimer »³⁸.

124. Qualification et opportunité – Des auteurs ont montré la fonction éminemment politique de l'acte de qualification³⁹. En droit pénal, celui-ci ne correspond pas nécessairement à une vérité, contrairement à ce que le principe de légalité pourrait suggérer. Monsieur CAYLA⁴⁰ explique, s'agissant de la qualification en général, qu'elle est un acte qui consiste à donner à la chose un nom qui convient, non pas à cette chose, mais au sort qu'on veut lui faire subir en vertu de déterminations foncièrement politiques. Et de conclure : « c'est en fonction du résultat pratique souhaité qu'il est décidé qu'un objet mérite tel nom »⁴¹. Ces remarques s'appliquent parfaitement à la matière pénale et se sont parfois vérifiées dans des affaires dont les enjeux politiques étaient considérables. Aux qualifications *a priori* les plus adaptées ont pu être préférées des qualifications moins graves. L'affaire du sang contaminé et le choix des qualifications opérées par les autorités de poursuite (tromperie sur la qualité des produits sanguins) en furent un exemple flagrant⁴², conduisant au résultat ubuesque où un drame sanitaire fut envisagé sous une qualification commerciale.

Du point de vue pratique, la qualification est donc motivée par des considérations parfois étrangères à l'exacte qualification des faits, qu'elles soient d'ordre répressif ou non. L'opportunité ne conduit pas toujours à appliquer la qualification la plus sévèrement punie, au contraire. La pratique de la correctionnalisation l'illustre au même titre que les qualifications proposées dans le cadre de l'affaire du sang contaminé. D'un point de vue théorique et idéaliste, la qualification devrait pourtant répondre à une démarche inductive de recherche de la « vraie » qualification. Les éléments peuvent alors être perçus comme des angles d'analyse du comportement. À l'inverse, lorsque l'on se situe dans l'exercice de comparaison, les éléments se révèlent davantage être des conditions devant être vérifiées par le juge.

125. Exemple – Un exemple permettra d'illustrer le propos. Prenons le cas d'un homme qui en frappe un autre avec un couteau et qui décède. Dans la première approche, théorique et idéaliste, il s'agira d'analyser les faits sous leurs différents angles, correspondant aux éléments

38. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 131.

39. V. not. O. CAYLA, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 1993, n° 18, p. 3, renvoyant not. aux travaux de C. PERELMAN.

40. *Ibid.*

41. *Ibid.*

42. V. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sang contaminé et qualification pénale ... avariée », art. préc. Ce sont aussi des considérations d'opportunités qui déterminent la pratique de la correctionnalisation de faits susceptibles de recevoir une qualification criminelle.

constitutifs. Le comportement sera donc envisagé sous son aspect matériel. On constate alors matériellement qu'un coup a été porté, à l'aide d'un couteau et que le décès s'en est suivi. D'un point de vue strictement matériel, différentes qualifications sont donc envisageables : meurtre, assassinat⁴³, coups mortels, éventuellement même, homicide involontaire. Il est alors nécessaire d'analyser ce même comportement sous son angle subjectif pour parvenir à un choix de qualification⁴⁴. Du même comportement, il s'agit donc de déduire la qualification moralement adaptée. On constate alors que le coup a été porté dans une région vitale, à l'aide d'une arme dont s'était préalablement muni l'agent. Ces constatations guident alors vers la qualification de meurtre (ou d'assassinat), car elles révèlent non seulement le caractère volontaire des coups portés, mais aussi la volonté de l'auteur de tuer la personne⁴⁵. Dans une telle démarche, le cheminement de la qualification épuise l'exercice de comparaison, car c'est à partir des constatations que le choix de qualification est opéré.

Dans la seconde démarche de qualification, l'approche est sensiblement différente. L'énoncé conduit à pressentir la qualification de meurtre, parce que c'est celle qui vient en premier à l'esprit au vu du résultat. Il s'agit alors de voir si la qualification pressentie est effectivement applicable et seront successivement vérifiés les différents éléments que l'analyse préalable de l'incrimination de meurtre a permis de dégager. Si tous se vérifient en l'espèce, il est alors possible d'appliquer la qualification pressentie. Si l'un fait défaut, il est alors nécessaire de se rabattre sur une qualification subsidiaire, en partant là encore de celle qui semble à première vue pouvoir s'appliquer à aux faits.

Bien que la résolution universitaire du cas pratique et le syllogisme, tel qu'il est enseigné, poussent à la deuxième approche, la première démarche reste plus conforme au principe de légalité. Elle impose, en partant de l'analyse des faits, de trouver la qualification adaptée. Pour autant, en pratique, la démarche suivie est davantage intermédiaire.

B. Une démarche intermédiaire

126. Du fait au droit ou du droit au fait – Si le principe en matière de qualification est que l'exercice parte des faits pour aller au droit (1), la démarche pratique est quant à elle mixte. Elle résulte en effet d'un aller-retour incessant entre le fait et le droit (2).

43. Si l'on envisage l'infraction aggravée comme une entité autonome.

44. En ce sens, J.-P. DOUCET, *Le jugement pénal*, 3^{ème} éd., Saint-Gildas-de-Rhuys éd., 2008, p. 60 : « c'est après avoir déterminé les circonstances et les conditions dans lesquelles un coup mortel a été porté que le tribunal pourra, dans la phase suivante du raisonnement, choisir entre les qualifications prévues par le législateur : homicide par imprudence, homicide par coups volontaires ou homicide intentionnel ».

45. En ce sens, Cass. crim., 5 fév. 1957, *Bull. crim.*, n° 110 ; Cass. crim., 13 nov. 1990 ; RSC 1991, p. 345, obs. G. LEVASSEUR ; Cass. crim., 6 janv. 1993 ; RSC 1993, p. 773, obs. G. LEVASSEUR.

1. Le principe : une qualification des faits vers le droit

127. Qualification par l'autorité de poursuites – La difficulté lorsque l'on s'intéresse à la démarche suivie en pratique pour qualifier les faits est que cet exercice intervient à différents stades de la procédure⁴⁶ et peut par conséquent ne pas relever exactement de la même démarche.

L'exercice de qualification est, selon GARRAUD, la première opération que doit faire toute autorité pénale⁴⁷. Par conséquent, il intervient en premier lieu au moment du choix de la poursuite des faits, celle-ci n'étant concevable que s'ils sont susceptibles de recevoir une qualification pénale. Dès l'origine des poursuites, l'autorité de poursuite doit donc procéder à une qualification « *prima facie* »⁴⁸, ayant par hypothèse un caractère provisoire⁴⁹. Cette qualification s'opère donc théoriquement à partir des faits. Il s'agit, à partir de faits tangibles, de trouver une qualification applicable. Théoriquement, donc, les autorités de poursuites devraient analyser les faits sous tous leurs aspects pour tenter de les qualifier. Selon les éléments que l'enquête aura pu faire ressortir, l'autorité de poursuite optera pour la qualification *a priori* applicable aux faits. Ici, la démarche semble donc relativement inductive. L'analyse des faits permet de trouver la qualification appropriée. Cette qualification opérée par l'autorité de poursuite est toutefois provisoire. Provisoire, elle l'est dès lors que la qualification choisie est susceptible d'évoluer non seulement au fil de l'enquête, mais aussi et surtout lors du jugement.

128. Qualification par l'autorité de jugement – Une seconde opération de qualification intervient en effet au stade du jugement⁵⁰. À ce stade, et en raison de la qualification provisoire retenue par l'autorité de poursuite, il serait possible de cantonner le rôle du juge à un exercice de comparaison. En d'autres termes, le tribunal saisi des faits se contenterait de dire si ou non, l'incrimination pressentie est applicable, autrement dit si l'infraction est caractérisée en tous ses éléments. La tâche des juges consisterait dans cette hypothèse « à vérifier que la loi invoquée par le Ministère public est susceptible de recevoir application »⁵¹. Sans doute, d'ailleurs, est-ce parfois en pratique le cas. Devant des faits simples, le juge pourra se contenter de vérifier les différents éléments requis par le texte visé dans l'acte de saisine. Ceci pourrait du reste être

46. Sur les différents stades auxquels s'opère l'opération de qualification, v. not. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 483, n° 617.

47. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, *op. cit.*, p. 333, n° 537. Dans le même sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 506, n° 384. C'est la conséquence du principe *nullum crimen sine lege* qui impose aux autorités de poursuites de s'assurer qu'un texte est applicable aux faits : P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, *op. cit.*, t. 1, p. 147, n° 81.

48. G. BARBIER, « De l'objet de la qualification et de l'intérêt de s'en saisir à la façon d'Aristote » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, sous la dir. de O. DÉCIMA, Cujas, 2013, p. 29.

49. En ce sens, G. LEVASSEUR, *Cours de droit pénal complémentaire*, 1960, p. 237.

50. Il s'agit alors de la qualification définitive (*ibid.*), encore que celle-ci soit susceptible d'être remise en cause devant la Cour de cassation.

51. J.-P. DOUCET, *Le jugement pénal*, *op. cit.*, p. 21.

conforté par l'encadrement procédural de la requalification par le juge⁵².

Toutefois, le juge n'est pas tenu par la qualification choisie par l'autorité de poursuites⁵³. En principe, le juge doit en effet retenir la qualification la plus appropriée aux faits. Par conséquent, au stade du jugement, le juge « ne se contente pas de sanctionner un état juridique préexistant dont il confirmerait l'existence, mais il donne aux faits un caractère juridique définitif »⁵⁴. N'étant pas tenu par la qualification opérée au stade de la poursuite, il ne doit en principe pas s'attacher exclusivement à la qualification *prima facie*⁵⁵. Il doit au contraire lui aussi partir des faits et s'attacher à rechercher l'exacte qualification⁵⁶. En principe, donc, la démarche suivie par le juge devrait aussi être la démarche inductive. Le juge n'est pas saisi d'une qualification dont il devrait vérifier l'applicabilité. Il est saisi des faits bruts et il lui revient de déterminer la qualification exactement applicable. Parce qu'il est saisi *in rem*, le rôle du juge ne saurait se limiter à cette stricte comparaison.

129. Conception matérielle de la cause de l'action publique – Cette démarche de qualification semble donc résulter de la consécration de la conception matérielle de la cause de l'action publique⁵⁷. La question s'était posée de savoir si une personne, relaxée pour une infraction involontaire, pouvait par la suite être à nouveau poursuivie pour les mêmes faits, mais sous la qualification d'infraction volontaire, ou inversement. Après avoir répondu positivement à cette

52. V. A. GUÉRY et C. GUÉRY, « De la difficulté pour le juge pénal d'appeler un chat, un chat, (requalification « stricte » ou « élargie » : devoir et pouvoir du Tribunal correctionnel) », *Dr. pén.* 2005, étude, 5 et 6. Cet encadrement est toutefois motivé essentiel par le respect des droits de la défense. Les conditions de la requalification sont donc de ne rien changer aux faits dénoncés (règle résultant du principe de saisie *in rem*) et que la défense ait été appelée à présenter ses observations. V. égal. J.-P. DOUCET, *Le jugement pénal*, *op. cit.*, p. 40.

53. Sur les conditions de requalifications de la qualification retenue dans l'acte de saisine, v. not. *ibid.*, p. 39 et s. ; A. GUÉRY et C. GUÉRY, « De la difficulté pour le juge pénal d'appeler un chat, un chat », art. préc.

54. O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, 2008, Dalloz, p. 55, n° 85.

55. Il faut toutefois préciser que le juge ne peut dénaturer les faits compris dans l'acte de saisine. Par conséquent, il n'est pas totalement libre en matière de qualification. Par exemple, si l'acte de saisine fait état d'une abstention, le juge ne pourra requalifier les faits en comportement positif de commission, sauf à dénaturer les faits décrits dans l'acte. Les autorités de poursuite ont de ce point de vue un pouvoir relativement fort. Elles peuvent orienter la qualification judiciaire. Sur cette limite à la liberté de qualification du juge, v. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181, n° 170.

56. V. not. G. LEVASSEUR, *Cours de droit pénal complémentaire*, *op. cit.*, p. 243 : « pour procéder à la qualification, il faut rechercher parmi les textes d'incrimination [...] un texte d'incrimination qui s'adapte parfaitement aux faits commis par l'individu ». V. égal. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 47, n° 44 : dans l'exercice de qualification, il s'agit de « dégager du fait les éléments constitutifs d'une infraction ».

57. Selon Monsieur DÉCIMA, dans la conception matérielle, il est fait au juge « l'obligation de rechercher la qualification la plus adéquate ». Elle se distingue d'une conception formelle qui ferait du pouvoir de requalification du juge une liberté. O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, th. préc., p. 50, n° 81. Dans cette dernière conception, l'infraction « est avant tout la contradiction de l'agissement humain à l'impératif légal », de sorte que « la matérialité des faits est accessoire face à la norme qui seule est, à proprement parler, constitutive du délit poursuivi » *ibid.*, p. 26-27, n° 41. La cause de l'action publique résiderait ainsi dans l'élément légal de l'infraction. *Ibid.*, p. 27, n° 42. À l'inverse, dans la conception matérielle, l'interdit est accessoire et l'action devient l'élément principal. *Ibid.*, p. 50, n° 80.

question⁵⁸, la Cour de cassation a opéré un revirement⁵⁹, consacrant une conception matérielle de la cause de l'action publique⁶⁰. Dans cette conception, le juge est saisi du fait brut sans aucune coloration juridique⁶¹ et il lui revient de déterminer la qualification applicable. La décision de relaxer ou d'acquiescement signifie donc que l'examen des faits n'a pas permis d'aboutir à une qualification. Autrement dit, aucune qualification n'était applicable en l'espèce. Il en résulte qu'il n'est pas possible de rejuger une personne pour les mêmes faits, même sous une qualification pénale différente⁶².

130. Le cas particulier du pourvoi : un contrôle de qualification – Il n'y a qu'au stade du pourvoi en cassation, dernière étape de la qualification, que la démarche se révélera foncièrement différente. Parce que les juges de cassation sont les juges du droit, et non du fait, leur démarche se trouve nécessairement inversée. Leur rôle consiste à dégager des textes d'incrimination les différents éléments exigés. Ils en précisent l'interprétation, pour s'assurer que le texte a été correctement appliqué par les juges du fond. En d'autres termes, la Cour de cassation procède pour sa part « à une interprétation préalable du texte fondant la poursuite et s'assure que, ainsi compris, ce texte a été correctement appliqué »⁶³. Ce contrôle de qualification mobilise donc lui aussi les éléments constitutifs car c'est à travers eux que la légalité de la condamnation sera appréciée. La Cour s'assurera que tous ont bien été vérifiés – au moins formellement – par les juges dans les faits. Son rôle consiste simplement à s'assurer que les juges ont caractérisé toutes les données prévues par les textes. Ils partent du droit – du texte d'incrimination –, et non pas du fait qu'ils n'ont pas à apprécier. Cependant, il ne s'agit pas ici à proprement parler d'une qualification. Les juges de cassation se contentent de contrôler la qualification choisie par les juges du fond et sa bonne application. Il n'est de ce fait pas étonnant que la démarche soit inversée et parte alors du droit.

Pour le reste, et en principe, la qualification part des faits pour en arriver au droit. Le

58. Cass. crim. 30 janv. 1840, S. 1840, p. 252. Plus largement, la question se posait de savoir si une personne pouvait être poursuivie pour des mêmes faits sous une qualification différente. Sur l'évolution jurisprudentielle en la matière, v. *ibid.*, p. 33, n^{os} 51 et s. et p. 52, n^o 82. V. égal. G. BARBIER, « De l'objet de la qualification et de l'intérêt de s'en saisir à la façon d'Aristote » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, *op. cit.*

59. Cass. crim., 20 mars 1956 ; D. 1957, p. 33, note P. HUGUENY.

60. En ce sens, O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, th. préc., p. 52, n^o 82.

61. En ce sens, G. BARBIER, « De l'objet de la qualification et de l'intérêt de s'en saisir à la façon d'Aristote » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, *op. cit.*

62. La solution, imposée par le principe *non bis in idem*, est en outre celle qui ressort de l'art. 368 du CPP qui dispose qu'« aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente ». V. O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, th. préc., p. 33, n^{os} 51 et s. et p. 52, n^o 82. Ce texte ne trouve néanmoins pas d'équivalent en matière correctionnelle ou contraventionnelle. Sur ce point, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 514, n^o 391.

63. V. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 483, n^o 617.

choix de la qualification définitive dépend en premier lieu de l'analyse du comportement⁶⁴, dont il s'agit de dégager la qualification applicable. Pour autant, la démarche concrète ne peut être totalement inductive. Un aller-retour entre le droit et le fait est inévitable en matière de qualification judiciaire.

2. La pratique : l'aller-retour entre les faits et le droit

131. Dimension répressive de la purge des qualifications – Tout d'abord, il faut relever que si la conception matérielle de l'action publique semble imposer une démarche inductive, elle donne aussi lieu à une règle essentiellement répressive. Le juge doit envisager le comportement « sous toutes ses qualifications possibles »⁶⁵. Parce que la qualification est par hypothèse évolutive⁶⁶, mais en conséquence aussi de la consécration de la conception matérielle, la condamnation comme la relaxe ne peuvent intervenir qu'à l'issue d'un « inventaire complet des incriminations pouvant être retenues »⁶⁷. Or, cette obligation se rapproche davantage de l'idée selon l'enjeu est bien plus de trouver *une* qualification applicable que *la* qualification adaptée. En outre, la démarche peut rester sous-tendue par le seul exercice de comparaison, la qualification pouvant se faire par élimination jusqu'à dégager celle effectivement applicable. En effet, l'obligation de « purge des qualifications »⁶⁸ a une fonction éminemment répressive. Dès lors que l'on interdit de rejuger une personne sous une autre qualification, il devient nécessaire, au stade du jugement, d'envisager toutes les qualifications possibles, afin de ne pas laisser impuni celui dont le comportement tombe sous le coup de la loi pénale.

132. L'aller-retour entre le fait et le droit – De manière générale, en pratique, la qualification s'effectuera donc nécessairement par un mouvement d'aller-retour entre le fait et le droit. Une qualification ayant pour point de départ exclusif le fait pour en arriver directement à la qualification exacte relève de l'idéal. Le réflexe et la logique imposent assez certainement en premier lieu de vérifier l'applicabilité de la qualification *prima facie* pour ensuite, à défaut, se tourner vers une autre qualification. Et même lorsque le juge ne partira pas de la qualification *prima facie*, la démarche demeura mixte. Comme le relève Monsieur WALTHER, pour déduire quelle sera la règle juridique applicable, « le juge procédera d'abord de manière empirique

64. Et ce malgré l'encadrement procédural de la requalification.

65. Cass. crim. 23 avr. 1992, *Bull. crim.*, n°178 ; et Cass. crim. 23 janv. 2001, *Bull. crim.*, n°18.

66. Les éléments de preuve comme la compréhension des faits sont en effet susceptibles d'évoluer tant au stade de l'enquête que du jugement.

67. Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 142, n° 135. Madame GALLARDO-GONGGRYP évoque à ce titre « la purge des qualifications applicables ». E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 145, n°s 202 et s. V. égal. H. CROZE, *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, 1981, Thèse, Lyon 3, p. 11, n° 5.

68. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 145, n°s 202 et s.

et intuitive »⁶⁹. Puis, « fort de ces qualifications potentielles, le juge ou toute autre personne impliquée dans une telle démarche, va pratiquer le raisonnement juridique per se, le va-et-vient entre les deux complexes conceptuels que sont la norme applicable et les faits à qualifier »⁷⁰.

Cet aller-retour entre le fait et le droit existe du reste dès le stade des poursuites et n'est pas propre à la phase de jugement. LEVASSEUR explique ainsi que « partant d'une atteinte aux biens, le représentant du ministère public va songer à plusieurs qualifications possibles. Il va les prendre l'une après l'autre et va écarter celles où il manque un élément ou une condition préalable »⁷¹. Il est inhérent à l'exercice de qualification, sans toutefois être de nature à remettre en cause le principe selon lequel celui-ci part du fait pour aller vers le droit.

133. L'importance de l'analyse préalable des faits – En effet, pressentir une qualification implique forcément au préalable une analyse globale des faits. C'est d'elle qu'on va isoler quelques qualifications applicables, avant de commencer par envisager la plus probable. L'exemple donné par LEVASSEUR, et qui vient d'être évoqué, le montre bien. De même, si l'on reprend l'exemple proposé précédemment de l'homme assénant un coup mortel à l'aide d'un couteau à un tiers, il est évident que la qualification d'homicide involontaire ne serait même pas envisagée. L'analyse rapide (presque instantanée) des faits conduit à l'éliminer dès le départ. Les coups portés avec un couteau ne peuvent faire penser à une faute, qui est la caractéristique majeure de l'homicide involontaire. Le simple fait de l'affirmer montre toutefois bien que la résolution de l'exercice débute bien par une analyse sommaire des faits qui permet déjà de faire un premier tri dans la masse considérable des qualifications légales. La résolution du cas et l'exercice de qualification ont bien débuté par une appréciation sommaire des faits matériels, pour en déduire 1° qu'il ne pouvait s'agir d'une faute, 2° que la qualification de violences volontaires ne peut être envisagée en raison de la constatation du décès.

Cela montre qu'en pratique, la qualification est un aller-retour entre le fait et le droit. Son point de départ est bien le fait, dont on envisage une analyse globale et rapide et dont on va déduire la qualification, *a priori* la plus adaptée. Les règles procédurales applicables en la matière confirment du reste cette approche « mixte » de la qualification. En pratique, les subtilités procédurales conduisent à mêler intimement les deux modes de qualification. Selon le stade de la procédure auquel on se situe, l'exercice de qualification s'inscrira davantage dans l'une ou

69. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 401, citant F.-M. SCHRÖDER, « Le nouveau style judiciaire », *Méthodes du droit*, éd. Dalloz, 1978, p. 1466.

70. *Ibid.*, p. 402. Comp. B. BOULOC, *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2016, p. 542, n° 641 : le juge « doit dégager la nature de l'infraction de l'analyse des faits qui lui sont soumis, et rechercher si les éléments constitutifs tels qu'ils résultent de la loi se trouvent réunis dans ces faits ».

71. G. LEVASSEUR, « La qualification des infractions », *Revue juridique et politique* 1974, p. 175. Dans le même sens, A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 131 : « En présence d'un fait répréhensible, on commence en pratique par isoler la ou les qualifications légales qui paraissent, *a priori*, susceptible de s'y appliquer. On doit alors vérifier si les conditions prévues par la loi pour l'existence de l'infraction sont réunies ».

l'autre démarche.

Quelle que soit la démarche, les éléments constitutifs conservent un rôle central. Ils sont fondamentaux dès la poursuite, et jusqu'au contrôle de qualification. Quelle que soit la démarche de qualification retenue (idéaliste ou par comparaison), les éléments restent en effet l'outil principal de la qualification. Or, la démarche théorique suggère une conception particulière des éléments, compatible avec la démarche intermédiaire qui en emprunte certains aspects.

Section 2 – Les conséquences de l'exercice de qualification sur la nature des éléments

134. Recherche d'une conception compatible avec la démarche inductive – L'exercice de qualification renseigne sur la nature potentielle des éléments. Traditionnellement, l'idée suggérée par la doctrine est que les éléments s'ajoutent les uns aux autres pour constituer l'infraction. Cependant, cette conception n'est pas compatible avec la démarche théorique et idéaliste imposée par le principe de légalité. Bien que cette démarche ne soit jamais réellement suivie, l'exercice pratique emprunte à la fois à la démarche inductive et à la fois à la démarche comparative. Les éléments doivent par conséquent être compatibles avec ces deux conceptions. Or, l'idée selon laquelle l'infraction se caractérise par la somme des éléments qui la compose est dirigée exclusivement par la démarche comparative. Elle occulte la démarche initiale d'examen des faits pour aboutir à une qualification envisageable. C'est donc de la complexité de la démarche intermédiaire qu'il faut déduire la nature des éléments. L'on s'aperçoit alors que, loin de n'être que des conditions devant être vérifiées par le juge, les éléments lui imposent d'apprécier les faits sous différents angles. C'est ici qu'il faut trouver l'essence des éléments. Ils sont des angles d'analyse du comportement (**I**), et dès lors qu'ils sont des angles d'analyses, ils présentent nécessairement un caractère composite (**II**) et épuisent l'exercice de qualification. Il s'ensuit que l'idée d'une adjonction d'éléments généraux et d'éléments spéciaux n'est plus concevable.

§ 1. Les éléments, angles d'analyse du comportement

135. À chaque démarche sa conception de l'élément – Quelle que soit la démarche adoptée, les éléments demeurent fondamentaux en matière de qualification parce qu'ils la conditionnent. Le rôle des éléments dans la qualification apparaît du reste d'autant plus fondamental à l'heure du foisonnement législatif. Si la règle *Nullum crimen sine lege* a perdu de son utilité

en matière de limitation du droit de punir et de garantie de sa subsidiarité, elle sert désormais le respect des qualifications⁷². Les fondements législatifs s'étant multipliés, les éléments ne servent plus seulement à déterminer si un comportement est pénalement punissable. Ils servent aussi à déterminer sur quel fondement ce comportement est punissable.

Reste que chaque démarche de qualification imprime une certaine fonction aux éléments. Dans la première approche, inductive, les éléments permettent, en partant de l'analyse du comportement, d'aboutir à une qualification légale. La comparaison, s'il y en a une, part donc des faits pour aller vers le droit. Les éléments ne peuvent alors se concevoir comme de simples conditions s'ajoutant les unes aux autres. Ils sont dans ce cas une manière d'analyser le comportement, un guide dans l'exercice de qualification. Si l'on raisonne à partir des éléments traditionnels, les éléments matériel et moral conduisent ainsi le juge ou l'autorité de poursuite à envisager d'abord le comportement sous sa matérialité pour en tirer des conclusions, puis sous sa moralité. Par conséquent, les éléments se révèlent être des angles d'analyse du comportement. Ils incitent à analyser les faits sous leur aspect matériel puis sous leur aspect moral⁷³, non à additionner une donnée matérielle et une donnée morale. Il ne s'agit pas de constater deux éléments distincts et séparés. Leur fonction n'est pas seulement de conditionner la qualification ; elle est aussi de la guider vers la qualification adaptée.

À l'inverse, dans la seconde démarche, celle de comparaison d'un texte pressenti avec le comportement accompli, les éléments tendent bien plus à être des conditions à vérifier. La démarche de comparaison du droit au fait conduit à identifier dans le texte toutes les conditions de caractérisation de l'infraction, pour pouvoir s'assurer qu'elles se vérifient dans les faits.

136. La nécessaire conciliation – Or, comme cela vient d'être expliqué, la réalité de la démarche de qualification se situe à mi-chemin entre les deux approches⁷⁴. La démarche de comparaison prend nécessairement sa source dans une analyse globale et générale des faits. Les éléments doivent donc répondre aux exigences de la démarche inductive et à celles de la démarche de comparaison, parce que l'exercice de qualification conduira le juge à alterner entre les deux. La démarche est inductive dans le tri des qualifications, puis comparative pour parvenir au choix définitif de qualification.

137. Une conciliation opérée à partir de la démarche inductive – Plusieurs remarques peuvent alors être faites. Tout d'abord, même dans la démarche de comparaison pure, les

72. En ce sens, J. LÉAUTÉ, « Le changement de fonction de la règle « nullum crimen sine lege » in *Dix ans de conférences d'agrégation, études de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, p. 81.

73. Le schéma de qualification ne sera précisé qu'ultérieurement. Toutefois, pour simplifier l'analyse, il est possible de réfléchir ici à partir des éléments traditionnels, car quel que soit le schéma retenu, la fonction des éléments demeure inchangée.

74. V. *supra*, n° 132.

éléments tendent à imposer un schéma « classique » de qualification. En effet, les différentes exigences légales ne sont pas vérifiées de manière anarchique parce que les éléments ont habitué à un raisonnement en deux temps. Le rôle des éléments n'est-il pas, comme le soulignait Monsieur ROBERT, d'imposer au juge de suivre une méthode analytique⁷⁵ et de l'empêcher « d'apprécier trop rapidement l'action du prévenu dans un mouvement unique et synchronique [sic] de la pensée » ? Que ce soit en doctrine française ou étrangère, le recours à une division de l'infraction en éléments présente l'intérêt indéniable de guider l'exercice de qualification. Il ne s'agit pas uniquement de comparer les exigences légales avec le comportement. Il s'agit avant tout d'imposer une démarche dans la qualification et, par extension, une démarche dans la comparaison. Pour que les éléments soient un outil et qu'ils présentent une utilité, il est donc nécessaire de préserver cette fonction des éléments qui est, au demeurant, celle imposée par la démarche inductive. Celle-ci est en effet fondée essentiellement sur l'idée d'un schéma de qualification. Par conséquent, il serait possible de concilier les exigences des deux démarches en partant de l'idée selon laquelle les éléments ont d'abord pour fonction de fournir un schéma de qualification.

Par ailleurs, la démarche inductive est plus respectueuse du principe de légalité. Si en pratique l'on cherche systématiquement une qualification adaptée parce que l'impunité peut apparaître comme une injustice, la légalité impose de s'interroger sur le fait de savoir si le comportement accompli était incriminé. En d'autres termes, il s'agirait de trouver la qualification adaptée, en admettant du même coup la marge de relâche qui est le sacrifice nécessaire à la préservation des libertés individuelles. En outre, la logique qui sous-tend la démarche inductive présente un avantage indéniable qui mérite d'être conservé, même à l'occasion de l'exercice de comparaison. Cet avantage est celui de préserver l'intégrité de l'infraction parce qu'elle pousse à raisonner à partir du comportement, analysé et apprécié dans son ensemble, tant du point de vue matériel que moral.

138. Conception de l'infraction – En effet, le défaut majeur de la démarche de comparaison que ne présente pas la démarche inductive est de suggérer que l'infraction se constitue par adjonction. Elle serait la somme des éléments qui la compose⁷⁶. Or, cette conception de l'infraction en occulte l'essence nécessairement unitaire. Elle est avant tout un comportement humain⁷⁷, pénalement qualifié. Comme le préconisait Monsieur DANA, il faut appréhender

75. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

76. Expliquant que l'infraction est classiquement présentée comme étant la réunion des éléments qui la composent, C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 57, n° 54.

77. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 178, n° 219. Dans le *Vocabulaire juridique*, elle est définie comme « un comportement actif ou passif, prohibé par la loi et passible d'une peine ». G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Infraction. La désignation de l'infraction sous le vocable d' « acte » est toutefois la

l'infraction comme un tout. Elle est « une entité substantielle et indivisible »⁷⁸. En effet, l'infraction est simplement la dénomination que prend le comportement de l'homme lorsqu'il est qualifié pénalement. Si la qualification peut se concevoir comme un jeu de construction dans lequel le juge, à partir des faits, déduit l'existence des éléments constitutifs⁷⁹, l'infraction, elle, demeure intègre parce qu'elle reste un comportement. C'est donc ce comportement, apprécié globalement, qu'il s'agit de parvenir à qualifier. Dès lors, et même si l'exercice de comparaison est nécessaire à la qualification, l'intégrité de l'infraction doit être préservée.

La qualification n'est donc pas le résultat d'une adjonction. L'idée du fonctionnement par adjonction n'est qu'une métaphore qui laisse à penser que l'infraction se construit par l'ajout d'un premier élément à un deuxième, puis à un troisième et éventuellement un quatrième. Pourtant, l'infraction ne se construit pas : elle existe virtuellement dès l'accomplissement du comportement. Ce n'est que sa qualification – et donc sa répression – qui est conditionnée par certaines vérifications. Et celle-là est le résultat d'une analyse d'une même entité sous des angles différents pour en faire ressortir tous les aspects.

139. Proposition : les éléments comme angles d'analyse – Parce que la conception des éléments correspondant à la démarche inductive est plus conforme à l'essence de l'infraction (elle en respecte l'unité dans l'exercice de qualification), c'est d'elle qu'il faut partir. Dans cette démarche, les éléments fournissent un schéma de qualification en imposant au juge une appréciation du comportement sous ses différents angles afin de parvenir à la qualification adéquate. Or, cette conception des éléments est parfaitement compatible avec les exigences pratiques de la qualification. La comparaison entre le fait et le droit n'est certes possible qu'à condition de pouvoir au préalable dégager des textes les différentes conditions exigées. Toutefois, les textes ont le même référentiel que l'infraction. Incrimination et infraction sont l'une comme l'autre un comportement. Dans le premier cas, c'est le comportement décrit, analysé abstraitement⁸⁰ et de manière détaillée. Le législateur explique ce qu'il entend par vol, escroquerie, meurtre... Dans le second cas, c'est le comportement réalisé et qui va se trouver correspondre à une incrimination particulière, donc être qualifié.

plus fréquente. Cependant, le terme comportement est préférable car il suggère une prise en compte plus globale de l'activité. Pour VON LISZT (F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., t. 1, p. 169, n° 26), comme pour Monsieur DANA (C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 23, n° 20), elle est une « action humaine ».

78. *Ibid.*, p. 57, n° 55. Et l'auteur de préciser « l'infraction est un tout qui existe ou n'existe pas ». V. égal. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 181, n° 221, où Monsieur DREYER, critiquant la division traditionnelle et l'opposition entre un élément matériel et un élément moral évoque « l'unité profonde du comportement érigé en infraction ».

79. En ce sens, J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, op. cit. Comp. T. IVAINER, « L'interprétation des faits en droit », *JCP G.* 1986, I, 3235.

80. Et non pas simplement défini. En ce sens, R. GASSIN, « Les définitions dans les textes en matière pénale », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* 1987, p. 1019.

Il est donc possible d'appliquer la même méthode d'analyse à l'incrimination en la transposant de manière abstraite. En analysant le comportement décrit sous ses différents angles, il est en effet possible d'en faire ressortir les différentes exigences d'ordre matériel et d'ordre moral. Ce sont ces différentes exigences qu'il conviendra de vérifier lors de l'exercice de comparaison effectué à l'occasion de la qualification. Abstraitement, l'on précisera donc la consistance des différents aspects du comportement. Concrètement, l'on pourra continuer à analyser le comportement sous ses différents angles et préserver ainsi l'intégrité de l'infraction. Car c'est là l'avantage considérable de cette conception des éléments. C'est que, fondée sur une approche idéaliste de la qualification, elle en encourage une approche globale. Il n'est plus question de vérifier différentes conditions, il est question d'appliquer la même démarche d'analyse à l'incrimination comme à l'infraction. Or, celle-ci commence avec une analyse d'ensemble du comportement, qu'il soit décrit ou commis.

Ainsi, l'on rejoindra Monsieur DANA, sur ce point : il faut considérer l'infraction « comme une entité, indivisible, que l'on saisit, non pas à travers des « éléments » séparés, mais sous des angles différents qui, à la différence des premiers, éclairent les divers aspects que cette entité peut avoir sans en altérer l'unité »⁸¹. Si cette position impliquait le rejet des éléments pour Monsieur DANA, il est aussi possible de considérer qu'elle en révèle l'essence. Les éléments constitutifs ne sont pas simplement des conditions s'additionnant les unes aux autres pour aboutir à la caractérisation de l'infraction. Ils fournissent simplement les différents angles d'analyse du comportement dans l'optique d'en guider la qualification, tant il est vrai que l'infraction est avant toute chose un comportement et qu'un comportement est intègre, et non pas divisé en divers éléments. C'est l'analyse pratique qui a conduit à cette habitude de scinder l'infraction. Elle a fait perdre de vue cette réalité que l'infraction est un comportement pénalement qualifié. Il n'est pas composé de différents éléments, il est apprécié sous ses différents aspects afin d'identifier la qualification légale la plus appropriée. C'est, du reste, ce qui explique que parfois, élément matériel et élément moral soient difficilement dissociables. Dès lors qu'ils ne sont que deux manières différentes d'analyser un même comportement, tous deux peuvent reposer sur la même constatation. Dans les infractions par imprudence par exemple, le constat d'un comportement matériellement imprudent témoigne nécessairement d'une faute psychologique d'imprudence⁸².

140. Transition – À l'occasion de la comparaison entre le comportement accompli et le comportement décrit, la démarche demeure similaire. Il s'agira toujours d'envisager le comportement sous son angle matériel, de vérifier à cette occasion qu'il concorde avec le texte,

81. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 59, n° 57. Dans le même sens, p. 159, n° 215.

82. En ce sens, V. MALABAT, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, 1999, Thèse, Bordeaux 4, p. 293, n° 357 et p. 296, n° 361.

puis sous son angle moral et de vérifier là-aussi s'il concorde avec le texte⁸³. Les éléments serviront alors de guide à la qualification, que l'on se situe dans la démarche inductive ou dans l'exercice de comparaison. Ils serviront du reste ainsi aussi bien de guide à la qualification que de guide à l'analyse des textes d'incrimination. La conséquence qui en résulte est que l'analyse du comportement sous ses différents angles épuise la qualification. Dès lors, il n'est plus possible de raisonner ni par addition de conditions ni par adjonction d'éléments généraux et d'éléments spéciaux. Les diverses exigences des textes intègrent en effet l'un ou l'autre des angles d'analyses.

§ 2. Les éléments, ensembles composites

141. Les ensembles comme ensembles – Quels que soient les éléments retenus, ils ne sont ainsi que différentes manières d'apprécier un seul et même comportement⁸⁴. Il ne s'agit donc pas d'une multitude de conditions se déduisant des textes et devant se vérifier dans les faits. Il s'agit, à l'occasion de l'analyse du comportement, de s'assurer que le comportement accompli correspond effectivement au comportement décrit. Il en résulte que chaque angle d'analyse peut impliquer différentes vérifications. Les éléments doivent être envisagés comme des ensembles composites intégrant en leurs seins les différentes exigences légales. Ce n'est qu'à cette condition que l'écueil de l'adjonction de conditions peut être évité. Affirmer l'évidence de ce caractère composite (A) ne suffit toutefois pas, encore faut-il préciser la composition théorique des éléments (B).

A. Le caractère composite des éléments

142. Évidence du caractère composite – Envisager les éléments comme des angles d'analyse du comportement se révèle conforme tant à la rigueur nécessaire à l'exercice de qualification en vertu du principe de légalité, qu'à ce qu'est réellement une infraction. Comme le relève Madame GALLARDO-GONGGRYP, « le juge doit s'efforcer de retenir la qualification pénale qui restituera de la manière la plus fidèle les faits de toutes leurs dimensions »⁸⁵, ce qui nécessite une approche globale à l'occasion de laquelle il doit « appréhender l'action principale dans sa dimension matérielle et morale »⁸⁶. Cette conception des éléments comme des dimensions de

83. Dans le cadre des éléments traditionnellement admis.

84. Par exemple, Claudius SATURNINUS, fréquemment cité dans les ouvrages plus anciens, estimait que le délit devait être considéré « *causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu* » (C. SATURNINUS, *De poenis*, L. 16, n°1, cité not. par E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel, op. cit.*, p. 135-136). On voit alors bien, quels que soient les éléments effectivement identifiés, ils ne sont finalement que différentes manières d'apprécier et d'analyser un même comportement.

85. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 110, n° 144.

86. *Ibid.*, p. 96, n° 121.

l'infraction⁸⁷ est tout à fait séduisante parce qu'elle suggère elle aussi des angles d'analyses des faits. Surtout, elle exprime parfaitement l'idée selon laquelle les éléments sont nécessairement composites. Les éléments doivent se concevoir comme des entités complexes parce qu'ils renvoient concrètement à des faits qui sont eux-mêmes complexes.

Du reste, la très grande majorité des auteurs retient une conception composite des éléments, ce qui montre bien que les éléments peuvent être appréhendés comme des ensembles. Cette conception est simplement parfois biaisée par les énumérations opérées en droit pénal spécial, ou par l'admission d'éléments spéciaux, mais elle demeure toujours latente. Les éléments de l'infraction se conçoivent comme des ensembles, permettant d'ordonner l'analyse et les différentes conditions exigées par les textes selon leurs colorations matérielles ou morales. Par exemple, beaucoup d'auteurs – si ce n'est la majorité – admettent que l'élément matériel est composé de différentes conditions. Il ne se limite pas au fait matériel accompli, mais intègre en outre le résultat⁸⁸ alors analysé comme la conséquence des actes d'exécution⁸⁹, et la causalité⁹⁰. De la même manière, pour les auteurs qui intègrent l'imputabilité à l'élément moral⁹¹, même s'ils sont minoritaires, ce dernier sera nécessairement composite puisque constitué par la volonté et son préalable, les conditions d'imputation⁹². La logique n'est malheureusement pas étendue à toutes les conditions liées à la matérialité ou à la moralité⁹³, mais elle traduit bien une conception composite des éléments. L'élément matériel (ou l'élément moral) n'est pas une condition en particulier, il est un ensemble intégrant différentes exigences liées à la matérialité (ou à la moralité).

143. Intérêt du caractère composite – Il est par conséquent regrettable que le recours aux éléments constitutifs spéciaux et l'acception générale des éléments conduisent la doctrine comme la jurisprudence à ne pas pousser la logique à son terme. Parce qu'ils sont des angles d'analyse du comportement, ils invitent le juge ou l'étudiant à vérifier l'adéquation de celui-ci avec les exigences légales, tant dans leurs aspects matériels que moraux. La conception

87. V. égal. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 173, n° 162, ou p. 234, n° 216, ou J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sang contaminé et qualification pénale ... avariée », art. préc. évoquant eux aussi les « dimensions » des infractions.

88. La très grande majorité des auteurs estime que le résultat est une composante de l'élément matériel, au moins pour les infractions matérielles. V. *supra*, n° 103.

89. En ce sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 202, n° 288, et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 578, n° 459.

90. V. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 81, n° 69, et J. PRADEL, *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., Cujas, 2014, p. 339, n° 399 (ce dernier préfère évoquer le préjudice et non le seul résultat).

91. V. not. R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, op. cit., p. 161, n° 246 et s. ; P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », *JCP* 1950, I, 876 ; E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 10.

92. En ce sens, O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, th. préc., p. 157, n° 266 : « L'élément moral de l'incrimination possède par principe deux composantes que sont l'imputabilité et la faute ».

93. V. *supra*, n° 103 et s.

des éléments devant être la même du point de vue pratique et du point de vue théorique, dans l'étude des textes d'incriminations, les éléments devraient ainsi pareillement désigner les différentes dimensions de l'infraction. Envisagés de cette manière, ils permettent de dégager et d'organiser les différentes conditions posées par les textes, afin de mettre en lumière ce qui devra être concrètement vérifié à l'occasion de l'analyse du comportement sous ses différents aspects. Ainsi, l'avantage de retenir une conception composite des éléments serait de permettre de concilier les exigences de l'étude détaillée des incriminations – et donc la nécessité de préciser les différentes conditions exigées – avec la mise en exergue d'un schéma constant d'analyse et de qualification via le recours à différents éléments. Seraient ainsi conciliés les caractères commun et indispensable des éléments constitutifs.

L'intérêt de cette approche des éléments constitutifs est par conséquent double. Elle permet en premier lieu de maintenir un schéma d'analyse invariable, tant du comportement dans l'exercice de qualification, que des textes d'incriminations. Elle permet en second lieu de préserver l'intégrité de l'infraction qui n'est pas divisée en différentes conditions. Les éléments pourraient ainsi réellement devenir un guide de la qualification et d'étude en droit pénal spécial. Reste néanmoins à préciser la composition théorique des éléments.

B. La composition des éléments

144. Généralités – L'étude détaillée de chaque élément et de sa composition fera l'objet de développements ultérieurs⁹⁴, mais il faut dès à présent relever, en partant de l'analyse traditionnelle, que parmi les différentes composantes des éléments, il est possible d'identifier une donnée centrale et pour ainsi dire principale qui est prévue systématiquement par les textes et différentes circonstances gravitant autour. Par exemple, à s'en tenir à l'analyse traditionnelle et majoritaire de l'élément matériel, celui-ci est composé à titre principal d'un fait et, le cas échéant, d'un résultat. Le fait se révèle être la donnée principale tout simplement parce que l'infraction ne peut pas se concevoir sans un fait concret, fût-ce une abstention. De même au sein de l'élément moral, la volonté s'avère-t-elle être la donnée principale et fondamentale, celle en l'absence de laquelle aucune infraction n'est concevable⁹⁵. À cette volonté pourra s'ajouter une intention particulière, voire l'exigence d'un mobile.

145. Des circonstances constitutives – Il semble dès lors tout à fait concevable de rattacher les différentes données exigées par les textes à l'un ou l'autre des éléments, selon leurs colorations particulières. À ce titre, une notion relativement ancienne et assez peu exploitée

94. V. *infra*, n° 246.

95. Toute infraction, même non intentionnelle suppose en effet une volonté car la faute pénale, même simple, est nécessairement volontaire.

par la doctrine peut se révéler utile : celle de circonstance constitutive. Elle n'était certes pas utilisée exactement dans le même sens, mais l'idée qui la sous-tend se révèle particulièrement intéressante.

Le premier à faire appel à cette notion, en plus de celle d'élément constitutif, est ORTOLAN. Lorsqu'il analyse la composition du délit, ORTOLAN explique ainsi qu'il est nécessaire de distinguer trois choses dans sa constitution. La première est relative aux éléments constitutifs, qui sont les éléments indispensables à l'existence même du délit. À côté d'eux, peuvent être identifiés des « circonstances, ou faits accessoires »⁹⁶ qui peuvent être de deux types. Les premières s'ajoutent au délit et en modifient la criminalité⁹⁷. ORTOLAN explique ainsi que « ces circonstances peuvent être de nature soit à emporter aggravation (circonstances aggravantes), soit à emporter atténuation ou même, dans certains cas, exemption totale de peine »⁹⁸. Quant aux secondes, elles sont propres selon l'auteur aux délits complexes : « l'un [des éléments] étant considéré logiquement comme le fait principal, c'est par rapport à celui-ci que les autres sont qualifiés de circonstances, quoique la réunion de tous soit indispensable pour que le délit existe »⁹⁹. Ces secondes circonstances sont nommées « circonstances constitutives » par l'auteur¹⁰⁰. Ces circonstances sont ainsi nommées parce qu'elles s'ajoutent à un premier élément que ce soit le délit dans le cas des circonstances aggravantes, ou un élément constitutif dans le cas des circonstances constitutives. S'agissant des circonstances aggravantes ou atténuantes, ORTOLAN écrit en effet : « les faits de cette [...] nature sont qualifiés de circonstances, parce que le délit existant, ils se placent, ils se groupent alentour (de *circum-stare*), en qualité de faits accessoires (de *ad-cedere*, mot qui contient une idée analogue), et en forment des modalités. »¹⁰¹ Il est toutefois possible de transposer le raisonnement aux autres circonstances, en admettant que les circonstances gravitent autour d'une donnée principale en venant la compléter, parce qu'elles sont des modalités de réalisation de celle-ci ou, plus précisément parce qu'elles sont des particularités qui l'accompagnent.

La même distinction entre les circonstances constitutives et aggravantes est reprise par VILLEY de manière fort similaire. L'auteur écrit en effet : « toute infraction se compose d'un fait, autour duquel peuvent venir se ranger des circonstances, qui en constituent ou en modifient la criminalité. La circonstance constitutive est celle qui fait le délit ; la circonstance aggravante

96. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 451, n° 1054.

97. *Ibid.*

98. *Ibid.*

99. *Ibid.*

100. *Ibid.* Il faut toutefois préciser que ORTOLAN a de l'infraction une analyse particulière dès lors qu'il sépare l'étude du délit et des conditions liées au sujet actif. L'identification des circonstances constitutives ne se fait donc que dans le cadre d'une analyse essentiellement objective de l'infraction.

101. *Ibid.*

en augmente la criminalité : supprimez la première, et il n’y a plus d’infraction ; supprimez la seconde, il reste une infraction moins grave »¹⁰².

146. Principal et circonstances – Or, au vue des données visées par les auteurs, les circonstances constitutives apparaissent chez VILLEY ou ORTOLAN comme une manière de désigner ce que des auteurs ont par la suite appelé des éléments spéciaux. Cependant, l’intérêt de la présentation d’ORTOLAN est d’établir un rapport entre les différentes données qui composent l’infraction¹⁰³. Toutes ne sont pas mises exactement au même niveau dès lors que l’auteur identifie au sein du délit des données (qualifiées d’éléments) qui constituent le principal et des circonstances qui en sont, en un sens, l’accessoire en ce qu’elles accompagnent le principal, tout en demeurant pareillement indispensables. Intégrées à une approche composite des éléments constitutifs, il serait alors possible de considérer que ces circonstances ne s’ajoutent pas véritablement aux éléments, mais au contraire qu’elles participent de leurs compositions.

Le caractère composite des éléments s’observe déjà s’agissant de l’élément matériel. Il reste néanmoins limité, alors qu’il pourrait être généralisé *via* le recours aux circonstances constitutives. Rien ne justifie que certaines données – tel le résultat – soient intégrées à l’élément matériel, tandis que d’autres – tel le préjudice – soient au contraire des éléments indépendants¹⁰⁴. Il peut en réalité être identifié au sein de chaque élément une donnée principale (celle que ORTOLAN qualifie d’élément) dépendant directement de l’activité de l’agent, ainsi qu’une multitude de données spéciales accompagnant sa réalisation. Tout élément pourrait ainsi être composé d’une donnée principale et d’exigences complémentaires – ou circonstances constitutives – entourant sa réalisation.

En effet, parmi les exemples cités et développés par VILLEY figurent notamment le lieu du délit, le temps¹⁰⁵, la qualité de l’agent ou du patient, les mobiles, la fraude, les moyens d’exécutions¹⁰⁶, etc. Or, si l’on s’intéresse à ces différentes circonstances, on peut remarquer

102. E. VILLEY, *Précis d’un cours de droit criminel*, *op. cit.*, p. 135. Étant précisé que ces circonstances varient à l’infini.

103. VILLEY ne précise pour sa part pas le rapport existant entre les circonstances constitutives et les éléments constitutifs. Le plan de l’ouvrage suggère toutefois que les circonstances s’ajoutent aux éléments puisqu’elles ne sont pas intégrées au chapitre consacré aux éléments constitutifs.

104. V. *supra*, n° 103.

105. E. VILLEY, *Précis d’un cours de droit criminel*, *op. cit.*, p. 140. V. égal. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 451, n° 1054. Il s’agit alors du cas où un moment précis est exigé par les textes d’incrimination (l’exemple cité par VILLEY est celui de chasse en temps prohibé), mais non de l’élément temporel qui a été dégagé par la suite. On retrouve ces mêmes circonstances chez GARRAUD, qui tend néanmoins pour sa part à les ériger en éléments constitutifs. Concernant le lieu du délit, GARRAUD écrit ainsi que le *Locus delicti* peut-être amené à jouer le rôle d’élément constitutif lorsque le texte d’incrimination prévoit un lieu particulier pour la commission du délit R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, t. 2, p. 500, n° 582. De même s’agissant du temps. *Ibid.*, t. 2, p. 504, n° 587.

106. E. VILLEY, *Précis d’un cours de droit criminel*, *op. cit.*, p. 137. Selon qu’elles sont prévues au titre de l’aggravation ou pour la constitution du délit, ces différentes circonstances pourront être soit de nature aggravantes, soit de nature constitutives.

qu'elles sont toutes en relation plus ou moins étroite avec l'un des éléments identifiés. Ainsi, le temps et le lieu du délit donnent les circonstances spatiales et temporelles dans lesquelles le fait doit avoir été réalisé, les moyens d'exécutions sont quant à eux les circonstances factuelles de sa réalisation. De même, l'exigence d'une qualité particulière s'agissant de l'auteur ou de la victime se trouve liée aux faits appréciés sous leur angle matériel, car elles sont relatives à la personne devant accomplir ces faits (qualité objective) ou sur laquelle ils devront être accomplis (quand bien même la connaissance de cette qualité, lorsqu'elle est exigée serait-elle dépendante de l'élément moral). De la sorte, elles se trouvent toutes en relation étroite avec l'élément matériel. À l'inverse, les mobiles et la fraude sont quant à elles des circonstances davantage liées à l'élément moral, parce qu'elles impriment à la volonté une coloration particulière.

147. Appréciation large des circonstances – Les circonstances constitutives apparaissent alors relativement larges. Elles ne dépendront pas toutes à proprement parler de l'activité accomplie par l'agent¹⁰⁷, tout simplement parce qu'elles peuvent simplement l'accompagner ou lui servir de contexte. Cela se justifie d'autant plus qu'il s'agit d'apprécier un comportement sous ses différents aspects, afin de pouvoir le qualifier pénalement. Dès lors, toute condition, toute donnée indispensable à la caractérisation de l'infraction intègre d'une manière ou d'une autre les éléments constitutifs. Envisager le comportement d'un point de vue objectif, c'est l'apprécier de manière globale dans toute sa dimension matérielle, c'est-à-dire non seulement quant au fait accompli, mais aussi quant aux circonstances dans lesquelles il est accompli. Détacher le fait des circonstances n'a que peu de sens au regard de la qualification pénale, car celles-ci la conditionnent tout autant et sont en partie indissociables du fait lui-même. L'infraction reste un comportement humain, non une adjonction de différentes conditions et c'est ce comportement, envisagé dans son ensemble qu'il faut analyser et qualifier¹⁰⁸. Or, le temps du délit, son lieu de réalisation sont autant de données indispensables à la qualification, car le comportement ne devient infraction que par le contexte de sa réalisation.

Il importe donc d'avoir une vision d'ensemble du comportement infractionnel en intégrant aux éléments toutes les données qui participent de la qualification pénale des faits. Les circonstances constitutives doivent dès lors être entendues largement et non être cantonnées aux données strictement intrinsèques à l'activité de l'agent, parce que les éléments constitutifs permettent d'apprécier l'activité infractionnelle dans son ensemble. Le fait que certaines données soient en marge de l'acte infractionnel entendu *stricto sensu* ne suffit pas à les exclure des éléments de l'infraction dès lors qu'elles ont une influence sur la constitution de l'infraction.

107. Ainsi en est-il par exemple des exigences temporelles ou spatiales, mais aussi d'autres données formant le contexte dans lequel se produit l'infraction.

108. V. *supra*, n° 138.

148. Remise en cause des caractères internes et contemporains – Une telle position se révèle assez frontalement incompatible avec l’affirmation selon laquelle les éléments viseraient les données internes et contemporaines à l’infraction. Toutefois, deux choses doivent être relevées. La première est qu’admettre que les éléments doivent nécessairement être internes et contemporains à l’infraction conduit à en exclure de nombreuses conditions, tels le temps ou le lieu qui s’ils sont contemporains, ne sont pas internes à l’activité infractionnelle et ne dépendent pas d’elle. Or, cela ne se justifie pas réellement dès lors que l’on admet que les éléments constitutifs ne sont qu’un guide d’analyse et de qualification et imposent simplement d’apprécier le comportement sous ses différents aspects. Il s’agit du comportement apprécié largement ; de ce qui fait la substance du comportement infractionnel, non nécessairement de ce qui relève plus strictement de l’action de l’agent.

La seconde est que ces deux critères ont essentiellement été mis en place pour justifier l’autonomie de la condition préalable. Or, ils ne sont pas tout à fait probants, y compris au regard de la condition préalable. Ils peuvent parfois se vérifier pour certaines d’entre elles. Plus précisément, même si la condition préalable est antérieure à la réalisation de l’acte matériel caractérisant l’infraction, elle peut s’insérer dans le comportement infractionnel envisagé plus généralement. Deux exemples permettent de l’illustrer. Le premier est relatif à l’abus de confiance. Dans cette infraction, la remise du bien est en principe préalable au détournement¹⁰⁹. L’agent doit avoir reçu et accepté le bien, à charge de restitution ou d’un usage particulier. L’acte matériel d’exécution de l’infraction réside quant à lui dans le détournement. Le comportement infractionnel commence donc en principe avec ce détournement, puisque la remise et l’acceptation peuvent être totalement détachées de lui et, surtout, parfaitement licites. Elle est par suite la condition préalable à l’abus de confiance¹¹⁰. Pourtant, l’agent peut directement participer à la réalisation de la condition préalable, puisqu’il est parti à la remise qu’il doit en principe avoir acceptée. Dès lors, celle-ci peut ne pas être totalement extérieure au comportement en ce sens que l’agent aura pu jouer un rôle direct quant à sa réalisation. Autrement dit, l’individu peut, sans toutefois provoquer totalement la remise, l’encourager en ce qu’il projette déjà son infraction future. Surtout, l’on peut tout à fait imaginer que l’agent a déjà une intention frauduleuse lorsqu’il accepte la remise. Dans un tel cas, la remise – même si elle demeure temporellement préalable et même si elle est opérée par la victime – et l’acceptation relèvent en partie du comportement. La condition reste certes « préalable », mais uniquement à l’acte d’exécution de l’infraction que constitue le détournement.

109. Code pén. art. 314-1 : « L’abus de confiance est le fait par une personne de détourner, au préjudice d’autrui, des fonds, des valeurs ou un bien quelconque qui lui ont été remis et qu’elle a acceptés à charge de les rendre, de les représenter ou d’en faire un usage déterminé. »

110. V. not. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 207, n° 175-176, et J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 569, n° 914. Pour ces trois auteurs, la condition préalable se décompose en trois conditions.

Le second exemple est relatif au cas des infractions de conséquences. Si l'infraction d'origine est la condition préalable de celle de conséquence¹¹¹, le caractère antérieur et extérieur est parfois également mis à mal. Si l'on prend l'exemple du recel, infraction de conséquence typique, l'infraction principale a au moins pu être encouragée par le receleur qui prend alors part à la survenance de la condition préalable. Un arrêt récent illustre une telle possibilité. Un salarié avait recelé divers biens en demandant à ses collègues de se livrer à des manœuvres douteuses. S'il n'a été déclaré coupable que de l'infraction de recel¹¹², il y a dans ses agissements une certaine participation à l'infraction de vol¹¹³ dès lors qu'il en est, au moins en partie, à l'origine¹¹⁴. Le lien entre l'infraction de recel et la condition préalable est alors trop ténu pour admettre que celle-ci est extérieure à l'infraction. La condition s'intègre dans une démarche d'ensemble, dans un comportement infractionnel se concluant par la consommation du recel, quand bien même elle serait antérieure à l'acte caractérisant l'infraction. Admettre qu'elle est extérieure à l'infraction elle-même n'est donc pas toujours conforme à la très grande diversité des conditions préalables existantes et aux multiples modes de commission des infractions. Au demeurant, cela conduit à analyser le comportement de manière trop étriquée. Qualifier implique une vision d'ensemble. Ainsi faut-il admettre que « le comportement de l'auteur de l'infraction est [...] proprement indissociable de sa prétendue condition préalable puisque celle-ci participe de son caractère délictueux et donc de son érection au rang d'infraction »¹¹⁵. En effet, le comportement ne peut être appréhendé indépendamment de son contexte duquel participe la condition préalable, qui, du reste, conditionne la qualification. De ce fait, malgré l'intérêt théorique qu'il présente, le caractère interne et contemporain est sans doute le moins praticable des trois attributs des éléments constitutifs et, par conséquent, le plus discutable.

111. L'analyse de l'infraction d'origine comme condition préalable de l'infraction de conséquence fait néanmoins l'objet d'un débat doctrinal. Si la doctrine majoritaire se prononce en faveur d'une telle analyse, (v. not. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », art. préc. ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 25, n° 21 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 268, n° 232 ; M. VÉRON, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 3331, n° 468 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 61, n° 93), d'autres auteurs la critiquent (v. P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 252, n°s 573 et s.).

112. Cass. crim., 12 mai 2015, *Bull. crim.*, n° 102 ; *D. actualité* 2015, obs. L. PRIOU-ALIBERT. Madame PRIOU-ALIBERT qualifie pour sa part l'infraction d'origine de condition préalable de l'infraction de conséquence. Cet arrêt participerait dès lors de l'affaiblissement de la condition préalable car en l'espèce la Cour s'est contentée de l'origine douteuse des biens recelés, rejetant le moyen invoqué par le demandeur selon lequel la Cour d'appel n'avait pas identifié l'infraction originaire. Une telle solution tend ainsi « à dénier à cette condition préalable toute autonomie dans la constitution du recel. » : L. PRIOU-ALIBERT obs. sur Cass. crim., 12 mai 2015, *D. actualité* 2015.

113. Le recel était d'ailleurs initialement une forme de complicité. Il reste présenté en doctrine comme une forme de complicité *a posteriori*, incriminée de manière autonome. Sur ce point, v. not. B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 58, n° 88.

114. Monsieur BOUZAT utilise ainsi pour ce type de recel la dénomination de « recel-complicité ». V. P. BOUZAT obs. sur Cass. crim., 17 mai 1989, *RSC* 1990, p. 576. Cette terminologie illustre parfaitement le rôle joué par le délinquant dans la réalisation de l'infraction d'origine et, donc dans la réalisation de la condition préalable dès lors bien sûr que l'on admet que l'infraction d'origine puisse s'analyser en condition préalable de l'infraction de conséquence.

115. P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 253, n° 575.

149. Circonstances constitutives et localisation dans l'espace de l'infraction – Faut-il alors considérer que chaque donnée intégrant les éléments constitutifs en tant que circonstance constitutive ou en tant que donnée principale permet de localiser l'infraction dans l'espace ? L'expression de « faits constitutifs » utilisée dans le Code pénal ¹¹⁶ renvoie très certainement à un démembrement des éléments constitutifs, si bien qu'il pourrait sembler possible d'inclure dans cette expression toutes les données exigées par les textes. Encore faut-il rappeler que le terme de « faits », justement préféré à raison de son caractère objectif ¹¹⁷, ne peut renvoyer à une donnée d'ordre moral. À l'évidence, il ne peut s'agir ici que de données matérielles et tangibles. Mais la question se pose de savoir s'il doit s'agir d'un fait accompli par l'agent. L'ancienne rédaction de l'article 693 du Code de procédure pénale pouvait le suggérer dès lors qu'était « réputée commise sur le territoire de la République toute infraction dont un acte caractérisant un de ses éléments constitutifs a été accompli en France ». L'article visant l'acte « accompli » en France, il aurait été possible de considérer que seule l'activité matérielle de l'agent permettait le rattachement de l'infraction sur le Territoire. La première hypothèse de rattachement aurait alors résidé alors dans l'infraction complexe, pour laquelle un seul des actes d'exécution aurait été accompli en France. Par ailleurs, l'article aurait permis de localiser l'infraction au lieu d'accomplissement d'un acte qui « caractérise un élément constitutif même s'il ne l'accomplit pas » ¹¹⁸, autrement dit, un acte qui « manifeste [...] l'engagement dans la commission » ¹¹⁹. La jurisprudence ne s'en est quant à elle pas tenue à une application aussi stricte. Par certains arrêts, elle avait pu sembler limiter l'application du texte au cas des infractions complexes. Dans un arrêt en date du 27 octobre 1966, elle affirmait, s'agissant du délit des non-représentations d'enfant, que « l'article 693 du code de procédure pénale ne pouvait, en l'espèce, recevoir application, aucun acte caractérisant un des éléments constitutifs de l'infraction relevée, qui par sa nature, n'est pas complexe, n'ayant été commis sur le territoire de la République » ¹²⁰. Néanmoins, de manière générale, la Cour de cassation a toujours appliqué assez largement l'article. Non seulement, elle appliquait la théorie de l'indifférence ¹²¹, localisant l'infraction indifféremment au lieu de l'action ou du résultat ¹²², mais en outre, elle a très tôt admis la prise en compte de conditions préalables. Par un arrêt un date du 12 février 1979, elle localisait ainsi un abus de confiance

116. Code pén., art. 113-2 al. 2.

117. *Débats parlementaires du Sénat, op. cit.*, p. 614.

118. C. LOMBOIS, *Droit pénal international, op. cit.*, p. 309, n° 253.

119. *Ibid.* Dans le même sens, C. FAYARD, « La localisation internationale de l'infraction », *RSC* 1968, p. 753.

120. Cass. crim., 27 oct. 1966, *Bull. crim.*, n° 244 ; *Rev. crit. dr. intern. priv.* 1967, p. 741, note A. DECOCQ. Dans le pourvoi, le père tentait de faire valoir la nature complexe du délit, afin que soit localisée l'infraction au lieu d'exercice du droit de garde. Dans le même sens, Cass. crim., 16 juil. 1969, *Bull. crim.*, n° 228.

121. V. C. LOMBOIS, *Droit pénal international, op. cit.*, p. 305, n° 250.

122. Pour un cas de localisation d'un délit de contrefaçon au lieu de l'atteinte portée aux droits de l'auteur : Cass. crim., 2 fév. 1977, *Bull. crim.*, n° 41.

en France, alors que seule la remise préalable avait eu lieu sur le territoire de la République¹²³. Critiquable à la lecture de l'article 693, la solution l'est assurément moins à celle de l'article 113-2 alinéa 2. En effet, cet article n'évoque plus les faits (ou actes) commis, mais ceux ayant eu lieu sur le territoire de la République¹²⁴. Ne semblent donc pas pris en compte que des faits accomplis par l'agent. Des conditions pré-existantes ou indépendantes de son activité pourraient donc permettre la localisation de l'infraction. Reste que l'exigence d'un « fait » demeure, ce qui devrait faire obstacle à une application trop large de l'article 113-2. Toutes les circonstances constitutives ne peuvent donc pas permettre la localisation de l'infraction, si elles ne sont pas des faits. Bien que la jurisprudence de la Cour de cassation tendent à admettre l'inverse, une application conforme à la lettre de l'article serait donc de réputer commise en France l'infraction dont un des faits d'exécution – qu'il réalise ou non l'exécution achevée de l'infraction – a eu lieu sur le territoire de la République. L'extension au résultat peut quand à elle se justifier par le fait que sa survenance dépend directement de l'activité de l'agent et, donc, des faits accomplis par lui. Par ailleurs, il y a un intérêt indéniable à pouvoir poursuivre en France des comportements ayant troublé l'ordre public français¹²⁵.

150. Conclusion – Sans doute, l'approche proposée des éléments est-elle finalement très proche de celle tenant à adjoindre des éléments spéciaux aux éléments généraux. Elle permet toutefois davantage de préserver l'intégrité de la notion d'élément constitutif et de fournir un schéma constant d'analyse. Au reste, une telle approche s'impose finalement assez naturellement. Vérifier par exemple l'élément matériel, est-ce simplement s'assurer que le fait pris isolément a été commis, ou est-ce plus globalement s'intéresser à la manière dont il a été commis et dans quelles circonstances pour s'assurer qu'il y a bien une correspondance de la matérialité du comportement avec les prévisions légales ? De même s'agissant de l'élément moral, lorsqu'une intention ou un mobile particulier est exigé, apprécier la volonté de l'agent ne peut se limiter à l'examen de la seule volonté à laquelle on ajouterait *a posteriori* une appréciation de l'intention ou des mobiles. La doctrine ne raisonne d'ailleurs pas ainsi pour l'élément moral pour lequel au contraire, les différentes données s'ajoutent les une aux autres pour caractériser l'élément. Sans doute l'idée d'une adjonction est-elle critiquable, mais elle montre bien le caractère composite de cet élément et la nécessité de regrouper dans l'appréciation des faits les conditions présentant une coloration similaire. Tout cela résulte à la fois du fait que l'infraction est une entité qu'il

123. Cass. crim., 12 fév. 1979, *Bull. crim.*, n° 60 ; D. 1979, IR, p. 177, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; RSC 1979, p. 575, obs. P. BOUZAT. Dans le même sens, Cass. crim., 13 oct. 1981, *Bull. crim.*, n° 271.

124. Code pén., art. 113-2 al. 2 : « L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire. »

125. Encore que dans le cas où le comportement est totalement accompli à l'étranger, la circonstance de connaissance de la loi, indispensable à la qualification des faits peut poser problème malgré la présomption existant en la matière.

faut envisager dans toute sa globalité et complexité et du fait que les éléments sont les outils de sa qualification parce qu'ils fournissent un schéma qui en guide l'exercice. Le caractère composite des éléments constitutifs permet du reste de mieux rendre compte de l'agencement des différentes données exigées dans la caractérisation des infractions, car toutes se trouvent liées à l'une ou l'autre des dimensions théoriques de l'infraction – voire aux deux –, de sorte qu'elles devront être vérifiées par le juge lors de l'analyse du comportement sous l'angle correspondant. La conséquence logique de cette approche est dès lors relative aux éléments spéciaux, dont l'idée ne peut être retenue.

* *
 *

151. Conclusion du Chapitre 1 – On l'a vu, l'intérêt pratique principal des éléments réside dans l'exercice de qualification. Ils permettent de dégager un schéma d'analyse et d'en guider l'opération. Le principe de légalité impose de vérifier toutes les conditions prévues par les textes. Mais un ordre cohérent et progressif est nécessaire, car ces conditions sont multiples et de nature variable. Faisons ici une comparaison avec le droit de la responsabilité civile délictuelle. En cette matière, un texte général régit les circonstances dans lesquelles un individu peut engager sa responsabilité. Ce texte prévoit trois conditions générales (une faute, un lien de causalité et un dommage), ce qui impose *de facto* un ordre cohérent dans le raisonnement qui mène à la déclaration de responsabilité¹²⁶. Le droit pénal ne connaît pas d'équivalent, car le principe de légalité impose une incrimination particulière pour chaque comportement susceptible d'engager la responsabilité pénale de son auteur. Aucun texte ne suggère d'ordre logique en la matière. Les éléments constitutifs permettent justement de compenser la complexité de l'exercice de qualification en imposant une cohérence dans la caractérisation de l'infraction. Ils mettent en lumière les étapes nécessaires à la qualification des faits. Un raisonnement par adjonction d'éléments variables n'est donc pas souhaitable, parce qu'il brise la cohérence d'ensemble. Peu importent la complexité du comportement ou les circonstances qui l'accompagnent à ce stade. Il s'agit de difficultés d'ordre casuistique qui ne doivent pas faire perdre de vue les étapes indispensables à l'engagement de la responsabilité pénale. Toutes ces circonstances particulières doivent bien sûr être envisagées, mais dans le cadre plus général du schéma dégagé. L'intérêt des éléments dans l'exercice de qualification n'est donc pas seulement un exercice de comparaison entre les spécificités du comportement accompli et les exigences formulées dans un texte. Il n'est

126. La faute en droit de la responsabilité civile est elle-même parfois envisagée à travers des éléments rappelant ceux du droit pénal. V. *supra*, n° 16.

pas limité à la seule confrontation du fait au droit.

En principe, la qualification se conçoit à partir des faits. C'est par une étude du comportement que l'on parvient à dégager une qualification applicable. Il est vrai néanmoins que cette démarche de qualification inductive ne se retrouve pas toujours en pratique, où l'exercice de qualification est aussi et surtout dépendant d'un exercice de comparaison entre le fait et le droit. Cela résulte en partie de la procédure applicable. Les juges, lorsqu'ils sont saisis de faits, le sont par un acte de saisine précisant une qualification. Même s'ils demeurent saisis des faits bruts et ne sont donc pas tenus par la qualification *prima facie*, leur rôle les conduira nécessairement à vérifier l'applicabilité de la qualification pressentie. Au demeurant, cela résulte aussi d'une attitude assez naturelle. N'a-t-on pas davantage tendance à pressentir une qualification à partir de l'énoncé des faits, puis à vérifier si celle-ci est effectivement applicable ?

Mais peu importe finalement, car même lorsque la qualification est faite par le biais de l'exercice de comparaison, elle reste sous-tendue par la même logique. En vérifiant qu'un comportement correspond à une qualification légale, l'on vérifie du même coup qu'il répond à la notion d'infraction ; qu'il en vérifie tous les attributs. Le schéma reste le même, il est imposé par la nature de l'infraction et par sa structure générale et invariable. Les éléments ne doivent donc pas être perçus comme une énumération de conditions à vérifier. Du point de vue de l'incrimination, ils sont la description des différentes dimensions de l'infraction. Du point de vue de l'infraction, ils sont les différents angles sous lesquels le comportement doit être analysé. Ils imposent alors un ordre logique d'analyse afin de permettre, en partant des faits, d'aboutir à la qualification pénale la mieux adaptée.

La nature de l'outil ayant été identifiée, il reste désormais à identifier les différentes étapes de la qualification. Pour ce faire, il faut prendre de la distance avec le schéma traditionnel, notamment parce que celui-ci est très discuté et participe de deux logiques différentes, certains éléments étant des éléments techniques de définition, d'autres étant concentrés sur la substance de l'infraction. D'ailleurs, il ne s'agit pas ici seulement d'en apprécier l'opportunité. Il s'agit de tenter de dégager le schéma le plus adapté.

Chapitre 2

Le schéma de qualification

152. Origine du schéma : rejet de la synthèse des incriminations – Afin d’identifier les éléments de l’infraction, la première question qu’il convient de résoudre est de savoir d’où doit être dégagé le schéma. Plusieurs possibilités sont envisageables. L’une d’elles pourrait tenir à une synthèse de la structure des différentes infractions. Toutefois, la très grande diversité des incriminations et leur éparpillement rendent presque impossible un tel travail. Par ailleurs, si les incriminations étaient initialement relativement succinctes, elles sont aujourd’hui d’une étonnante complexité¹²⁷. Le nombre des conditions prévues a significativement augmenté. Les incriminations ont perdu une part de leur généralité pour s’adapter à des comportements particuliers¹²⁸. Ce degré de détail se fait sans doute en apparence dans le respect du principe de légalité, mais il opère au prix d’une complexité grandissante de la matière et d’un manque cruel de lisibilité des incriminations¹²⁹. Attentatoires aux libertés car intervenant de plus en plus souvent en amont sur l’*iter criminis*, les incriminations sont par ailleurs particulièrement circonstanciées afin d’en encadrer le champs d’application et souvent associées d’exceptions. La circonspection des anciens textes n’est plus de mise. Il en résulte qu’une synthèse des constats faits lors de l’analyse des différents textes risquerait de se solder par un échec.

153. Le droit pénal général, une matière de principes – En outre, une autre raison qui a déjà pu être abordée s’oppose à une démarche en termes de synthèse¹³⁰. Certes, le droit pénal général est né d’une systématisation des constats du droit pénal spécial¹³¹. La majorité des

127. Faisant état de la densification *des* normes, mais aussi de *la* norme, J. LEROY, « La densification normative du Code pénal » in *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, sous la dir. de G. BEAUSSONIE, LGDJ, 2015, p. 75.

128. Il s’agit là du recours à ce que Madame DELMAS-MARTY appelle le « droit pénal magique » où la diversification des incriminations « est comme le reflet des peurs à exorciser ». M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, 1986, p. 67.

129. De ce point de vue, les exigences de légalité sont poussées trop loin. Les incriminations, tout en étant claires et précises, doivent demeurer générales.

130. V. *supra*, n° 14.

131. Les infractions ont en effet précédé la conceptualisation et l’effort de définition de l’infraction. V. not. A. VIRTU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 12, n° 4.

auteurs s'accorde d'ailleurs à considérer que le premier s'est construit des constats du second, lequel en constitue le terreau¹³². Cependant, on observe un enrichissement réciproque des deux matières¹³³, ainsi qu'une certaine émancipation du droit pénal général, non pas en ce qu'il ne traduirait plus une systématisation du droit pénal spécial, mais en ce qu'il trouve des fondements qui lui sont propres et qui se répercutent ensuite en droit pénal spécial. L'émergence et le développement de grands principes propres à la matière pénale et qui ne puisent pas leurs sources dans le droit pénal spécial favorisent ce mouvement à double sens entre les deux disciplines. Le droit pénal général est aujourd'hui une matière de principes, au sein desquels il puise les règles applicables aux différentes branches de la matière pénale, de sorte que « dans l'état actuel de la science, la théorie d'aujourd'hui va du général au particulier »¹³⁴. La Révolution a joué ici un rôle fondamental en imposant une certaine vision de la répression pénale et en apportant des restrictions fortes au pouvoir de punir. C'est dans ces restrictions et dans l'encadrement du pouvoir des juges que les éléments constitutifs ont pris leur source. Ils furent au moins autant – sinon plus – une manière d'affirmer et d'imposer un principe général de la matière que le seul fruit d'une systématisation du droit pénal spécial¹³⁵.

154. Origine du schéma : la conception de l'infraction – C'est donc de ces règles et principes propres à l'incrimination qu'il convient de partir, parce que ces règles contiennent une conception particulière de l'infraction, tant incriminée que commise. Certes, la démarche part alors davantage de *ce qui devrait être* que de *ce qui est*. Mais le droit pénal est en perte de cohérence. La diversification des infractions, la multiplication des catégories et des régimes particuliers font perdre de vue les concepts généraux. La cohérence de la matière ne peut que partir des concepts qui en sont la base. C'est donc eux qu'il convient en premier lieu de préciser. Le prisme des principes généraux pourrait ainsi mettre en lumière la structure idéale de l'infraction, autrement dit, l'infraction telle qu'elle devrait être et ce qu'elle n'est pourtant pas toujours. Si c'est de ses éléments que l'infraction est construite, ceux-ci précèdent logiquement les différentes incriminations : ils en sont à la base. Ces principes permettent ainsi de dégager une structure générale et un schéma de qualification, en même temps qu'ils permettent d'approfondir l'analyse de l'infraction ; de préciser ce qu'est, intrinsèquement, une infraction.

132. Pour Monsieur CONTE, il en constitue le « substrat », car le droit pénal général procède d'une « systématisation » des différentes incriminations. P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1, n° 2. V. égal. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 3, n° 3 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 13, n° 2.

133. Faisant état de l'influence réciproque des deux branches du droit pénal, P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1, n° 3.

134. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 3, n° 3. Dans le même sens, A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 9, n° 1.

135. Pour certains auteurs, les éléments traditionnels sont issus d'une démarche de systématisation. En ce sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1, n° 2. Mais l'on s'en souvient, historiquement, il n'est pas certain que les deux éléments initiaux aient été le fruit d'une telle démarche. Ils sont aussi et surtout la résultante d'une conception particulière de la répression pénale et de l'infraction qui en est la cause. V. *supra*, n°s 35 et s.

Si les infractions incriminées présentent certains traits communs, c'est justement parce que ces traits sont imposés par des principes supérieurs auxquels le législateur ne peut déroger¹³⁶. Ces principes donnent aux diverses infractions une physionomie commune. Ils montrent aussi que l'infraction ne se conçoit que d'une certaine façon, parce que le droit pénal ne peut empiéter excessivement sur les libertés individuelles. Avec l'encadrement du pouvoir de punir, le législateur a perdu un peu de sa liberté dans la détermination des incriminations. Les principes contenus dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen qui se sont développés et affirmés contribuent à dessiner les contours de la notion d'infraction. Celle-ci répond abstraitement à des règles établies que le législateur devra respecter lorsqu'il procédera à l'incrimination de divers comportements. C'est donc d'elles qu'il faut partir et de la conception « moderne » de l'infraction. Elles donnent les repères nécessaires à la qualification légale des incriminations, ceux sans lesquels l'incrimination sera contraire au principe de légalité. Or, si ces étapes sont indispensables à la qualification légale des faits – soit la description et l'analyse abstraite du comportement par le législateur –, ne le sont-elles pas nécessairement aussi à leur qualification judiciaire¹³⁷ ? Les éléments ont une fonction eu égard au principe de légalité, et ce, tant au regard de la qualification légale que de la qualification judiciaire. Du point de vue de la qualification légale, s'ils ne sont pas explicités par le législateur de manière suffisamment claire et précise, le texte de loi ne sera pas conforme aux règles à valeur constitutionnelle. Il fera par conséquent (en principe) l'objet d'une censure. Du point de vue de la qualification judiciaire, si leur existence n'est pas vérifiée en l'espèce par le juge, et conformément aux prévisions légales, la condamnation n'est pas légale. Elle fera alors (toujours en principe) l'objet d'une cassation. Par conséquent, les éléments qui sont la mesure de l'infraction et que le législateur doit préciser se retrouvent dans les éléments que le juge doit vérifier. La qualification pénale des faits permet d'affirmer que le comportement est *infractionnel* (qu'il possède tous les attributs de l'infraction), parce qu'il présente tous les attributs requis par *une incrimination*.

Pour finir, il faut aussi relever que cette approche rejoint pour partie la démarche initialement suivie par les auteurs, lorsqu'ils ont tenté d'identifier les différents éléments de l'infraction. Ils

136. V. toutefois P. LASCUMES et C. BARBERGER, « De la sanction à l'injonction : « le droit pénal administratif » comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », art. préc., s'interrogeant en ces termes : « Peut-on prétendre ramener le droit pénal à un modèle unique où l'on puiserait des critères de validité ? L'idéal-type de l'incrimination « classique » s'est-il d'ailleurs jamais imposé comme modèle unique ? Ne gagnerait-on pas à raisonner plutôt, ici comme ailleurs, de façon pluraliste en considérant que, pas plus que d'autres, le droit pénal spécial n'a connu de forme pure et qu'il est formé d'un assemblage de dispositions de qualification et sanction, spécifiques et interdépendantes ? »

137. Fondamentalement, la qualification judiciaire est le reflet de la qualification légale dans le monde concret. La première est le nom attribué par le législateur à un comportement, la seconde est ce même nom, mais attribué par le juge au même comportement. Pour la première, le nom – vol, meurtre –, est donc aussi le résultat de la qualification. L'exercice passe quant à lui par la description minutieuse du comportement qui a vocation à recevoir cette dénomination.

partaient de la définition générale de la notion, dont ils déduisaient les composantes de toute infraction pénale¹³⁸. Pour notre part, nous partirons des principes qui sous-tendent l'infraction, parce que sa définition est parfois variable et qu'il ne s'agit pas tant de définir extérieurement l'infraction que d'en préciser la substance et les conditions de la punissabilité du comportement. Elle présente certes, quels que soient les auteurs, des traits communs, mais selon les choix opérés, l'accent sera davantage mis sur certains aspects¹³⁹, ce qui fait des différentes définitions un outil trop incertain.

155. Annonce – C'est donc des exigences propres à la répression pénale et de la conception qu'ils engendrent de l'infraction que sera déduit le schéma de qualification. Ces exigences, issues majoritairement du principe de légalité, sont de deux ordres. L'une est relative à une exigence de forme : elle tient à l'existence d'un texte de loi. Cette règle de forme ne peut néanmoins pas être considérée comme constitutive de l'infraction au regard de la conception retenue des éléments (**Section 1**). Envisager l'infraction sous son angle légal, c'est en effet tout simplement qualifier les faits. Les autres exigences sont quant à elles des exigences de fond et correspondent aux différents angles d'analyse du comportement (**Section 2**).

Section 1 – L'exigence de forme : une exigence non constitutive

156. Texte de loi et élément légal – La conception moderne de l'infraction prend sa source en premier lieu dans le principe de légalité. C'est donc de ce principe qu'il convient de dégager les règles générales auxquelles doit répondre l'infraction. En premier lieu, le principe de légalité impose le recours à la loi en matière de répression pénale. Le premier principe en matière pénale est ainsi relatif à l'exigence d'un texte (**I**), sans lequel l'infraction ne peut exister. C'est en raison de ce caractère fondamental que certains auteurs avaient pu voir dans l'exigence d'un fondement légal un élément de l'infraction. Il est vrai au demeurant que cette exigence est une constante en matière pénale, si bien que l'élément légal remplit en apparence toutes les caractéristiques des éléments dès lors que déduit de la définition générale de l'infraction, sa vérification est toujours indispensable. Au regard de la conception qui en est proposée, une difficulté apparaît néanmoins. Envisager le comportement sous son angle légal, n'est-ce pas tout simplement tenter de qualifier

138. V. *supra*, n° 53 et n°s 58 et s.

139. À titre d'exemple, pour certains auteurs, elle ne sera que le fait objectif, alors que pour d'autres, elle est un acte, ou encore un comportement. Ces subtilités sont lourdes de conséquences quant à la conception de l'infraction et, par extension, quant aux éléments retenus.

les faits ? L'élément de définition technique de l'infraction, l'élément légal renvoie en réalité directement à l'exercice de qualification (II). Il n'en est pas un guide, il en est le support.

§ 1. L'exigence d'un texte

157. Bref retour sur le principe – Le principe relatif à l'exigence d'un texte fondant la répression est tellement ancré dans notre conception du droit pénal qu'il n'appelle qu'un bref retour. Il résulte du principe de légalité affirmé au lendemain de la Révolution¹⁴⁰ et est par conséquent inscrit dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. Cette exigence d'un texte est la première en matière de légalité criminelle¹⁴¹. Il résulte en effet de l'article 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, au terme duquel « nul homme ne peut être accusé, arrêté ou détenu que dans les cas déterminés par la loi », et de l'article 8 (« 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 »). Ces articles imposent par conséquent deux choses : tout d'abord, la nature du fondement en matière de répression pénale est la loi. Ensuite, la loi doit préciser et déterminer les cas dans lesquels une personne peut être accusée, arrêtée ou détenue, et sous quelles formes. Donner compétence à la représentation nationale en matière pénale apparaissait comme un moyen efficace de lutter contre l'arbitraire¹⁴² en encadrant et en limitant le rôle des juges, à la fois dans la détermination des infractions et dans la fixation des peines¹⁴³.

Souvent résumée par l'adage *nullum crimen, nulla poena, sine lege* dont la paternité revient,

140. Concernant l'apparition précoce du principe de légalité en droit canonique, v. cependant J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 171, n° 86 bis. V. égal. A.-G. CHLOROS, « Essai sur l'origine et la fonction de la légalité » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Librairies Dalloz et Sirey, 1961, p. 123.

141. Le principe de légalité inclut plusieurs impératifs découlant de la DDHC (non-rétroactivité ou nécessité des délits et des peines...). Toutefois, le Conseil constitutionnel utilise ce vocable essentiellement pour viser l'exigence d'un texte. En son sens strict, le principe de légalité exige donc la précision des termes de l'infraction. V. L. FAVOREU, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, Vers un droit constitutionnel pénal » in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 169.

142. En ce sens, D. REBUT, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *RPDP* 2001, p. 249. V. égal. M.-C. ROCA, « Le principe de la légalité et l'incrimination », *RPDP* 2001, p. 272.

143. La maxime « toutes les peines sont arbitraires en ce royaume » et les célèbres lettres de cachet sont devenues le symbole du despotisme de l'Ancien Régime, bien que de nombreux auteurs tendent désormais à nuancer le caractère attentatoire de ces lettres tout d'abord parce qu'une légalité coutumière existait, mais aussi parce que celles-ci étaient fréquemment expédiées dans l'intérêt de familles ou de communautés. V. not. J.-L. GAZZANICA, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux » in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, 2001, p. 11, et E. MICHELET, « Article 7, Histoire, analyse et commentaires » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, sous la dir. de G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 159. Leur multiplication et le développement de la pratique des lettres en blanc ont tout de même grandement participé de la symbolique accordée à la pratique. V. J.-M. CARBASSE, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, op. cit., p. 390, n° 210.

s'agissant de la seconde partie de l'affirmation, à FEUERBACH¹⁴⁴, l'importance de la loi en matière pénale est également affirmée dans la Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme en son article 7¹⁴⁵. Elle figure en outre aussi dans notre Code pénal. L'article 111-3 dispose en effet que « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont *les éléments*¹⁴⁶ ne sont pas définis par la loi, ou pour une contravention dont *les éléments* ne sont pas définis par le règlement. Nul ne peut être puni d'une peine qui n'est pas prévue par la loi, si l'infraction est un crime ou un délit, ou par le règlement, si l'infraction est une contravention ». Il s'agit là du rappel de l'aspect formel de la légalité, qui impose le recours à la loi dans la détermination des délits et des peines¹⁴⁷.

158. Une composante de la définition de l'infraction – L'exigence d'un fondement légal intègre de ce fait la définition moderne de l'infraction. L'infraction ne se conçoit pas aujourd'hui détachée de ce support légal. En son absence, ou en cas d'inapplicabilité du texte d'incrimination aux faits d'espèce¹⁴⁸, l'infraction ne peut pas être caractérisée. Toutes les définitions de l'infraction intègrent donc cette donnée fondamentale. CARRARA la définissait ainsi comme « la violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit, et qui est punie d'une peine prévue par la loi »¹⁴⁹. GARRAUD la définissait quant à lui comme « un fait, ordonné ou prohibé par la loi à l'avance, sous la sanction d'une peine proprement dite, et qui ne se justifie pas par l'exercice d'un droit »¹⁵⁰. Pour Messieurs MERLE et VITU, elle est « l'acte que lois punissent d'une peine »¹⁵¹.

144. En ce sens, A. LAINGUI, « Les adages du droit pénal », art. préc. Dans son ouvrage, FEUERBACH expose en fait trois principes : le premier est l'axiome latin *nulla pœna sine lege*, d'où il suit que toute peine est conditionnée par l'existence de la menace de l'action : *nulla pœna sine crimine*. Enfin, il achève son raisonnement par le fait que la menace légale du fait est conditionnée par l'établissement légal d'une sanction juridique : *nullum crimen sine pœna legali*. P. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5^{ème} éd., Heyer, 1812, p. 20, n^{os} 17 et s.

145. CESDH, art. 7-1 : « 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. »

146. Nous soulignons.

147. Par opposition à la légalité matérielle qui renverrait pour sa part à la qualité de la loi (ou plus largement de la norme). Pour une analyse de ces deux aspects de la légalité, v. not. D. ZEROUKI, *La légalité criminelle : enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, 2001, Thèse, Lyon 3. Pour une définition de la légalité formelle, W. BENESSIANO, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, 2011, PUAM, p. 123, n^o 186 ; C. CLAVERIE-ROUSSET, « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16. Sur la légalité dans sa conception matérielle et l'exigence d'intelligibilité, v. égal. M.-A. FRISON-ROCHE et W. BARANÈS, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, chron. p. 361.

148. Ce sera par exemple le cas en cas de problème relatif à l'application de la loi dans le temps ou dans l'espace.

149. Cette définition proposée par CARRARA est reprise dans de nombreux manuels. V. not. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., p. 47, n^o 89.

150. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 60, n^o 36.

151. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 33, n^o 7.

159. Élément légal et caractéristiques des éléments constitutifs – C'est justement parce que la loi est devenue une donnée de la définition de l'infraction, qui ne se conçoit pas sans elle, qu'il a pu en être déduit un élément de l'infraction à la fin du XIX^{ème} siècle¹⁵². L'idée s'est partiellement imposée, selon laquelle l'élément légal serait constitutif de l'infraction, soit plus précisément, serait l'élément constituant les deux autres¹⁵³. Et il est vrai au demeurant que l'élément légal présente les caractéristiques propres aux éléments constitutifs. Il est indispensable à la caractérisation de l'infraction et il est une exigence commune à toutes les infractions. Seuls les caractères interne et contemporain font défaut, ce qui a motivé pour certains auteurs son rejet. Par définition, la loi doit précéder l'infraction, si bien qu'une partie non négligeable de la doctrine préfère y voir un préalable et non une composante de celle-ci¹⁵⁴. Malgré les hésitations sur ce dernier point, l'exigence d'un fondement légal pourrait être un élément dès lors qu'elle relève bien de la conception moderne de l'infraction et présente les caractères principaux des éléments. Cependant, ériger le fondement légal au rang d'élément constitutif se révèle impossible au regard de la fonction des éléments.

§ 2. Le fondement légal, support de la qualification

160. Le rôle du texte dans la qualification – Le principe de légalité n'impose pas simplement *un* fondement légal à la répression. Il veut qu'elle ne soit envisageable que si le comportement fait l'objet d'une incrimination spécifique. La condition imposée par le principe de légalité réside donc essentiellement dans la possibilité de qualifier pénalement les faits au regard d'un texte particulier. Ce n'est que sous cette condition que la peine associée pourra être prononcée. Si l'on prend l'exemple de l'élément matériel, il sera caractérisé si l'acte accompli par l'agent correspond à l'acte prévu par le législateur. Symétriquement, l'élément légal ne sera « caractérisé » que si le comportement accompli par l'agent correspond au comportement prévu par le législateur.

Il y a donc plus qu'un simple lien entre l'exigence d'un texte et la qualification. L'enjeu n'est pas seulement qu'il existe un texte, l'enjeu est que ce texte soit applicable. Dès lors, analyser le comportement sous son angle légal, c'est en réalité procéder à l'opération de qualification. La détermination du texte effectivement applicable en sera le résultat. L'exigence d'un texte

152. V. *supra*, n° 57.

153. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171, n° 300 ; E. FORTIS, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, th. préc., p. 12, n° 4 ; O. DÉCIMA, S. DETRAZ et E. VERNY, *Droit pénal général*, *op. cit.*, 107, n° 209. L'élément légal décrit les éléments matériel et moral. Comp. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

154. V. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 14, n° 14, citant notamment les propos de A. DECOCQ. L'auteur précise en outre que l'étude de la loi précède l'examen de l'infraction mais ne peut rationnellement y participer. *Ibid.*, p. 59, n° 57. V. égal. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 273, n° 230.

imposée par le principe de légalité et l'exercice de qualification relèvent donc de la même logique, de sorte que le texte ne peut être une étape de la qualification. Au mieux en est-il le résultat. Déterminer le texte applicable, puis l'appliquer (c'est-à-dire prononcer la peine prévue par ce texte), n'est-ce pas en effet tout simplement qualifier les faits ? L'exigence d'un texte ne participe pas d'un schéma de qualification. On ne peut la concevoir comme la première étape, parce que la qualification part des faits. De même, pressentir un texte applicable n'est en rien suffisant. Encore faut-il que celui-ci le soit effectivement. Dans une démarche de comparaison, le texte est donc à la fois la première étape, mais il en est aussi la dernière. Plus exactement, il sous-tend la comparaison de son entier parce qu'il est le support de l'exercice de qualification.

161. Approche initiale de l'élément légal : le caractère central de la légalité –

L'élément légal tel qu'il est envisagé par la doctrine illustre d'ailleurs parfaitement cette relation très étroite qui unit l'exigence du texte à l'exercice de qualification et le fait que le texte ne saurait être la première étape de celui-ci. Il faut ici remarquer qu'il y a eu une évolution significative concernant cet élément de l'infraction. Hier comme aujourd'hui, l'élément légal renvoie en premier lieu au principe de légalité¹⁵⁵. Le premier élément de l'infraction tiendrait à « une loi violée »¹⁵⁶, au fondement légal de la répression. Cependant, que le comportement réalisé soit incriminé ne suffit pas. Encore faut-il, comme l'avait souligné VILLEY en son temps, que l'individu doive obéissance à la loi d'incrimination¹⁵⁷, autrement dit, qu'il soit soumis à cette loi. Si LAINÉ s'était contenté de l'exigence d'un texte au titre de l'élément légal¹⁵⁸, la plupart de ses successeurs intégraient à son étude celle des conditions d'applications du texte. Par conséquent, l'étude de l'élément légal contenait le plus souvent l'étude du principe de légalité et des sources du droit pénal, celle de l'application de la loi dans le temps et dans l'espace et enfin celle de l'interprétation de la loi¹⁵⁹. Il y avait dans cette démarche, un écueil fondamental. L'élément légal était en fait essentiellement un prétexte à l'étude du principe de légalité et à ses corollaires. Les différentes données rattachées à l'élément légal renvoyaient donc aux règles découlant de ce principe. Ce faisant, il n'était, comme le dénonçait fort justement Monsieur VOUIN, « qu'une manière de parler - et pas la meilleure - en vue de rappeler le grand principe de la légalité des

155. L'élément légal désignerait ce principe. V. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 21, n° 10.

156. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 506, n° 384. Plus exactement, le premier élément serait le texte d'incrimination, car comme l'ont démontré certains auteurs, le droit pénal ne donne pas la règle, il n'est qu'un droit sanctionnateur. L'infraction n'est donc pas la violation de la loi pénale, elle est un comportement interdit sous la menace d'une peine. V. infra, n° 175.

157. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit., p. 62.

158. V. supra, n°s 57 et s.

159. V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 93, n°s 47 et s. ; P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, op. cit., p. 23, n°s 19 et s. Et pour des auteurs plus récents, v. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., p. 49 n°s 92 et s. (encore que l'application de la loi n'y soit pas développée) ; P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., p. 142, n°s 76 et s. ; G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, op. cit., p. 107, n°s 85 et s.

incriminations »¹⁶⁰. Cet élément encourageait en outre un cantonnement du principe de légalité à la légalité des délits par le lien très étroit qui unissait ce principe avec lui. Or, la légalité sous-tend la matière pénale dans son ensemble¹⁶¹. En envisageant les conditions d'application de la loi, les auteurs montraient toutefois l'insuffisance de la seule exigence du fondement légal. Encore fallait-il que le texte d'incrimination puisse être appliqué; que l'agent y soit soumis. Envisager l'étude de l'application de la loi dans l'espace et le temps semble de ce point de vue tout à fait justifié. Reste le cas de l'interprétation stricte de la loi pénale. Sans doute, celle-ci relevait-elle aussi de l'élément légal parce qu'elle découle également du principe de légalité. En donnant pouvoir au législateur en matière pénale, l'idée était de limiter l'arbitraire des juges. Ils ne devaient être que la « bouche » de la loi. Il était donc logique que l'interprétation de la loi et la limitation du pouvoir des juges soient liées dans les manuels à l'étude du principe de légalité. Mais en abordant la question de l'interprétation stricte de la loi, les auteurs empiétaient sur la question de l'application de l'incrimination aux faits.

Il manque donc une étape dans les développements opérés. En envisageant l'application de la loi dans l'espace et dans le temps, les auteurs s'intéressaient déjà au fait de savoir si le texte pouvait être appliqué d'un point de vue procédural. Ce faisant, ils présumaient de ce que le texte en question était bien le texte applicable aux faits.

162. Approche actuelle de l'élément légal : caractère central de la qualification – C'est justement à cet égard qu'une évolution peut être observée dans les manuels. Désormais, et depuis le célèbre Traité de Messieurs MERLE et VITU, le principe de légalité est majoritairement envisagé indépendamment de l'étude de l'infraction. L'intérêt fondamental de ce choix est de permettre de redonner toute sa place à ce principe et d'en envisager les différents aspects. La légalité reprend ainsi un rôle central : elle ne s'applique pas uniquement à l'infraction, mais à la matière pénale dans un ensemble¹⁶². Dès lors, la question principale étudiée au titre de l'élément légal est celle de la qualification, tant dans son aspect légal que judiciaire¹⁶³. Il y a dans cette démarche quelque chose de tout à fait logique. L'exigence d'un texte n'a de sens que s'il s'agit

160. R. VOVIN, *Manuel de droit criminel, op. cit.*, p. 149, n° 231.

161. Certains auteurs préfèrent d'ailleurs parler de la légalité de la répression afin d'embrasser sous la même expression tous les aspects de la légalité pénale. Cette expression inclut, outre la légalité des incriminations et des peines, la légalité de la procédure. V. G. LEVASSEUR, « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » in *Les grands principes de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen français, ses origines - sa pérennité*, sous la dir. de C.-A. COLLIARD et G. CONAC, La documentation française, 1990, p. 233.

162. Sur cette dénomination, v. M. DELMAS-MARTY, « Réflexion sur la matière pénale » in *L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui, actes du colloque de l'Université Montpellier I*, sous la dir. de C. LAZERGES, Érès, collection criminologie et sciences de l'homme, 1991, p. 15.

163. V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 507, n° 385 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 134, n° 228 ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 287, n° 331. V. égal. Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, qui traite ensemble le cas de l'élément légal et de la qualification dans une partie consacrée au support du droit pénal.

du texte applicable. La première question est donc bien de savoir si les faits peuvent recevoir une qualification pénale. Au regard de l'infraction, le texte n'en est l'élément constitutif qu'au terme de l'exercice de qualification.

163. Défauts de l'approche actuelle – Le défaut de cette analyse est cependant double. Tout d'abord, s'il apparaît justifié de traiter de manière autonome le principe de légalité, la question de l'applicabilité du texte dans l'espace et dans le temps est indéniablement liée à l'opération de qualification. De même en est-il de la question de l'interprétation de la loi pénale. Celle-ci est indissociable de la qualification, parce que la question de l'interprétation se pose au moment de la qualification¹⁶⁴. C'est parce que l'on vérifie l'adéquation entre le comportement et un texte d'incrimination que l'on a besoin d'interpréter ce texte¹⁶⁵. Comme l'explique Monsieur LEROY, les faits soumis au juge ne correspondent jamais exactement à la situation abstraite décrite. Ainsi, « dans toute qualification, on décèle une interprétation des faits », de sorte que « l'interprétation de la loi est partie intégrante de l'interprétation des faits »¹⁶⁶. L'idée est qu'en qualifiant, on interprète tant les faits que le droit, dans le but de les faire correspondre. Or, les questions afférentes à l'interprétation sont désormais majoritairement traitées avec le principe de légalité dont elles découlent, c'est-à-dire le plus souvent à l'occasion de l'étude de la loi comme source du droit criminel¹⁶⁷. S'il peut sembler cohérent de traiter ensemble la source du droit et son interprétation, la présentation retenue a pour défaut de ne pas mettre en valeur le lien entre interprétation et qualification.

164. N'est-il pas vrai en effet que « quelle que soit la précision de la loi pénale, il est toujours nécessaire d'interpréter pour qualifier » ? (v. J.-C. SAINT-PAU, « L'interprétation des lois », *RSC* 2015, p. 272) Cette affirmation illustre le lien de dépendance qui unit les deux opérations. Comp. Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 139, n° 130 : « L'interprétation stricte de la loi pénale ne prend pleinement son sens que sous couvert d'applications concrètes, c'est-à-dire par référence au travail de qualification. Il ne servirait à rien de régler les difficultés de compréhension d'un texte pour ne pas en relever, dans le même temps, son adéquation aux faits ». Pour une approche plus nuancée, F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 243, n° 287. Selon ces auteurs, la qualification doit être distinguée de l'interprétation, même si les deux opérations sont étroitement imbriquées.

165. En ce sens, V. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 31, n° 19. Madame GALLARDO-GONGGRYP regrette que l'interprétation soit envisagée en dehors de la qualification. Selon elle en effet, « on n'interprète pas la loi abstraitement, mais en référence à des faits que l'on entend subsumer sous les concepts contenus dans cette loi ». Elle réfute par conséquent l'idée selon laquelle l'interprétation précéderait la qualification. Les deux sont indissociables parce que « l'interprétation est, aux côtés de l'appréciation, une composante de la qualification en droit pénal ». Il est d'ailleurs à relever que la typicité allemande (v. *infra*, n° 164) lie elle bien le problème de qualification et celui de l'interprétation des lois. En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 507, n° 385. Ces auteurs traitent néanmoins quant à eux les deux points séparément.

166. J. LEROY, « Les qualifications du fait et l'interprétation de la loi » in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, sous la dir. de F. STASIAK, Dalloz, 2015, p. 43.

167. V. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 77, n°s 123 et s., et J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 217, n°s 245 et s. Pour Messieurs MERLE et VITU, ces questions étaient plus largement rattachées à l'étude du droit criminel. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 246, n°s 168 et s. Comp. Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 133, n°s 124 et s., qui ne limite pas l'étude de l'élément légal au problème de la qualification, mais qui consacre la première partie de son ouvrage à la loi comme support du droit pénal. Le premier chapitre est consacré à la légalité, qu'il associe dans une certaine mesure à l'élément légal (p. 21, n° 10), les chapitres suivants traitant de l'application et de l'interprétation de la loi ainsi que de la qualification.

Le second défaut est quant à lui de ne pas aller au bout du raisonnement. La doctrine a parfaitement raison d'avoir recentré le débat sur l'applicabilité du texte aux faits, car l'élément légal n'est celui de l'infraction que si le comportement correspond aux prévisions légales. Toutefois, il n'est pas le premier élément de l'infraction. On ne peut conclure à l'existence d'un texte applicable qu'après avoir envisagé les autres éléments. Ceci est vrai quelle que soit la démarche de qualification effectuée, car même dans l'exercice de comparaison, il n'est que le texte pressenti. Il ne sera appliqué – autrement dit le comportement ne recevra sa dénomination légale – qu'à l'issue de la comparaison. En d'autres termes, le texte pressenti ne deviendra l'élément légal de l'infraction qu'au terme de l'exercice de comparaison. Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHABON expliquent en outre dans leur ouvrage que l'intérêt de l'élément légal réside aussi – et surtout – dans la description des éléments¹⁶⁸. Du point de vue de l'infraction, son intérêt réside par extension dans la vérification de l'adéquation du comportement aux faits. C'est l'essence de cet élément. Dire qu'il faut un texte fondant la répression, c'est exiger que le comportement entre dans ses prévisions.

164. Typicité et élément légal – Envisagé de la sorte, l'élément légal se rapproche de la notion de « typicité » utilisée en doctrine allemande. Le type y est un élément de l'infraction et correspond, comme notre élément légal, au texte d'incrimination. Plus exactement, il s'agit de « la description abstraite de l'action prévue dans un texte d'incrimination »¹⁶⁹. La typicité renvoie par conséquent « à la comparaison du comportement, de ses conséquences et de l'état d'esprit de l'agent à la description du texte d'incrimination »¹⁷⁰. Elle suppose donc un type, mais la typicité est en réalité une manière de désigner l'exercice de qualification¹⁷¹. Le type n'étant que la description de l'infraction, l'enjeu fondamental tient dans la vérification de la typicité du comportement¹⁷². Le recours à la typicité présente donc cet avantage d'insister sur l'intérêt de l'élément légal, ou du type, mais il montre aussi qu'élément légal et qualification relèvent de la

168. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHABON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 129, n° 219.

169. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 10. V. égal. E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411.

170. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 333, n° 514.

171. X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 153, n° 154 : « Une infraction est constituée dès lorsque ses modalités concrètes correspondent à un type de conduite préalablement incriminé. Cela signifie qu'en présence d'un fait ayant l'apparence d'une infraction, il est nécessaire de vérifier, d'une part, que ce fait a été réalisé dans la situation décrite par l'incrimination et, d'autre part, qu'il l'a été suivant le processus également décrit. »

172. La typicité allemande est liée au principe *Nullum crimen* et implique la vérification de l'adéquation entre l'acte concret et la description abstraite du texte d'incrimination. Elle implique donc, pour que l'action soit punissable, que celle-ci corresponde à un certain type prévu par la loi. Si elle ne se confond pas avec, elle se rapproche sensiblement de l'élément légal retenu par une partie de la doctrine française, tout en étant pour sa part dotée d'une fonction supplémentaire. Sur la typicité, v. not. J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, *Arbeiten aus des iuristischen Seminar der Universität Freiburg*, Éditions universitaires, Fribourg, 1955, p. 25, n° 10.

même logique¹⁷³.

Car exiger un texte, c'est exiger avant tout que le comportement lui corresponde, qu'il soit donc qualifiable ou typique. Le type – ou texte d'incrimination – n'a d'intérêt qu'au regard de la typicité – ou concordance – du comportement. Poser le principe d'un élément légal, ce n'est pas seulement exiger un fondement légal, c'est exiger que le comportement tombe sous le coup de la loi ; qu'il soit en adéquation avec le texte. Il est certes l'expression d'un principe général, mais il se confond en réalité avec l'exercice de qualification. Il est le pont entre le fait et le droit parce qu'il est le nom (ou numéro) que l'on attache aux faits. C'est lui qui fait entrer le comportement dans la sphère du droit pénal. Par conséquent, il ne peut ni être un élément de l'infraction ni être un élément de l'incrimination. Il n'en est que le support, qui attache un nom à un comportement décrit.

Du reste, envisager le texte d'incrimination comme élément constitutif n'a que peu de sens. Cela n'a que peu de sens tout d'abord parce que, comme le relevait Monsieur DOUCET, le texte se confond avec l'incrimination (ou infraction-description), à tel point qu'il n'est plus exact de considérer qu'il la constitue¹⁷⁴. Le texte n'est que le support de l'incrimination. Il l'institue bien plus qu'il ne la constitue. Il n'est pas un outil de la qualification légale, il en est simplement la matérialisation et le moyen. Il n'entre pas dans l'exercice de qualification qui consiste, pour le législateur, en partant du résultat qu'il redoute, à décrire le comportement qu'il entend réprimer et à le nommer¹⁷⁵. Par ailleurs, le principe de légalité remplit déjà la fonction de rappel de l'exigence textuelle. L'intérêt des éléments ne peut être purement théorique. Il ne peut se résumer à la formulation de principes : il doit par ailleurs les rendre effectifs. Or, encore une fois, l'effectivité de l'élément légal, dont la formulation est assurée par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, passe par la vérification de la typicité du comportement. Il n'est donc pas un élément participant du schéma de qualification. Il est la qualification elle-même.

165. Un élément désignant l'opération de qualification – Au regard de l'incrimination comme au regard de l'infraction, ce prétendu élément se confond donc totalement avec sa fonction. Cela est d'autant plus vrai lorsque l'on envisage les éléments constitutifs comme des angles d'analyse. Analyser sous l'angle légal le comportement accompli, c'est le qualifier. Le texte de loi sous-tend la qualification dans son entier justement parce qu'il décrit le comportement et en présente les caractéristiques essentielles. Analyser l'incrimination sous son angle légal n'a du reste pas réellement de sens. L'exigence d'un texte ne participe donc pas du schéma

173. En doctrine allemande, l'action et le type ne sont d'ailleurs pas tout à fait deux éléments autonomes, parce que l'action est appréciée à l'occasion de l'examen de la typicité du comportement, c'est-à-dire de sa correspondance au texte. V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 9.

174. V. J.-P. DOUCET, *La loi pénale*, op. cit., p. 98 : « L'incrimination légale qui fixe les éléments constitutifs d'une infraction ne saurait à l'évidence viser que des éléments étrangers à elle-même. »

175. V. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 40, n^{os} 32 et s.

de qualification, elle est la qualification. Et la tendance actuelle à n'envisager l'élément légal que sous cet angle en est l'aveu. Le fondement légal n'est qu'un support du point de vue de l'incrimination. Du point de vue de l'infraction, il est le point de départ de la qualification (texte pressenti), l'exercice de qualification par comparaison (la vérification de l'applicabilité du texte) et le résultat de la qualification (le nom ou numéro attribué au comportement).

Principe général de la matière, l'exigence d'un texte a, il est vrai, contribué à imposer une conception formelle de l'infraction. Cependant, elle n'en est pas véritablement un élément ni au regard de la conception proposée, ni véritablement au regard de la fonction des éléments. L'exigence de forme issue du principe de légalité ne doit par conséquent pas s'analyser en élément, ni de l'infraction ni même de l'incrimination. Il ne participe que d'une définition formelle de l'infraction, mais il ne la constitue pas. Il en va différemment des principes de fond existant en matière infractionnelle, eux intimement liés à la substance de l'infraction.

Section 2 – Les exigences de fond : des exigences constitutives

166. Importance de la valeur protégée et complémentarité fait-volonté – À côté de l'exigence de forme, il existe en droit pénal certaines règles de fond. Devenues des principes généraux de la matière, elles résultent le plus souvent du principe de légalité, ou en sont des corollaires¹⁷⁶.

L'une d'elle tient au principe de nécessité des délits et des peines. En la matière, le législateur a un très large pouvoir d'appréciation et il n'existe pas de contrôle effectif de la production législative. Le problème vient de la difficulté d'apprécier la nécessité des incriminations et des peines, sans verser dans un contrôle d'opportunité. L'absence de critères objectifs d'appréciation de la nécessité complexifie en outre les choses. Pourtant, la nécessité de la répression est depuis longtemps prise en compte dans la définition de l'infraction. L'infraction est profondément marquée par l'idée d'injuste¹⁷⁷, qui a d'ailleurs été intégrée – bien que négativement – dans

176. Sur la diversification des principes généraux et de leurs sources, notamment en matière pénale, v. M. PUECH, « Les principes généraux du droit (Aspect pénal) » in *Journée de la société de législation comparée*, Société de législation comparée, 1980, n° spécial, vol. 2, p. 337.

177. Le droit pénal doit tendre à la recherche d'un équilibre en ne proscrivant que les comportement portant atteinte à la justice humaine. Bien que l'infraction soit appréhendée de manière legaliste en France, l'injuste intègre sa conception par ce truchement. V. V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, op. cit., p. 45 et s. sur l'injuste, et p. 213 sur la définition legaliste de l'infraction. Comp. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., p. 241 : « Il est certain que si l'on veut se borner au sens pratique, le délit n'est que l'infraction de la loi pénale. Cette définition est claire [...]; elle est aussi suffisante, une et une peine proprement; elle est aussi suffisante, comme guide pour les juristes praticiens, et pour tout homme, comme règle ordinaire de conduite légale. Mais cette définition est insuffisante pour la théorie. La théorie réclame une définition tirée de la nature des choses, une définition vraie en

la constitution de l'infraction. Mais, si l'on pressent dans ces exigences le substrat d'un élément constitutif, les liens entre injuste et nécessité restent à préciser, de même que les critères d'appréciation de l'un et de l'autre. Or, un critère peut être trouvé en faisant appel à la théorie allemande de l'infraction. Celui-ci, tenant à l'antijuridicité, est d'autant plus intéressant qu'il conduit la doctrine allemande à identifier un élément constitutif antijuridique.

Il ne s'agit pas ici de transposer une théorie qui trouve sa source dans des concepts éloignés des nôtres. Les deux approches, française et allemande, sont sur de trop nombreux points différentes. Cependant, l'analyse allemande possède des outils intéressants, dont il peut être opportun de s'inspirer. À travers la notion d'antijuridicité, un indice de la gravité du comportement peut être identifié et permettre de donner au contrôle de nécessité un critère d'appréciation. Le principe, posé par la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, trouverait alors un prolongement dans la constitution des incriminations et des infractions (I) par l'identification d'un nouvel élément, non calqué sur l'élément allemand mais en partie inspiré de lui.

À ce premier principe de fond, s'en ajoute par ailleurs un second. Il est relatif à la complémentarité entre le fait et la volonté en matière infractionnelle. Les deux principes selon lesquels l'infraction doit se manifester concrètement et ne peut être que volontaire demeurent fondamentaux. La conception « moderne » de la responsabilité et de son fait générateur qu'est l'infraction fait de la dualité matérialité/moralité une réalité indéniable et par conséquent incontournable (II).

§ 1. Le prolongement du principe de nécessité dans la constitution de l'infraction

167. Un principe issu de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen – Parmi les principes auxquels est soumis le droit pénal figure le principe de nécessité¹⁷⁸. Si ce principe est formel quant aux peines, il est moins explicite quant aux incriminations. L'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen dispose en effet que « la loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ». Malgré tout, l'exigence de nécessité concerne aussi les incriminations. La doctrine a en effet toujours admis que la nécessité de la peine rejaillissait sur sa source qu'est l'infraction¹⁷⁹. Si l'incrimination n'est pas nécessaire car ne répond à aucun besoin, comment la peine qui lui est associée pourrait, elle, l'être ? Au reste,

tout temps et en tout lieu. Elle nous paraît découler naturellement des principes du droit de punir et de l'ensemble des doctrines que nous avons exposées au Ier livre ».

178. V. *Le principe de nécessité en droit pénal*, Actes de la journée d'études radicales, sous la dir. de O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2013, p. 17.

179. En ce sens, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 30, n° 21.

deux arguments conduisent à admettre que le principe de nécessité ne saurait se cantonner aux peines. Tout d'abord, l'article 5 pose une limitation formelle au pouvoir de punir en énonçant que « la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la société ». Il s'en déduit qu'un comportement ne peut être incriminé que pour le danger ou la nuisance qu'il représente. Ensuite, le fait que seule la peine ait été expressément mentionnée à l'article 8 s'explique par la confiance mise dans la loi et le législateur au siècle des Lumières¹⁸⁰. Cumulés¹⁸¹, les articles 5 et 8 instaurent donc à la fois un principe de nécessité des incriminations dont le principe de nécessité des peines est le complément.

Parce que le droit doit respecter les libertés individuelles et que le droit pénal y porte justement atteinte, le recours à cette matière ne peut être qu'exceptionnel¹⁸². Il s'ensuit que les comportements incriminés doivent présenter un certain degré de gravité, rendant indispensable le recours au droit pénal pour les sanctionner¹⁸³.

168. Nécessité et fondement du pouvoir de punir – La nécessité des incriminations devrait guider le législateur par la limitation au pouvoir de punir qu'elle engendre. Plus, dans l'exercice de qualification, le législateur n'est pas seulement guidé, il est limité dans sa décision¹⁸⁴. La doctrine estime à ce titre que l'incrimination doit être justifiée « par une nuisance

180. Sur ce point, v. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité, Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, p. 257. Monsieur ROUSSEAU explique en outre qu'un contrôle de l'action législative relatif à la nécessité des incriminations n'avait pas été envisagé par BECCARIA. La loi étant l'émanation parfaite de la volonté générale, un tel contrôle n'était pas concevable. Il conduit en effet à admettre la possibilité d'une défaillance de la loi, ce qui n'est pas pensable au siècle des Lumières.

181. Des auteurs regrettent le délaissement de l'article 5, notamment par le Conseil constitutionnel lors de son contrôle. L'article 5 étant parfois analysé comme étant le véritable siège de la nécessité des incriminations, certains auteurs estiment que les deux articles devraient être liés. En ce sens, R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245. V. égal. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc. Il faut toutefois remarquer que le rattachement de la nécessité des incriminations à l'article 5 de la DDHC n'est pas si évident. Il présuppose admis un certain pouvoir normatif au droit pénal dès lors que l'article 5 énonce que « la loi n'a le droit de défendre » que certaines actions. Or, il n'est pas certain que les incriminations défendent les comportements. Formellement, elles se contentent de les sanctionner. Or, cette conception du droit pénal fait l'objet d'un débat ancien et récurrent en doctrine.

182. Monsieur LÉAUTÉ rappelle à ce titre que le principe *Nullum crimen sine lege* imposait que le droit pénal soit réduit au strict nécessaire. J. LÉAUTÉ, « Le changement de fonction de la règle « nullum crimen sine lege » in *Dix ans de conférences d'agrégation, études de droit commercial offertes à J. Hamel, op. cit.*

183. Sur le développement d'une exigence positive sous l'impulsion du droit communautaire (obligation faite aux États de protéger certaines valeurs par le recours au droit pénal) à côté de l'exigence négative, v. R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges, op. cit.*, et F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc.

184. En ce sens, R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges, op. cit.* V. égal. M. DELMAS-MARTY, « Légalité pénale et prééminence du droit » in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 151 : L'article débute par cette affirmation : « Même pénale, la loi n'a pas tous les droits. » Madame CAPPELLO explique quant à elle qu'il pèse sur le législateur un devoir de mesure. Ce devoir est fonction du caractère nuisible de l'acte imposé par l'article 5 de la DDHC (celui-ci s'appréciant au regard des biens juridiques collectifs protégés par les incriminations), et en référence au caractère utile de l'incrimination (A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 269, n^{os} 367 et s.).

grave » causée à cette dernière¹⁸⁵. Élément plutôt technique de définition de l'infraction, le principe de nécessité a une signification particulière qui oriente la conception de l'infraction. Même dans une approche formelle et légaliste de celle-ci, l'infraction a toujours été perçue comme une nuisance ; un trouble¹⁸⁶ et seul les comportements nuisibles mériteraient d'être sanctionnés.

La difficulté est toutefois de parvenir à dégager des critères d'appréciation de la nécessité. Or, si l'on en revient aux ouvrages anciens, la nécessité des incriminations est liée à leur légitimité, autrement dit, au fondement du droit de punir, à ses fonctions et à ses limites¹⁸⁷. C'est donc du fondement et du but du droit pénal¹⁸⁸ que doivent être déduits les critères d'appréciation de la nécessité (A). L'état actuel de la doctrine française ne permet pourtant pas de dégager des critères précis, mais elle emprunte parfois à la doctrine allemande le recours à la protection de valeurs essentielles. Or, la théorie de l'antijuridicité, développée en Allemagne a pour particularité de se retrouver dans la constitution de l'infraction à travers un élément constitutif. Un enrichissement de l'analyse française par les apports de la doctrine allemande s'avère donc envisageable (B).

A. Des critères déduits des fondements du droit de punir

169. L'absence de critères prédéterminés – Parce qu'elle est liée aux théories relatives au fondement du droit de punir, l'appréciation de l'incrimination nécessaire est évolutive. Elle dépend du but assigné au droit pénal et de ses limites. Il serait profondément anachronique de poser comme des critères acquis d'appréciation de la nécessité les données actuellement proposées et utilisées par la doctrine. Rien, d'ailleurs, dans les articles 5 et 8 ne permet de préciser le principe. Il n'est pas expliqué à quoi doivent être strictement nécessaires les peines, ni ce qu'il faut entendre par « actions nuisibles ». Un bref rappel historique relatif aux théories dégagées s'impose donc (1), afin de voir si des critères de nécessité peuvent être identifiés. Toutefois, les théories françaises ne permettent pas de dégager de critères fiables, et c'est donc vers la théorie allemande de protection des biens juridiques qu'il faudra se tourner (2)

185. R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges*, op. cit.

186. Le crime s'apprécierait notamment par la réaction sociale qu'il engendre. V. J. PINATEL, « L'apport de l'histoire et de la psychologie sociale à la compréhension de l'évolution du concept de crime », art. préc.

187. V. par ex. V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, op. cit., p. 45 : « Une société a une destinée qui lui est assignée par sa nature et par le fait de son existence. Elle doit aussi développer ses forces physiques et sa puissance intellectuelle. Elle ne peut le faire qu'avec l'ordre et la sécurité. Tout ce qui est nécessaire pour leur maintien est dès lors légitime, toutes les fois que les moyens employés ne blessent pas la justice. »

188. Théoriquement, le fondement du droit pénal devrait être distingué de son but, le second se déduisant du premier, car étant dépendant et limité par lui. En effet, le but poursuivi par le législateur n'est légitime que s'il prend sa source dans le fondement de ce droit. Les deux demeurent toutefois intimement liés et parfois confondus, notamment parce que la détermination des fondements du droit de punir est en premier lieu abstraite et philosophique.

1. Rappel historique

170. Évolutions : du contrat social à l'éclectisme – Dans le droit pénal classique de BECCARIA, qui a inspiré le droit pénal révolutionnaire et les principes inscrits dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen¹⁸⁹, le droit pénal repose sur le contrat social. Si l'on replace ces articles dans leur contexte historique, la nécessité dont il est question à l'article 8 renvoie au fait que les libertés transférées à l'État et qui justifient le droit de punir ne sont que la portion strictement nécessaire à la vie en société. De même en est-il du caractère nuisible de l'article 5. Pour BECCARIA, les hommes, quittant l'état de nature et de guerre, ont abandonné une portion de leur liberté, portion « dont l'abandon était nécessaire pour obtenir la sécurité dans la vie sociale »¹⁹⁰. Il explique que le fondement du droit de punir réside dans « la nécessité de défendre le dépôt de la sûreté publique contre les usurpations des particuliers »¹⁹¹. Le droit de punir trouve donc sa légitimité dans la nécessité de régir certains aspects de la vie en communauté et cette nécessité en est aussi la limite.

Par la suite, les justifications du pouvoir de punir et le but assigné au droit pénal ont évolué. L'utilitarisme de BENTHAM verra dans le droit pénal le moyen d'assurer la plus grande somme de bien-être aux individus. L'incrimination nécessaire est celle venant sanctionner un acte produisant plus de douleur que de bien-être¹⁹². La nécessité des incriminations et surtout des peines s'apprécie alors au regard de leur utilité et du mal que les délits ont fait naître¹⁹³. Plusieurs autres théories suivront par la suite (École de la défense sociale, théorie de la justice absolue de KANT, théorie de la conservation défendue notamment par HÉLIE, etc.), chacune assignant un nouveau but, mais aussi de nouvelles limites à ce droit et aux fonctions de la peine¹⁹⁴. Elles donneront finalement naissance à la doctrine dite éclectique, dont il a déjà été question¹⁹⁵. Intermédiaire, et majoritaire à la fin du XIX^{ème} siècle¹⁹⁶, cette doctrine opère une

189. V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, op. cit., p. 51.

190. *Ibid.*, p. 52, exposant les différentes théories du droit de punir.

191. C. BECCARIA, *Traité des délits et des peines*, op. cit., p. 22.

192. En ce sens, L. MAILLARD, *Étude historique sur la politique criminelle (l'utilitarisme)*, Larose, 1899, p. 51 : « Pour savoir s'il convient d'ériger tel ou tel acte en délit il s'agit donc de mesurer les diverses sortes de maux qui en résultent et de les comparer impartialement avec les biens ou plaisirs qui peuvent également en résulter, sans tenir compte d'aucune idée préconçue de justice ou de morale. »

193. BENTHAM écrit que « selon le principe de l'utilité, on appelle délit tout mal que l'on croit devoir être prohibé à raison du mal qu'il fait naître ou tend à faire naître ». J. BENTHAM, *Traité de législation civile et pénale, publiés en français par Ét. Dumont*, 3^{ème} éd., t. 2, Rey et Gravier, 1830, p. 2. La répression du délit se fait donc selon un calcul qui permettra de rétablir un certain degré de satisfaction, celui-ci devant être plutôt surabondant, autrement dit en faveur de celui qui a souffert l'injure. *Ibid.*, p. 82.

194. Les ouvrages du XIX^{ème} siècle font souvent état des différentes théories et les exposent successivement en montrant les limites. Ainsi est-ce le cas dans l'ouvrage d'ORTOLAN (J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 80, n^{os} 176 et s.), dans le Traité de MOLINIER (V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, op. cit., p. 44 et s.) ou encore dans le précis de GARRAUD (R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 16, n^{os} 14 et s.). V. égal. A. GILARDIN, *Étude philosophique sur le droit de punir*, Chambet aîné éditeur, 1841.

195. *Supra*, n^o 51.

196. En ce sens, V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, op. cit., p. 70.

synthèse entre les différentes théories, et plus précisément entre l'idée de justice et d'utilité¹⁹⁷, afin de tempérer les excès et imperfections de chacune d'elles.

Ce compromis se retrouve notamment chez ORTOLAN pour qui la légitimité du droit de punir tient à ces deux critères que sont le juste et l'utile¹⁹⁸. Plus précisément, cette légitimité résulte de l'impératif de conservation et de bien-être de la société : « ce n'est qu'à cause et dans la limite de son droit de conservation et de bien-être que la société est autorisée à s'immiscer dans la punition des actes injustes ». Les incriminations présentent donc un double aspect de nécessité et d'utilité, qui fixe les limites du droit de punir¹⁹⁹. Elles ne pourront être vues comme nécessaires que si elles s'inscrivent strictement dans le but et dans les limites assignés à ce droit. Si ces deux critères peuvent être le substrat d'un élément injuste ou de nécessité, leurs consistances respectives restent à préciser, d'autant que la conception du juste et de l'utile est évolutive. Les préceptes des auteurs anciens ne peuvent être collés aux conceptions modernes, au risque d'une totale inadaptation.

171. Positions de la défense sociale nouvelle – Aujourd'hui, la doctrine pénaliste s'est quelque peu désintéressée de la question du fondement du droit pénal. Les débats se sont davantage concentrés sur la fonction de la répression, sans prétendre en amont à une théorisation du droit de punir. À cet égard, l'infraction n'a pas fait l'objet en France d'un effort de conceptualisation comme elle a pu le faire dans d'autres pays. Toutefois, il est nécessaire de revenir ici sur l'influence qu'a pu avoir l'École de la défense sociale nouvelle, parce qu'elle a contribué à la mise en place d'un droit pénal plus subjectif et à la prise en compte de la dangerosité dans la politique pénale.

Si elle se sépare de la doctrine positiviste sur de nombreux points, la doctrine de la défense sociale nouvelle en admet certains aspects²⁰⁰. Elle place notamment la dangerosité ainsi que la prévention au cœur de la réflexion et de la politique criminelle. Le but préventif de la répression ne conduit pas expressément ANCEL à prôner une répression en amont sur l'*iter criminis*²⁰¹.

197. *Ibid.*, p. 68.

198. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 86, n° 190.

199. *Ibid.*

200. Sur les liens existants entre le positivisme, la défense sociale et la défense sociale nouvelle (points de convergences et de divergences), v. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd., Cujas, 1981, p. 29 et s. et p. 75 et s.

201. L'objectif de prévention peut être rempli notamment par certaines mesures politiques préventives. Dans les courants positivistes et de défense sociale ancienne, la prévention pouvait passer par des mesures éducatives ou des mesures de sûreté *ante delictum*. V. entre autres, A. PRINS, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, 1910, not. p. 156, pour la défense sociale et pour une présentation générale L. MAILLARD, *Étude historique sur la politique criminelle (l'utilitarisme)*, *op. cit.*, p. 82 et s. Il est à noter que sur ce dernier point, s'il admet les intérêts que peut présenter certaines mesures *ante delictum* (M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, *op. cit.*, p. 233), Monsieur ANCEL précise que la défense sociale nouvelle est hostile à l'instauration d'un régime préventif discrétionnaire (*ibid.*, p. 232). Sur ce point, v. égal. J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal[en ligne]* 2008, V.

Néanmoins, l'état dangereux développé par les doctrines positivistes et de défense sociale est partiellement repris²⁰² et peut encourager en répression préventive. Ceci est d'autant plus vrai au regard des fonctions assignées à la peine²⁰³ qui devient essentiellement préventive. Associées à l'objectif préventif de la politique criminelle, ces fonctions conduisent la défense sociale nouvelle à proposer une nouvelle approche du phénomène criminel en mettant le délinquant au cœur de la répression. C'est ainsi un droit pénal subjectif qui est voulu par les défenseurs de cette doctrine, dans lequel la personnalité du délinquant aurait un rôle fondamental et serait prise en compte tout au long du procès²⁰⁴. Cette position va donc dans le sens d'un subjectivisme accru du droit pénal, déjà proposé par GRAMATICA²⁰⁵, et s'oppose à la vision classique et néo-classique qui se concentrait sur l'acte et sur le dommage. Il se voulait essentiellement objectif, afin de garantir une stricte égalité devant la loi et de limiter l'arbitraire des juges dans les condamnations²⁰⁶. Si les éclectiques ont accordé une place plus importante au délinquant et insisté sur le caractère fondamental de la volonté dans la caractérisation de l'infraction, cette prise en compte demeure trop timide et en grande partie artificielle aux yeux de partisans de la défense sociale nouvelle²⁰⁷, qui critiquent notamment la fiction de présomption de connaissance de la loi et l'absence de prise en compte des mobiles²⁰⁸.

172. Influence de la défense sociale nouvelle sur la conception du droit pénal – Ces propositions ne sont pas mises directement en lien avec la nécessité des incriminations et ses critères d'appréciation²⁰⁹, mais ils ont eu une influence certaine sur la matière et la conception du droit pénal. La dangerosité et la logique préventive se retrouvent aujourd'hui dans notre législation pénale à travers la prise en compte croissante du risque²¹⁰ qui aujourd'hui « irrigue [...] profondément notre nouveau code pénal »²¹¹. Ainsi peut-on lire que « les techniques juridiques dites des « délits-obstacles » et des « infractions de prévention » ont permis de

202. Encore faut-il à nouveau préciser que la défense sociale nouvelle n'adhère pas à toutes les positions de ces deux écoles et n'en tire pas les mêmes conséquences.

203. Une des revendications principales de la défense sociale est de substituer à l'expiation et la répression punitive comme réaction contre le crime la prévention de la délinquance et la récupération du délinquant. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 35.

204. *Ibid.*, p. 212 et s.

205. F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, Éditions Cujas, 1963, p. 30 et s. Monsieur ANCEL ne le rejoint toutefois pas sur l'ensemble de sa construction et se détache notamment des positions de GRAMATICA quant à la question de l'abolition de la responsabilité pénale au profit de la notion d'asocialité. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 108.

206. *Supra*, n° 36.

207. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle*, op. cit., p. 206 et s.

208. *Ibid.*, p. 210-211.

209. Bien qu'elle dégage des orientations de politique criminelle, la doctrine de la défense sociale se concentre essentiellement sur la répression et ses fonctions.

210. Sur la mutation du danger au risque, J. DANET, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », art. préc. La dangerosité des agents semble devoir être révélée par leurs comportements. À la dangerosité de la personne, l'on substitue donc la dangerosité des actes.

211. *Ibid.*

concilier l'exigence de l'élément matériel avec l'idée d' « état dangereux prédélictuel » utilisé et développé par cette école²¹². On la retrouve par ailleurs dans le recours aux mesures de sûreté, dont le nombre a sensiblement augmenté²¹³.

La prise en compte de la dangerosité et le subjectivisme accru voulu par les partisans de la défense sociale se retrouvent enfin indirectement dans la justification de la répression des différents comportements. GARRAUD expliquait déjà la différence de conception selon les visions objective et subjective. Dans la première vision, il n'est tenu compte de la volonté, quelque certaine qu'elle soit, que si elle se réalise par un acte en lui-même criminel, c'est-à-dire troublant l'ordre public²¹⁴. Dans la seconde, l'acte est incriminé parce qu'il manifeste une volonté sérieuse de commettre le délit et « permet de mesurer la témébilite du délinquant »²¹⁵. Or, le développement d'une approche subjectiviste peut être observé. Elle est illustrée en premier lieu par la définition « moderne » de l'élément matériel. La doctrine classique et néo-classique voyait dans l'exigence du fait le refus de la répression de la pensée. Mais, outre sa matérialisation, ce qu'exigeaient les auteurs était un fait tangible, univoque, la répression devant trouver sa source dans l'acte et le dommage créé²¹⁶, non dans la volonté et la violation de règles morales²¹⁷. Aujourd'hui, beaucoup de définitions de l'élément matériel traduisent davantage une vision subjective qui fait écho aux revendications de la défense sociale²¹⁸. L'élément matériel et

212. R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *Criminologie*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011, p. 757, n° 858.

213. V. H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux, Commentaire de 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 », *Dr. pén.* 2008, étude, n° 5. La doctrine a à ce titre pu parler de renouveau des mesures de sûreté : du même auteur, « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607. L'un des critères en matière de rétention de sûreté mentionné par l'article 706-53-13 du Code de procédure pénale tient justement à la « particulière dangerosité », entendue comme « le risque de commettre une infraction identique à celle ayant justifié la condamnation prononcée » Sur ce point, v. du même auteur, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », art. préc. La circonstance aggravante de récidive procède de la même logique : elle serait en effet justifiée par le fait que celui qui persiste à commettre des infractions malgré une première condamnation « manifeste une dangerosité extrême ». C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 77, n° 117, citant A. LÉGAL, « Les conditions et les effets de la récidive », *RSC.* 1937, p. 599.

214. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 146, n° 64.

215. *Ibid.*

216. V. les dév. de ORTOLAN consacrés à l'importance du résultat. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 405, n^{os} 957 et s.

217. Les développements consacrés à la tentative chez les différents auteurs rattachés à la doctrine éclectique sont éloquentes à ce sujet. Par exemple, ORTOLAN s'oppose à une répression similaire de l'infraction tentée et de l'infraction consommée. Selon lui, se concentrer sur la volonté pour justifier une similarité de répression, c'est être dans l'idée de justice absolue et nier la dimension nécessairement physique du délit (*ibid.*, p. 408, n° 969). Il est en outre intéressant de relever que l'élément matériel n'est jamais défini chez ces auteurs comme la matérialisation de la pensée coupable.

218. V. E. DREYER, « L'objet de la sanction pénale », *D.* 2016, p. 2583 : « Ainsi, la responsabilité pénale paraît-elle de moins en moins objective et les fonctions de la peine évoluent en conséquence : il s'agit moins de rétribuer un acte que de transformer ou éliminer son auteur. Dans cette perspective, chacun sait que le droit pénal prend en compte de plus en plus le délinquant et de moins en moins l'infraction. ». V. égal. du même auteur, « Droit pénal : droit de l'infraction ou droit du délinquant ? » in *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, colloque des 13-14 oct. 2016, Orléans, à paraître, 2016.

son rôle y sont redéfinis. Il est, pour beaucoup d'auteurs, une matérialisation de la volonté coupable²¹⁹. Dans cette conception, c'est donc elle, en premier lieu, qu'a vocation à saisir le droit pénal. La volonté coupable participe d'une dangerosité de l'agent que le fait ne sert qu'à révéler. Cette conception était celle défendue par GRAMATICA, selon qui la seule « *cogitatio* », qui ne peut entraîner de responsabilité ou révéler la périculosité, ne peut constituer un indice d'antisocialité²²⁰. « L'antisocialité objective doit donc s'extérioriser. [...] Elle se présente comme une action (ou une omission) ainsi que comme un acte concret, parce que c'est là la forme extérieure, physique, matérielle qui peut fournir la preuve [...] de la volonté du sujet »²²¹. L'élément matériel apparaît ici comme le marqueur de la dangerosité de l'agent, qui, elle-même, révèle la nécessité de la répression²²²

173. Dangerosité et nécessité – Dès lors qu'elle est devenue une donnée fondamentale en matière répressive, faut-il voir dans la dangerosité le critère actuel d'appréciation de la nécessité des incriminations et, par suite, la base d'un élément de l'infraction? La notion a pris très certainement une place considérable dans notre droit pénal. Elle s'observe aussi bien dans certaines définitions doctrinales de l'élément matériel, que dans la répression sur le terrain de la tentative de l'infraction impossible²²³, ou encore dans le développement d'un droit pénal préventif fondé sur le risque et la répression de l'état dangereux²²⁴ et d'un droit pénal dit de l'ennemi²²⁵ reposant lui aussi sur la dangerosité. Cependant, il serait à la fois contre-productif et excessif d'intégrer la dangerosité à l'appréciation de la nécessité. Excessif, parce que les excès des théories fondées sur l'état dangereux ont été dénoncées. Ainsi, le développement du droit pénal préventif et des infractions obstacles est-il parfois critiqué en doctrine comme opérant au détriment des libertés individuelles²²⁶. Or, c'est justement à un équilibre entre répression et libertés individuelles que permet de tendre le principe de nécessité. L'on voit alors à quel point

219. V. *infra*, n° 255. Déjà, FAUCONNET écrivait que « l'élément matériel, toujours nécessaire d'ailleurs, est considéré moins en lui-même que comme manifestation de la résolution criminelle ». P. FAUCONNET, *La responsabilité*, *op. cit.*, p. 99. Citant l'auteur, v. égal. E. DREYER, « L'objet de la sanction pénale », art. préc.

220. F. GRAMATICA, *Principes de défense sociale*, *op. cit.*, p. 59, n° 37.

221. *Ibid.*

222. Celle-ci étant comme, nous l'avons vu, essentiellement dirigée vers un objectif de prévention et de récupération du délinquant.

223. Ici, l'intention prend le dessus sur le défaut de matérialité.

224. Les infractions obstacles peuvent être présentées comme l'incrimination de comportements sanctionnés pour eux-mêmes, car intrinsèquement dangereux. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 562, n° 726.

225. V. *infra*, n° 188.

226. O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, sous la dir. de O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2013, p. 17. Pour une étude critique du développement des incriminations et sanctions préventives, v. égal. X. PIN, « Une politique criminelle française en quête de rationalité : le cas français » in *Rationalité pénale et démocratie*, sous la dir. de J. BOULAD-AYOUB, M. ANTAKI et P. ROBERT, PUL, 2013, p. 39, et R. PARIZOT, « L'anticipation de la répression » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, sous la dir. de O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2013, p. 123.

il serait contre-productif – contradictoire même – d’intégrer la prise en compte de la dangerosité dans l’appréciation de la nécessité au nom d’un objectif de prévention du droit pénal. Floue, cette notion permet une répression de plus en plus fréquente, très en amont sur l’*iter criminis*. Par l’objectif préventif assigné au droit pénal, elle conduit à une remise en cause du seuil minimal de répression que devrait représenter le commencement d’exécution caractérisant la tentative. Or, si les anciens auteurs ont toujours admis que des actes préparatoires puissent être érigés en infractions autonomes à raison de leur gravité²²⁷, le principe du seuil minimal de la répression demeurait le commencement d’exécution²²⁸. Le nombre croissant des infractions obstacles bouleverse pourtant le principe, si bien qu’il a pu être évoqué une « normalisation de l’exception »²²⁹.

Si cet état de fait peut être analysé comme une dérive ou un renversement des principes de la matière, c’est que la dangerosité et l’objectif de prévention ne peuvent pas et ne doivent pas être pris en compte au titre de la nécessité des incriminations, au risque de légitimer toutes les incriminations préventives, comme c’est déjà en partie le cas²³⁰. C’est donc vers d’autres critères qu’il faut se tourner. La difficulté est cependant que la doctrine française semble se désintéresser des fondements et limites du droit de punir. Et si ORTOLAN voyait dans le juste et l’utile la mesure et la limite du droit pénal, ces deux données méritent d’être approfondies, car elles peuvent en l’état apparaître elles-mêmes trop floues pour être utilisées efficacement. En effet, l’utile ne peut tenir comme il l’a été démontré à la répression des comportements dangereux et doit donc avoir une autre mesure. Quant au juste, il signifie que l’on ne peut incriminer « que les actes dont le

227. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 151, n° 66 ; J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 339, n^{os} 800 et s. et p. 418, n° 987.

228. Il est à ce sujet intéressant de relever que dans certains manuels anciens, l’élément matériel n’était traité qu’à travers la théorie de la tentative. L’enjeu était alors, en détaillant les étapes du crime de déterminer le degré minimum d’intervention du droit pénal. V. par ex. P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 63, n° 63, et R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 145, n° 63.

229. R. PARIZOT, « L’anticipation de la répression » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d’études radicales*, *op. cit.* Elle conduit au reste à des incohérences, notamment quant à l’application de la théorie de la tentative. En principe, la tentative ne devrait pas pouvoir être appliquée pour ce type d’infraction car la consommation se situe en deçà du commencement d’exécution. Mais rien ne permet vraiment d’exclure la tentative en appréciant le commencement d’exécution au regard du comportement incriminé. Il s’agit alors d’actes tendant directement à la préparation d’actes préparatoires à une autre infraction. La logique de la tentative s’en trouverait bouleversée. Pour certaines infractions obstacles, la tentative est en effet théoriquement envisageable. Par exemple, la participation à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation des infractions de génocide est de nature criminelle (Code pén., art. 212-3). Elle peut donc théoriquement faire l’objet d’une tentative.

230. Un auteur a pu montrer un renversement du principe de nécessité au gré des politiques sécuritaires. Monsieur CAHN écrit à ce sujet que « les paradigmes de la nécessité semblent s’être modifiés. Conçus en droit pénal libéral pour garantir que le recours à la répression demeure l’*ultima ratio*, ils participent, dans la définition néo-libérale/néo-conservatrice, de la satisfaction de la demande sociale [...] et, surtout, de l’utilité politique que peut présenter l’intervention législative ». Et de poursuivre : « la nécessité ne consiste plus à donner au corps social les mesures pénales dont il a besoin mais les mesures qu’il réclame ». O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d’études radicales*, *op. cit.*

châtiment est jugé conforme à la justice par le groupe social »²³¹. Le problème reste donc entier car il est alors nécessaire de parvenir à déterminer quels sont ces actes.

Il est possible ici de se tourner vers la doctrine allemande qui a réellement déduit des fondements du droit de punir un critère de limitation de ce droit, critère qui participe de la nature et de la fonction de l'infraction²³² et qui se trouve au demeurant de plus en plus repris et utilisé en France.

2. La protection des biens juridiques en doctrine allemande

174. Généralités – Fondamentale en doctrine allemande, la notion d'antijuridicité rejoint aujourd'hui l'exigence de nécessité, avec cette particularité qu'elle donne lieu à un élément constitutif appelé élément antijuridique. Encore faut-il préciser que l'antijuridicité n'est pas initialement liée à une exigence de nécessité des peines. Elle est originairement liée à une théorisation de l'infraction. Mais, reliée au but du droit pénal, elle a pu être utilisée par la doctrine à cet effet.

Peu utilisée en doctrine française²³³, l'antijuridicité est une notion centrale en droit allemand et qui a fait l'objet de multiples études, de nombreux auteurs ayant contribué à la façonner. Intimement liée au concept de bien juridique, elle s'est tout d'abord entendue formellement, avant de prendre une dimension matérielle sous l'influence des travaux de VON LISZT. Il ne s'agira pas ici de retracer tout l'historique du principe d'antijuridicité²³⁴, mais simplement de l'exposer rapidement afin d'en expliquer les principales caractéristiques. L'exposé se concentrera sur les

231. R. GASSIN, S. CIMAMONTI et P. BONFILS, *Criminologie*, op. cit., p. 682, n° 777. Même ainsi compris, le juste peut être complexe à déterminer de manière générale parce qu'il renvoie à l'idéal de justice. Malgré le fait que l'on peut considérer qu'il y a « dans l'esprit des hommes la conscience très nette de la distinction du juste et de l'injuste », le juste reste une notion fuyante. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, réédition, Dalloz, 2005, p. 123, n° 14.

232. À ce titre, il est possible de considérer que l'antijuridicité contribue aussi bien au développement de l'infraction comme notion fonctionnelle que comme notion conceptuelle. Sur la distinction, v. M.-T. CALAIS-AULOY, « Du discours et des notions juridiques, (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *Petites affiches* 1999, n° 157, p. 4.

233. Encore qu'un regain d'intérêt puisse être remarqué en faveur de l'élément antijuridique. En effet, certaines thèses récentes font appel à la notion et la mettent au service de l'analyse de l'infraction. Parmi les principales, il est possible d'en citer deux véritablement consacrées à la notion d'antijuridicité et à son intégration en droit français : J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., et M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc. Exploitant également la notion, v. égal. G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, th. préc. Pour une thèse plus ancienne ayant fait appel au concept de bien juridique, v. égal. P. PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, 1977, Thèse, Nancy.

234. Si l'essentiel de la documentation en la matière est étrangère en raison du faible intérêt de la doctrine française à cet égard, des études particulièrement approfondies du principe d'antijuridicité et du concept de bien juridique existent en langue française. À ce titre, il faut citer à nouveau les thèses de Madame LACAZE (M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc.) et de Monsieur WALTHER (J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc.), ainsi que l'ouvrage plus ancien de Monsieur DARBELLAY consacré à l'illicéité (J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, op. cit.).

travaux de BINDING et de VON LISZT qui ont considérablement contribué à son développement, le premier dans sa dimension formelle, le second dans sa dimension matérielle.

175. Antijuridicité formelle – Historiquement, la première acception de l'antijuridicité est formelle²³⁵. Celle-ci renvoie à la contrariété du comportement adopté par un individu avec la norme. Elle est donc « la contradiction qui existe entre l'action et le droit »²³⁶ et c'est de cette contrariété que naît l'infraction.

Le point de départ de l'analyse chez BINDING comme chez VON LISZT tient au but du droit qui est la conservation et la protection de certains intérêts. La norme vient donc protéger ce que la doctrine allemande désigne comme des biens juridiques²³⁷. Dans l'antijuridicité formelle, développée et défendue notamment par BINDING, elle est la pierre angulaire du système pénal²³⁸. Cette norme ne dépend cependant pas de ce droit. Au contraire, BINDING démontre qu'elle lui est extérieure. L'infraction n'est pas analysée comme la violation de la loi pénale. Elle ne peut l'être dès lors qu'elle réunit au contraire les éléments que celle-ci prévoit²³⁹. BINDING explique à ce sujet qu'il y a dans toute règle pénale une norme, ou précepte, qui donne le comportement à accomplir. À cette norme s'ajoute la sanction du comportement contraire. Or, la norme n'est pas contenue dans l'incrimination qui ne mentionne que la sanction²⁴⁰. Le droit pénal ne prescrit pas de comportement : il n'a pas de valeur normative intrinsèque²⁴¹, pour se contenter de sanctionner les comportements contraires à certaines règles. Le comportement « normal » est donc contenu dans d'autres règles²⁴², car, selon la formule célèbre du DURKHEIM, le droit pénal « ne dit pas

235. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 44. Elle-même se scinde en deux approches, l'une subjective – il s'agit alors d'une contrariété intentionnelle au droit –, l'autre objective. V. *ibid.*, p. 45 et s.

236. *Ibid.*, p. 44.

237. Schématiquement, ce concept peut être rapproché de la notion de valeur protégée. V. *infra*, n° 181.

238. En ce sens, F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. 96, §16. VON LISZT reproche d'ailleurs ce choix à BINDING. Selon lui, cette position est arbitraire et conduit à un délaissement du bien juridique alors pourtant que c'est lui que la norme a vocation à protéger.

239. Sur ce point, v. not. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 51, n° 51. Plus précisément, l'infraction est pour BINDING l'élément de fait, contraire à la norme auquel se rattache la peine. VON LISZT explique que la loi pénale sert chez BINDING essentiellement à justifier la poursuite de la transgression de la norme. V. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. 97, §16.

240. Pour un exposé détaillé de la théorie de la norme de BINDING, v. J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, *op. cit.*, p. 89, n°s 37 et s. *Adde.* T. KIRÁLY, « La qualification de l'infraction et la constatation de la vérité », *RIDP* 1972, p. 99.

241. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 70, n° 90. *Contra*, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 15, n° 31. Un débat existe en doctrine quant au fait de savoir si le droit pénal a un caractère déclaratif et simplement sanctionnateur, ou s'il est en lui-même normatif. V. *infra*, n° 191.

242. En effet, si la prohibition contient nécessairement un impératif juridique, car elle est l'impératif accompagné de la négation (R. CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite : l'impératif juridique*, 1928, Dalloz, p. 78.), la sanction ne fait que renforcer l'impératif contenu dans une autre norme. *Ibid.*, p. 49 et s. Cette approche a néanmoins fait l'objet de débats. Il est en effet possible d'admettre que « sanctionner d'une peine, c'est interdire, c'est reconnaître tel degré d'illicéité d'un comportement incriminé » (J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, *op. cit.*, p. 107, n° 45). Sur ce sujet, KELSEN explique quant à lui que si un ordre juridique impose une conduite sous la menace d'une sanction, cela « implique que la conduite qui conditionne la

tout d'abord, comme le fait le droit civil : voici le devoir, mais tout de suite : voici la peine. »²⁴³. Un exemple peut très facilement en être trouvé dans les infractions d'imprudence. Dans ces infractions, la faute est « une défaillance par rapport à une norme de conduite »²⁴⁴. Or, le droit pénal ne vient que sanctionner cette défaillance. À aucun moment il n'explicite la norme de conduite, éventuellement prévue dans d'autres droits. L'on voit bien donc que la norme violée par l'individu est extérieure au droit pénal. Pour BINDING, elle relève plus généralement du droit public²⁴⁵.

L'antijuridicité formelle participe donc d'une conceptualisation de l'infraction qui se révèle être un comportement contraire à la norme²⁴⁶. La justification de sa sanction tient à l'incrimination de ce comportement.

176. L'absence de limite au droit de punir dans la théorie de BINDING – Si elle permet d'expliquer et de conceptualiser l'infraction, cette conception ne permet par contre pas de limiter le droit de punir, au contraire. Elle légitime le droit pénal en lui donnant pour objectif la protection des normes et des biens juridiques que ces dernières consacrent, mais elle n'implique pas de contrôle des incriminations. La raison en est que la détermination des biens juridiques, chez BINDING, relève du législateur. Le point de départ de toute incrimination est l'objet de la norme – soit le bien juridique – auquel la loi pénale va accorder une protection. Il faut donc déterminer, parmi les différents intérêts et valeurs propres à la société, lesquels sont susceptibles d'être des biens juridiques protégés par le droit pénal, car la doctrine allemande, comme la doctrine française, s'entend à considérer que toutes les valeurs ne peuvent faire l'objet d'une

sanction est défendue, [donc] que la conduite contraire est ordonnée ». H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, 2^{ème} éd., LGDJ, 1999, p. 121. Selon lui, la norme de conduite normale (tu ne dois pas tuer) est superflue dès lors que la norme de défense est en vigueur (le meurtre est puni) car le contenu de la première norme se retrouve sous forme négative dans la seconde norme. *Ibid.*, p. 62.

243. E. DURKHEIM, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 41. Cette citation de DURKHEIM est très fréquemment utilisée lorsqu'il s'agit d'expliquer le concept de norme extra-pénale. L'auteur renvoie en ce point à la théorie de BINDING.

244. En ce sens, C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 342, n° 329.

245. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 28. Le rattachement se fait exclusivement au droit public, ce qui vaudra à BINDING de nombreuses critiques. V. J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, *op. cit.*, p. 106, n° 45. V. égal. L. JIMENEZ DE ASUA, « L'antijuridicité », art. préc., et M. VAN DE KERCHOVE, « Les frontières des normes pénales, Pour une sociologie des frontières » in *Normes, normes juridiques, normes pénales*, sous la dir. de P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, t. 2, L'Harmattan, 1997, p. 77. Pour une analyse critique de la théorie de BINDING, v. J. DARBELLAY, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, *op. cit.*, p. 89, n^{os} 37 et s. et p. 104, n° 44. Le défaut de cette théorie, selon Monsieur DARBELLAY, est qu'elle a poussé BINDING à identifier pour chaque comportement incriminé une norme spécifique violée, ce qui conduit à un émiettement des normes et la suppression de l'unité du régime juridique. Monsieur DARBELLAY juge donc la théorie de BELING (cet auteur s'inscrit dans la lignée de BINDING, notamment dans sa conception du bien juridique, tout en apportant des rectificatifs à la théorie des normes.) préférable, car lui raisonne en termes de normalité ou anormalité de l'action, sans avoir besoin d'identifier autant de normes que de textes d'incriminations.

246. L'approche est à la fois fonctionnelle et conceptuelle, car dirigée vers la fonction de protection de l'infraction et vers son essence.

protection pénale. La question qui se pose alors est de savoir si les biens juridiques s'imposent au législateur (ils sont préexistants et le législateur ne fait que les protéger), ou s'ils sont la résultante d'un choix du législateur. Or, pour BINDING, les biens sont le fruit du jugement du législateur. C'est à lui, par une démarche volontariste²⁴⁷, de déterminer les biens juridiques qu'il entend protéger²⁴⁸. C'est donc lui, et lui seul, qui crée librement ces biens. Cette idée est notamment expliquée par DARGENTAS qui écrit que « le législateur, au moment de la création de la norme, se trouve devant une multitude de valeurs ou d'intérêts »²⁴⁹. Il lui revient alors de décider « que telle valeur ou tel intérêt sont dignes de sa protection »²⁵⁰. C'est donc par le choix du législateur que des intérêts ou valeurs deviennent « juridiquement intéressants » et « se transforment en biens juridiques qui imposent, aux destinataires de la norme, un devoir juridique »²⁵¹. On voit alors que l'antijuridicité chez BINDING ne peut pas réellement encadrer le droit pénal. Pour DARGENTAS le législateur est au moins guidé dans son choix par des « valeurs essentielles de base »²⁵², la théorie de BINDING ne permet pas d'analyse critique de législation dès lors que c'est le législateur qui détermine les biens et les normes²⁵³. Poussée à l'extrême, cette liberté de choix peut donc conduire le législateur à des excès, car le législateur est libre de « définir le contenu [des biens juridiques], aussi néfaste soit-il »²⁵⁴. Il n'y a donc pas de limite au *jus puniendi* et il est par conséquent difficilement concevable d'apprécier la nécessité des incriminations dont le jugement revient seul au législateur. Issue de l'étude de la notion d'infraction, la construction est essentiellement dirigée vers l'explication des objectifs du droit pénal, soit la protection des normes. Dans la théorie de BINDING, même si le concept de bien juridique apparaît, l'accent est essentiellement mis sur la contrariété entre le comportement et le droit. C'est l'atteinte au droit qui est sanctionnée, avant que ne soit sanctionnée l'atteinte à une valeur.

247. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 381.

248. 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 normes ». V. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 52, n° 53, citant l'auteur.

249. E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », art. préc.

250. *Ibid.*

251. *Ibid.*

252. *Ibid.*

253. En ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 53, n° 57.

254. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 382. Cette conception fut notamment défendue par MEZGER, qui a adhéré au régime nazi, et pour qui le législateur pouvait déterminer les biens juridiques librement, au nom d'une morale issue de son seul jugement. En ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 65, n°s 84 et s. V. égal. G. MARINUCCI et E. DOLCINI, « La Constitution et le droit pénal en Italie », *RSC* 1996, p. 317. Les auteurs y évoquent la problématique du choix des biens juridiques et écrivent : « L'expérience italienne sous le fascisme le montre bien, les normes incriminatrices peuvent être construites selon la forme libérale de l'atteinte aux biens juridiques, mais elles peuvent en même temps avoir des contenus absolument non libéraux. »

177. Antijuridicité matérielle – Cette approche du bien juridique a notamment été critiquée par VON LISZT²⁵⁵. C'est à lui que l'on doit le glissement d'une conception formelle de l'antijuridicité vers une conception matérielle²⁵⁶, devenue aujourd'hui majoritaire en Allemagne²⁵⁷.

Dans cette conception, le comportement est une infraction en ce que l'action, « contrevenant formellement à un commandement ou à une interdiction de l'ordre juridique, implique matériellement la lésion ou la mise en péril d'un bien juridique »²⁵⁸. Ainsi, « c'est parce qu'il y a violation d'un bien juridique qu'il est possible de parler en cas d'infraction d'un acte asocial, nuisible à la société humaine »²⁵⁹. La théorie de VON LISZT se distingue de celle de BINDING sur deux points.

Premièrement, la contrariété n'est plus simplement formelle, elle est aussi matérielle. Par conséquent, il ne s'agira pas seulement de considérer la contrariété d'un comportement au regard de la norme. Pour être antijuridique, l'infraction devra également porter atteinte au bien qu'elle protège, la norme n'étant qu'un moyen de protéger les biens juridiques²⁶⁰. L'infraction, dans son aspect antijuridique, n'est donc pas seulement contraire à la norme. Elle est aussi un comportement contraire à un intérêt. Pour VON LISZT, est antijuridique l'action qui réalise la transgression d'une norme – antijuridicité formelle – et qui est « un comportement nuisible à la société »²⁶¹ – antijuridicité matérielle.

Or – et c'est là le second apport de la théorie développée – VON LISZT retient une conception très différente du bien juridique. Schématiquement, il explique que le droit en général a pour objet la protection des intérêts vitaux de la société. Ces intérêts, protégés par le droit, deviennent alors des intérêts juridiques²⁶², l'auteur précisant que « ce n'est pas l'ordre juridique qui détermine les intérêts, c'est la vie ; mais la défense par le droit fait de l'intérêt vital un intérêt juridique »²⁶³. Les intérêts préexistent donc. Ils ne font pas l'objet d'une consécration par le législateur qui se contente de les protéger. Cette protection accordée par le droit peut être

255. En ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 54, n° 59. L'auteur reproche à BINDING de s'être trop concentré sur la norme et d'avoir par conséquent oublié l'importance du bien juridique. V. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 96, §.13.

256. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 77. La paternité de l'expression d'antijuridicité matérielle lui est d'ailleurs attribuée. V. L. JIMENEZ DE ASUA, « L'antijuridicité », art. préc.

257. *Ibid.* Comprise comme la contrariété entre le comportement et la norme, l'antijuridicité ne se distingue en effet pas suffisamment de la typicité.

258. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 170, §.26.

259. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 77.

260. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 96, §.13 : « La protection que l'ordre juridique garantit aux intérêts de la vie est la protection par les normes ».

261. F. VON LISZT et E. SCHMIDT, « *Lehrbuch des deutschen Strafrechts* », 1927, p. 173, cité par J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 78. L'antijuridicité matérielle renvoie par conséquent plus largement à l'injustice de l'acte. *Ibid.*, p. 78 et s.

262. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 94, §.13. VON LISZT a critiqué sur ce point les travaux de BINDING. Alors que ce dernier voyait le bien juridique comme un bien du droit (« ein Gut des Rechts »), VON LISZT estime lui que le bien juridique est un bien des hommes (au sens d'êtres humains) (« ein Gut des Menschen »). V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 385, citant les auteurs.

263. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 94, §.13.

renforcée par le recours au droit pénal et ainsi être assurée par la menace d'une peine²⁶⁴. Le droit pénal, parce qu'il a pour objet la protection particulière d'intérêts essentiels, sanctionne donc les comportements antijuridiques susceptibles de porter atteinte à ceux-ci. Mais ces intérêts ne résultent pas seulement d'un choix du législateur. Ils ont une origine « préjuridique »²⁶⁵. Ils sont simplement protégés par le législateur, non déterminés par lui.

178. L'antijuridicité matérielle, substrat d'une limitation du droit de punir – Dès lors que les biens juridiques sont préexistants, le domaine du droit pénal se trouve « strictement limité par un principe exclusif de protection de [ces] biens [...] »²⁶⁶. La position de VON LISZT conduit donc à admettre que la sélection des biens juridiques par le législateur puisse faire l'objet d'une analyse critique²⁶⁷. Il admet en effet la possibilité d'une erreur du législateur dans la détermination de l'illicite, bien qu'il remarque que même en ce cas, le juge sera tenu d'appliquer la loi, car « corriger le droit en vigueur est au-delà des limites de sa mission »²⁶⁸.

VON LISZT ne déduit donc pas de l'antijuridicité la possibilité de contrôler la nécessité des incriminations. Sa théorie contient simplement l'admission d'une discussion quant à leur contenu et la possibilité d'une erreur d'appréciation du législateur, mais sans y attacher de conséquence particulière. Il considère que le juge ne peut corriger le droit en vigueur – ce qui n'est qu'une application du principe de légalité – et il ne dit rien d'un éventuel contrôle extrajudiciaire des lois. Comme en France, cela s'explique par la confiance placée dans la loi. L'admission d'une approche véritablement critique des incriminations n'est intervenue que plus tard, grâce à « la rupture avec le dogme de la rationalité indubitable de la loi »²⁶⁹. C'est alors dans l'antijuridicité matérielle que les auteurs trouveront un critère d'appréciation de la nécessité des incriminations. La théorie de VON LISZT contient en substance un principe d'exclusive protection des biens juridiques²⁷⁰ qui sera repris et utilisé par une partie de la doctrine. L'idée est alors

264. *Ibid.*, p. 98, §.13 : Le droit pénal a pour mission générale la défense des intérêts vitaux et « le droit pénal a pour mission spéciale la défense renforcée d'intérêts particulièrement dignes de protection ». Il faut ici préciser que ces intérêts, s'ils sont issus des intérêts vitaux, sont librement choisis par le législateur : « tous les intérêts sans exception peuvent bénéficier de la protection renforcée par la peine. Dans toutes les branches du droit, le droit pénal intervient comme complément et comme élément de sécurité ». *Ibid.*, p. 100, §.13.

265. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 54, n° 60.

266. *Ibid.*, p. 58, n° 70. Par ailleurs, le principe d'*ultima ratio* intervient en complément en permettant de ne pas imposer au législateur la protection systématique de tous les biens juridiques. En ce sens, F. PALAZZO, « Constitutionalisme en droit pénal et droits fondamentaux, (avec une référence particulière à l'Italie) », *RSC* 2003, p. 709.

267. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 59, n° 70. L'auteur relève en outre que VON LISZT ne s'est pas privé de critiquer certaines infractions. Toutefois, elle remarque que la doctrine n'est pas unanime quant au fait que la théorie de VON LISZT conduise effectivement à une limite du *jus puniendi*. Pour certains auteurs, elle permettrait au contraire de le légitimer par la protection des intérêts vitaux qu'il permet.

268. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand, op. cit.*, p. 206, §.32.

269. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 59, n° 72.

270. *Ibid.*

que seule la protection d'un bien juridique peut légitimer le recours au droit pénal. La doctrine considère donc majoritairement en Allemagne et dans les pays d'inspiration allemande que la légitimité du recours au droit pénal est cantonnée à la protection des biens juridiques. En s'en éloignant, l'État ferait preuve d'arbitraire²⁷¹. Dans les pays ayant recours à la notion de bien juridique, les auteurs s'appuient donc sur ce concept pour préciser le principe de nécessité et sont, dans une certaine mesure, parfois suivis par les juridictions constitutionnelles²⁷².

179. Le bien juridique, composante indispensable de l'incrimination – Par extension, l'antijuridicité peut donc aboutir à une limitation du droit de punir. Elle le peut à deux titres. Tout d'abord, la doctrine allemande s'entend majoritairement à réfuter aujourd'hui l'idée d'une libre consécration des biens par le législateur. Il ne peut donc pas déterminer seul les valeurs protégées. Certes, il reste libre dans son choix lorsqu'il décide de protéger pénalement une valeur, mais les biens juridiques renvoient aux valeurs essentielles de la société. C'est donc à partir d'elles, et dans le respect des différentes valeurs que s'opère le choix des biens pénalement protégés. Ensuite, la finalité du droit pénal étant la protection de ces valeurs, les infractions ne se conçoivent pas indépendamment de tout bien juridique. L'infraction dans les pays d'inspiration allemande est antijuridique. Elle est donc appréhendée comme un comportement lésant ou mettant en péril un bien juridique, le principe étant érigé en élément de l'infraction²⁷³. L'antijuridicité n'est donc pas fondée sur un éventuel principe de nécessité, mais par les règles qui la sous-tendent, elle conduit indirectement à un encadrement du droit de punir²⁷⁴. Ce but du droit pénal se retrouve logiquement dans la fonction de l'infraction, qui tient soit à la protection des biens juridiques par la menace d'une peine, soit à la sanction de l'atteinte. Cette fonction s'incorpore à la notion d'infraction, en ce qu'elle en révèle une conception particulière. L'infraction est une atteinte à un bien juridique. L'on voit alors comment la fonction du droit pénal et le principe de nécessité intègrent la conception et la structure de l'infraction : elle n'est pas seulement un comportement volontaire, elle est un comportement dirigé contre une valeur protégée.

271. *Ibid.*, p. 212, n° 345.

272. Madame LACAZE explique ainsi que malgré une certaine réticence des juges dans le contrôle de nécessité, le Tribunal constitutionnel espagnol exige depuis une décision du 2 juillet 1981 (STC 22/1981) la protection d'un bien juridique pour que la limitation des droits induite par l'incrimination soit conforme à la Constitution. *Ibid.*, p. 214, n° 346.

273. L'infraction est en droit pénal allemand une action illicite, fautive et typique. Les définitions doctrinales et jurisprudentielles de l'infraction intègrent systématiquement ces trois données. V. not. M. FROMONT et H. JESCHECK, *Introduction au droit allemand, op. cit.*, p. 267.

274. S'agissant du droit pénal italien, Messieurs MARINUCCI et DOLCINI expliquent par exemple que « le choix opéré par la Constitution en faveur du modèle de l'infraction comme atteinte aux biens juridiques débouche sur des conséquences contraignantes pour le législateur autant que pour l'interprète ». G. MARINUCCI et E. DOLCINI, « La Constitution et le droit pénal en Italie », art. préc. V. égal. F. PALAZZO, « Constitution, Cour constitutionnelle et droit pénal : 30 ans d'expérience italienne, traduction, C. Brochier », *RSC* 1986, p. 1.

180. Antijuridicité et élément de l'infraction – Par suite l'apport de l'antijuridicité n'est pas cantonné à la limitation du droit de punir et ne sert donc pas simplement l'appréciation de la légitimité des incriminations. L'antijuridicité est une composante fondamentale de l'infraction pour la doctrine allemande. Elle est une action typique et antijuridique, ce qui signifie que la qualification des faits est conditionnée par leur antijuridicité²⁷⁵, au sens matériel de lésion ou mise en péril d'un bien juridique protégé.

La théorie allemande est donc ce fait particulièrement intéressante, d'autant que, fort logiquement, des similitudes peuvent s'observer entre les caractéristiques prêtées à l'infraction en Allemagne et en France. Si la doctrine française n'a pas recours à la notion de bien juridique et n'y voit pas un élément de l'infraction, il est parfois fait mention de la valeur protégée par l'incrimination. La théorie allemande pourrait donc servir de base à l'identification d'un élément en lien avec le principe constitutionnel de nécessité.

B. L'enrichissement de l'analyse française par l'approche allemande

181. Préalable : convergences et divergences – Bien que la doctrine française ait pendant longtemps réduit l'élément injuste à une dimension strictement négative et se soit désintéressée de la notion d'antijuridicité, un rapprochement semble possible. La doctrine française fait preuve ces dernières années d'un regain d'intérêt à l'égard des théories allemandes et mobilise parfois le critère de protection des valeurs essentielles dans l'appréciation de la nécessité. Subsidaire, le droit pénal ne doit sanctionner en principe que des comportements graves²⁷⁶ et attentatoires aux valeurs essentielles de la société²⁷⁷. Certains auteurs proposent donc d'avoir recours à ces dernières pour apprécier la nécessité des incriminations²⁷⁸, ce qui n'est pas sans rappeler la position allemande.

Une transposition de l'élément antijuridique allemand est en premier lieu possible en raison de la proximité entre le bien juridique et la valeur protégée utilisée en droit pénal français. Le concept de bien juridique a connu de nombreuses évolutions en doctrine allemande²⁷⁹, mais il peut s'analyser comme une valeur essentielle protégée par le droit pénal. Chez VON LISZT, déjà,

275. Elle ne fera toutefois pas l'objet d'une vérification effective, car de la typicité du comportement est déduite son antijuridicité. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 193.

276. Évaluant la nécessité de l'incrimination contenue à l'article 431-1 au regard de la gravité du comportement, v. E. DREYER et C. ROJINSKY, « L'entrave aux libertés publiques, une incrimination dangereuse ? », *D.* 2004, p. 716.

277. R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges*, op. cit. ; F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc.

278. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 225 ; R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges*, op. cit. ; A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 269, n^{os} 367 et s. V. égal. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 310, n^o 474.

279. Les biens juridiques peuvent avoir un contenu variable selon les auteurs et tenir à des intérêts, des valeurs, des principes « supra-législatifs », etc. V. not. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 560, n^o 435.

le bien juridique est un intérêt vital de la société, protégé par le droit en général (ce qui en fait un intérêt juridique) et par le droit pénal en particulier (ce qui l'érige en intérêt juridique protégé ou bien juridique)²⁸⁰. Pour d'autres auteurs, le bien juridique fut perçu comme une valeur protégée, dématérialisée²⁸¹, tendant à se confondre avec la *ratio legis* de l'incrimination²⁸². La Seconde Guerre mondiale a en outre conduit à un renforcement du lien entre le bien juridique et les valeurs essentielles²⁸³, car le droit pénal nazi n'avait pas rejeté l'idée d'antijuridicité matérielle²⁸⁴, défendant par contre l'idée selon laquelle le législateur devait être libre dans l'érection des biens juridiques²⁸⁵. Le recours aux valeurs fondamentales permet de prévenir, dans une certaine mesure, les excès du législateur dont le choix, s'il reste libre, est tout de même encadré.

L'ampleur des études consacrées au concept par les doctrines d'inspiration allemande est telle qu'il peut sembler réducteur de l'assimiler totalement à la terminologie française de valeur protégée²⁸⁶ ou d'intérêt protégé, qui n'a pas fait l'objet d'un approfondissement comparable en doctrine française²⁸⁷. Un rapprochement reste néanmoins possible dès lors que, dématérialisé,

280. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 94, §13.

281. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 64, n° 80. Pour les partisans de KANT, les biens juridiques sont des « valeurs que l'on ne saurait voir, mais auxquelles on peut adhérer ». V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 386, citant G. RADBRUCH, « Grundzüge der Rechtsphilosophie », Leipzig, 1914, p. 1 et s.

282. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 64, n°s 80 et s.

283. *Ibid.*, p. 74, n°s 105 et s.

284. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 381.

285. MEZGER envisageait en effet le bien juridique comme une valeur objective. L'objet de l'infraction est pour lui une valeur morale et le législateur est libre de déterminer et protéger les biens juridiques au nom d'une morale issue de son seul jugement. V. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 65, n°s 84 et s. Les positions de cet auteur sont souvent dénoncées comme ayant facilité les dérives vers le pénal national-socialiste. *Ibid.*, p. 65, n° 84.

286. Si elle a pu être contestée en raison de sa défectuosité terminologique (J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 85 n° 102), l'expression bien juridique est parfois préférée à celle de valeur protégée par les auteurs français. On trouve par exemple dans la thèse de Madame PONSEILLE l'explication selon laquelle la valeur est en un sens conditionnée par l'hypothèse d'une adhésion à elle. Elle ne devient donc un bien juridique qu'en vertu du vœu formulé par le législateur. L'on retrouve ici la démarche de VON LISTZ et son explication de transformation des intérêts essentiels d'une société en biens juridiques. V. A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, 2001, Thèse, Montpellier, p. 117, n° 101, citant Monsieur Ricœur et Monsieur Pinatel.

287. Il n'est d'ailleurs pas certain que les deux expressions soient totalement assimilables. Selon Madame LACAZE, elles doivent être distinguées. Elle rejette à ce titre l'expression d'intérêt protégé trop empreinte de logique économique (M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 309, n° 473). Plus généralement, si certains auteurs français voient dans l'intérêt protégé un substrat possible en vue de l'introduction de l'antijuridicité en droit français (v. J.-H. ROBERT, « L'environnement considéré comme un intérêt protégé identifiable, l'implantation sauvage de panneaux publicitaires », *RSC* 2001, p. 814), les études dédiées au bien juridique le rapprochent davantage de l'idée de valeur que d'intérêt. Ceci peut s'expliquer par le fait que la valeur aurait un degré de précision supplémentaire par rapport à l'intérêt. En effet, la notion de valeur protégée recouvrirait celle d'intérêt dès lors que « le choix des valeurs sociales passe nécessairement par la détermination des intérêts dont la protection est indispensable à l'équilibre de la société » (N. CASE-GAILLARDE, *L'ordre public pénal, Essai sur la dimension substantielle de la notion*, 2003, Thèse, Lyon 3, p. 134, n° 218). En cela, elle se rapproche fortement de la notion de bien juridique utilisée par les doctrines d'inspiration allemande. Pour une distinction entre le bien juridique et l'intérêt protégé, v. égal. P. GRAVEN et B. STRÄULI, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., n° 56) qui, pour leurs parts, considèrent l'intérêt protégé comme un genre de subdivision du bien juridique.

le bien juridique allemand tend lui aussi à désigner des valeurs. Les études francophones dédiées à ce sujet permettent d'ailleurs ce rapprochement, où le bien juridique est souvent rattaché ou assimilé à l'idée de valeur protégée. DARGENTAS explique par exemple que le droit pénal protège « les valeurs ou intérêts essentiels pour la société, autrement dit [il] protège les biens juridiques qui sont indispensables au bien commun »²⁸⁸

Si la législation pénale devait s'organiser autour de valeurs essentielles, celles-ci pourraient servir dans l'appréciation du juste, l'impératif de protection permettant quant à lui d'apprécier l'utile. Cependant, plusieurs obstacles existent à cette transposition, de sorte qu'elle pourrait ne pas être souhaitable²⁸⁹. Au regard des dangers que peut présenter l'approche allemande et des spécificités de l'analyse française, il suit qu'un enrichissement de l'analyse française par la théorie allemande mérite d'être envisagé, mais qu'il ne peut aller jusqu'à la transposition pure et simple de l'élément antijuridique allemand (1). Cet enrichissement conduirait tout de même à identifier dans la structure de l'infraction un élément antijuridique, ce qui n'est au reste pas de nature à bouleverser totalement l'analyse française qui tient d'ores et déjà compte dans une certaine mesure des valeurs protégées dans les exercices de qualification (2).

1. La nécessaire adaptation de l'élément antijuridique

182. Une intégration souhaitable – La construction actuelle de notre droit pénal s'oppose en partie à la transposition de l'élément antijuridique. En outre, l'utilisation des valeurs peut conduire à une instrumentalisation problématique de celle-ci. Pour ces raisons, une transposition parfaite n'apparaît ni possible ni souhaitable (a), et c'est davantage vers une adaptation qu'il convient de se tourner. Car l'antijuridicité présente tout de même des intérêts considérables (b) qui justifient son intégration en droit pénal français.

a. L'impossibilité d'une transposition parfaite de l'élément antijuridique

183. Double motif – L'impossibilité d'une transposition parfaite de l'élément antijuridique allemand apparaît tout d'abord à raison de l'absence de prise en compte réelle de

288. E. DARGENTAS, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », art. préc.

289. Des auteurs se prononcent en faveur d'une introduction de l'élément antijuridique en droit pénal français. Proposant la prise en compte de cet élément dans le cadre d'une restructuration de l'infraction selon le modèle allemand, v. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., essentiellement en Partie 2. Monsieur PIN retient lui aussi cet élément dans son manuel de droit pénal général dans une approche relativement proche de l'analyse allemande. X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit. Retenant également une approche inspirée de l'analyse allemande, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit. Pour d'autres études en faveur de l'introduction en droit pénal français du concept d'antijuridicité, v. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., ainsi que G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, th. préc., not. p. 198, n° 282, et du même auteur, « L'antijuridicité. Plaidoyer en faveur de l'élément injuste », *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice* 2011, p. 63.

l'antijuridicité en droit positif français (α), et à raison de certains dangers liés à la conception matérielle de l'antijuridicité (β).

α . L'absence de prise en compte réelle de l'antijuridicité en droit positif français

184. Droit pénal français : un droit sanctionnateur – Bien que son introduction en droit pénal français soit de plus en plus proposée par la doctrine, la transposition d'un élément antijuridique inspiré de l'élément allemand se heurte à plusieurs difficultés. Outre le fait que la doctrine française n'a jamais totalement rejoint la doctrine allemande ni quant au but du droit pénal, ni quant à sa légitimité²⁹⁰, la première difficulté tient à une différence fondamentale de conception du droit pénal entre nos deux pays. Il n'est pas inutile de rappeler à ce sujet que la limitation du droit de punir par le principe de nécessité, telle qu'elle est formulée dans la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, prend ses sources dans la théorie du contrat social²⁹¹. Il serait anachronique et erroné de rattacher directement ce principe à la protection de valeurs essentielles. Si certains auteurs font aujourd'hui de la valeur protégée un des critères d'appréciation de la nécessité, il n'en était à l'origine pas réellement un. Malgré les évolutions dans les justifications au droit de punir, le droit pénal français est resté dans son but dirigé vers la régularisation de la vie en société. Le droit pénal est perçu comme un droit sanctionnateur avant d'être un droit protecteur²⁹². Il est, selon MOLINIER, « l'ensemble des règles qui ont pour objet d'assurer l'ordre et la sécurité au sein des sociétés par l'intimidation qu'on obtient au moyen des peines infligées au nom et dans l'intérêt du corps social »²⁹³. Son but est la conservation et le bien-être social, « en tendant plus particulièrement à procurer l'observation du droit dans la société au moyen de l'application d'un mal infligé à celui qui a violé le droit »²⁹⁴. Si les auteurs raisonnaient parfois en terme d'atteinte, c'est assez largement de l'atteinte à la paix publique dont il s'agit²⁹⁵. Selon la célèbre expression de ROUSSEAU, les lois pénales ne sont pas tant une espèce particulière de lois que « la sanction de toutes les autres »²⁹⁶. Or, cette conception

290. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que VON LISZT dans son *Traité* ne s'intéresse pas à la justification du droit de punir. Sa réflexion part exclusivement du but du droit pénal, d'où il déduit une conception particulière de l'infraction. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. 94, §13 à p. 96. C'est cette conception qui introduit l'idée d'une limitation du droit de punir. En France, la démarche est légèrement différente. Si l'on prend l'exemple de ORTOLAN, la réflexion débute avec la justification du droit de punir (ORTOLAN insiste d'ailleurs sur l'importance à distinguer la légitimité du but du droit pénal). Selon lui, le droit de punir est justifié par la conservation et le bien-être de la société. C'est de cette justification qu'il tire sa légitimité et c'est elle qui lui assigne des limites ainsi qu'un but particulier. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 85, n° 188 à p. 87, n° 192.

291. *Supra*, n° 170.

292. Le développement du droit pénal préventif tempère il est vrai le propos, car il va dans le sens de la protection des individus contre les comportements jugés dangereux.

293. V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, *op. cit.*, p. 83.

294. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 86, n° 190.

295. V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, *op. cit.*, p. 84.

296. J.-J. ROUSSEAU, *Du Contrat social*, Alcan, 1896, p. 92 (Liv. II, chap. XII).

fondamentalement sanctionnatrice du droit pénal est demeurée et se retrouve aujourd'hui dans la justification du caractère mixte²⁹⁷ du droit pénal²⁹⁸.

L'infraction n'est par conséquent pas en France une atteinte à une valeur. Elle peut l'être, mais elle est en premier lieu une atteinte à la loi ou, plus largement, au droit. L'utilisation de la valeur protégée comme critère d'appréciation de la nécessité ne suffit pas à modifier la conception française de l'infraction qui demeure éminemment legaliste²⁹⁹.

185. Difficultés de généralisation de l'exigence de valeur protégée – Parce que le droit pénal est avant tout considéré comme une violation du droit, la valeur protégée n'y a par ailleurs pas une importance absolue. Il serait exagéré d'affirmer que le droit pénal s'organise dans son entier autour de la protection de valeurs essentielles, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, la protection des valeurs s'avère parfois incomplète. Par exemple, la protection de la propriété par le droit pénal ne s'étend pas aux immeubles s'agissant des appropriations frauduleuses³⁰⁰. La critique peut toutefois ici être tempérée, car l'explication tient à une simple application du principe d'*ultima ratio*³⁰¹. Le droit pénal peut avoir vocation à protéger des valeurs essentielles, sans que ces valeurs aient vocation à être protégées contre toutes les atteintes. La théorie de protection des biens juridiques emporte-t-elle réellement l'idée d'une nécessité positive des

297. C'est-à-dire ne relevant ni totalement du droit public, ni totalement du droit privé. La revendication du caractère mixte du droit pénal, qui est aujourd'hui très largement admise, vient de ce qu'il est la sanction des autres droits. Par conséquent, il ne pourrait se réduire à l'une ou l'autre branche. V. not. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 15, n° 31 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 184, n° 135 ; comp. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 160, n° 188. La tendance à analyser le droit pénal en droit mixte n'est en outre pas propre aux pénalistes, mais très largement admise. V. C. LARROUMET, *Introduction à l'étude du droit privé*, 6^{ème} éd., t. 1, Économica, 2013, p. 55, n° 95 ; P. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction au droit*, 6^{ème} éd., Defrénois, 2016, p. 85, n° 74.

298. Le caractère sanctionnateur du droit pourrait à première vue apparaître inconciliable avec son autonomie. Le premier renvoi à l'idée selon laquelle le droit pénal est la sanction des autres droits et répond donc aux règles du droit violé. À l'inverse, l'autonomie du droit pénal signifie qu'il n'est pas lié par les définitions et conceptions des autres matières, ce qui tend à lui donner une portée normative (v. entre autres J.-L. GOUTAL, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC* 1980, p. 911). Or, il est admis que le droit pénal a une certaine autonomie : V. *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 228. Toutefois, il faut tempérer cette idée, tout d'abord parce que « les deux visions du droit pénal, sanctionnateur et autonome, ne sont pas inconciliables et encore moins antithétiques » (J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 75, citant, R. VOUIN, « La justice criminelle et l'autonomie du droit pénal », *D.* 1947, chron. p. 82), ensuite parce que « l'autonomie dont il s'agit est une autonomie de concepts et elle n'est que cela » (F. GRUA, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59). Elle ne démontre pas le caractère normatif du droit pénal, mais illustre simplement une certaine autonomie dans les conceptions retenues.

299. Madame LACAZE a pu montrer à quel point cette conception était ancrée dans notre droit : M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 104, n°s 169 et s. et plus précisément p. 116, n°s 190 et s. s'agissant de l'analyse de la justification comme un conflit de normes en droit français.

300. Sur ce point et contestant la dimension normative que certains auteurs prêtent au droit pénal, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 68, n° 90. Le fait que la protection accordée aux biens juridiques ne soit pas absolue est un argument utilisé notamment par un auteur allemand (le professeur JAKOBS) au soutien de sa remise en cause du concept de bien juridique. V. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., not. p. 219, n° 358.

301. V. F. PALAZZO, « Constitutionalisme en droit pénal et droits fondamentaux », art. préc.

incriminations ? À l'évidence non, ou elle ne pourrait justement plus être efficacement mobilisée à la limitation du droit pénal. Il s'agirait là d'un détournement du principe de protection.

Par contre, au regard de la systématisation de l'exigence du bien juridique, la transposition de l'élément antijuridique se révèle plus complexe. En effet, il serait faux d'affirmer qu'en droit pénal français toutes les incriminations protègent une valeur. Ce serait procéder à une généralisation loin d'être conforme à l'état de notre droit dès lors que certaines incriminations ne semblent pas protéger une valeur en particulier. Plusieurs infractions existent, qui ne viennent pas véritablement protéger directement une valeur. Ainsi en est-il des incriminations sanctionnant des comportements susceptibles d'entraîner des dysfonctionnements dans l'entreprise. La non-tenu de l'assemblée générale ordinaire des associés dans les délais légaux³⁰², par exemple, n'est pas directement un comportement attentatoire à une valeur essentielle. Peut-être pourrait-on parvenir à rattacher ces comportements à certaines valeurs, mais le rattachement apparaîtrait pour partie artificiel et détaché de l'objectif premier de ces incriminations. Ici, le droit pénal apparaît véritablement et simplement la sanction d'un autre droit³⁰³.

186. Difficultés d'identification des valeurs – En outre, l'identification de la valeur protégée par les textes peut paraître parfois hasardeuse. Le plan du Code pénal est à ce titre un indicateur utile³⁰⁴, mais grandement insuffisant. Étant justement conçu au regard de biens juridiques auxquels les infractions portent atteinte, le positionnement d'une incrimination au sein du Code donne une indication de la valeur qu'elle protège³⁰⁵. Cependant, le classement des incriminations est dénué de portée normative³⁰⁶. En outre, les controverses sur les valeurs protégées par certains textes sont nombreuses. Pour n'en citer que deux, l'abus de confiance est tiraillé entre la propriété et la confiance, l'escroquerie entre la propriété et le consentement. Or, la valeur protégée permet en partie d'orienter l'application du texte à raison de l'importance qu'elle est susceptible de prendre en matière d'interprétation. Par ailleurs, le classement des incriminations au sein du Code pénal contient de nombreuses incohérences dont la doctrine ne se lasse pas de faire état³⁰⁷, à quoi s'ajoute l'éclatement des infractions dans les différents

302. Code de com., art. L.241-5.

303. Le droit pénal technique dans son entier s'inscrit dans cette logique. V. *infra*, n^{os} 337 et s.

304. Au moins pour les infractions codifiées dans le Code pénal. Il en va de même en Allemagne où le plan du Code est pareillement agencé selon les biens juridiques protégés. V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 388.

305. En ce sens, Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 3.

306. Rappelant ce principe, S. DETRAZ note sous Cass. crim., 19 fév. 2014, *Gaz. Pal.* 2014, 1, p. 1698.

307. V. not. C. LAZERGES, « À propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle* 1995, n^o 17, p. 7. S'agissant plus particulièrement des incohérences contenues dans le Livre II, v. A. LEPAGE, « La place des incriminations dans le Livre II du Code pénal, Quels enjeux pour la codification ? » in *Le nouveau Code pénal 20 ans après, État des questions*, sous la dir. de L. SAENKO, LGDJ, 2014, p. 139. Le Livre V fait en outre l'objet de très nombreuses critiques en raison de son caractère « fourre-tout ». V. not. V. MALABAT,

codes, qui conduit à ce qu'elles ne soient pas toutes soumises à une classification par la valeur protégée. Comment admettre, par exemple, que le détournement d'objet saisi est une appropriation frauduleuse³⁰⁸ – portant donc atteinte à la propriété –, alors que l'infraction doit être commise par celui qui fait l'objet de la saisie – et qui reste donc le véritable propriétaire ? Dans un tel cas, il y a certes un détournement au mépris de la saisie opérée, mais la valeur protégée ne peut être la propriété.

Outre les classifications discutables, il n'est en plus pas rare que le législateur désigne une valeur par le classement de l'incrimination dans le Code alors que l'incrimination semble porter atteinte à une valeur différente, ce qui peut engendrer des difficultés d'interprétation. Plusieurs exemples peuvent en être donnés. L'un d'eux tient à l'infraction d'abandon de famille, incriminée à l'article 227-3. Cet article figure dans le Chapitre relatif aux atteintes aux mineurs et à la famille. Cependant, l'abandon de famille consiste à ne pas respecter, en connaissance de cause, une décision de justice imposant de verser une prestation en raison d'une obligation familiale prévue par le Code civil. Si un tel comportement pourrait, il est vrai, mettre en danger le bénéficiaire de la prestation en question ou porter atteinte au lien familial, l'incrimination semble davantage justifiée par la volonté de faire respecter les décisions de justice³⁰⁹.

Il en est de même s'agissant de l'incrimination du mariage forcé³¹⁰. Cette infraction figure au Chapitre II du Livre II consacré aux atteintes à l'intégrité physique et psychique de la personne. Pourtant, cet article réprime le fait, certes de contraindre une personne à contracter mariage, mais en ayant recours à « des manœuvres dolosives afin de la déterminer à quitter le territoire de la République »³¹¹. Cet article, particulièrement circonstancié, ne réprime donc pas tant une atteinte à l'intégrité, même psychique³¹², qu'une atteinte au consentement de la personne³¹³, à sa liberté de contracter ou de ne pas contracter mariage³¹⁴.

187. Difficulté de généralisation de l'atteinte – La difficulté d'identification des valeurs s'ajoute donc à la distance entretenue entre certains comportements incriminés et les valeurs protégées. Or, si toutes les infractions ne supposent pas la protection d'une valeur, toutes ne

« Quel avenir pour le Livre V du Code pénal ? » in *Le nouveau Code pénal 20 ans après, État des questions*, sous la dir. de L. SAENKO, LGDJ, 2014, p. 173.

308. Code pén., art. 314-6, figurant au Titre I du Livre III consacré aux appropriations frauduleuses.

309. En ce sens, A. GOUTTENOIRE-CORNUT, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ famille* 2002, p. 244.

310. Code pén., art. 222-14-4.

311. *Ibid.*

312. Le propre des manœuvres dolosives est de tromper, non d'exercer une violence psychologique.

313. Estimant que la valeur atteinte est la filiation, v. G. BEAUSSONIE, « Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France », *RSC* 2013, p. 861.

314. La difficulté ici est que le Chapitre IV, consacré justement aux atteintes aux libertés de la personne, ne traite que d'une liberté malgré l'emploi du pluriel. Les infractions qui y figurent sont en effet relatives aux atteintes à la liberté d'aller et venir.

supposent pas d'atteinte ou de mise en danger de celle-ci. L'antijuridicité tient parfois à une simple contrariété au droit, et est alors épuisée par la typicité du comportement, c'est-à-dire par sa correspondance avec le texte d'incrimination. L'absence de valeur protégée pour certaines infractions rend donc par extension impossible la systématisation de l'exigence du caractère attentatoire du comportement.

En outre, le développement du droit pénal préventif vient s'ajouter à cette difficulté de systématisation. L'antijuridicité en Allemagne ne se traduit pas forcément par une lésion du bien juridique et il a toujours été admis que l'antijuridicité puisse résulter d'une simple mise en danger. Or, en France, certaines infractions sont trop éloignées du résultat redouté par le législateur pour qu'il soit possible de considérer que le comportement entraîne effectivement une mise en danger de la valeur protégée. C'est notamment le cas pour les infractions obstacles. Pour ces infractions est incriminé un état dangereux, faisant peser un risque, mais un risque abstrait et parfois non clairement identifié dans les incriminations³¹⁵. En effet, pour certaines d'entre elles, l'incrimination ne fait pas obstacle à une infraction déterminée. Le comportement est incriminé pour lui-même, pour son caractère dangereux, mais il n'est pas incriminé au regard d'un résultat redouté spécifiquement identifié. Peu importe, donc, le risque concret que fait peser le comportement et peu importe à l'égard de quelle valeur. Plus généralement, d'ailleurs, l'absence de mise en danger réelle d'une valeur protégée n'aura aucune conséquence. L'infraction sera caractérisée indépendamment de la réalité du risque et, donc, indépendamment de l'absence de mise en danger effective consécutive au comportement. Cette solution s'impose pour toutes les infractions obstacles, qu'elles soient déterminées ou indéterminées. Peu importe que le porteur d'une arme n'ait pas utilisé son arme ou n'ait même en aucun cas eu l'intention de l'utiliser. L'infraction de port d'arme illicite sera caractérisée selon la catégorie dont relève l'arme, du simple fait que l'agent soit trouvé porteur d'une arme hors de son domicile³¹⁶.

188. Le développement d'un droit pénal préventif : le droit pénal de l'ennemi – Aujourd'hui, le recours à ces techniques d'incrimination se développe et se fait en outre à la faveur de l'émergence depuis plusieurs années d'un droit pénal, appelé en doctrine allemande droit pénal de l'ennemi³¹⁷. Ce droit pénal, prétendument empreint du droit de la guerre³¹⁸

315. Il s'agit alors de ce qu'il est possible d'appeler une infraction obstacle indéterminée. Sur la distinction entre les infractions obstacles déterminées et indéterminées, v. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 562, n^{os} 726 et s.

316. Code de la sécurité intérieure, art. L317-8.

317. Pour une explication de ce droit pénal, v. not. M. PAPA, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC* 2009, p. 3, et plus généralement l'ensemble du dossier consacré au Droit pénal de l'ennemi (*RSC*, numéro 1/2009). Cette expression est notamment celle utilisée par Monsieur JAKOBS, auteur d'un essai et de différentes chroniques sur le sujet.

318. S'interrogeant sur le fait de savoir « si les règles qualifiées de manifestations d'un droit pénal de l'ennemi sont encore du « droit » ou si l'on a inscrit en paragraphes de véritables règles de guerre », Monsieur JAKOBS

est sous-tendu par une logique de « guerre contre le crime »³¹⁹ et conduit, entre autres, à la prolifération d'incriminations en amont sur l'*iter criminis*. Son développement est depuis plusieurs années favorisé par la lutte contre le terrorisme³²⁰, qui conduit à des procédures dérogatoires et à une remise en cause de certains principes du droit pénal³²¹. La répression intervient très en amont et sont sanctionnés, à titre autonome, de simples actes préparatoires, de sorte que semble se mettre en place un droit pénal « qui donne à la société des droits sur les individus à raison de ce qu'ils sont, et non plus à partir de ce qu'ils ont fait, ainsi que l'imposait le droit pénal moderne depuis la fin du 18^{ème} siècle pour le moins »³²². Ce droit pénal de l'ennemi, décrit par Monsieur JAKOBS³²³, présente plusieurs particularités, en raison de son but propre et des personnes contre lesquelles il est dirigé. La dangerosité semble devoir ici justifier que le comportement réprimé présente donc des spécificités structurelles. La répression est préventive, fondée sur un état dangereux³²⁴. Elle ne prend pas sa source dans une atteinte et n'est pas justifiée par elle. En d'autres termes, l'antijuridicité n'est ici pas matérielle.

Plusieurs critiques ont été opposées à ce droit présenté par Monsieur JAKOBS³²⁵, car le droit pénal de l'ennemi lui permet de justifier un régime profondément dérogatoire à l'encontre de ceux qualifiés « d'ennemis »³²⁶. Il conduit, toujours selon cet auteur, à une distinction entre le

conclut que la réponse « est la voie médiane » et voit dans le droit pénal de l'ennemi un droit d'exception dont les États ne pourraient pas se passer. G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7.

319. M. DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007, p. 461.

320. Il faut en effet préciser que le droit pénal de l'ennemi n'est pas limité à la lutte contre le terrorisme. Le terroriste n'est pour Monsieur JAKOBS que le cas extrême. V. G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc. Mettant en garde contre la réduction du traitement du droit pénal de l'ennemi à la lutte contre le terrorisme, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », art. préc.

321. M. DELMAS-MARTY, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », art. préc.

322. G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », art. préc. Sur les difficultés relatives à cette question, v. égal. E. R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 43.

323. Cet auteur se propose non pas de théoriser un tel droit, mais simplement de constater son existence : G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc. Pour une critique de cette position, G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », art. préc.

324. À ce sujet, Monsieur JAKOBS évoque la différence entre la culpabilité et la dangerosité comme fondement de la répression et bâtit sa réflexion sur une opposition entre « la culpabilité du criminel *versus* sa dangerosité ; le citoyen coupable *versus* un individu dangereux, aussi *versus* l'ennemi, à l'extrême le terroriste ». G. JAKOBS, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », art. préc.

325. V. par ex. C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649 : « C'est le droit en quelque sorte du renoncement au Droit pour certains, les ennemis. »

326. *Ibid.*, et G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », art. préc. : selon Madame GIUDICELLI-DELAGE, « en présentant, comme une évidence neutre, l'existence d'un droit pénal de l'ennemi, en le théorisant, Jakobs, ne l'aurait-il pas voulu, le légitime comme une catégorie du pensable ». Pour beaucoup d'auteurs, en constatant l'existence de ce droit, Monsieur JAKOBS participe en effet à sa légitimation, d'autant qu'il conclut à son utilité et à son caractère indispensable. Évoquant à ce sujet le lien entre la science pénale et la politique pénale v. égal. E. R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc. : « Le savoir pénal du XXI^{ème} siècle ne peut pas ne pas reconnaître sa nature politique. La dogmatique juridique pénale

citoyen et l'ennemi, distinction qui « induit la dépersonnalisation des ennemis les privant des droits fondamentaux »³²⁷ en raison de leur « dangerosité ».

Or, des manifestations d'un tel droit peuvent effectivement être observées. Les récents événements de janvier 2015 et novembre 2016 ont amplifié le développement de procédures dérogatoires qui s'inscrivent assez significativement dans la dynamique du droit de l'ennemi décrit par Monsieur JAKOBS³²⁸. Ainsi, la loi n° 2016-731 du 3 juin 2016, renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement est « largement irriguée d'une idéologie sécuritaire fondée sur la lutte contre le terrorisme, dans la droite ligne des précédentes réformes antiterroristes. Le trait saillant de cette législation nouvelle réside dans l'organisation de régimes d'exception »³²⁹. Certaines des incriminations créées s'inscrivent elles aussi dans une logique préventive et détachée du risque concret d'atteinte aux valeurs protégées. C'est notamment le cas de l'infraction prévue à l'article 421-2-5-2 de Code pénal consistant dans la consultation habituelle d'un site internet faisant l'apologie du terrorisme, censuré par le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 février 2017³³⁰, avant d'être rétablie par le législateur par la loi relative à la sécurité publique.

189. La crise du concept de bien juridique – À ces obstacles en droit positif à la transposition de l'élément antijuridique s'ajoute la crise que connaît en Allemagne le concept de bien juridique. Le développement du droit pénal préventif n'est pas propre à la France, comme l'exemple du droit pénal de l'ennemi a pu l'illustrer. En Allemagne, il conduit à des difficultés au regard du principe d'antijuridicité et à une remise en cause par une partie de la doctrine de l'utilité du bien juridique³³¹. Le concept a évolué et a dû s'adapter aux évolutions du droit pénal. La catégorie des biens pouvant être protégés s'est étendue afin, notamment, d'intégrer des biens

n'a pas d'autre finalité que de servir de projet à un pouvoir de l'État [...]. »

327. C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », art. préc., citant G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », art. préc.

328. Sur les évolutions législatives vers un droit pénal de la dangerosité et de l'ennemi, v. C. LAZERGES et H. HENRION-STOFFEL, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », art. préc., et J.-F. GIACUZZO, « Le gel des avoirs : une limitation de la propriété du « terroriste-ennemi », *Constitutions* 2016, p. 269.

329. R. OLLARD, « La réforme pénale du 3 juin 2016 : aspects de droit pénal », *La lettre juridique* 2016, n° 662. La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'état d'urgence prévoit également des procédures dérogatoires et une substitution du juge administratif au juge judiciaire pour certaines perquisitions. Critiquant cette substitution, H. MATSOPOULOU, « La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste », *JCP G.* 2016, 911. V. égal. la loi n° 2017-258 du 28 février 2017 relative à la sécurité publique qui contient elle aussi des dispositions allant vers un droit pénal de l'ennemi.

330. Cons. const., 10 fév. 2017, n° 2016-611-QPC ; *D. actualité* 2017, obs. D. GOETZ ; *AJDA* 2017, p. 433, obs. V. GOESEL-LE BIHAN.

331. Madame LACAZE explique qu'il existe ainsi en Allemagne un courant abolitionniste (dont fait partie Monsieur JAKOBS) du concept de bien juridique, qui, s'il est minoritaire, connaît tout de même un certain succès. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 216, n°s 350 et s.

collectifs, à tel point que pour certains auteurs « la notion est une construction devenue de plus en plus complexe et dont les contours sont artificiels, allant jusqu'à en adopter une définition quasi impressionniste »³³².

Or, non seulement certains nouveaux biens juridiques font débat et altèrent la définition du concept comme l'environnement ou l'ordre économique³³³, mais encore l'élargissement des biens juridiques protégés s'accompagne, comme le relève Madame LACAZE, « d'une modification des formes d'atteinte qui peuvent [leur] être portées »³³⁴. En effet, pour les biens juridiques dits « diffus » tels que l'environnement ou l'ordre économique, il n'est pas certain qu'ils puissent faire l'objet d'une lésion consécutive au comportement. Pour la doctrine majoritaire, les infractions concernées sont donc analysées comme des infractions de risque purement abstrait, le risque étant établi dès que la conduite prohibée est adoptée et ne se vérifiant pas consécutivement au comportement. Ces infractions apparaissent donc « contraires à l'exigence d'une atteinte *lato sensu* (lésion ou risque concret), constatée *ex post*, pour le bien juridique »³³⁵.

Faisant état de la crise que connaît le concept de bien juridique en Allemagne, Madame LACAZE admet donc que les nouvelles théories développées par les auteurs pour tenter d'expliquer le dépassement du concept puissent donner l'impression « d'une perte de substance du bien juridique, [...] qui pourrait être un élément d'explication de l'impuissance du concept à garantir les principes fondamentaux du droit pénal dégagé par la doctrine sur son fondement »³³⁶. La crise du concept est en outre favorisée par une faiblesse du contrôle de l'exclusive protection des biens juridiques. La Cour constitutionnelle fédérale allemande est, comme le Conseil constitutionnel, particulièrement prudente lors du contrôle de nécessité. Elle refuse d'empiéter sur le domaine du législateur et d'apprécier l'opportunité de ses choix³³⁷. La même chose s'observe en Espagne où le Tribunal constitutionnel exige certes qu'un bien juridique soit protégé, mais est globalement très réticent à sanctionner les lois, estimant notamment que le législateur est le seul juge de la proportionnalité³³⁸.

Il faut donc admettre un certain échec de l'antijuridicité et du recours au bien juridique dans l'encadrement du recours au droit pénal. Si l'antijuridicité a permis de dégager une certaine conception de l'infraction, elle ne parvient à expliquer l'infraction moderne qu'au prix de nombreuses adaptations³³⁹, sans parvenir en outre à faire obstacle à certaines dérives du droit

332. J. LEBLOIS-HAPPE, X. PIN et J. WALTHER, « Chronique de droit pénal allemand, Période du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2007 », *RIDP* 2007, p. 621.

333. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 209, n° 341.

334. *Ibid.*, p. 210, n° 341.

335. *Ibid.*, p. 211, n° 343.

336. *Ibid.*, p. 212, n° 344.

337. M. VERDUSSEN, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, E. Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 144 et s. et p. 150 et s.

338. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 214, n° 345.

339. Sur ces évolutions, *ibid.*, p. 88, n°s 138 et s. et p. 209, n°s 341 et s.

pénal et notamment au développement du droit pénal de l'ennemi qui connaît le même essor outre Rhin.

Enfin, il faut souligner que le concept d'antijuridicité matérielle présente certains dangers qu'il convient de ne pas occulter.

β. Les dangers de la conception matérielle de l'antijuridicité

190. Double danger – Dangereuse, l'admission d'un élément antijuridique peut l'être non seulement en raison du caractère normatif dont se teinte le droit pénal par le biais de l'antijuridicité matérielle (i), mais aussi parce que la valeur protégée permet de légitimer la répression (ii).

i. Le caractère normatif favorisé par l'antijuridicité matérielle

191. Antijuridicité matérielle et vocation normative du droit pénal – L'antijuridicité, dans sa conception matérielle, encourage une approche normative du droit pénal. Ou, plus précisément, elle en relativise le caractère purement sanctionnateur dès lors que la raison de la norme pénale n'est plus dans l'interdit violé, mais dans la valeur bafouée. Au demeurant, le choix opéré entre les valeurs essentielles et l'érection de certaines d'entre elles en valeurs protégées – ou biens juridiques – permet à lui seul de conférer un aspect normatif au droit pénal³⁴⁰. Loin de se contenter de sanctionner un comportement attentatoire, son but tient à la protection. Il permettrait donc aussi de prescrire le comportement normal, respectueux des valeurs essentielles de la société.

Le débat sur le caractère normatif ou non du droit pénal est un débat récurrent en doctrine, y compris en France³⁴¹. Si l'infraction y est en premier lieu une violation de la loi, la question se pose de savoir si le comportement normal (la règle de conduite) est prescrit par le droit pénal ou extérieur à lui. On retrouve ici la théorie de BINDING ainsi que l'opposition entre le caractère extra-pénal de la norme. La problématique est en partie insoluble parce qu'elle renvoie à la conception et la fonction du droit pénal et qu'aucune ne semble s'imposer de manière irréfutable. Le droit pénal positif contient des dispositions qui peuvent venir au soutien de l'une ou l'autre

340. V. not. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 15, n° 31, pour qui le choix opéré par le législateur entre les valeurs dignes ou non de protection est en lui-même « déjà normatif ». De même, pour Madame LACAZE, les biens juridiques ayant vocation à être protégés par le droit pénal sont des biens juridico-pénaux, soit « une émanation de la valeur, consacrée par une valorisation normative du législateur pénal » (M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 310, n° 474), la protection de cette valeur étant la finalité de l'infraction (*ibid.*, p. 307, n° 469).

341. Ainsi, pour Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, le droit pénal est « une discipline juridique normative » (P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 15, n° 31), alors que pour Monsieur DREYER, il ne saurait avoir de portée normative dès lors que la règle de conduite est extra-pénale, ou peut plus largement être extra-juridique et relever du droit naturel. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 70, n° 90.

approche. Ainsi, les incriminations permettant de garantir le respect de normes contenues dans d'autres droits plaident en faveur du caractère sanctionnateur du droit pénal. L'on pense ici aux infractions au Code de la route, aux infractions aux réglementations applicables en droit social ou en droit de la santé, etc. Il n'est d'ailleurs pas rare de voir dans les codes des textes consacrés aux règles applicables, suivis de textes d'incriminations sanctionnant les manquements à ces règles³⁴². À l'inverse, d'autres incriminations ne peuvent pas être reliées parfaitement à une norme précise pré-existante et semblent par conséquent contenir en creux le comportement attendu. Ici, certaines évolutions dans la législation sont particulièrement édifiantes. Par exemple, le clientélisme en matière de prostitution a pendant longtemps été toléré et ne faisait pas l'objet de normes spécifiques³⁴³. Récemment, le législateur a fait le choix de sanctionner les personnes ayant recours aux services de prostituées. L'interdiction de ce comportement, jusqu'alors toléré, n'a été affirmée que par le biais du droit pénal. Par la nouvelle incrimination, le législateur précise donc les contours de la dignité de la personne ainsi que ses rapports avec les libertés individuelles. À ce titre, la loi pénale peut être considérée comme normative.

192. Discussion sur le caractère normatif – En soit, le droit pénal présente sans doute un aspect normatif. L'enjeu est de ne pas le favoriser à l'excès au risque d'exagérer la fonction expressive traditionnellement accordée à la loi pénale en en faisant à proprement parler un instrument de valorisation sociale³⁴⁴. Il n'est pas opportun d'utiliser la loi pénale pour régir les rapports des individus entre eux, ne serait-ce que parce que cette utilisation encourage un glissement du droit pénal vers la morale³⁴⁵. L'accent est mis sur un critère d'utilité sociale³⁴⁶, au détriment de son corollaire indispensable qu'est le juste³⁴⁷. Or, comme le relève Madame GIUDICELLI-DELAUGE, la légitimité et la limite du droit pénal résident dans ces deux critères de

342. La législation relative au port d'arme en donne un très bon exemple. Les normes applicables en la matière sont prévues au Chapitre II du Titre I du Livre III du Code de la sécurité intérieure consacré à l'acquisition et la détention des armes et munitions, tandis que les dispositions pénales et les diverses incriminations sont prévues au Chapitre IV du même titre.

343. Était sanctionné jusqu'alors le recours de mineurs ou de personnes vulnérables. Sur les évolutions et apports de la loi de 2016, v. not. R. PARIZOT, « La prostitution, infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373, qui voit dans ce texte « la marque d'une politique prohibitionniste qui ne dit pas son nom ».

344. V. Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, *op. cit.*

345. Selon Monsieur MAYAUD, le droit pénal rejoint la morale par effcience, parce qu'il gagne à ériger en valeur ce qui est facteur de cohésion sociale. *Ibid.* Monsieur PINATEL a également mis en lumière les liens existant entre le droit pénal, la morale et les valeurs en expliquant que l'infraction doit être ressentie comme une transgression du système des valeurs sociales par la population pour que sa punition soit considérée comme juste. J. PINATEL, « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972, p. 664. Or, le lien entre droit pénal et moral ne doit pas être exagéré et ne devrait surtout pas conduire à voir dans le droit pénal un instrument de moralisation. Malgré des interactions, la distinction, fondamentale aux yeux des anciens criminalistes, doit demeurer. V. entre autres R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 6, n° 7. Mettant en garde contre les dangers d'un rapprochement et d'une confusion entre le droit et la morale, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 131, n° 158 et s.

346. Y. MAYAUD, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, *op. cit.*

347. V. not. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 84, n° 185.

juste et d'utile, « combinaison indispensable, rappelait GARRAUD, car, isolés l'un de l'autre, le juste et l'utile conduiraient à des conséquences également dangereuses »³⁴⁸. Surtout, le droit pénal ne devrait pas être utilisé pour prescrire le comportement « normal » : « Il faut éviter d'imposer sous la menace d'une peine des normes de comportement. À défaut, il n'y aurait plus de délinquants mais uniquement des anormaux par rapport à des règles de portée générale exprimant la volonté d'un État totalitaire. »³⁴⁹

En outre, le caractère normatif du droit pénal est en partie inconciliable avec sa subsidiarité³⁵⁰. S'il est utilisé pour prescrire les comportements normaux et respectueux des valeurs, il n'est plus l'*ultima ratio* du droit. Il devient au contraire un outil de législation. Sans doute le droit pénal présente-t-il un certain caractère normatif par les définitions et concepts qui lui sont propres, mais exagérer et généraliser ce caractère présente le danger d'une restriction excessive des libertés individuelles au nom de valeurs parfois imprécises. Les valeurs protégées ne sont alors plus la limite du recours à la répression, mais un instrument politique de légitimation.

ii. La légitimation de la répression par la protection des valeurs

193. La valeur protégée comme légitimation de la répression – L'autre danger relatif à l'antijuridicité matérielle est qu'elle permet indirectement de légitimer le droit pénal et la répression. VON LISZT déduisait du but du droit pénal la protection de certains intérêts vitaux. Ce faisant, il légitimait le recours à la répression dès lors que les incriminations poursuivent le but assigné au droit pénal. La protection des biens juridiques est donc à la fois l'objectif de la matière, sa limite et sa justification. Déterminer les fondements et le but du droit criminel conduit nécessairement à lui donner toute sa légitimité dès lors qu'il répond aux objectifs définis. Cette remarque n'est bien entendu pas propre à l'antijuridicité. La recherche des fondements du droit de punir et de ses limites conduit inéluctablement à légitimer ce droit³⁵¹. Cependant dès lors que la protection devient la justification, une instrumentalisation des valeurs essentielles par le législateur est possible. La valeur protégée – le bien juridique – a donc deux fonctions. La première est juridique : elle permet d'expliquer le pouvoir de punir et le but du droit pénal tout en fixant les limites. La seconde est politique³⁵² : elle permet au législateur de justifier et de légitimer les incriminations. Or, la légitimation du pouvoir de punir présente un danger : « il

348. G. GIUDICELLI-DELAGE, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », art. préc.

349. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 65, n° 88.

350. E. DREYER, « La subsidiarité du droit pénal » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247.

351. Cette problématique d'inversement de la fonction du principe de nécessité apparaît avec force dans l'article de Monsieur CAHN consacré à ce sujet. O. CAHN, « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, op. cit.

352. V. O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, th. préc., p. 102, n° 160, écrivant au sujet de la valeur protégée que « politique, elle est imprécise, faute d'avoir été légalement définie ».

serait trop naïf, pour ne pas dire coupablement naïf, que le droit pénal du XXI^{ème} siècle prétende ignorer que, chaque fois qu'il légitime l'exercice du pouvoir punitif, il légitime un domaine du pouvoir qui va être mis en œuvre par des agences qui, durant plus d'un siècle, ont démontré, de façon accablante, leur capacité à commettre les plus grands massacres de toute l'histoire de l'humanité. [...] Comment peut-on expliquer qu'au siècle dernier le savoir juridique pénal ait ignoré qu'il habilitait le pouvoir d'institutions qui commettaient de telles tueries ? »³⁵³.

194. La liberté dans la détermination des valeurs – Car on s'en souvient, la question de la liberté du législateur dans la désignation des biens dignes de protection est fondamentale. Aux partisans du caractère préexistant du bien juridique se sont opposés les partisans d'une libre consécration par le législateur³⁵⁴. Dans ce second cas (conception positiviste), les biens juridiques sont créés par le législateur dans le cadre d'un choix qui n'appartient qu'à lui. Un contrôle n'est alors pas envisageable, car il s'agirait d'un pur contrôle d'opportunité. À l'inverse, si les valeurs protégées sont préexistantes et simplement « révélées » par le législateur, la sélection qu'il opère pourra être discutée et contrôlée³⁵⁵.

Les excès du national-socialisme ont conduit la doctrine allemande à une profonde remise en cause de la première conception³⁵⁶. Les dangers d'une libre détermination des valeurs est évident, mais il peut être aujourd'hui relativisé. Que les valeurs protégées par le droit pénal résultent d'un choix du législateur ne peut être contesté³⁵⁷. Ce choix est motivé par des conceptions culturelles, morales³⁵⁸ et plus largement par les politiques criminelles mises en œuvre. Mais il trouve dorénavant un encadrement solide par le biais des droits fondamentaux qui s'imposent à lui dans la détermination des valeurs³⁵⁹. Issues de droits fondamentaux, ces valeurs, essentielles aux yeux des différentes sociétés, s'imposent au législateur qui se contente de les protéger, éventuellement *via* le recours au droit pénal³⁶⁰. Les valeurs pénalement

353. E. R. ZAFFARONI, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », art. préc.

354. revenant sur ce débat ancien, v. J. PINATEL, « L'apport de l'histoire et de la psychologie sociale à la compréhension de l'évolution du concept de crime », art. préc.

355. V. *supra*, n° 177.

356. En ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 74, n°s 105 et s.

357. V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 381, selon qui « la conception positiviste semble être la plus réaliste. Les biens juridiques naissent d'un tel « Bewertungsakt », un jugement de valeur du législateur qui fixe les biens juridiques dignes de protection ».

358. En ce sens, *ibid.*, p. 381 et s. ; Y. MAYAUD, « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983, p. 597.

359. Ces textes sont en effet présentés de manière à constater certains droits fondamentaux, non de manière à les consacrer. C'est ce qui ressort notamment du préambule de la DDHC, qui présente la Déclaration comme l'« expos[er] » des « droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme ». Dans l'esprit des rédacteurs de la Déclaration, le législateur ne fait donc que constater et affirmer des droits préexistants. La Déclaration universelle des droits de l'homme relève de la même logique. Elle fut en effet motivée par l'idée « qu'il est essentiel que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit pour que l'homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et l'oppression » (DUDH, préambule).

360. Certains auteurs s'interrogent à ce titre sur une éventuelle obligation d'incriminer à destination du législateur. En ce sens, A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 272, n° 374. La Constitution italienne

protégées ont ainsi pour beaucoup un fondement supra-législatif, même s'il n'est pas toujours constitutionnel³⁶¹. Tel est le cas des valeurs vie, dignité, humanité, liberté, vie privée, propriété, etc. Au demeurant, même lorsque ces valeurs ne trouvent pas directement de fondement dans le bloc de constitutionnalité, elles sont au moins implicitement garanties par lui. Il en résulte que les valeurs protégées par le législateur ne peuvent venir en négation de celles protégées par le bloc de constitutionnalité. Ainsi, pas plus en France qu'en Italie, « le législateur ne peut ni transformer en délit l'exercice du droit, ni protéger pénalement les biens auxquels porte atteinte celui qui exerce le droit, à moins qu'il ne s'agisse de biens relevant de la Constitution »³⁶².

195. Malléabilité de certaines valeurs – Le problème n'est pas résolu pour autant, car les valeurs sont évolutives, dans leur nombre comme dans leur conception, ce qui pose la question de l'identification de nouvelles valeurs par le législateur. En outre, même en admettant que les valeurs essentielles s'imposent au législateur, il reste la question essentielle de leur délimitation. Or, certaines valeurs, pourtant reconnues unanimement comme essentielles, n'ont pas de définition arrêtée. L'on pense ici en premier lieu à la dignité de la personne, dont l'affirmation comme valeur essentielle de notre société date de la Seconde Guerre mondiale³⁶³. Le concept s'est aujourd'hui imposé dans notre droit³⁶⁴ et est affirmé dans les grands textes d'après-guerre. Il apparaît en outre comme une valeur protégée dans notre Code pénal au Chapitre V du Titre II du Livre II. Créatrice de droits, la dignité justifie aussi une restriction des libertés individuelles. La dignité humaine « est un concept que le juriste utilise facilement, avec une certaine délectation »³⁶⁵. Pour autant, aucun texte ne définit précisément ce qu'il faut entendre par là³⁶⁶. Procédant à une tentative de conceptualisation, un auteur remarque qu'il s'agit « d'un concept évolutif, selon les conceptions changeantes de l'opinion, et non point

contient par exemple certaines obligations en ce sens (v. G. MARINUCCI et E. DOLCINI, « La Constitution et le droit pénal en Italie », art. préc.). Au niveau européen, des obligations d'incrimination existent par ailleurs et participent à l'essor du principe de nécessité positive. V. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc. Mettant en garde contre un possible inversement dans l'usage des droits de l'homme, ceux-ci pouvant être utilisés à des fins répressives, v. D. SALAS, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette, col. Pluriel, 2010, p. 224 et s.

361. Sur l'importance de la Constitution en la matière en Italie, v. F. PALAZZO, « Constitution, Cour constitutionnelle et droit pénal : 30 ans d'expérience italienne », art. préc. : « La Constitution est destinée à influencer le droit pénal, d'une part en tant que garde-fou à l'intervention répressive de l'État, d'autre part en tant qu'indicateur des valeurs dignes de protection pénale ».

362. G. MARINUCCI et E. DOLCINI, « La Constitution et le droit pénal en Italie », art. préc.

363. C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, Économica, 1999, p. 39.

364. Selon Monsieur BORELLA, elle est présentée comme un axiome dans les textes juridiques postérieurs à 1945. F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, Économica, 1999, p. 29.

365. C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, op. cit.

366. En ce sens, F. BORELLA, « Le concept de dignité de la personne humaine » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, op. cit.

[d'un] principe intangible qui s'impose au législateur »³⁶⁷. Malléable et floue, la notion est par conséquent parfois dénoncée pour sa flexibilité et son imprécision³⁶⁸, mais reste pourtant utilisée fréquemment par le législateur. Dans le Code pénal, elle apparaît soit directement comme un objet de protection (autrement dit comme valeur protégée), soit comme la cause d'incriminations protectrices d'autres valeurs³⁶⁹. La distinction n'est pas toujours évidente à faire, et la dualité d'intervention du concept dans la justification des incriminations illustre la très large utilisation des valeurs qui peut être faite par le législateur lorsqu'il souhaite légitimer de nouveaux textes. Elle ne peut en outre qu'inquiéter car non définie, cette valeur peut permettre la justification de textes variés, et l'on pourrait s'inquiéter avec Madame NEIRINCK du fait qu'avec ce concept, « un retour à l'ordre moral est [...] à craindre »³⁷⁰.

196. Insuffisance de l'antijuridicité dans l'appréciation de la nécessité – C'est d'ailleurs à ce titre que le recours à la valeur protégée peut se révéler insuffisant dans le contrôle de la nécessité des incriminations. En effet, une troisième problématique tient au fait que la protection d'une valeur puisse devenir le seul critère d'appréciation de la nécessité. L'antijuridicité suppose en principe une atteinte, mais elle ne tient pas directement compte de la gravité du comportement. L'injuste induit une gradation, l'atteinte étant de gravité supérieure à la mise en danger, le risque concret de gravité supérieur au risque abstrait³⁷¹. Mais elle permet essentiellement de justifier et de quantifier la peine. Le simple danger doit, en principe, être sanctionné moins sévèrement que la lésion du bien juridique³⁷². La gravité du comportement n'est donc pas à proprement parler une composante de l'antijuridicité. Celle-ci se concentre sur l'injustice de l'acte, sur sa contrariété avec l'ordre social. Elle intègre la gravité de ses conséquences qui peuvent aller de la mise en danger à la lésion³⁷³, mais elle n'est pas centrée sur la gravité du comportement.

367. *Ibid.*

368. C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze, op. cit.*

369. En ce sens, J.-F. SEUVIC, « Variations sur l'humain comme valeurs socialement protégées » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze, Economica, 1999, p. 339.*

370. C. NEIRINCK, « La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze, op. cit.*

371. V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 37. V. égal. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 47, n° 41. Il faut préciser qu'en doctrine allemande, l'injuste désigne le comportement qualifié d'antijuridique. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 12.

372. Ainsi, la gradation de l'injuste intervient dans le contrôle de proportionnalité. Toutefois, il est à noter qu'à ce titre aussi, les juridictions constitutionnelles des pays ayant consacré l'antijuridicité font preuve de réserve et admettent parfois qu'un comportement engendrant un risque abstrait soit plus sévèrement réprimé qu'un comportement faisant naître un risque concret. V. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 214, n° 345.

373. Des auteurs allemands ont proposé de distinguer la réprobation de l'acte qui est un élément essentiel et la réprobation du résultat qui est secondaire. Dans les infractions formelles ou obstacles, seul l'acte est réprimé. *Ibid.*, p. 78, n°s 117 et s.

Sans doute, celle-ci apparaît-elle à double titre. À travers le caractère injuste du comportement, c'est-à-dire à travers le fait qu'il est opposé à la société tout d'abord. À travers l'atteinte qu'il entraîne ensuite, qu'elle soit une lésion ou une mise en danger. Cependant, la doctrine allemande ne fait pas de la gravité de l'acte une composante de l'antijuridicité ni une condition de la nécessité de l'incrimination. Les choix d'incrimination du législateur doivent donc essentiellement être guidés par la protection des biens juridiques. Certes, le droit doit tendre à un équilibre en délimitant les rayons d'action des individus tout en garantissant les libertés individuelles³⁷⁴, mais pour VON LISZT, le droit pénal n'est pas nécessairement un droit subsidiaire. Son intervention est guidée par la nécessité d'une protection accrue de certains biens juridiques. Il est présenté comme étant un droit « secondaire » et « complémentaire »³⁷⁵, intervenant comme élément de sécurité³⁷⁶. Son intervention est donc justifiée au regard des intérêts protégés, mais non spécifiquement au regard de la gravité du comportement, dont l'appréciation peut d'ailleurs être perturbée par le raisonnement en termes de valeurs.

En France, l'accent est à raison essentiellement mis sur ce point. Quelle que soit la gravité de l'atteinte, le droit pénal n'a pas vocation à intervenir si le comportement n'est pas lui-même particulièrement grave³⁷⁷. Or, si un contrôle de nécessité existe aussi aujourd'hui en droit allemand, l'antijuridicité ne fournit pas à proprement parler de critères d'appréciation du point de vue de la gravité de l'acte seul. L'introduction d'un élément antijuridique présenterait donc des intérêts au regard de l'appréciation de la nécessité, mais elle ne devrait pas conduire à occulter le critère de gravité qui permet de préserver la subsidiarité de la répression. Le danger en la matière est alors d'accorder une dimension trop fortement expressive à la loi pénale par l'utilisation des valeurs et confondre de ce fait la valeur protégée comme critère de nécessité et la valeur protégée comme outil de communication.

Est-ce alors à dire que l'antijuridicité doit être abandonnée en raison des dangers qu'elle représente et des difficultés de transposition ? À l'évidence non, car le concept allemand présente de nombreux intérêts, notamment au regard du principe de nécessité.

b. L'intérêt de l'introduction de l'antijuridicité en droit pénal français

197. L'intérêt du concept d'antijuridicité : la mise en valeur du caractère attentatoire –

Si des obstacles à une transposition de l'élément antijuridique existent, ils ne sont pas insurmontables, surtout si cette introduction se fait à la faveur d'une adaptation. Le concept allemand

374. V. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 96, §.13.

375. *Ibid.*, p. 100, §.13.

376. *Ibid.*

377. Cette idée se retrouve d'ailleurs au niveau international. Si la CEDH impose aux États la protection par le droit pénal de certaines valeurs prééminentes, un recours de nature pénale n'est pas obligatoire par exemple lorsque l'atteinte est involontaire. V. F. MASSIAS, « Chronique international des droits de l'homme », *RSC* 2003, p. 405.

d'antijuridicité présente des intérêts non négligeables qui pourraient venir enrichir l'analyse française. Tout d'abord, il est certain que la fonction de protection du droit pénal ne doit pas être exagérée. L'exagérer conduirait à des excès de prévention dont il faut se garder³⁷⁸. La protection des valeurs essentielles s'opère par la menace d'une peine, mais elle ne peut aller jusqu'à justifier une répression trop en amont, à titre préventif. Or, c'est là tout l'intérêt de l'antijuridicité matérielle. Car si elle fait de la protection des valeurs l'objectif principal du droit pénal, elle fait aussi du caractère attentatoire du comportement la mesure de la répression. Outre la théorie des biens juridiques, l'antijuridicité inscrit le caractère attentatoire de l'acte au cœur de la théorie allemande de l'infraction et c'est aussi en cela qu'elle peut être un critère d'appréciation de la nécessité des incriminations. Ne peut-on pas en effet considérer qu'en limitant les interdictions posées par la loi aux seuls actes nuisibles à la société³⁷⁹, l'article 5 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen semble « n'autoriser que l'incrimination des actions qui ont un impact objectivement et visiblement négatif sur la société »³⁸⁰ ? L'introduction de l'antijuridicité matérielle en droit français pourrait compenser les faiblesses actuelles du contrôle de nécessité. Et si les auteurs ne sont pas d'accord sur la manière de limiter l'inflation législative, le constat est unanime de la nécessité d'une production législative plus raisonnée³⁸¹. Il est vrai que le risque de verser dans un contrôle d'opportunité des incriminations existe, mais ce seul risque ne doit pas faire disparaître tout contrôle. La doctrine a d'ailleurs pu démontrer les dangers supérieurs présentés par son absence. L'inflation législative qu'elle laisse perdurer engendre une perte de légitimité du droit pénal et une dilution des valeurs protégées³⁸². Outre ces deux dangers, l'inflation législative et l'effet déclaratif de plus en plus marqué des lois d'incriminations conduisent à une certaine banalisation du droit pénal³⁸³. Omniprésent, il n'est plus un garde-fou efficace. Certaines incriminations ne font pas l'objet d'une application

378. La doctrine de la défense sociale nouvelle se prévaut d'ailleurs en partie de certaines théories de VON LISZT. M. ANCEL, *La défense sociale nouvelle, op. cit.*, p. 72 et s.

379. Ce qui implique d'admettre que l'article 5 participe bien de la conception de la nécessité.

380. A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 274, n° 377. L'auteur approuve donc l'idée selon laquelle le droit pénal doit avoir pour objet la protection des biens juridiques.

381. V. par ex. 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*, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 71 ; du même auteur, « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations » in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, sous la dir. de J. DE LA CUESTA et J.-F. THONY, Dalloz, 2006, p. 155.

382. En ce sens, A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal » in *Ordre public*, sous la dir. de C.-A. DUBREUIL, Cujas, 2011, p. 287. Dans ce second cas, la fonction expressive associée au droit pénal est remise en cause. Sur les fonctions traditionnelles du droit pénal, v. C. LAZERGES, « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* 2004, p. 194.

383. Selon Madame LAZERGES, aux fonctions traditionnelles du droit pénal pourrait s'ajouter une fonction déclarative des objectifs politiques. La fonction première des incriminations est ainsi aujourd'hui « d'être le symbole d'une politique », de sorte que le législateur est de plus en plus indifférent aux questions techniques d'interprétation et de mise en œuvre des textes. V. *ibid.* V. égal. R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2009, p. 2701, pour qui l'incrimination de la participation à une bande violente n'était qu'« un effet d'annonce ».

effective faute de moyens suffisants³⁸⁴. En outre, la systématisation du recours à ce droit entame sa portée dissuasive en relativisant le caractère de gravité qui devrait lui être associé³⁸⁵. C'est par conséquent sa fonction pédagogique qui en sort affectée.

Le droit pénal ne devrait pas être le droit qui sanctionne toute violation d'un autre droit. Il est, et doit rester, le droit qui sanctionne des violations graves, si l'on souhaite voir demeurer cette fonction. C'est pour ces différentes raisons que la mise en place d'un contrôle effectif de nécessité se révèle essentielle. Elle seule permettrait de garantir le caractère subsidiaire du droit pénal et contribuerait à redonner au droit pénal ses fonctions initiales en préservant le nécessaire équilibre entre la répression et le respect des libertés individuelles³⁸⁶. Or, c'est justement à ce titre que l'élément antijuridique pourrait se révéler particulièrement utile : il permettrait de dégager un indice objectif de la gravité du comportement incriminé³⁸⁷.

En effet, le critère actuellement proposé en doctrine et qui tient à lui est prometteur, mais incomplet, notamment parce que la gravité du comportement est une donnée au moins aussi subjective que celle de dangerosité. À elle seule, la gravité permet certes un encadrement de la pénalité, mais elle ne répond pas à des critères précis³⁸⁸. Dès lors, elle justifierait aussi bien une répression en amont, indépendamment des suites du comportement et permettrait donc le recours à un droit pénal de la dangerosité, parce que le comportement serait jugé intrinsèquement grave³⁸⁹. C'est pourtant d'elle qu'il convient de partir. Parce qu'il est une atteinte aux libertés individuelles, le droit pénal doit être subsidiaire et non systématique. C'est donc en premier lieu un motif de gravité qui doit servir de curseur dans le recours ou non à ce droit. Or, l'antijuridicité

384. V. T. GARÉ, « La dissimulation du visage dans l'espace public » in *La diversité du droit, mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 543.

385. Monsieur RIPERT dénonçait déjà la systématisation du recours au droit pénal et l'édiction de peines inutiles et non prononcées en matière de droit pénal économique : « À punir ainsi sans mesure tous les faits contraires à la réglementation économique, le législateur court le risque d'habituer les esprits à ne voir dans la répression que le risque d'une opération innocente en elle-même [...] » et achevait : « Il est toujours mauvais d'habituer les esprits à l'irrespect de la loi ». G. RIPERT, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946, p. 243.

386. Selon Madame DARSONVILLE, le contrôle de nécessité est ainsi essentiel pour garantir l'ordre public parce que les incriminations non nécessaires peuvent induire une atteinte à des libertés fondamentales. A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal » in *Ordre public, op. cit.*

387. Cette exigence de gravité est intimement liée au concept de crime. Du moins considère-t-on que « pour que l'on puisse parler de crime, il faut qu'un acte suscite dans le groupe des perturbations émotionnelles intenses, susceptibles de déterminer la réaction sociale ». J. PINATEL, « L'élément matériel de l'infraction devant la criminologie et les sciences de l'homme », *RSC* 1967, p. 910. Le concept d'infraction et la légitimité de la répression est intimement lié à cette réaction sociale qui dépend elle-même du caractère nuisible de l'acte, lui-même de plus en plus associé à la protection des valeurs essentielles contre d'injustes atteintes.

388. Faisant ce constat, E. FORTIS et M. SEGONDS, « La dépenalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », *Rev. dr. trav.* 2012, p. 402 : « On retrouve l'incantation selon laquelle le droit pénal doit être réservé aux actes les plus « graves » sans que l'on connaisse précisément les critères de la gravité ». V. toutefois F. STASIAK, « Dépenaliser : quoi, pourquoi, comment ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Litec, 2011, p. 31, pour qui, justement, la gravité du comportement « se détermine par la nature de la faute, par la valeur lésée et par le dommage qui en résulte ».

389. D'ailleurs, les notions de gravité et de dangerosité sont intimement liées. L'incrimination autonome d'actes préparatoires est souvent justifiée en doctrine soit à raison de leur dangerosité, soit à raison de leur gravité. En un sens, la dangerosité du comportement en laisse présumer la gravité.

peut venir ici compléter l'appréciation de la gravité du comportement par un indice relativement objectif.

L'antijuridicité allemande présente en effet cet intérêt fondamental de permettre une utilisation du caractère attentatoire du comportement pour limiter la répression en amont : le comportement n'est antijuridique et injuste que parce qu'il porte – ou est susceptible de porter – atteinte à une valeur essentielle. À l'inverse, en France, l'atteinte n'apparaît que comme une variable³⁹⁰, ce qui lui donne un caractère négligeable ou, du moins, peu déterminant au regard de la conceptualisation de l'infraction. Les conséquences du comportement ne sont pas réellement prises en compte. Pourtant, elles peuvent être un indice fort de la nécessité à avoir recours au droit pénal. L'admission d'un élément antijuridique³⁹¹ inspiré de l'élément allemand permettrait de dégager un indice de gravité du comportement, complémentaire de la teneur des autres éléments. Il conduirait à remettre le caractère attentatoire de l'acte au cœur de l'incrimination et de la répression, s'opposant ainsi au développement d'un droit pénal préventif ou de l'ennemi.

198. Une proximité temporelle et causale – En effet c'est aussi et surtout au regard des conséquences du comportement sur ces valeurs que la gravité pourrait être appréciée. Perçu en premier lieu comme une atteinte portée à une valeur, le comportement infractionnel ne devrait alors pas pouvoir entretenir un lien trop distendu avec l'atteinte effective. Le lien entre l'incrimination et la valeur qu'elle protège devrait donc apparaître avec une certaine évidence. En d'autres termes, il ne suffit pas pour le législateur de désigner une valeur ou de la rendre identifiable – par le classement des infractions dans le Code, cette obligation peut déjà formellement être considérée comme remplie. Encore faut-il que l'incrimination vienne effectivement protéger cette valeur³⁹². Ceci implique une certaine proximité entre le comportement incriminé et l'atteinte à la valeur qu'il est susceptible d'engendrer. L'intérêt de ne concevoir l'infraction

390. V. not. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 173, n° 162, qui le qualifie ainsi le résultat réel et V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, op. cit. Il s'agit ici du résultat juridique selon la construction de Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON. V. *infra*, n° 323.

391. La terminologie antijuridique ou d'injuste est préférable à celle d'illégalité, car un élément d'illégalité signifierait simplement une contrariété entre l'acte et la norme, l'élément d'antijuridicité intègre en outre la contrariété entre l'acte et la valeur protégée par la norme.

392. Il s'ensuit que même ainsi comprise, l'antijuridicité ne se conçoit qu'au regard de la protection de valeurs, ce qui impliquerait en premier lieu une certaine systématisation. Si le droit positif français n'est pas entièrement construit autour d'elles, elles demeurent fondamentales et sous-tendent pour beaucoup les raisonnements. Un élément antijuridique imposerait donc au législateur une certaine rigueur dans l'exercice d'incrimination. La valeur protégée par le texte devrait en effet être clairement identifiée ou identifiable afin de garantir sa réalité. Elle ne pourrait par ailleurs pas être trop floue ou trop large, sauf à vider cet élément de sa substance. Il est en effet de jurisprudence constante que le Conseil constitutionnel veille à ce que les textes d'incrimination précisent les éléments constitutifs des comportements réprimés. Sans doute fait-il souvent preuve de souplesse dans son examen, mais le principe demeure et les censures ou réserves d'interprétations permettent de limiter partiellement les imprécisions des textes. Un élément dirigé vers le caractère attentatoire du comportement inclurait nécessairement dans une certaine mesure la valeur protégée. Il imposerait par conséquent que la valeur protégée soit au moins identifiable. Le contrôle effectué par le Conseil constitutionnel pourrait alors s'opérer *via* l'élément antijuridique.

en premier lieu comme un comportement attentatoire à un bien juridique conduit à exiger une relation causale et temporelle suffisante entre le comportement et la potentialité d'atteinte. Une telle approche permettrait d'encadrer la répression en prévenant une répression trop en amont. Une décision mérite à ce titre d'être relevée. Il s'agit de la décision du 16 juillet 1996 qui a déjà pu être évoquée³⁹³. Dans cette décision, le Conseil avait justement censuré des dispositions qui sanctionnaient des comportements n'entretenant pas de lien suffisant avec l'activité terroriste³⁹⁴. Même si les hypothèses de censure sur ce point sont rares, il est à souligner que le contrôle existe d'ores et déjà. L'appréciation de l'antijuridicité du comportement pourrait alors le renforcer, d'autant que le Conseil semble avoir désormais plus fréquemment recours aux valeurs protégées dans l'appréciation de la nécessité.

199. Le développement récent du contrôle constitutionnel à l'aune de la valeur protégée – La faiblesse du contrôle opéré a fréquemment été dénoncé en doctrine³⁹⁵, où le Conseil s'est souvent contenté d'un contrôle minimaliste. Théoriquement, l'exigence de nécessité des incriminations devrait le conduire à s'assurer de l'utilité et de la nécessité de celle-ci. En pratique cependant, le Conseil se refuse à se substituer au législateur. Il est vrai qu'un tel contrôle est en pratique malaisé, surtout en l'absence de critères objectifs d'appréciation. Le risque est alors pour le Conseil de s'adonner à un contrôle d'opportunité du recours au droit pénal et non à un simple contrôle de la nécessité des incriminations³⁹⁶. Cependant, la faiblesse du contrôle opéré a pu faire douter un temps de son effectivité. Pendant longtemps, la loi ne semblait pouvoir être censurée qu'en cas de disproportion manifeste³⁹⁷. Les hypothèses de

393. Cons. const., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC ; D. 1997, p. 69, note B. MERCUZOT ; JCP G. 1996, II, 22709, note V. NGUYEN VAN TUONG.

394. Madame CAPPELLO voit d'ailleurs dans cette décision la preuve de ce que la nécessité des incriminations n'est démontrée que si elles sont guidées par le souci de protéger les biens juridiques collectifs. Cette exigence est une condition de la « légitimité du droit pénal ». A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 277, n° 381.

395. V. not. R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges*, op. cit. ; A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal » in *Ordre public*, op. cit. ; F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc. Certains auteurs approuvent au contraire les réserves du Conseil en la matière. V. not. B. DE LAMY, « L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », *RSC* 2016, p. 399.

396. En ce sens, R. KOERING-JOULIN et J.-F. SEUVIC, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, p. 106, et F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc. Une partie de la doctrine est d'ailleurs favorable à ces réserves, estimant qu'elles permettent l'effectivité du principe de légalité. En ce sens, J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sans nécessité loi pénale ne vaut », *Politeia* 2004, p. 113. V. égal. P. CONTE note sous Cass. crim., 5 déc. 2000, *JCP* 2001, II, 10615.

397. V. not. Cons. const., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC ; D. 1997, p. 69, note B. MERCUZOT ; JCP G. 1996, II, 22709, note V. NGUYEN VAN TUONG ; Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; D. 1999, p. 589, obs. Y. MAYAUD ; D. 2000, p. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; *AJDA* 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; D. 2000, p. 113, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE. Adde, G. TILLEMENT, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pén.* 2003, chron. n° 34. V. égal. Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC. La solution reste d'actualité aujourd'hui.

censure pour défaut de nécessité étaient par conséquent rarissimes³⁹⁸. Même le cas de double incrimination n'entraîne pas *de facto* la censure³⁹⁹. La jurisprudence du Conseil est parfois hésitante en la matière, mais il a longtemps été jugé que le principe nécessité ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes et, par conséquent, donner lieu à un cumul de sanctions⁴⁰⁰. Or, il est justement à noter un certain assouplissement du Conseil constitutionnel dans l'appréciation de la nécessité des incriminations, encore qu'il soit partiellement de façade. Récemment, le Conseil a admis d'opérer un contrôle de nécessité, opérant un revirement quant au cumul de poursuites en matière de délit d'initié⁴⁰¹. Saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité relative à un cumul de sanction, il a procédé à une comparaison entre le délit d'initié, incriminé à l'article L. 464-1 du Code monétaire et financier, et le délit de manquement d'initié, prévu à l'article L. 621-15 du même Code. Estimant que les sanctions encourues étaient de même nature, il a jugé que « la répression du manquement d'initié et celle du délit d'initié poursuivent une seule et même

398. V. Cons. const., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC ; *D.* 1997, p. 69, note B. MERCUZOT ; *JCP G.* 1996, II, 22709, note V. NGUYEN VAN TUONG. Pour une déclaration récente de non-conformité, v. Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC ; *AJDA* 2011, p. 1097, note D. GINOCCHI ; *D.* 2011, chron., p. 1162, chron. P. BONFILS ; *D.* 2012, p. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *AJCT* 2011, étude, p. 182, obs. J.-D. DREYFUS ; *Constitutions* 2011, p. 223, obs. A. DARSONVILLE ; *Constitutions* 2011, chron., p. 581, chron. V. TCHEN ; *RSC* 2011, chron., p. 728, chron. C. LAZERGES ; *RSC* 2011, étude, p. 789, note M.-A. GRANGER ; *RSC* 2012, p. 227, obs. B. DE LAMY. Dans cette décision, le Conseil opère un contrôle de proportionnalité et estime que « le législateur s'est fondé sur des critères manifestement inappropriés à l'objet poursuivi » (Cons. 43).

399. En ce sens, A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 278, n°s 384 et s.

400. Pour un rappel de cette règle, v. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC ; *D.* 2015, p. 894, note A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT ; *D.* 2015, p. 874, note O. DÉCIMA ; *D.* 2015, p. 1506, obs. C. MASCALA ; *D.* 2015, p. 1738, obs. J. PRADEL ; *AJDA* 2015, étude, p. 1191, obs. P. IDOUX, S. NICINSKI et E. GLASER ; *Rev. société* 2015, p. 380, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2015, p. 374, obs. F. STASIAK ; *RTD com.* 2015, p. 317, obs. N. RONTCHEVSKY. La seule réserve tient traditionnellement à la peine, dont le cumul est encadré par le principe de proportionnalité. V. Cons. const., 24 oct. 2014, n° 2014-423 QPC ; *Constitutions* 2014, chron., p. 492, chron. O. LE BOT ; *Dr. pén.* 2015, comm. p. 14, obs. V. PELTIER. Peut-être pour pallier l'insuffisance du contrôle effectué par le Conseil, la Cour de cassation a pu dans deux arrêts effectuer en la matière un contrôle de constitutionnalité déguisé par le biais d'un contrôle de conventionnalité. V. Cass. crim., 16 janv. 2001, *Bull. crim.*, n° 10 ; *D.* 2001, p. 2346, note B. DE LAMY ; *D.* 2001, p. 1067, note J.-F. RENUCCI ; Cass. crim., 19 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 149 ; *JCP* 2002, II, 10064, obs. D. COMMARET ; *JCP* 2002, II, 10064, note A. LEPAGE ; *D.* 2001, p. 2539, note B. BEIGNER et B. DE LAMY ; *RSC* 2002, p. 119, note J. FRANCILLON ; *D.* 2002, p. 1462, obs. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 2002, 1, n° 120, note Y. MONNET ; *RSC* 2002, p. 96, obs. B. BOULOC ; *RSC* 2002, p. 592, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE ; *Adde.* J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », *RSC* 2002, p. 592 ; Cass. crim., 4 sept. 2001, *Bull. crim.*, n° 170 ; *RTD civ.* 2002, p. 186, note R. LIBCHABER ; *RSC* 2002, p. 95, note B. BOULOC ; *D.* 2002, p. 1794, note B. DE LAMY ; *RSC* 2002, p. 125, note J. FRANCILLON ; Cass. crim., 12 déc. 2007, *Bull. crim.*, n° 311 ; *Dr. pén.* 2008, 34, obs. J.-H. ROBERT ; *RSC* 2009, p. 162, note B. DE LAMY ; *AJ pén.* 2008, p. 88, obs. M.-C. CHARBONNIER ; *RTD com.* 2008, p. 640, obs. B. BOULOC. La pratique avait fortement inquiété une partie de la doctrine qui y voyait un « retour à l'Ancien droit » (J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », art. préc.) ou à « l'arbitraire du juge » (P. CONTE, note sous Cass. crim., 5 déc. 2000, préc.). De telles décisions ne peuvent toutefois qu'être limitées dans leur domaine et ne devraient – théoriquement – plus intervenir avec la procédure de question prioritaire de constitutionnalité.

401. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC ; *D.* 2015, p. 894, note A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT ; *D.* 2015, p. 874, note O. DÉCIMA ; *D.* 2015, p. 1506, obs. C. MASCALA ; *D.* 2015, p. 1738, obs. J. PRADEL ; *AJDA* 2015, étude, p. 1191, obs. P. IDOUX, S. NICINSKI et E. GLASER ; *Rev. société* 2015, p. 380, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2015, p. 374, obs. F. STASIAK ; *RTD com.* 2015, p. 317, obs. N. RONTCHEVSKY.

finalité de protection du bon fonctionnement et de l'intégrité des marchés financiers ; [...] que ces deux répressions protègent en conséquence les mêmes intérêts sociaux »⁴⁰². Il s'ensuit que ces deux articles « méconnaissent le principe de nécessité des délits et des peines » et doivent donc être déclarés contraires à la Constitution⁴⁰³. Pour ce faire, le Conseil a dégagé quatre critères cumulatifs. Les poursuites doivent être différentes, elles doivent pouvoir être engagées contre les mêmes personnes et les sanctions doivent être de même nature⁴⁰⁴. Le dernier critère tient quant à lui à l'identité d'intérêt protégé⁴⁰⁵. L'admission du cumul des poursuites dépend par conséquent partiellement de cette notion, à laquelle la décision fait expressément référence. L'identité d'intérêt s'opposerait au cumul des poursuites tandis que la poursuite d'intérêts différents ou complémentaires le permettrait, sous réserve de la proportionnalité des sanctions prononcées⁴⁰⁶. La solution a été réaffirmée dans un arrêt en date du 24 juin 2016, le Conseil ayant alors eu recours une nouvelle fois à un quadruple examen⁴⁰⁷.

Cette jurisprudence est intéressante à deux titres. Tout d'abord, elle semble donner une relative effectivité au contrôle de nécessité en matière de cumul de poursuites et de double incrimination⁴⁰⁸. En outre, elle semble intégrer partiellement les propositions doctrinales tendant à faire de l'intérêt ou de la valeur protégée par les textes l'un des critères d'appréciation de la nécessité⁴⁰⁹. En effet, dans sa décision du 18 mars 2015, lorsqu'il évoque la finalité

402. *Ibid.*, cons. 25.

403. *Ibid.*, cons. 28. Comp. Cons. const., 30 sept. 2016, n° 2016-572 QPC ; *Rev. société* 2017, p. 99, note H. MATSOPOULOU, s'agissant du cumul des poursuites pour le délit et le manquement de diffusion de fausses informations.

404. Sur le quadruple examen opéré par le Conseil, C. MASCALA, « La contagion de la remise en cause de la constitutionnalité des doubles poursuites pénales et administratives : affaire Wildenstein », *RSC* 2016, p. 75.

405. Il faut en outre préciser que par sa décision en date du 24 juin 2016, le Conseil constitutionnel a fait disparaître l'exigence relative à l'identité d'ordre de juridiction mentionné jusqu'alors. V. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC ; *JCP G.* 2016, I, 1814, note S. DETRAZ ; *Dr. fisc.* 2016, p. 3, obs. P. SCHIELE ; *Dr. pén.* 2016, p. 43, obs. V. PELTIER ; *JCP G.* 2016, I, 1453, note M. COLLET et P. COLLIN.

406. En ce sens, G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Chronique de jurisprudence », *D.* 2015, p. 2465.

407. Dans cette décision, le Conseil ne juge néanmoins pas les dispositions mises en causes comme étant inconstitutionnelles, car elles sont selon lui complémentaires pour assurer une lutte effective contre la fraude fiscale. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC ; *JCP G.* 2016, I, 1814, note S. DETRAZ ; *Dr. fisc.* 2016, p. 3, obs. P. SCHIELE ; *Dr. pén.* 2016, p. 43, obs. V. PELTIER ; *JCP G.* 2016, I, 1453, note M. COLLET et P. COLLIN. Pour une décision récente, v. égal. Cons. const., 10 fév. 2017, n° 2016-611-QPC ; *D. actualité* 2017, obs. D. GOETZ ; *AJDA* 2017, p. 433, obs. V. GOESEL-LE BIHAN. Dans cette décision, le Conseil constitutionnel a opéré un contrôle de proportionnalité entre l'atteinte portée à l'exercice de la liberté de communication et la nécessité de l'incrimination et a censuré l'article 421-2-5-2 du Code pénal dès lors que « les dispositions contestées portent une atteinte à l'exercice de la liberté de communication qui n'est pas nécessaire, adaptée et proportionnée » (Cons. 16).

408. Sous réserve que les poursuites ne soient pas jugées complémentaires comme dans la décision du 24 juin 2016, ce qui limite fondamentalement la portée de ces décisions.

409. V. not. A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal » in *Ordre public, op. cit.*, et F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc., et R. PARIZOT, « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges, op. cit.* V. égal. du même auteur, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », art. préc. : « Une incrimination nouvelle n'est nécessaire que si elle repose sur un bien juridique identifié ». Comp. M. DELMAS-MARTY, « Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC* 1985, p. 225, proposant notamment l'intérêt protégé comme critère en matière de dépenalisation. Selon Madame

de l'incrimination, le Conseil le fait au regard du fonctionnement des marchés financiers. Ce fonctionnement ne peut certes pas être regardé comme une valeur essentielle, méritant la protection pénale. Cependant, les infractions concernées incriminent plus précisément des « atteintes portées à l'ordre public économique »⁴¹⁰. Est ainsi distinguée ici la finalité de loi de la valeur qu'elle protège⁴¹¹. De même, dans la décision en date du 24 juin 2016 relative à un cumul de sanctions en matière de fraude fiscale, le Conseil prend soin de préciser que « selon l'article 13 de la Déclaration de 1789 : « Pour l'entretien de la force publique et pour les dépenses d'administration, une contribution commune est indispensable, elle doit être également répartie entre tous les citoyens, en raison de leurs facultés ». Il en découle l'objectif de valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale »⁴¹². Suit alors un contrôle de proportionnalité entre la répression mise en place par le législateur et la finalité poursuivie, soit la protection de la valeur.

200. Les insuffisances du contrôle opéré – La prise en compte des valeurs protégées dans le contrôle de nécessité ne doit toutefois pas être exagérée. Tout d'abord, les valeurs identifiées sont relativement larges (l'ordre public économique est de nature à justifier de nombreuses incriminations⁴¹³ et la décision de 2016 fait référence à un principe découlant d'un texte à valeur constitutionnelle, bien plus qu'à une valeur). En outre, le Conseil ne s'interroge jamais vraiment sur le fait que le comportement incriminé soit effectivement attentatoire à une valeur. Il s'en remet à ce titre à l'appréciation du législateur. Notamment dans sa décision du 7 octobre 2010, relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, le Conseil avait ainsi opéré un contrôle de proportionnalité et s'était assuré que le législateur opérait une

PARIZOT, ces critères pourraient également servir au contrôle de nécessité. Jugeant à l'inverse que la valeur protégée est un « critère peu prévisible », B. DE LAMY, « L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », art. préc.

410. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC ; *D.* 2015, p. 894, note A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT ; *D.* 2015, p. 874, note O. DÉCIMA ; *D.* 2015, p. 1506, obs. C. MASCALA ; *D.* 2015, p. 1738, obs. J. PRADEL ; *AJDA* 2015, étude, p. 1191, obs. P. IDOUX, S. NICINSKI et E. GLASER ; *Rev. société* 2015, p. 380, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2015, p. 374, obs. F. STASIAK ; *RTD com.* 2015, p. 317, obs. N. RONTCHEVSKY. L'ordre public s'avère toutefois être une valeur particulièrement large et, par conséquent, discutable.

411. Sur la nécessité de cette distinction, R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », art. préc.

412. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC ; *JCP G.* 2016, I, 1814, note S. DETRAZ ; *Dr. fisc.* 2016, p. 3, obs. P. SCHIELE ; *Dr. pén.* 2016, p. 43, obs. V. PELTIER ; *JCP G.* 2016, I, 1453, note M. COLLET et P. COLLIN. Il est ici toutefois dommage que le Conseil raisonne essentiellement au regard de la finalité des incriminations, non de la valeur qu'elles protègent. En effet, comme le relève Madame PARIZOT, « une incrimination [...] n'est jamais justifiée par l'objectif affiché par la loi [...], sinon toutes les lois seraient justifiées, un but étant toujours poursuivi ». R. PARIZOT, « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », art. préc. Ce n'est donc pas en termes de finalité de la loi qu'il faut raisonner. Cette finalité peut simplement laisser apercevoir la valeur protégée par l'incrimination, mais elle ne la suppose pas.

413. Refusant que l'ordre public puisse en lui-même être une valeur protégée par le droit pénal, v. A. DARSONVILLE, « Ordre public et droit pénal » in *Ordre public, op. cit.* L'ordre public économique apparaît de la même manière extensif. Pour une position plus nuancée, N. CASE-GAILLARDE, *L'ordre public pénal*, th. préc., p. 130, n° 212 : la première valeur protégée serait l'ordre public, lequel s'exprimerait dans de nombreuses incriminations.

conciliation « non manifestement disproportionnée »⁴¹⁴. Comme le relève Madame CAPPELLO, le Conseil ne s'était cependant pas interrogé sur le fait de savoir si les pratiques en causes pouvaient effectivement constituer un danger et méconnaissait les exigences minimales de vie en société. Sur ce point, le législateur est souverain⁴¹⁵. Seule une décision peut être ici évoquée, dans laquelle le Conseil constitutionnel avait sanctionné une loi incriminant un comportement en relation causale trop indirecte⁴¹⁶.

Enfin, la décision de juin 2016 admet le cumul de sanctions dès lors qu'elles apparaissent complémentaires dans le but poursuivi de lutte contre la fraude fiscale⁴¹⁷. Le critère relatif à la valeur protégée ne joue donc ici pas pleinement le rôle de limitateur qui pourrait être le sien. En effet, la valeur protégée semble davantage utilisée par le Conseil dans le cadre d'un contrôle de proportionnalité. En d'autres termes, il ne s'intéresse pas à la légitimité ou à la précision de la valeur protégée. En revanche, l'importance de cette valeur aura des conséquences quant à la sévérité du Conseil dans son contrôle. Une valeur d'importance moindre – ordre public économique – ne nécessitera qu'une protection limitée. Le cumul des poursuites et des sanctions est donc exclu, car non nécessaire⁴¹⁸. À l'inverse, celle trouvant un fondement à valeur constitutionnelle – l'objectif à valeur constitutionnelle de lutte contre la fraude fiscale – pourra faire l'objet d'un cumul. Les poursuites sont alors jugées complémentaires dans la protection de la valeur en cause⁴¹⁹. Le contrôle reste par conséquent limité à un seul contrôle de proportionnalité⁴²⁰, tandis que l'existence d'une valeur et la nécessité de sa protection ne sont

414. Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC, cons. 5.

415. A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 273, n° 375.

416. Cons. const., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC ; *D.* 1997, p. 69, note B. MERCUZOT ; *JCP G.* 1996, II, 22709, note V. NGUYEN VAN TUONG. Il faut toutefois noter que la relation causale est appréciée entre le comportement incriminé et l'accomplissement d'un acte terroriste, et non entre lui et l'atteinte. Le Conseil avait en effet censuré une incrimination au motif que le comportement incriminé n'était « pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ».

417. La gravité du comportement ne justifie ainsi pas le recours au droit pénal proprement dit, il justifie un cumul de poursuites nécessaire à la protection de la valeur en cause. Pourtant, l'on pourrait au contraire considérer que le recours aux poursuites pénales devrait être un palier supplémentaire (et non complémentaire) pouvant être franchi par l'administration fiscale en cas de fraude grave.

418. Cons. const., 18 mars 2015, n° 2014-453/454 QPC ; *D.* 2015, p. 894, note A.-V. LE FUR et D. SCHMIDT ; *D.* 2015, p. 874, note O. DÉCIMA ; *D.* 2015, p. 1506, obs. C. MASCALA ; *D.* 2015, p. 1738, obs. J. PRADEL ; *AJDA* 2015, étude, p. 1191, obs. P. IDOUX, S. NICINSKI et E. GLASER ; *Rev. société* 2015, p. 380, note H. MATSOPOULOU ; *RSC* 2015, p. 374, obs. F. STASIAK ; *RTD com.* 2015, p. 317, obs. N. RONTCHEVSKY.

419. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC ; *JCP G.* 2016, I, 1814, note S. DETRAZ ; *Dr. fisc.* 2016, p. 3, obs. P. SCHIELE ; *Dr. pén.* 2016, p. 43, obs. V. PELTIER ; *JCP G.* 2016, I, 1453, note M. COLLET et P. COLLIN. Dans le commentaire de la décision, l'ancrage constitutionnel de l'objectif contre la fraude fiscale est expressément mis en avant comme ayant motivé en partie la décision. V. le commentaire de la décision en date du 24 juin 2016, déc. préc., disponible à l'adresse suivante : http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/download/2016545QPC2016545qpc_ccc.pdf.

420. Le Conseil n'a en effet pas modifié sa jurisprudence générale relative à ce contrôle. Il estime par conséquent toujours qu'il ne bénéficie pas du même pouvoir d'appréciation du législateur. V. le commentaire préc. de la décision en date du 24 juin 2016. Par conséquent, non seulement il n'est pas certain que le Conseil admette de contrôler que la valeur protégée est effectivement essentielle, mais encore son utilisation semble-t-elle cantonnée au cas spécifique de la double incrimination.

pour leurs parts pas appréciées. La valeur protégée est donc prise en compte dès lors qu'elle est mentionnée et intervient dans le contrôle opéré, mais elle n'est pas totalement exploitée. À ce titre l'identification d'un élément antijuridique pourrait donc renforcer le contrôle en lui donnant un cadre.

Outre un intérêt au regard de l'appréciation de la proportionnalité⁴²¹, un élément antijuridique pourrait donc être particulièrement utile dans le cadre du contrôle de nécessité, dont les insuffisances sont regrettables⁴²². Contrôler l'existence de l'élément antijuridique conduirait donc le Conseil à s'attacher aux conséquences du comportement incriminé⁴²³, de même qu'apprécier le comportement accompli sous son angle antijuridique conduirait le juge à en apprécier les suites. N'est-ce pas d'ailleurs déjà le cas, où la légitimité de la répression dépend de la proximité temporelle et causale avec l'obtention du résultat redouté par le législateur ? La définition du commencement d'exécution, à elle seule, illustre le propos qui veut qu'il soit constitué par tous les actes qui tendent directement et immédiatement à la consommation du délit⁴²⁴.

201. Tempérament : l'antijuridicité comme indice – Que ce soit au regard de la qualification judiciaire ou au regard de l'incrimination, ces conséquences peuvent être vues comme un indice objectif de la gravité du comportement. Toutefois, deux tempéraments doivent être apportés. Même construite au regard d'un système de valeurs, l'importance de la valeur protégée ne doit pas être exagérée, ni pour justifier l'incrimination ni pour justifier la répression. Afin d'éviter les écueils qui ont été abordés, les valeurs ne doivent être utilisées que comme une limitation du droit pénal, dans le strict cadre du principe de légalité. Elles ne doivent pas en

421. En droit pénal allemand, l'élément antijuridique permet un tel contrôle de proportionnalité, qui se prolonge sur l'appréciation de la proportionnalité de la sanction. Il sert une gradation de l'injuste qui conduit – théoriquement – à une échelle cohérente des peines selon que le comportement engendre une lésion, un risque abstrait ou un risque concret d'atteinte au bien juridique protégé. Même s'il a pu être admis qu'un risque abstrait puisse être sanctionné plus durement qu'un risque concret (M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 214, n° 346, citant un arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol du 2 oct. 1997, STC 161/1997), la proportionnalité de la sanction dépend donc en principe de l'intensité du résultat. Sur la proportionnalité en droit français, v. M.-C. SORDINO, « De la proportionnalité en droit pénal » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 711.

422. L'appréciation de la nécessité des incriminations ne pouvant toutefois relever que du juge constitutionnel, le seul moyen d'écarter un texte dont la légitimité est discutable reste le recours à la question prioritaire de constitutionnalité.

423. La variété immense des incriminations rend impossible la systématisation, ce qui pourrait ici s'opposer à l'élément antijuridique. Mais, l'intérêt de passer par la conception de l'infraction et par les principes auxquels elle répond est justement d'éviter les difficultés en la matière, d'autant qu'aujourd'hui, tous les éléments semblent pouvoir être remis en cause par la diversité des incriminations, mais c'est l'avantage des éléments généraux, de montrer l'infraction telle qu'elle pourrait être, même si elle ne l'est pas toujours.

424. Cass. crim., 3 mai 1974, *Bull. crim.*, n° 157 ; Cass. crim., 15 mai 1979, *Bull. crim.*, n° 175 ; D. 1979, IR, p. 525, obs. M. PUECH ; D. 1980, p. 409, obs. M.-J. CAMBASSÉDÈS ; RSC 1980, p. 969, obs. J. LARGUIER ; *Gaz. Pal.* 1980, 1, n° 88, note P.L.G.

permettre un contournement, comme elles le permettent parfois aujourd'hui⁴²⁵, mais doivent au contraire compléter utilement ce principe en garantissant la subsidiarité de la répression.

En outre, il faut préciser que si la conception matérielle encourage il est vrai une approche normative du droit pénal, elle ne la présuppose pas. L'objectif de la loi pénale était pour von LISZT la protection de certaines valeurs, méritant une protection particulière et supplémentaire par le droit pénal. Si ce choix est en lui-même normatif, cela ne suppose pas une remise en cause de la théorie de BINDING car l'incrimination demeure la sanction d'un comportement attentatoire. Elle permet d'identifier le comportement normal, mais indirectement en ce sens qu'il peut se déduire d'elle⁴²⁶, mais qu'elle ne le prescrit pas. Pour rester subsidiaire et pour garantir un équilibre dans l'exercice des libertés individuelles, le droit pénal doit rester en premier lieu sanctionnateur⁴²⁷ et non pas prescripteur. La fonction expressive de la loi pénale devrait se

425. Ainsi, le recours aux valeurs protégées ne devraient pas permettre de justifier un cumul de qualification. Aujourd'hui, elles sont utilisées dans le cas du concours dit idéal de qualification. Les critères permettant le cumul de qualification sont relatifs à l'élément matériel, à l'élément moral et à la valeur protégée par le texte (v. C. AMBROISE-CASTÉROT, « L'objet de la qualification » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, op. cit.*). La solution, admise par la Cour de cassation à l'occasion de l'arrêt Ben Haddadi du 3 mars 1960, est celle du cumul en cas d'unité de fait. Initialement, il était proposé que la solution d'un tel conflit soit trouvée dans l'appréciation de l'élément moral. C'est d'ailleurs ce que suggérait la Cour de cassation lorsqu'elle jugeait dans l'arrêt Ben Haddadi que pouvaient être caractérisés « deux crimes simultanés commis par le même moyen, mais caractérisés par des intentions coupables essentiellement différentes » (Cass. crim., 3 mars 1960, *Bull. crim.*, n° 138 ; *RSC* 1961, p. 105, obs. A. LÉGAL). Par la suite, c'est aussi au regard des valeurs protégées qu'a pu être justifié le cumul. La solution apparaît dans l'arrêt en date du 5 mai 1966 rendu par la Cour de cassation. La justification du cumul était alors relative au fait que le comportement pouvait être réprimé par deux dispositions dont l'objet est différent. Cass. crim., 5 mai 1966, *Bull. crim.*, n° 139 ; *RSC* 1967, p. 176, obs. A. LÉGAL. Selon Monsieur DEKEUWER, la valeur protégée est alors un critère de renfort. A. DEKEUWER, « La classification des concours de qualification », *RSC* 1974, p. 511. Or, si les valeurs atteintes peuvent guider le choix de qualification, elles ne devraient pas permettre le contournement de la règle *non bis in idem* dans le cas où un seul fait matériel est caractérisé. Pour une admission récente et critiquable de la possibilité de cumul entre le délit de valeurs protégées et de mise en danger, v. Cass. crim., 16 nov. 2016, à paraître ; *D. actualité* 2016, obs. C. FONTEIX ; *AJ pén.* 2017, p. 83, obs. J.-P. CÉRÉ : « d'une part, le délit et les contraventions considérées diffèrent dans leurs éléments constitutifs, le premier n'étant pas caractérisé par la seule inobservation des prescriptions réglementaires, d'autre part, le délit de mise en danger d'autrui et les contraventions au code de la route protègent des intérêts distincts, le premier visant à préserver les personnes d'une exposition directe à un risque immédiat de mort ou de blessures particulièrement graves, les secondes s'inscrivant dans un ensemble de dispositions réglementaires ayant pour objet la police de la circulation routière ». L'on voit bien ici la perversion du détournement de la valeur protégée, où l'identité d'éléments constitutifs est indifférente (car finalement, si les éléments de la contravention sont différents de ceux du délit, ce n'est que parce qu'ils sont inclus dedans). La solution est justifiée par l'identification de deux intérêts différents, ce qui pourra malheureusement être fréquemment le cas tant que le législateur n'aura pas eu l'occasion de déterminer avec précision l'intérêt protégé... Il restera sujet aux aléas des interprétations. D'ailleurs, la Cour de cassation se garde bien de préciser l'intérêt protégé par l'incrimination du comportement contraventionnel (la police de la circulation routière n'est de toute évidence pas en elle-même une valeur) ! Ici, une utilisation à bon escient de la valeur protégée aurait dû conduire à un refus de cumul : la même faute ne peut être sanctionnée qu'une seule fois, au titre de la qualification spéciale et adaptée, ici le délit de mise en danger dès lors que les juges parvenaient effectivement à identifier un risque.

426. Certains auteurs parlent à ce titre de contenu normatif implicite. V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., not. p. 128, citant, J.-F. SEUVIC, *L'incrimination de l'escroquerie : étude législative et jurisprudentielle*, thèse Nancy, 1984, p. 122, et p. 176 et s. .

427. V. toutefois *ibid.*, p. 75. Selon Monsieur WALTHER, le droit pénal est certes sanctionnateur, mais cela en peut être ni sa seule caractéristique, ni sa seule fonction. S'il est certain que la fonction du droit pénal et de la pénalité ne se limite pas à la seule sanction, cela ne signifie toutefois pas qu'il doive être appréhendé comme un droit normatif.

limiter à un rappel de l'importance que le législateur accorde à certaines valeurs, sans aller jusqu'à signifier que l'incrimination dicte la règle de conduite.

Enfin, les conséquences du comportement sont un indice, ce qui signifie que l'atteinte n'est pas à elle seule de nature à justifier la répression. La gravité du comportement est plus large et s'apprécie aussi au regard des autres éléments. En outre, l'absence de caractère attentatoire doit de la même manière être regardée comme un indice de l'absence de la nécessité du recours au droit pénal. Mais là encore, une gravité objective du comportement pourrait être de nature à justifier la répression⁴²⁸. Il ne s'agit pas de faire de l'élément antijuridique la mesure du droit pénal et sa légitimité, mais d'en faire un outil au service de l'encadrement de la répression, qui se prolongera au reste dans l'exercice de qualification judiciaire.

De ce point de vue, l'identification d'un élément antijuridique n'est pas de nature à bouleverser totalement l'analyse, ne serait-ce que parce que la valeur protégée est déjà utilisée en matière de qualification. Cette utilisation conforte l'idée selon laquelle l'antijuridicité peut être une expression concrète de la nécessité, tant parce qu'elle exprime une certaine conception de l'infraction que parce qu'elle guide déjà partiellement la qualification.

2. L'intervention de la valeur protégée en matière de qualification

202. Annonce – Bien que l'antijuridicité ne soit pas utilisée en France, la valeur protégée intervient pour sa part d'ores et déjà, aussi bien dans l'exercice de qualification légale (a), que dans l'exercice de qualification judiciaire (b), ce qui conforte la possibilité et l'intérêt de l'introduction d'un élément antijuridique.

a. L'intervention de la valeur protégée dans l'exercice de qualification légale

203. Un Code construit autour de valeurs – Le droit pénal actuel se construit au moins en partie autour de la protection de valeurs essentielles. Le plan du Code pénal, tout d'abord, en atteste. L'une des fonctions de la loi pénale tient à sa fonction expressive⁴²⁹ et le législateur, lorsqu'il incrimine un comportement, exprime l'importance qu'il attache à la valeur à laquelle ce comportement porte atteinte. C'est ainsi qu'avait été pensé le droit pénal lors de sa réforme⁴³⁰

428. Il ne s'agit pas ici de proposer le retour à un droit pénal purement objectif et concentré sur le seul dommage résultant de l'infraction.

429. Monsieur BADINTER expliquait à ce propos lors de la présentation du projet de Code pénal que, outre une fonction répressive, le Code pénal devait remplir une fonction expressive : « Toute société repose sur certaines valeurs reconnues par la conscience collective. Ces valeurs se traduisent par des interdits. [...] Ainsi la loi pénale exprime-t-elle par les sanctions qu'elle édicte le système de valeurs d'une société. C'est la fonction expressive de la loi pénale ». R. BADINTER, *Projet de nouveau code pénal*, 1988, Dalloz, p. 10-11. V. égal. C. LAZERGES, « À propos des fonctions du nouveau code pénal français », art. préc. ; du même auteur, « De la fonction déclarative de la loi pénale », art. préc.

430. R. BADINTER, *Projet de nouveau code pénal*, op. cit., p. 10-11.

et, malgré certaines dérives, c'est ainsi qu'il reste pensé. Le nouveau Code se voulait être l'expression des valeurs fondamentales de la société⁴³¹ et être inspiré des droits de l'homme⁴³², ce qui en explique le plan. Les infractions y sont classées au regard des valeurs que les incriminations permettent de protéger.

204. Valeur protégée et opération d'incrimination – Par ailleurs, l'opération d'incrimination prend en partie compte de la valeur protégée, soit qu'elle motive l'incrimination, soit qu'elle la justifie. C'est ainsi en partie au regard de la protection de certaines valeurs que de nouvelles infractions sont parfois créées par le législateur. Un exemple récent en la matière peut être donné et réside dans la sanction du clientélisme en matière de prostitution. La répression des clients de prostituées⁴³³ a été légitimé par le législateur au regard de la dignité de la femme. Dans sa présentation du projet de loi lors de la lecture définitive par l'Assemblée nationale, la Ministre des Familles, de l'Enfance et des Droits des femmes dénonçait la prostitution comme « une profonde atteinte à la dignité humaine » et défendait le texte proposé en rappelant le préambule de la convention de l'ONU selon lequel : « la prostitution et le mal qui l'accompagne, à savoir la traite des êtres humains en vue de la prostitution, sont incompatibles avec la dignité et la valeur de la personne humaine »⁴³⁴. La valeur protégée dignité est ici mobilisée au soutien de la justification de l'incrimination.

En outre, l'opération de qualification peut également avoir pour point de départ la prise en compte d'une valeur et le souci de protection qui l'accompagne. À ce titre, il est intéressant de remarquer que les juridictions internationales, et plus précisément la CEDH, imposent aux législateurs internes de garantir effectivement certaines valeurs, au besoin en ayant recours au droit pénal. Il s'agit de ce que la doctrine appelle parfois le principe de nécessité positive⁴³⁵.

Plus généralement, certains auteurs affirment que l'exercice d'incrimination est sous-tendu dans son entier par la protection des valeurs⁴³⁶. Et il est vrai que la prise en compte des valeurs dans l'exercice d'incrimination apparaît à plus d'un titre et il est possible de considérer que

431. *Ibid.*

432. *Ibid.*, p. 31 : « Sur quelles valeurs est fondée aujourd'hui la société française ? Sur quels principes s'accordent aujourd'hui la quasi-unanimité des Français ? Les droits de l'homme. » Et de poursuivre : « 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. »

433. Code pén. art. 611-1.

434. Assemblée nationale, Débats parlementaires, Séance du 6 avr. 2016.

435. Cette obligation peut être vue comme une forme d'ingérence et une atteinte à la subsidiarité du droit pénal. Elle n'est donc pas toujours accueillie avec bienveillance. V. not. F. ROUSSEAU, « Le principe de nécessité », art. préc.

436. Ainsi, selon Monsieur MAYAUD, « la manière dont l'incrimination se forme relève d'une démarche intellectuelle toujours identique à elle-même, procédant d'une opération de pure logique » (Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 40, n° 32). Il précise par ailleurs qu'« aucune infraction n'échappe à ce modèle » (*ibid.*, p. 41, n° 33). Sans doute y a-t-il dans cette opinion une part d'excès car le rattachement à une valeur s'opère en pratique parfois *a posteriori*, afin de légitimer les incriminations nouvelles. En outre, le développement des infractions obstacles ne protégeant pas une valeur en particulier contredit cette affirmation. Enfin, le droit pénal semble avoir pour fonction de n'être que le « gendarme » du droit ; « il ne lui appartient pas de régler ; il lui appartient de

lorsque le législateur procède à une incrimination, c'est, au moins en partie, en considération de la nécessité de protéger une valeur contre les atteintes pouvant lui être portées. L'incrimination est donc essentiellement motivée par un résultat que le comportement est susceptible de produire et que le législateur redoute⁴³⁷. Le mécanisme d'incrimination apparaît théoriquement suivre un schéma logique⁴³⁸ : parce qu'il redoute un résultat en particulier, le législateur va prévoir les différents comportements susceptibles de lui porter atteinte et les ériger en infractions⁴³⁹. L'exercice de qualification légale semble devoir débiter à ce stade, puis se poursuivre avec la description des différents comportements⁴⁴⁰. Par conséquent, ce serait en premier lieu à raison de son antijuridicité matérielle que le comportement serait incriminé : parce qu'il engendre une atteinte injuste à une valeur.

b. L'intervention de la valeur protégée dans l'exercice de qualification judiciaire

205. Différents stades d'intervention – La valeur protégée peut intervenir à l'occasion de l'interprétation⁴⁴¹ de la loi (α), et conditionne en outre la qualification (β).

α . Un outil d'interprétation

206. Un indice de l'esprit de la loi – Tout comme le bien juridique en droit allemand, la valeur protégée a un caractère fondamental en matière de qualification judiciaire. Tout d'abord, elle est d'une certaine utilité dans le cadre de l'interprétation des lois⁴⁴². Il est vrai que le droit

sanctionner ». R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, p. 203, n° 98. Faisant écho à la doctrine allemande, GARRAUD considère néanmoins que « le droit pénal est le gendarme utilisé pour défendre les intérêts juridiques » et que l'infraction « implique donc une agression contre les biens protégés ». *Ibid.*

437. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 562, n° 726. Dans le même sens, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 41, n°s 33 et s.

438. Même s'il ne le suit pas toujours en pratique et s'en éloigne de plus en plus.

439. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 41, n°s 33 et s. V. égal. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 173, n° 302 et p. 175, n° 303, et Y. MAYAUD, « *Ratio legis* et incrimination », art. préc., et du même auteur, « La loi pénale, instrument de valorisation sociale » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, *op. cit.*

440. Si elle n'est pas totalement déterminante dans la détermination de la répression (v. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 135, n° 163), la valeur protégée peut en outre permettre dans une certaine mesure une gradation dans l'échelle des peines. Celle-ci ne peut cependant pas être fonction de la seule valeur. Elle dépend aussi théoriquement nécessairement du degré d'atteinte susceptible de résulter du comportement et de la gravité de ce dernier. En la matière, le Code pénal traduit dans une certaine mesure une échelle dans la gradation des peines selon la valeur protégée (les atteintes aux biens sont par exemple essentiellement de nature délictuelle), bien qu'il souffre en la matière de nombreuses incohérences.

441. L'interprétation peut sembler être une étape distincte de l'opération de qualification *stricto sensu*. Toutefois, c'est à l'occasion de la qualification que la question de l'interprétation des textes se pose en vue de leur application. Sur le caractère indissociable de la qualification et de l'interprétation, v. *supra*, n° 163.

442. S'agissant par ex. de l'influence de la valeur protégée dans l'application de la loi du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, v. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Il est parfois important pour le juge de dire quel est « le bien juridique » qu'a voulu protéger le législateur », obs. sur Cass. crim., 14 nov. 2000, *RSC* 2001, p. 584. Selon que l'objectif de protection est le consommateur ou selon que l'objectif est culturel (sauvegarde de la langue

français est plus hostile à l'interprétation téléologique que le droit allemand. En Allemagne, c'est au regard du but du législateur – et donc du bien qu'il entend protéger – que les textes d'incrimination seront interprétés⁴⁴³. Comme le relève Madame LACAZE, l'interprétation y est beaucoup plus souple qu'en France et le bien juridique y occupe « une place prépondérante, ce concept s'identifiant avec la finalité poursuivie par la loi »⁴⁴⁴. En France, l'importance de la valeur protégée y est bien moindre. Le principe posé par l'article 111-4 du Code pénal est celui de l'interprétation stricte⁴⁴⁵. Des auteurs font toutefois remarquer que l'exigence de cet article ne saurait conduire à une interprétation restrictive qui méconnaîtrait la fonction du juge et figerait le droit pénal⁴⁴⁶. À l'interprétation littérale, qui a connu ses heures de gloire à l'époque de la Révolution, est donc préférée en doctrine une interprétation téléologique⁴⁴⁷. Celle-ci demeure néanmoins beaucoup plus stricte qu'en Allemagne⁴⁴⁸. L'interprétation doit être déclarative, c'est-à-dire qu'elle doit restituer les termes de la loi et sa raison d'être⁴⁴⁹. La lettre de la loi reste quant à elle la frontière que l'interprète ne peut franchir sans raison grave⁴⁵⁰. Cependant, dans le cadre de l'interprétation téléologique des textes, la doctrine admet qu'afin d'en restituer le sens exact, le juge puisse en utiliser l'esprit. À ce titre, un auteur affirme que la *ratio legis* des incriminations se révèle « essentielle pour ce qu'elle permet d'applications conformes à ce qui a motivé l'intervention du législateur »⁴⁵¹.

L'esprit des textes peut se déduire de différentes choses. Il peut se déduire des travaux préparatoires, des débats parlementaires ou encore de la valeur protégée par le texte qui en exprime sa raison d'être. C'est en principe la protection d'une valeur qui motive l'intervention du législateur et c'est en ce sens qu'elle peut être utile à son interprétation. La jurisprudence y a ainsi parfois recours, tout comme aux objectifs de la loi même si elle ne le fait que rarement

française sur le territoire national), le texte pourrait s'appliquer différemment.

443. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 399. V. égal. du même auteur, « L'interprétation en droit pénal allemand » in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, sous la dir. de F. STASIAK, Dalloz, 2015, p. 79. Le même principe se retrouve en droit pénal italien : « l'interprète sera tenu de reconstruire les différents types de crime conformément au « principe de l'atteinte » (« il n'est pas d'infraction sans atteinte aux biens juridiques ») : ce qui comporte qu'entre plusieurs significations éventuellement compatibles avec la lettre de la loi, il devra procéder à un choix, en s'appuyant sur le critère du bien juridique et en considérant comme insignifiants les comportements ne constituant pas une atteinte au bien. ». G. MARINUCCI et E. DOLCINI, « La Constitution et le droit pénal en Italie », art. préc.

444. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 134, n° 230.

445. Code pén. art. 111-4 : « La loi pénale est d'interprétation stricte. »

446. En ce sens, v. not. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 249, n° 169.

447. Pour une approche plus réservée, v. cependant E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 457, n° 587 et s.

448. En ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 134, n° 230.

449. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 134, n° 124.

450. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 249, n° 170.

451. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 135, n° 127. Pour une position plus critique, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 457, n° 587.

ouvertement⁴⁵². Cette discrétion des tribunaux peut s'expliquer par les écueils auxquels peut conduire l'utilisation de la valeur protégée dans l'exercice d'interprétation. Des auteurs y sont d'ailleurs hostiles. La difficulté est qu'ici, le recours à la valeur protégée peut se révéler contraire au principe de légalité et n'être qu'un prétexte à un contournement de la règle de l'interprétation stricte⁴⁵³. L'utilisation de la valeur protégée en matière d'interprétation des textes devrait au contraire être mise au service de l'encadrement de leur application et non de leur extension. Madame LACAZE affirme d'ailleurs à ce titre que dans beaucoup de pays ayant recours à la notion de bien juridique, l'utilisation qui en faite permet d'encadrer l'application des textes⁴⁵⁴.

207. Valeur protégée et nature du préjudice – Bien qu'elle ne soit pas toujours utilisée ouvertement par les Tribunaux, l'on trouve trace en doctrine de l'influence de la valeur protégée par le texte sur son interprétation dans les difficultés que peut poser l'exigence d'un préjudice. Pour certains auteurs, la nature du préjudice qui doit être vérifié par le juge lors de la qualification dépend de la valeur protégée par l'incrimination⁴⁵⁵. Ainsi, un simple préjudice moral ne devrait pas être suffisant en matière d'escroquerie ou d'abus de confiance⁴⁵⁶.

L'infraction d'abus de faiblesse illustre parfaitement le propos. Cette infraction était initialement réprimée en tant qu'infraction voisine de l'escroquerie. Elle figurait donc parmi les infractions contre les biens à l'article 313-4 avant d'être déplacée à l'occasion d'une loi du 12 juin 2001, pour intégrer les infractions contre les personnes. Si des modifications ont été apportées quant aux personnes pouvant faire l'objet de l'abus de faiblesse⁴⁵⁷, l'infraction est restée identique dans sa matérialité. Est incriminé « l'abus frauduleux de l'état d'ignorance ou de la situation de faiblesse [d'un mineur ou d'une personne vulnérable] pour conduire ce mineur ou cette personne à un acte ou à une abstention qui lui sont gravement préjudiciables »⁴⁵⁸. Est donc exigé un préjudice dans la constitution de l'infraction. Or, si la Cour de cassation avait admis

452. Monsieur DI MARINO relève à ce sujet que les décisions faisant référence aux objectifs de la loi sont rares, mais que « l'impact du recours aux objectifs est, malgré des apparences trompeuses, important au niveau de l'interprétation de la loi pénale ». G. DI MARINO, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », *RSC* 1991, p. 505. Monsieur WALTHER évoque quant à lui une « discrétion troublante » de la jurisprudence lorsqu'elle utilise la valeur protégée ou les objectifs des lois dans ses interprétations. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 399.

453. Critiquant cette utilisation, E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 139, n° 165, citant l'affaire dans laquelle un automobiliste avait été condamné pour des violences volontaires à l'encontre de la conductrice d'une autre voiture, pour avoir frapper sur sa carrosserie. Cass. crim., 18 mars 2008, *Bull. crim.*, n°65, *Dr. pén.*, 2008, comm. 84, obs. VÉRON.

454. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 215, n° 348.

455. C. MASCALA obs. sur Cons. const., 18 mars 2015, *D.* 2015, p. 1506.

456. Nous verrons toutefois que rien ne s'oppose à cette solution. V. *infra*, n° 357.

457. Est désormais visée la « personne en état de sujétion psychologique ou physique résultant de l'exercice de pressions graves ou réitérées ou de techniques propres à altérer son jugement ». Code pén., art. 223-15-2.

458. *Ibid.*

de manière contestable⁴⁵⁹ que le préjudice puisse être seulement potentiel⁴⁶⁰, il était possible de considérer au regard de la valeur protégée que sa nature devait être patrimoniale. Néanmoins, dès lors que l'infraction n'a plus vocation à protéger les biens des personnes, mais les personnes elles-mêmes, le préjudice ne peut plus s'entendre de nature strictement patrimoniale⁴⁶¹. Un arrêt relativement récent va d'ailleurs dans ce sens, dans lequel la Cour de cassation a admis la caractérisation d'un abus de faiblesse dans une espèce où un médecin-psychiatre avait obtenu des faveurs d'ordre sexuel d'une de ses patientes⁴⁶². Cet arrêt est intéressant à deux titres. Tout d'abord, en l'espèce, aucun préjudice d'ordre patrimonial n'existait, sans pour autant que le caractère préjudiciable ne soit discuté dans l'arrêt. Il s'ensuit que le préjudice retenu au titre de l'abus de faiblesse peut ne pas être d'ordre patrimonial⁴⁶³. En outre, la Cour de cassation a dû dans cet arrêt se prononcer sur l'interprétation à retenir du terme « acte » visé par le code. Le demandeur faisait valoir le fait que les faveurs obtenues étant d'ordre sexuel, il ne pouvait s'agir d'un acte au sens juridique du terme, seul visé par le texte. Dans le cadre d'une infraction contre les biens, l'argument aurait pu perdurer. Cependant, dès lors que l'abus de faiblesse est une infraction contre les personnes, il serait incohérent de limiter ainsi le champ d'application du texte⁴⁶⁴. Au regard de la valeur protégée, l'acte visé peut donc « être tant matériel que juridique »⁴⁶⁵ et consister en des actes sexuels obtenus en abusant de la faiblesse d'une personne⁴⁶⁶. L'on voit alors l'influence que peut avoir la valeur protégée sur l'application

459. Pour une critique en la matière, v. not. E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 471, n° 989, et M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc.

460. Cass. crim., 12 janv. 2000, *Bull. crim.*, n° 15 ; *D.* 2001, p. 813, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Dr. pén.* 2000, n° 69, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2000, p. 614, obs. R. OTTENHOF.

461. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 471, n° 989.

462. Cass. crim., 19 fév. 2014, n° 12-87.558 ; *Dr. pén.* 2014, n° 30, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 2014, 1, p. 1698, note S. DETRAZ ; *Dr. pén.* 2015, chron. p. 3, obs. V. PELTIER.

463. La Cour de cassation semble du reste admettre que le préjudice puisse être purement moral. Elle considère en effet que le fait de pousser une personne à faire un testament est un acte préjudiciable, même lorsque le testament n'est pas mis en œuvre. Le préjudice matériel n'est alors que purement hypothétique. Par conséquent, lorsque la Cour approuve les juges du fond d'avoir admis que la personne « se soit trouvée conduite à un acte qui lui ait été gravement préjudiciable » (Cass. crim., 21 oct. 2008, n° 08-81.126), c'est, semble-t-il, qu'elle admet que ce préjudice puisse être simplement moral. En ce sens, M. VÉRON obs. sur Cass. crim., 19 fév. 2014, *Dr. pén.* 2014, n° 30.

464. Madame AMBROISE-CASTÉROT explique que sous l'empire de l'ancien article, « le champ d'application de l'abus de faiblesse était encore trop limité et le législateur souhaite l'étendre afin de lutter contre les mouvements sectaires (les parlementaires avaient écarté l'option qui consistait à créer un délit de « manipulation mentale »). Il ne s'agissait plus de réprimer des infractions contre les biens (ce que sont l'abus de confiance, l'escroquerie et les infractions assimilées), mais des infractions contre les personnes, des infractions de mise en danger. ». C. AMBROISE-CASTÉROT, *Rép. dr. pén.*, Consommation, 2016.

465. Cass. crim., 19 fév. 2014, n° 12-87.558 ; *Dr. pén.* 2014, n° 30, obs. M. VÉRON ; *Gaz. Pal.* 2014, 1, p. 1698, note S. DETRAZ ; *Dr. pén.* 2015, chron. p. 3, obs. V. PELTIER.

466. La solution a ainsi pu être approuvée en raison de « l'absence de précision dans le texte » et dès lors « que le délit est rangé parmi les infractions contre les personnes et non plus parmi celles contre les biens ». G. ROUJOU DE BOUBÉE, « Chronique de jurisprudence », *D.* 2014, p. 2423. Dans le même sens, mais ayant une position plus nuancée en raison des difficultés relatives à la détermination du préjudice dans de telles hypothèses, v. S. DETRAZ, note sous Cass. crim., 19 fév. 2014, préc.

des textes et être, à ce titre utile à la qualification. Cette idée est renforcée par les autres manifestations de l'importance de la valeur protégée en la matière.

β. Une condition de la qualification

208. Un guide dans le choix de la qualification applicable – Lorsque l'on s'intéresse à la qualification judiciaire, l'on remarque qu'elle s'opère pour beaucoup à partir de la valeur atteinte par le comportement ou mise en danger par lui. Le résultat du comportement, ses conséquences tangibles, sont souvent les premières perceptibles et, par suite, le premier indice permettant d'orienter la qualification pénale des faits. Envisagée du point de vue de la valeur transgressée ou atteinte par l'infraction, elle intègre véritablement le processus de qualification judiciaire. Comme le relève Madame GALLARDO-GONGGRYP, dès lors que la valeur protégée est une composante de l'incrimination (elle en est sa raison d'être), elle ne peut que se retrouver dans la qualification des faits. Ainsi est-il possible d'affirmer qu'une « qualification conforme au principe de légalité représentera nécessairement la valeur sociale transgressée dans les faits »⁴⁶⁷, ne serait-ce que par le biais du résultat. Cette règle est imposée par le principe de légalité⁴⁶⁸ : si l'incrimination est dirigée vers une valeur en particulier, l'infraction l'est nécessairement elle aussi. Cette valeur se matérialisera éventuellement dans la condition préalable exigée par l'incrimination⁴⁶⁹, tandis que l'atteinte à la valeur prendra corps à travers le résultat visé dans le texte. Surtout, lorsqu'il y a lésion, c'est la valeur atteinte qui va guider le choix de qualification. Il ne s'agit certes pas là de la valeur au sens abstrait du terme. C'est à partir de ce que VON LISZT désignait comme l'objet de l'action – c'est-à-dire le bien juridique concrétisé⁴⁷⁰ – que s'oriente la qualification. Il n'en demeure pas moins que la valeur protégée se révèle être un outil aidant au choix de la prémisse dans le syllogisme⁴⁷¹. Elle permet de dégager différents textes, potentiellement applicables aux faits et dont il faudra par la suite vérifier la parfaite adéquation avec le comportement appréhendé dans sa globalité. En d'autres termes, la valeur transgressée ou atteinte permet d'opérer un premier tri dans la masse des qualifications légales. Il ne s'agit là cependant que d'un guide, d'un indice des qualifications éventuellement applicables. Ce n'est que par la suite que la valeur protégée devient une étape déterminante de la qualification judiciaire par le choix définitif qu'elle permet d'opérer. Ainsi, un même fait peut conduire à des qualifications différentes. Des coups portés à autrui peuvent être qualifiés de différentes manières selon la valeur visée et éventuellement atteinte. Ils peuvent être constitutifs de violences, de

467. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 364, n° 534.

468. *Ibid.*

469. V. *infra*, n°s 285 et s.

470. Sur cette distinction, v. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 60, n° 74, et J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 385.

471. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 401.

coups mortels (dans ces deux cas, la valeur visée est l'intégrité physique, mais dans le deuxième, la valeur atteinte est la vie), ou encore de meurtre (dans ce dernier cas, la valeur visée est la vie). L'appréciation est ici intimement liée à la consistance de l'élément moral, mais celui-ci s'apprécie au regard des valeurs protégées par les textes et au regard de la valeur atteinte dans les faits.

209. L'importance de la valeur protégée au regard de la fonction expressive de la qualification – En outre, l'adéquation valeur protégée, valeur transgressée s'impose au regard de la cohérence du droit pénal, en raison de la fonction expressive de la loi que la qualification judiciaire doit restituer. C'est en partie à travers la répression des atteintes aux valeurs que leur protection devient effective⁴⁷². Par conséquent, il est nécessaire, tant au regard du principe de légalité qu'au regard de l'effectivité de la protection par le droit pénal, que la qualification judiciaire s'opère à partir de la valeur atteinte par le comportement ou mise en danger. Une dissociation entre la valeur effectivement atteinte par le comportement et celle protégée par le texte choisi pour la qualification conduit à limiter la fonction expressive de la qualification judiciaire⁴⁷³. L'on peut citer ici encore le cas de l'affaire du sang contaminé. En cas de dissociation, la qualification ne restitue plus la protection accordée par la loi et lui fait perdre de son effectivité. Cette dissociation est alors selon Madame GALLARDO-GONGGRYP « un signe révélateur de non-conformité avec le principe de légalité »⁴⁷⁴.

Une qualification ne peut donc en principe pas être retenue si une dissociation s'observe entre la valeur protégée et la valeur transgressée, parce que la répression n'est alors plus justifiée par l'atteinte ou la mise en danger de la valeur. La justification de l'incrimination (la marque de sa nécessité) ne peut que se retrouver dans la répression du comportement. S'il doit être sanctionné, c'est parce qu'il a engendré une lésion ou une mise en danger de la valeur protégée. Ce n'est qu'à cette condition que la qualification peut être conforme au principe de légalité, car ce n'est qu'à cette condition qu'elle retranscrit l'incrimination dans sa complexité. C'est à juste titre qu'une telle dissociation est critiquée par la doctrine lorsqu'elle s'observe⁴⁷⁵.

472. En ce sens, E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 362, n° 531.

473. Monsieur DELMAS-SAINT-HILAIRE avait contesté les qualifications proposées par le Ministère public dans l'affaire du sang contaminé en expliquant que « l'ensemble des justiciables [...] trouve dans les qualifications pénales retenues par les juridictions répressives [...] de précieux indicateurs des valeurs morales et sociales que la justice [...] veut protéger ». L'une des fonctions de la qualification judiciaire est ainsi selon lui pédagogique. Elle tient à la réprobation d'un comportement intolérable et à la mise en valeur des valeurs protégées. V. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sang contaminé et qualification pénale ... avariée », art. préc.

474. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 366-367, n° 537.

475. Le cas de la correctionnalisation est parfois également discuté. V. not. *ibid.*, p. 373, n° 547. Cependant, cette hypothèse n'entraîne pas nécessairement de dissociation au regard de la valeur protégée. Dans les cas de viol par exemple, la valeur (consentement) demeure la même même en cas de disqualification. C'est la gravité du comportement qui n'est alors plus en adéquation avec les prévisions légales et qui se trouve sous-valorisée.

210. Concours de qualifications – Enfin, dès lors que la valeur protégée est un guide en matière de qualification, l'une des questions qui se pose naturellement est celle de savoir si la pluralité de valeurs visées ou atteintes doit conduire à un cumul de qualification. En soi, la pluralité de qualifications est tout à fait concevable. Dès lors que chaque incrimination protège une valeur en particulier, les fonctions expressive⁴⁷⁶ et pédagogique⁴⁷⁷ de la qualification pourraient justifier que soient retenues autant de qualifications que de valeurs atteintes ou mises en danger. D'ailleurs, la question ne se pose pas vraiment quand les différentes atteintes seront la résultante de comportements distincts, quand bien même ils entretiendraient une proximité temporelle. Dans ce cas, il y aura concours réel d'infraction. Chaque acte recevra une qualification pénale et il y aura autant de déclarations de responsabilité que d'infractions caractérisées.

L'hypothèse dans laquelle la question se pose de manière bien plus problématique est celle où la pluralité de valeurs atteintes résulte d'un même comportement. Le principe de l'unité de qualification impose théoriquement un choix⁴⁷⁸, ce choix pouvant être imposé par le jeu des aggravations. Plusieurs cas sont envisagés par le législateur qui érige l'une des atteintes en circonstance aggravante de l'infraction caractérisée par l'autre. La solution est alors imposée par les textes, sans réellement que les valeurs protégées viennent jouer un rôle déterminant dans le choix de qualification. La seule difficulté qui peut survenir en la matière est l'hypothèse du concours idéal dans laquelle la pluralité de valeurs atteintes conduit à une pluralité de qualifications⁴⁷⁹.

211. Synthèse : un élément concevable – Bien que la doctrine française n'ait pas recours ni à l'antijuridicité ni à la notion de bien juridique, il est possible d'identifier aujourd'hui une certaine prise en compte de la valeur protégée. Elle n'est certes pas centrale dans l'opération de qualification, mais elle peut être amenée à y jouer un rôle, soit qu'elle conditionne celle-ci à travers l'exigence du résultat ou de la condition préalable, soit qu'elle oriente celle-ci lors de l'interprétation et l'application des textes. Parce que la valeur protégée prend une importance en matière de qualification judiciaire et qu'elle constitue un élément fondamental de l'incrimination, l'admission d'un élément constitutif inspiré de l'élément antijuridique allemand et intégrant cette valeur se révèle tout à fait concevable. L'appréciation de la contrariété du comportement avec la valeur protégée par le texte est une étape nécessaire de la qualification. Elle en est une étape dès lors que pour conclure à l'adéquation entre le comportement et l'incrimination

476. *Ibid.*, p. 362, n° 530.

477. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE, « Sang contaminé et qualification pénale ... avariée », art. préc.

478. Sur les justifications du principe, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 516, n° 393, et A. DEKEUWER, « La classification des concours de qualification », art. préc.

479. V. *supra*, n° 201.

il faut vérifier à la fois sa contrariété au regard de la valeur protégée et les circonstances qui entourent l'atteinte. Ce n'est que sous condition de ce double examen que le comportement peut effectivement être qualifié d'injuste. Autrement dit, ce n'est qu'à l'issue de cet examen que la vérification de l'adéquation entre le comportement et le texte d'incrimination est parfaite.

Si la doctrine française ne s'est pas attardée sur l'élément injuste, c'est en partie parce qu'elle ne s'est pas autant attachée à conceptualiser l'infraction. Cependant, et comme le relève Monsieur MANACORDA, par le biais des principes fondamentaux, les doctrines française et allemande se rejoignent sur de nombreux points⁴⁸⁰. Dès lors que la doctrine française ne s'est pas attachée à développer une définition conceptuelle de l'infraction, l'un des moyens pour parvenir à en préciser la structure réside justement dans le recours à ces droits fondamentaux. Ils dictent et imposent une certaine conception de l'infraction qui ne peut que se prolonger dans sa structure, à l'image de ce qui a permis l'émergence des éléments matériel et moral. Également l'expression d'un principe de la matière, ils imposent une caractérisation de l'infraction qui en respecte le contenu. Ce principe, relatif à la complémentarité du fait et de la volonté s'est d'ailleurs toujours maintenu, de sorte que la dualité d'éléments qui en est l'expression apparaît incontournable.

§ 2. L'incontournable dualité d'éléments

212. Complémentarité fait-volonté et dualité d'éléments – Bien qu'elle soit parfois critiquée comme étant dépassée⁴⁸¹, la dualité d'éléments restitue un principe fondamental de la matière : celui de la complémentarité entre le fait et la volonté. Il n'a certes pas en France de fondement formel à valeur constitutionnelle, mais la complémentarité a été reconnue au niveau international comme un principe général du droit pénal. Cette reconnaissance ne peut qu'asseoir la légitimité d'un principe devenu incontestable et d'ores et déjà ancré dans la tradition pénale française. La complémentarité est une règle de fond, fondamentale et affirmée aujourd'hui de manière générale dans le Code pénal. Indissociable de la notion d'infraction, elle se retrouve dans sa structure à travers deux éléments. Les éléments traditionnels, qui en sont l'expression, méritent d'être conservés malgré les critiques dont ils font l'objet. Si ces dernières doivent être entendues, elles ne sont pas de nature à renverser le principe. La complémentarité entre un

480. S. MANACORDA, « Théorie générale de l'infraction, lacunes ou spécificités de la science pénale ? », art. préc. L'encadrement de la répression par les droits fondamentaux opère dans les deux cas. En France, les droits fondamentaux sont plutôt le point de départ de l'analyse, en Allemagne, ils opèrent parfois pour limiter et encadrer les effets des théories développées.

481. V. not. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 58, n^{os} 56 et s. Selon Monsieur DANA, le découpage de l'infraction en deux éléments doit pouvoir être dépassé, car il n'est qu'une étape dans l'effort de synthèse : l'infraction devrait pouvoir être considérée comme une entité indivisible. V. égal. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 276, n^o 233, pour qui la distinction entre un élément objectif et un élément subjectif est dépassée.

élément matériel et un élément moral est la seule structure à même d'exprimer la conception moderne de l'infraction et de guider efficacement l'exercice de qualification.

Le principe de la complémentarité et ses fondements historiques ont d'ores et déjà été étudiés⁴⁸². Il ne sera donc question ici que de démontrer que la complémentarité entre le fait et la volonté demeure un principe de la matière dès lors qu'elle s'analyse aujourd'hui comme un principe général du droit. En soi, il n'est jamais contesté en doctrine où les critiques porteront essentiellement sur son manque d'effectivité ou sur le caractère artificiel de la division de l'infraction en deux éléments. Cette dernière critique renvoie en a deux problématiques. La première est celle de la scission du comportement en deux données distinctes. La seconde à une problématique ancienne, celle de savoir si la volonté doit être rattachée à l'infraction ou au délinquant. Les hésitations sont réelles en la matière et ne peuvent être occultées. Pour autant, c'est bien au regard de l'infraction que doit s'apprécier la volonté. Cette dernière s'est imposée comme une notion subjective et ne peut se définir que comme un comportement volontaire, si bien que principe général du droit (A), la complémentarité entre le fait et la volonté est inhérente à l'infraction (B).

A. La complémentarité, principe général du droit

213. Fondements – Le principe de la complémentarité du fait et de la volonté trouve en France un fondement législatif (1). Partagé par de nombreux pays, il est en outre en droit international un principe général du droit (2).

1. Un fondement législatif en droit interne

214. Un principe fondé sur les articles 8 et 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen – Bien que la complémentarité fait-volonté ne soit pas expressément affirmée dans le bloc de constitutionnalité, le Conseil semble en faire un principe à valeur constitutionnelle, notamment sur le fondement de l'article 9 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen. La Déclaration ne mentionne pas expressément l'exigence d'une adjonction du fait et d'une volonté en matière répressive et aucun autre texte ne contient de disposition à ce sujet⁴⁸³. Néanmoins, le Conseil constitutionnel a pu affirmer que « la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés ; qu'en conséquence, et conformément aux dispositions combinées de l'article 9 précité et du principe de légalité des délits

482. V. *supra*, n° 30.

483. Encore que l'article 10 affirme que « Nul ne doit être inquiété pour ses opinions, même religieuses, pourvu que leur manifestation ne trouble pas l'ordre public établi par la Loi », ce qui fait obstacle à la répression des délits de pure opinion.

et des peines affirmé par l'article 8 de la même Déclaration, la définition d'une incrimination [...] doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »⁴⁸⁴. C'est ainsi de la nécessité des peines et de la présomption d'innocence que le Conseil déduit la constitution nécessairement duale de l'infraction.

Le fondement retenu peut étonner, car aucun des deux articles ne fait état de l'exigence de la volonté en matière de responsabilité pénale ou de sa complémentarité avec le fait. Comme le relève Madame CAPPELLO, rien dans l'article 8 ni dans l'article 9 ne s'oppose expressément à l'admission d'une responsabilité strictement objective⁴⁸⁵. Peut-être peut-on considérer que la nécessité des délits et des peines est conditionnée par la répression des seuls comportements volontaires, mais l'article n'impose pas en lui-même une telle limitation de la responsabilité pénale. Le même constat peut être fait s'agissant de l'article 9 qui, relatif à la présomption d'innocence, exige simplement que la preuve de la culpabilité soit démontrée, non que cette culpabilité soit appréciée subjectivement. L'on sait toutefois l'interprétation subjective de ce terme qui prévaut depuis longtemps dans la jurisprudence judiciaire⁴⁸⁶.

215. Un fondement législatif – C'est en réalité vers la loi qu'il faut se tourner pour trouver un fondement exprès à la complémentarité. Absent de l'ancien Code pénal, il résulte désormais de la combinaison des articles 121-3 et 121-5 qui, ensemble, fixent les limites de la répression. Construit autour de l'affirmation de principes et de valeurs, le Code de 1994 est profondément humaniste dans sa présentation générale. Il consacre notamment par principe le caractère intentionnel des crimes et délits dans son article 121-3. Cet article énonce ainsi qu'il « n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre »⁴⁸⁷. Par sa généralité, cet article emportait entre autres la suppression des infractions matérielles en s'opposant à ce qu'une infraction puisse n'être constituée que par le fait⁴⁸⁸. L'affirmation ne vaut toutefois que pour les crimes et délits, non pour les contraventions qui demeuraient, dans l'esprit du législateur des infractions purement matérielles. Il reste que l'article 121-3 consacre bien l'exigence générale

484. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; *D.* 1999, p. 589, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2000, p. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; *AJDA* 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; *D.* 2000, p. 113, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, cons. 16. Dans les mêmes termes, Cons. const., 25 fév. 2010, n° 2010-604 DC, cons. 11. Cette décision est certes ambiguë parce qu'elle semble n'exiger, au titre de l'élément moral, qu'une simple imputabilité morale, ce à quoi l'élément moral ne devrait pas être réduit. Néanmoins, elle reprend l'exigence générale d'un élément moral et en conséquence réaffirme le principe d'une dualité d'éléments sur le fondement est la DDHC. En l'absence de précision dans les textes, le Conseil s'en remet au demeurant à l'exigence formulée à l'article 121-3, de sorte qu'il s'agit bien de l'exigence d'une intention et non d'une simple imputabilité.

485. A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 45, n° 50.

486. V. *supra*, n° 45.

487. L'intention étant un degré supérieur à la volonté et ne concernant que certaines infractions, il y a dans la rédaction de l'article 121-3 une maladresse relative à l'emploi du terme intention là où celui de volonté aurait été préférable.

488. À l'exception des contraventions qui demeurent les seules infractions matérielles subsistant en droit pénal dans le nouveau Code. V. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, *op. cit.*, p. 29.

d'un élément moral dans la constitution de l'infraction⁴⁸⁹. Sauf précision particulière relative à l'exigence d'un mobile particulier, cet élément moral consistera dans le caractère intentionnel du crime ou du délit. Il ne se réduira à la faute qu'en certaines hypothèses mentionnées aux alinéas 2 et 3, c'est-à-dire dans le cas des infractions de mise en danger et d'imprudence. En l'absence de précision dans les textes, c'est donc le principe de l'intention qui devrait l'emporter⁴⁹⁰.

Certes, la dualité de l'infraction n'est pas expressément formulée par cet article, non plus que la complémentarité du fait et de la volonté. Mais, combiné avec l'article 121-5, ces articles posent ensemble le principe⁴⁹¹. Bien qu'il n'existe pas de texte qui soit le parallèle parfait de l'article 121-3, le Code pénal contient une affirmation du caractère indispensable du fait en son article 121-5 dans l'exigence d'un commencement d'exécution en matière de tentative. aux termes de cet article, la tentative ne sera constituée que si elle est « manifestée par un commencement d'exécution »⁴⁹². Cette rédaction rappelle inmanquablement le principe selon lequel la pensée seule échappe au droit pénal. L'exigence d'un commencement d'exécution révélant la tentative interdit de remonter en amont sur l'*iter criminis* en matière répressive. L'on exige que la pensée se soit matérialisée et révèle de manière certaine la volonté de son auteur de commettre l'infraction projetée. Dans le droit pénal moderne, aucune infraction constituée du seul élément moral n'existe donc. Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON expliquent à ce propos que l'élément matériel a une double origine. Non seulement, dans un régime libéral, la seule pensée est insuffisante, car le principe inverse conduirait à supprimer les libertés individuelles. Mais encore cet élément permet-il de donner à l'incrimination son identité juridique. Il est le « révélateur d'une attitude psychologique »⁴⁹³.

Bien que le législateur tende à développer une répression anticipée dans le cadre du développement d'un droit pénal préventif, les actes préparatoires semblent être le seuil minimal ne pouvant être dépassé. Le principe n'est pas formellement énoncé, mais il est une constante en matière de droit pénal. L'article 121-5, en ce qu'il encadre les limites de la caractérisation de la tentative, contient donc en substance le second aspect de la dualité d'éléments. Combinés, les articles 121-3 et 121-5 restituent l'essence de l'infraction telle que nous la concevons

489. Le Conseil constitutionnel qualifie d'ailleurs l'exigence de l'article 121-3 du Code pénal de principe général du droit pénal. Cons. const., 13 mars 2003, préc., cons. 73.

490. Pour une application de cette règle par le Conseil constitutionnel, celui-ci ayant recours à une réserve d'interprétation, v. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; *D.* 1999, p. 589, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2000, p. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; *AJDA* 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; *D.* 2000, p. 113, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, considérant 16.

491. Ainsi est-il possible de considérer, non pas que l'article 121-3 « contient toute la substance de l'infraction pénale, et [...] en révèle ainsi les éléments dits constitutifs ». (en ce sens, L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., p. 129, n° 183), mais que cette substance est révélée par la combinaison de cet article avec l'article 121-5.

492. Code pén. art. 121-5.

493. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 173, n° 302.

aujourd'hui. Quel que soit son degré de matérialité ou son degré de volonté, elle est, par un principe qui ne saurait connaître d'exception, une action volontaire de l'homme. L'absence de reconnaissance expresse à la complémentarité n'en altère ni la vigueur ni le caractère incontournable. Elle est principe du droit pénal, tant du point de vue de notre droit interne que du point de vue du droit international.

2. Un principe général du droit en droit international

216. Un principe mitigé en droit européen – Tout d'abord, il faut préciser qu'en droit international comme en droit français, la dualité d'éléments n'est pas expressément consacrée. Au niveau européen tout d'abord, aucun texte normatif n'en fait état ni n'exige par principe la vérification d'un élément moral dans la caractérisation de l'infraction. Seule la présomption d'innocence, affirmée par les articles 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme et 48 de la Charte des droits fondamentaux pourrait ici faire naître une obligation en ce sens, à l'image de ce que décide le Conseil constitutionnel en droit interne. Ces deux articles proclament la présomption d'innocence jusqu'à ce que la culpabilité de la personne ait été légalement établie⁴⁹⁴. Aucun des textes ne précise ce qu'il faut entendre par « culpabilité », mais ce terme se conçoit mal de façon strictement objective. C'est au demeurant ce que suggèrent les jurisprudences de la Cour européenne des Droits de l'Homme et de la Cour de justice de l'Union européenne dès lors qu'aucune des deux n'admet en principe que la volonté puisse être présumée de manière irréfragable.

À titre d'exemple, à l'occasion d'une question préjudicielle posée par la Belgique, la Cour de justice des Communautés européennes, devenue Cour de justice de l'Union européenne, s'est prononcée sur une directive concernant les opérations d'initiés et les manipulations de marché. Cette directive impose aux États membres de prendre des sanctions administratives pour ces opérations. Or, elle ne prévoit ces opérations que de manière objective, sans référence à un éventuel élément moral. Dans ce contexte, la Cour a décidé qu'il n'y avait pas contradiction avec la Convention européenne des Droits de l'Homme, l'intention se présument de la matérialité des faits. Cette présomption a été jugée conforme à la Convention, et notamment à la présomption d'innocence dès lors qu'elle n'est pas irréfragable⁴⁹⁵. De cette décision, et d'autres rendues dans des contextes similaires⁴⁹⁶, il serait possible de déduire que la Cour de justice intègre par principe l'idée d'une dualité d'éléments dans la caractérisation de l'infraction, le fait seul étant

494. CESDH, art. 6 et Charte des droits fondamentaux, art. 48.

495. CJCE, 3^{ème} ch., 23 déc. 2009, n° C-45/08. Il convient de préciser que s'il s'agit en principe d'une sanction administrative, la Cour admet que celle-ci puisse s'analyser en sanction pénale : « eu égard à la nature des infractions en cause ainsi qu'au degré de sévérité des sanctions qu'elles sont susceptibles d'entraîner, de telles sanctions peuvent être, aux fins de l'application de la CEDH, qualifiées de sanction pénales ».

496. Comp. CJCE, 6^{ème} ch., 1^{er} fév. 2001, n° C-66/99 et CJCE, 5^{ème} ch., 11 juill. 2002, n° C-371/99.

insuffisant.

Une telle affirmation est pourtant à nuancer, car si la Cour refuse la possibilité de présomptions irréfragables, elle a admis la possibilité d'une responsabilité strictement matérielle en matière d'infractions administratives⁴⁹⁷. Dans un arrêt en date du 10 juillet 1990, notamment⁴⁹⁸, elle a ainsi admis la responsabilité d'un employeur pour l'infraction commise par l'un de ses employés. Or, dans cette hypothèse, aucune faute personnelle de l'employeur n'avait à être prise en compte : l'employeur ne pouvait absolument pas échapper à la sanction pénale prévue. Cette responsabilité, qualifiée de « stricte »⁴⁹⁹ dépasse l'hypothèse de l'infraction « matérielle ». Pour cette catégorie d'infraction, en effet, même si aucun élément moral au sens propre n'est exigé, l'auteur pourra se dégager de sa responsabilité en prouvant l'existence d'une force majeure, ou plus largement d'une cause de non-imputabilité⁵⁰⁰. En cas de responsabilité stricte, à l'inverse, même l'existence de la force majeure ne fera pas obstacle à la culpabilité de son auteur, raison pour laquelle cette jurisprudence⁵⁰¹ apparaît en contradiction totale avec les principes généraux du droit pénal⁵⁰². Certains principes fondamentaux sont partagés par tous les pays de l'Union européenne et celui du principe de l'élément moral en matière pénale en fait partie⁵⁰³. Elle va en outre à l'encontre de la jurisprudence de la Cour européenne des Droits de l'Homme qui refuse elle une responsabilité pénale excluant totalement la possibilité de rapporter la preuve de l'absence de toute faute personnelle⁵⁰⁴.

217. Une dualité de principe pour les TPI – Si aucun texte normatif ne fait état de l'exigence d'une dimension subjective à la responsabilité pénale et si la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne est ambiguë en la matière, la solution est beaucoup plus nette en droit international. Là encore, aucun texte ne se prononce formellement sur ce point, mais les Tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* ont en plusieurs occasions fait état de l'élément moral

497. S. MANACORDA, « Le droit pénal européen et l'Union européenne », *D.* 2000, p. 95.

498. CJCE, 10 juil. 1990, Hansen, C-326/88.

499. J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009, p. 689, n° 639.

500. *Ibid.* C'est notamment le cas en droit français en matière contraventionnelle.

501. La solution a été réitérée à différentes reprises : CJCE, 2 oct. 1991, C-7/90 VandeVenne ; CJCE, 7 févr 1997, C-177/95, Ebony Maritime et Loten Navigation et CJCE, 11 juil. 2002, C-210/00, Käserai Champignon Hofmeister c/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas. Dans ce dernier arrêt néanmoins, il faut remarquer que la Cour ne reconnaît pas le caractère pénal de la sanction administrative encourue par le demandeur (§43). Elle admet donc la possibilité d'une responsabilité stricte, mais cette responsabilité n'est pas, pour la Cour, de nature pénale. La Cour déduit alors du caractère non pénal « que le principe « Nulla poena sine culpa » n'est pas applicable à cette sanction » (§44).

502. Elle est ainsi non seulement contraire à la présomption d'innocence, mais aussi au principe *Nulla poena sine culpa*. En ce sens, J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 689, n° 639. V. également S. MANACORDA, « Le droit pénal européen et l'Union européenne », art. préc., qui voit dans de telles dérogations à l'imputation des infractions « un éloignement important des postulats classiques de la responsabilité pénale ».

503. En ce sens, J. PRADEL, G. CORTENS et G. VERMEULEN, *Droit pénal européen*, *op. cit.*, p. 464, n° 454. (V. *infra*, n° 219).

504. *Ibid.*, p. 689, n° 639.

des infractions. Tout d'abord, et malgré l'absence de disposition générale⁵⁰⁵, les définitions des infractions contenues dans les statuts des Tribunaux et explicitées dans les arrêts contiennent le plus souvent une dimension morale. C'est ainsi le cas pour le génocide⁵⁰⁶, la torture⁵⁰⁷, le viol⁵⁰⁸, et plus largement pour les crimes contre l'Humanité⁵⁰⁹. En outre, dans les décisions, les infractions sont souvent envisagées en deux temps, l'*actus reus* – correspondant schématiquement à notre élément matériel – étant distingué du *mens rea*⁵¹⁰ – correspondant schématiquement à notre élément moral. L'exigence générale de l'élément moral est appréhendée soit comme une règle coutumière, soit comme un principe général du droit⁵¹¹.

Au-delà de la seule exigence d'une culpabilité subjective, c'est au reste la dualité d'éléments elle-même qui a pu être analysée en principe général du droit. Le Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a affirmé que : « C'est un principe général du droit que l'établissement de la culpabilité pénale passe par l'analyse de deux éléments. Le premier des deux peut être qualifié d'élément matériel ou *actus reus* : c'est l'acte physique nécessaire à l'infraction. Dans tout homicide, l'élément matériel est clairement constitué par la mort de la victime [...] l'autre élément constitutif de tout homicide est l'élément moral ou *mens rea*. »⁵¹²

L'infraction internationale est par conséquent très souvent envisagée par la doctrine à travers une dualité d'éléments⁵¹³, celle-ci comprenant systématiquement un élément subjectif⁵¹⁴. Selon

505. En ce sens, P. POURZAND, « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », *RSC* 2014, p. 1.

506. V. les statuts des Tribunaux pénaux internationaux pour l'ex-Yougoslavie et le Rwanda.

507. La solution est aujourd'hui consacrée dans la Convention des Nations Unies contre la torture de 1984 : la torture consiste en tout acte par lequel une douleur ou des souffrances aiguës, physiques ou mentales sont provoquées *intentionnellement* à une personne, notamment afin d'obtenir d'elle des renseignements ou aveux.

508. V. not. la décision du TPIY, Ch. II 10 déc. 1998, Furundzija, not. §162 (s'agissant de la torture) et §185 (s'agissant du viol).

509. Les crimes contre l'Humanité énumérés notamment dans les statuts du Tribunal de Nuremberg contiennent en effet une dimension morale dès lors que les « raisons » pour lesquelles les infractions ont été commises doivent être politiques, raciales ou religieuses. Il s'agit là d'une prise en compte des mobiles, dépassant donc la volonté au sens propre.

510. V. not. TPIY, Ch. II 10 déc. 1998, Furundzija, préc. Sur cette tendance, v. O. DE FROUVILLE, *Droit pénal international, Source, incriminations, responsabilité*, Pedonne, 2012, p. 73, et E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, Bruxelles, 2009, p. 642, n° 12.2.16.

511. Sur cette tendance, v. P. POURZAND, « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », art. préc. En droit interne, le Conseil constitutionnel qualifie également l'exigence de la volonté contenue à l'article 121-3 du Code pénal de principe général : Cons. const. 13 mars 2003, n°2003-467 DC, cons. 73.

512. TPIY, 16 nov. 1998, n° IT-96-21-T, Delalic, Mucic, Delic, Landzo, § 424 et 425.

513. V. not. S. GLASER, *L'infraction internationale, ses éléments constitutifs, et ses aspects juridiques*, LGDJ, 1957, p. 10. L'auteur ajoute à ces éléments les éléments légal, injuste et pénal. Son approche est très inspirée de la conception allemande, puisque la dimension subjective est partagée entre l'acte (élément matériel), qui est nécessairement volontaire, et l'élément moral relatif à la faute (p. 10 et 11). La tendance se trouve égal. dans les manuels plus récents : E. DAVID, *Éléments de droit pénal international et européen*, op. cit., p. 641, n° 12.2.14, et O. DE FROUVILLE, *Droit pénal international*, op. cit., p. 73, et D. REBUT, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2014, not. p. 592, n° 1011.

514. S. GLASER, *L'infraction internationale*, op. cit., p. 113. Est ainsi toujours exigé un dol qui peut être soit direct, soit indéterminé : du même auteur, « L'élément moral de l'infraction internationale », *RGDIP* 1955, n° 4.

Monsieur GLASER, la responsabilité pénale ne peut désormais qu'être subjective et l'élément décisif en matière de répression pénale n'est plus le fait matériel ni ses résultats, mais la part morale que l'auteur a pris à son acte⁵¹⁵.

218. La consécration du principe général dans les statuts de CPI – Par ailleurs, le principe de l'élément moral a été expressément reconnu dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. L'article 30 du statut prévoit que « sauf disposition contraire, nul n'est pénalement responsable et ne peut être puni à raison d'un crime relevant de la compétence de la Cour que si l'élément matériel du crime est commis avec intention et connaissance », cet article prenant pour titre la dénomination d'« élément psychologique »⁵¹⁶. Bien qu'il réserve la possibilité d'une disposition contraire, il conduit bien à exiger par principe un élément moral. En outre, cet article ne se contente pas de mentionner l'exigence de cet élément. La complémentarité fait-volonté est expressément mentionnée dès lors que l'article 30 dispose que « l'élément matériel » doit avoir été commis avec intention⁵¹⁷. Surtout, l'exigence d'une volonté accompagnant le fait apparaît dans le Statut en tant que principe général du droit. L'article 30 relatif à l'élément psychologique figure en effet dans un chapitre relatif aux principes généraux du droit pénal⁵¹⁸ et est ainsi prévu au côté de grands principes, telle l'exigence d'un texte de loi⁵¹⁹ ou la non-rétroactivité du statut⁵²⁰.

219. Un principe commun aux ordres juridiques internes – Analyser la dualité d'éléments en tant que principe général du droit apparaît au demeurant tout à fait justifié, celle-ci étant admise dans beaucoup de pays. Selon les cas, son affirmation doctrinale se prolonge dans une reconnaissance jurisprudentielle⁵²¹, ou fera explicitement l'objet d'une consécration légale.

515. Selon l'auteur, cette évolution marque le progrès du droit pénal « mais aussi sa dignité ». S. GLASER, *L'infraction internationale*, op. cit., p. 111.

516. Pour une analyse de cet article et de ses incohérences rédactionnelles, v. P. POURZAND, « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », art. préc. L'auteur souligne ainsi notamment l'étrangeté de l'adjonction de l'intention puis de la connaissance.

517. Statut de Rome, art. 30. L'élément matériel peut également être identifié à l'article 25 qui prévoit la responsabilité individuelle de celui qui « commet » le crime, « l'ordonne », ou apporte son concours à sa commission (Statut de Rome, art. 25). Il est donc bien exigé dans les trois cas un fait, encore que l'élément matériel soit entendu largement en droit pénal international car la personne peut ne pas avoir commis elle-même l'élément matériel du crime en question : v. D. REBUT, *Droit pénal international*, op. cit., p. 592, n° 1011.

518. Statut de Rome, Chap. III.

519. L'article 22 est relatif au principe *Nullum crimen sine lege* et l'article 23 au principe *Nulla poena sine lege*.

520. Statut de Rome, art. 24.

521. C'est notamment le cas en Belgique où les éléments identifiés sont très proches des nôtres (V. not. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, op. cit., p. 198, et J.-J. HAUS, *Principes généraux du droit pénal belge*, op. cit., T. 1, p. 194, n° 267. Il est en outre intéressant de relever que la même incertitude est présente en doctrine belge et en doctrine française, ceci s'expliquant sans doute par leur proximité. En effet HAUS écrit que « ces éléments concernent, les uns, la matérialité de l'acte, les autres, la culpabilité de l'agent ». L'élément moral se trouve donc tiraillé entre l'infraction et l'agent. HAUS aurait en outre consacré en droit belge la dualité entre matérialité et moralité. En ce sens, J. VERHAEGEN, « Le fait qualifié infraction » in *Mélanges offerts à Robert Legros*, op. cit.) ou en Suisse (P. GRAVEN et B. STRÄULI, *L'infraction pénale punissable*, op. cit., p. 14 et s.).

Cette dernière peut être de plusieurs ordres. Soit il est fait état de l'exigence de l'intention, si bien que comme en France, la dualité d'éléments de l'infraction se trouve au minimum suggérée, car la répression ne peut intervenir qu'avec le fait⁵²², soit l'infraction fait l'objet d'une définition légale dont il sera possible de déduire les différents éléments⁵²³, soit enfin, la législation fait directement état des différents éléments constitutifs⁵²⁴.

La distinction opérée par les Tribunaux pénaux internationaux est par ailleurs celle utilisée dans les pays de Common law⁵²⁵ où, ce « principe cardinal du droit criminel »⁵²⁶ est exprimé par la maxime « *actus non facit reum nisi mens sit rea* ». Comme en France, la doctrine en déduit donc que : « pour constituer un délit et pour soumettre le délinquant à une peine éventuelle [...], l'existence d'un élément mental est [...] nécessaire au même titre que celle d'un élément physique »⁵²⁷. Les deux éléments utilisés par la doctrine en Common law et repris par la jurisprudence tiennent, on s'en souvient⁵²⁸, à l'*actus reus* et au *mens rea*⁵²⁹. En droit anglais, comme en droit américain, la dualité est utile à la fois à l'étude de l'infraction en permettant de mettre en exergue ses deux composantes irréductibles, et à sa caractérisation.

L'on voit bien ainsi que l'importance de la volonté dans la constitution de l'infraction et la dualité d'éléments qui en résulte sont généralisées. Elles sont ensemble partagées par des pays dont les systèmes juridiques sont pourtant fort divergents. Voir dans l'exigence d'une dualité d'élément un principe général se justifie ainsi parfaitement, car ce principe est commun aux ordres juridiques internes et à l'ordre international⁵³⁰. Une ambiguïté demeure toutefois et est relative à la place de l'élément moral dans le schéma de la responsabilité pénale.

522. C'est notamment le cas en Allemagne, où la jurisprudence définit en outre l'infraction en faisant ressortir ses éléments constitutifs (v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 73, n° 45, et M. FROMONT et H. JESCHECK, *Introduction au droit allemand, op. cit.*, p. 267), en Italie, en Autriche, au Portugal ou en Suède (v. J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 73, n° 45).

523. En ce sens, *ibid.*, p. 62, n° 39. C'est notamment le cas en Grèce où l'infraction est définie à l'article 14 comme un acte injustifié, imputable à son auteur et puni par la loi.

524. C'est le cas dans certains pays arabes. V. M. MOSTAFA, *Principes de droit pénal des pays arabes, op. cit.*, p. 41, n° 38. L'auteur critique par ailleurs cette tendance, les éléments constitutifs n'étant pour lui qu'une classification doctrinale et ne devant dès lors pas figurer dans la législation.

525. La distinction *mens rea/actus reus* est partagée par tous les pays de Common law et les Américains l'utilisent donc également. En ce sens, v. not. J. CEDRAS, *Le droit pénal américain, op. cit.*, p. 39 ; *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 83.

526. V. J. PRADEL, *Droit pénal comparé, op. cit.*, p. 71, n° 44, citant un arrêt de 1949, affaire *Younghusband v. Luftig*.

527. C. S. KENNY, *Esquisse du droit criminel anglais, op. cit.*, p. 47.

528. V. *supra*, n° 2.

529. Sur ces éléments, v. not. R. CROSS et E. ELY, « La responsabilité pénale » in *Introduction au droit criminel de l'Angleterre, op. cit.*, p. 35, pour le droit anglais et J. CEDRAS, *Le droit pénal américain, op. cit.*, p. 39, pour le droit américain.

530. En droit international public, les principes généraux du droit se définissent comme des principes communs aux ordres juridiques internes et à l'ordre international. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Principe général du droit.

B. Une complémentarité inhérente à l'infraction

220. L'incertitude dans la localisation de l'élément moral – Une ambiguïté particulièrement ancienne doit désormais être abordée. Elle est relative à l'incertitude qui entoure la place de l'élément moral en matière de responsabilité pénale. L'hésitation se retrouve d'ailleurs aussi en matière internationale. En affirmant à l'article 30 que « nul n'est pénalement responsable [...] que si l'élément matériel du crime est commis avec intention », le Statut de Rome fait-il de l'élément moral une condition de la seule responsabilité ou du crime lui-même ? L'interrogation est ancienne et est une problématique récurrente de la matière. Mais dès lors que l'infraction est une notion subjective (1), la volonté doit être rattachée à lui. La complémentarité inhérente à l'infraction se prolonge alors dans sa structure et doit donner lieu à une analyse en deux éléments (2).

1. L'infraction, notion subjective

221. L'infraction, comportement volontaire – La doctrine française reconnaît unanimement le caractère subjectif de la volonté, mais elle hésite parfois à intégrer les données subjectives à l'infraction. Deux grandes tendances peuvent être à ce titre relevées dans l'analyse de la responsabilité. L'une tient à une approche objective de l'infraction, l'autre à une confusion entre l'infraction et la responsabilité, les éléments étant alors davantage rattachés à la seconde. Ces deux approches sont toutefois à rejeter (b), car s'il est vrai que le rattachement de l'élément moral à l'infraction est depuis longtemps incertain (a), l'infraction ne peut s'entendre que comme un comportement volontaire.

a. Une incertitude ancienne

222. L'infraction : un fait – Que l'infraction soit un fait n'est pas douteux. L'élément matériel a nécessairement pour objet principal l'infraction. Celle-ci se définit essentiellement par lui et les textes d'incriminations en attestent : très souvent, l'infraction sera décrite comme étant « le fait » de faire ou ne pas faire quelque chose⁵³¹. Or, justement parce que l'infraction est souvent appréhendée dans les textes par le fait seul, ou le fait et ses conséquences, il est possible de douter que l'élément moral en dépende directement, car de nombreuses incriminations sont envisagées de manière objective. Cela a toujours été le cas et l'était d'ailleurs de manière encore plus prononcée dans les codes anciens qui ne contenaient pas de dispositions générales relatives à l'exigence de la volonté. Plus encore, la définition de l'infraction du Code des délits et des

531. Ainsi en est-il du meurtre (Code pén. art 221-1), de l'homicide involontaire (art. 221-6), du génocide (211-1), de l'extorsion (312-1), comme de la plupart des incriminations.

peines du 3 Brumaire an IV était teintée d'une très forte objectivité : l'infraction consiste à « faire ce que défendent, ne pas faire ce qu'ordonnent les lois qui ont pour objet le maintien de l'ordre social et la tranquillité publique ». Il n'y a dans cette définition aucune prise en compte expresse du caractère volontaire de l'action, ce qui s'explique par la conception classique de la responsabilité pénale.

223. Un rattachement incertain – Ainsi, malgré la reconnaissance d'une dualité d'éléments en la matière, il est possible de douter du fait que la volonté conditionne effectivement la caractérisation de l'infraction. Évoquer la « moralité du fait »⁵³² comme le fait la Cour de cassation peut ainsi sembler relever d'un raccourci, d'autant que c'est bien la culpabilité qui, pour la Cour, implique à la fois de s'interroger sur la matérialité du fait et sur sa moralité⁵³³. En outre, même si l'émergence des éléments de l'infraction s'inscrit dans un mouvement de subjectivation, ce mouvement n'est pas propre à l'appréciation de l'infraction. Il est bien plus global. Preuve en est, lorsque l'on évoque les évolutions qu'a connues la matière pénale, il est le plus souvent question du mouvement de subjectivation de la responsabilité dans son ensemble. La question se pose alors de savoir si les deux éléments ont bien le même objet de référence, car la volonté étant celle de l'agent, elle pourrait ne conditionner à proprement parler que la décision de culpabilité, sans pour autant être constitutive du fait générateur de la responsabilité. La doctrine a sur ce point longtemps été hésitante. On remarque une réelle difficulté dans les ouvrages de la fin du XVIII^{ème} siècle et du début du XIX^{ème} quant à la localisation des données psychologiques dans le schéma de la responsabilité⁵³⁴. Ainsi, alors qu'était affirmée l'existence de deux éléments pour constituer l'infraction, l'étude de l'élément intentionnel se trouvait parfois traitée à l'occasion des développements consacrés à la personne punissable⁵³⁵, soit en marge de l'étude de l'infraction. La moralité n'est ainsi pas tant chez ces auteurs celle du fait que celle du délinquant. À titre d'exemple, GARRAUD et LABORDE-LACOSTE identifient ainsi quatre éléments au sein de l'infraction, éléments qu'ils déduisent directement de sa définition. Ces quatre éléments sont l'élément matériel, l'élément légal, l'élément injuste et l'élément moral⁵³⁶. Toutefois, l'étude de l'élément moral – qui est bien pour ces auteurs celui de l'infraction⁵³⁷ – est réservée à un Livre II relatif à l'imputabilité, distinct du Livre I consacrée quant à lui à

532. V. not. Cass. crim. 26 janv. 1827, Bull. n°16 et Cass. crim. 19 fév. 1859, Bull. n°58.

533. Arrêts préc.

534. Les débats relatifs à la localisation de l'intention et de l'imputabilité sont anciens. Des articles de VILLEY de 1876 sont ainsi dédiés à cette épineuse question. V. not. E. VILLEY, « De l'intention en matière pénale », art. préc., et du même auteur, « De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale », *La France judiciaire* 1876, p. 313.

535. Soulignant cette tendance, v. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

536. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 19, n° 12.

537. *Ibid.*, p. 60-61.

l'infraction⁵³⁸. Associer la dimension morale à l'homme plutôt qu'à l'infraction procède d'un certain réalisme, car elle ne dépend pas à proprement parler de l'acte qui marque l'infraction.

224. Des conditions en lien avec l'agent – Tout juste l'acte permet-il de la révéler. En outre, pendant longtemps, l'exigence d'une condition morale a été réduite à son strict minimum, c'est-à-dire essentiellement aux conditions d'imputabilité de l'acte. Ce n'est que progressivement que l'exigence de l'intention a conduit à une appréciation de la volonté de l'agent dépassant ces conditions. Or, celles-ci, relatives notamment au discernement, sont éminemment liées à l'agent et ne dépendent pas de l'acte. L'action du délinquant existe indépendamment de ses capacités mentales et de la compréhension qu'il a eu ou non des faits qu'il a commis. Le discernement et la liberté sont des données antérieures et extérieures à l'infraction. Pourtant, elles sont étroitement liées à la volonté et l'étaient encore davantage dans les ouvrages anciens. Par suite, si l'imputabilité peut ou doit être considérée comme extérieure à l'infraction, il devient possible d'extraire de celle-ci l'élément moral dans son ensemble. La difficulté est particulièrement visible dans l'ouvrage de GARRAUD et LABORDE-LACOSTE. S'ils font état d'un élément moral, dans la définition de l'infraction, cet élément se résume à la possibilité d'imputer l'acte à son auteur et ces développements relatifs à l'élément moral sont réservés à l'étude de l'imputabilité. Au titre de l'imputabilité sont alors traitées des conditions tenant à l'exigence du discernement et de la liberté de l'auteur, mais aussi celles tenant à l'exigence d'une faute, son degré pouvant varier selon qu'est exigée ou non une intention⁵³⁹. Ensemble, ces différentes conditions forment l'élément moral⁵⁴⁰.

Considérées dans leur globalité, les données d'ordre psychologique pourraient ainsi ne pas dépendre directement de l'infraction. Elles porteraient alors davantage sur ses suites, c'est-à-dire qu'elles dépendraient de l'appréciation de la responsabilité de l'agent⁵⁴¹. Dans une telle hypothèse, la responsabilité resterait appréciée de manière subjective, si bien que la dualité d'éléments serait préservée, mais au prix soit d'une approche objective de l'infraction, soit d'une confusion entre celle-ci et la responsabilité.

538. *Ibid.*, p. 19, n° 12. La même tendance se rencontre chez E. TRÉBUTIEN, *Cours élémentaire de droit criminel*, *op. cit.*, p. 106 et s. La volonté fait l'objet dans son ouvrage d'un titre consacré aux personnes punissables, alors que l'infraction se compose selon lui de deux éléments. V. également V. MOLINIER, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, *op. cit.*, où, dans le titre consacré aux « éléments moraux des délits », l'élément moral est souvent envisagé comme « élément de la responsabilité » *ibid.*, p. 94 et s.

539. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit pénal*, *op. cit.*, p. 61, n° 131 et 132.

540. *Ibid.*, p. 61, n° 132.

541. Selon les auteurs, l'objet de l'élément moral pourra varier, mais il s'agit essentiellement de différences dans les acceptions terminologiques que véritablement des différences de conception.

b. Le refus du rattachement de l'élément moral à la responsabilité

225. Les différentes approches doctrinales – Pour bien comprendre les hésitations en la matière, il est nécessaire d'exposer les différentes approches doctrinales existantes en tentant de les systématiser et d'en montrer les principales limites. La première approche retenue par une partie de la doctrine est une approche objective de l'infraction. Cette approche se révèle fondamentalement incompatible avec l'essence de l'infraction (α)⁵⁴². La seconde approche tend à faire porter directement les éléments sur la responsabilité. Elle évite par conséquent les écueils de l'approche objective de l'infraction, mais conduit pour sa part à ne pas distinguer les deux notions (β).

α . L'incompatibilité de l'approche objective de l'infraction

226. Annonce – Cette approche sera tout d'abord expliquée (i), avant qu'en soient abordées les limites (ii).

i. Exposé de l'approche objective

227. L'infraction comme fait matériel – S'ils ne nient en rien la complémentarité du fait et de la volonté – celle-ci est admise unanimement –, certains auteurs rattachent l'ensemble des données psychologiques à la responsabilité. Retenir une conception objective de l'infraction n'est pas totalement contraire à l'approche subjective qui prévaut. La majorité des auteurs retenant une telle approche admettent en effet que les données d'ordre psychologique ne peuvent être totalement occultées⁵⁴³. Cependant, ils tirent les conséquences du lien très fort existant entre l'élément moral et l'agent en séparant cet élément de la constitution de l'infraction. Ainsi affirme-t-on que « la faute, qui est un état d'esprit particulier, paraît certainement plus proche de l'homme que de l'acte »⁵⁴⁴. Ceci se justifierait par le fait que la volonté « émane de l'homme pour rejaillir sur l'acte »⁵⁴⁵. Par conséquent, la grande distinction existant en matière pénale devrait être opérée au sein de la responsabilité et conduirait à séparer le fait, c'est-à-dire l'infraction, et l'homme⁵⁴⁶. Cette distinction entre l'homme et l'infraction est relativement

542. Elle fait d'ailleurs l'objet de critiques. V. not. A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 151 et s. ; C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 40, n° 35 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 272, n° 230.

543. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 504, n° 383. Comp. M. LABORDE-LACOSTE, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale*, 1918, Imprimerie de l'Université Bordeaux, p. 183 et s., qui retient une approche objective de l'infraction, tout en insistant sur l'importance de la dimension subjective, en lien avec la responsabilité.

544. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 239, n° 211.

545. *Ibid.*, p. 240, n° 211.

546. En ce sens, J. PRADEL, *Traité de droit pénal et de sciences criminelles comparées, op. cit.*, p. 298, n° 322 : « dans la théorie de l'infraction, la grande distinction est celle de l'acte et de la personne ». V. égal. du même auteur,

ancienne. C'est déjà ainsi que procédaient des auteurs comme ORTOLAN, ROUX ou MOLINIER. Cependant, la conception de l'infraction retenue par ces auteurs était plus ambiguë, car prise indépendamment de la distinction opérée, la définition de l'infraction n'était pas purement objective⁵⁴⁷. À l'inverse, chez les auteurs retenant de nos jours une approche objective, toutes les conséquences sont tirées du rattachement de l'élément moral à la responsabilité. L'infraction y est alors envisagée comme un « concept purement matériel »⁵⁴⁸ et parfaitement assimilée au fait, ce qui les conduit à retenir une conception purement objective de l'infraction⁵⁴⁹. L'appréciation de la volonté demeure, mais l'élément moral est analysé comme étant « étranger à la constitution morphologique de l'infraction »⁵⁵⁰.

228. Ambiguïtés jurisprudentielles – Que l'élément moral soit celui de la responsabilité est en soi concevable, car le lien entre lui et l'agent est indéniable. En outre, un arrêt de la Chambre criminelle pourrait aller dans le sens d'une approche objective de l'infraction. Dans un arrêt en date du 8 janvier 2003⁵⁵¹, elle a en effet admis la responsabilité d'un complice en l'absence d'intention chez l'auteur principal. En l'espèce, un premier homme avait été poursuivi pour exportation illicite de produits stupéfiants, tandis qu'un second l'était lui pour complicité de ce délit, pour avoir mis en relation l'auteur principal avec le fournisseur des produits et donné des instructions au premier s'agissant de leur livraison. Or, il n'avait pas pu être démontré que l'auteur principal ait eu conscience de la nature des produits qu'il transportait. Celui-ci avait donc été relaxé. En toute logique, cette relaxe aurait dû conduire à celle du complice en raison de l'absence de fait principal punissable servant de support à la complicité. Pourtant, dans cet arrêt, la Cour de cassation a approuvé la solution de la Cour d'appel qui avait estimé que le complice avait pour sa part parfaitement connaissance de la nature des produits et devait donc être condamné. Selon la Cour de cassation, « l'existence d'un fait principal punissable, soit l'exportation illicite de stupéfiants, a été souverainement constatée par la cour d'appel », de sorte que la relaxe en faveur de l'auteur principal « n'exclut pas la culpabilité d'un complice ».

Droit pénal général, op. cit., p. 284, n° 329.

547. *V. infra*, n° 229.

548. J. PRADEL, *Principes de droit criminel, op. cit.*, p. 78, n° 63.

549. Selon Messieurs MERLE et VITU, la définition objective est « certainement la plus exacte », de sorte que « c'est d'elle qu'il faut partir ». R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 504, n° 383. Approuvant ce choix, v. G. LEVASSEUR, « Étude de l'élément moral de l'infraction » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Travaux du colloque de science criminelle, Toulouse*, Dalloz, 1969, p. 81. La doctrine objectiviste qui sous-tend la réduction des éléments constitutifs au seul élément matériel a eu énormément de succès en Allemagne où elle a conduit à certains excès (R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 504, n° 383). Aujourd'hui, l'approche majoritaire en Allemagne est une approche subjective, les données d'ordre psychologique étant partagées, un peu comme en France, entre l'analyse de l'action et l'analyse de la responsabilité. V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 9 et s.

550. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 505, n° 383.

551. Cass. crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.*, n° 5 ; RSC 2003, p. 553, obs. B. BOULOC ; D. 2004, p. 310, obs. B. DE LAMY ; D. 2003, p. 2661, obs. E. GARÇON ; JCP 2003, II, 10159, obs. W. JEANDIDIER.

Cet arrêt ne porte pas directement sur l'élément moral, mais la solution apportée par la Cour peut s'analyser en faveur d'une conception objective de l'infraction. La Cour admet en effet ici que la complicité peut porter sur un simple fait matériel. Dès lors, deux interprétations sont possibles. La première conduit à conclure que la Cour de cassation fait une application *contra legem* de l'article 121-7⁵⁵² en se contentant d'un fait principal objectivement punissable comme support de la complicité⁵⁵³. Cette solution transparaît déjà dans une jurisprudence établie de la Cour selon laquelle il est possible de poursuivre le complice alors même que l'auteur principal n'a été poursuivi, ni condamné⁵⁵⁴, ni même identifié⁵⁵⁵. Dans de telles hypothèses, si l'existence du fait peut effectivement être constatée, l'élément moral ne peut lui pas être concrètement vérifié dès lors qu'il est en pratique impossible de s'assurer de l'existence de la volonté de commettre les faits. Par extension, il devrait être impossible de caractériser l'infraction principale puisque l'intention en est une composante⁵⁵⁶. Or, l'article 121-7 ne se contente pas de viser un fait principal. Il vise expressément un crime ou un délit en son alinéa 1 et une infraction en son alinéa 2. Ainsi, s'il est possible de considérer que la Cour de cassation fait une application *contra legem* de l'article 121-7, il est aussi possible d'estimer que la Cour retient ici une conception objective de l'infraction. Dépourvu d'élément moral, le crime ou le délit existerait indépendamment de la volonté de son auteur. Il pourrait alors servir de support à la complicité. Cependant, non seulement l'appréciation objective de l'infraction se limite en jurisprudence au problème de la complicité, de sorte qu'il serait excessif de conclure au fait que la Cour admet une telle conception⁵⁵⁷, mais encore cette solution serait alors contraire à l'article 121-3 qui fait textuellement de la volonté une condition d'existence du délit.

552. Approuvant cependant cette solution et estimant que ce qui importe du point de vue de la complicité est bien plus la punissabilité de l'acte que celle de l'auteur, de sorte que la solution ne serait pas *contra legem*, v. B. DE LAMY, « La culpabilité du complice est autonome ou les méandres de la criminalité d'emprunt », obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, *D.* 2004, p. 310.

553. Une telle solution est d'autant plus critiquable que le complice apparaîtrait dans cet arrêt plus comme auteur (moral) que véritablement comme complice. En ce sens, V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. p. 2. V. égal. E. GARÇON obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, *D.* 2003, p. 2661.

554. Cass. crim., 21 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 203 ; *RSC* 1993, p. 100, obs. G. LEVASSEUR ; *D.* 1992, p. 153, obs. J. LE CALVEZ : « l'acquiescement de la personne, renvoyée comme auteur principal d'un crime, n'exclut pas la culpabilité de complices de cette action dès lors que [...] l'existence du fait criminel a été établie par la réponse affirmative de la Cour et du jury à la question qui leur était posée dans une forme abstraite sur la matérialité du crime ». La solution est néanmoins moins critiquable que l'arrêt de 2003, car l'ancienne incrimination de la complicité ne visait en effet pas systématiquement le crime ou le délit mais dans ses alinéa 2 et 3 uniquement « l'action ». V. Code pén. ancien, art. 60. L'appréciation du fait principal pouvait ainsi dépendre du type de complicité. En ce sens, J. LE CALVEZ obs. sur Cass. crim., 21 mai 1990, *D.* 1992, p. 153. *Contra*, G. LEVASSEUR obs. sur Cass. crim., 21 mai 1990, *RSC* 1993, p. 100.

555. V. Cass. crim., 3 mars 1959, *Bull. crim.*, n° 145. Dans ce cas, la solution pourrait s'expliquer par le fait que les conditions d'imputation sont présumées.

556. En ce sens, B. BOULOC obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, *RSC* 2003, p. 553. L'auteur critique la solution en ce qu'elle encourage l'objectivation de la responsabilité pénale.

557. V. *infra*, n° 231.

Ainsi, quand bien même le rattachement de l'élément moral à la responsabilité pourrait sembler à la fois réaliste et concevable, l'appréciation objective de l'infraction à laquelle il conduit est pour sa part contraire à la loi dès lors qu'elle fait expressément de la volonté une condition constitutive de l'infraction.

ii. Les limites de l'approche objective

229. Une approche non strictement objective dans les ouvrages anciens – Les limites de l'approche objective sont de différents ordres. Tout d'abord, il faut relever que même d'un point de vue général et théorique, l'on remarque qu'il est difficile de réduire l'infraction au seul fait. L'infraction est *un acte* de l'homme⁵⁵⁸. Or, en tant qu'acte, elle ne peut être purement objective, car la notion d'acte ou d'action inclut l'idée de volonté. L'acte est l'action d'un être capable d'intention⁵⁵⁹ et en cela, il contient nécessairement une part de subjectivité⁵⁶⁰. En outre, les anciens criminalistes que la doctrine actuelle invoque parfois au soutien de la conception objective de l'infraction⁵⁶¹ avaient une position relativement mitigée. Si le plan des ouvrages atteste en effet d'une approche objective, la définition de l'infraction retenue ne revient pas à assimiler celle-ci au fait matériel.

Des auteurs comme ORTOLAN ou ROUX avaient opté pour une distinction entre l'agent et le fait dans l'étude du droit pénal. Dans leurs ouvrages respectifs, l'agent est véritablement au cœur de l'analyse malgré une approche relativement objective de l'infraction. D'importants développements sont ainsi consacrés à l'étude du délinquant afin d'insister sur l'importance des considérations psychologiques dans la répression. Ceci conduit ces auteurs à envisager séparément l'étude du sujet actif de l'infraction de l'étude du délit. Dans sa partie consacrée au droit pénal général, ORTOLAN étudie ainsi tout d'abord les sujets de l'infraction⁵⁶² puis le délit en lui-même⁵⁶³. Et dans le cadre de l'étude du sujet actif – c'est-à-dire de l'agent – sont abordés les différents degrés de la culpabilité⁵⁶⁴. La culpabilité renvoyant pour cet auteur à la faute, il y est donc question à la fois des conditions d'imputabilité et de la théorie de l'intention. Les données psychologiques sont par conséquent absentes de l'étude du délit dans laquelle l'auteur se concentre notamment sur ses éléments de fait et sur la tentative. La division contient donc

558. L'acte est d'ailleurs l'élément essentiel de la définition de l'infraction en doctrine allemande. V. A. KAUFMANN, « Le rôle de la notion d'acte en droit pénal allemand » in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 21, Université des sciences sociales de Toulouse, 1973, p. 11.

559. *Dictionnaire de l'Académie française*, v° Intention.

560. C'est la raison pour laquelle l'analyse allemande tend à faire dépendre certaines données subjectives de l'analyse de l'acte. V. not. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 169 et s., § 26.

561. V. not. J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 284, n° 329.

562. Des premiers développements sont consacrés au sujet actif et des seconds, plus succincts, au sujet passif.

563. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit.

564. La culpabilité est ici entendue au sens de faute, celle-ci pouvant aller de la simple faute de négligence au dol.

cette spécificité d'opposer le délit (l'infraction), à son auteur, et non de distinguer deux éléments nécessaires à la constitution du délit.

L'infraction y apparaît de ce fait relativement objective et n'intègre *a priori* pas de considérations psychologiques spécifiques. Reste néanmoins que, l'infraction, si elle n'est qu'un fait, est tout de même un fait de l'Homme. ORTOLAN justifie ainsi la division de son étude entre le sujet actif et le délit. Il explique que « ce ne sont pas les faits qui violent le droit, qui sont punissables, ce sont les personnes : ce n'est que par transposition d'idée, par figure de langage, qu'on s'exprime quelquefois autrement ». Parce que l'infraction est un fait de l'homme, un acte, le délinquant est véritablement central⁵⁶⁵. Mais l'auteur précise : « Pour qu'un fait soit reconnu délit, il faut donc le considérer avant tout dans la personne de laquelle ce fait provient, ou, en d'autres termes, dans la personne de l'agent. C'est dans l'agent que résident avant tout les conditions essentiellement constitutives du délit ; la matérialité de l'acte et de ses résultats ne vient qu'ensuite. »⁵⁶⁶ Contrairement à ce que laisse penser le plan général de l'ouvrage qui tend à ajouter à l'infraction des considérations liées à son auteur, est ici suggéré le fait que les conditions relatives à la personne de l'agent sont parties intégrantes de l'infraction. Là où le plan en induit une approche objective, l'importance accordée au sujet actif du délit conduit à l'inverse à une conception davantage subjective⁵⁶⁷.

La même tendance se retrouve dans l'ouvrage de Roux, qui, après avoir consacré une première partie à la loi pénale, envisage dans une deuxième partie l'« étude de l'infraction »⁵⁶⁸. Cette dernière est alors limitée à l'analyse des actes punissables et de la complexité de réalisation de ces actes, tandis que l'étude du délinquant n'est envisagée que dans la Partie 3 de l'ouvrage⁵⁶⁹. Là encore, le choix du plan suggère une approche strictement objective de l'infraction. Toutes les considérations psychologiques, des conditions d'imputabilité à l'intention, sont en effet réservées à l'étude de l'auteur du fait, si bien que l'infraction semble se cantonner au fait. Pour autant, comme ORTOLAN, ROUX appréhende fort logiquement l'infraction en tant que « manifestation d'une activité humaine »⁵⁷⁰ et relève que les mouvements extérieurs indépendants de la volonté sont insusceptibles d'être retenus par le droit pénal⁵⁷¹. Il en conclut donc que l'infraction est « la manifestation fautive d'une volonté agissant contre le droit »⁵⁷². Dès lors qu'elle est une manifestation « fautive », la volonté intègre ainsi bien directement la constitution de l'infraction

565. ORTOLAN considère que l'étude de l'agent est la première par ordre d'importance. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 98, n° 219.

566. *Ibid.*

567. La définition de l'infraction ne conduit du reste pas de façon certaine à une conception objective dès lors qu'elle est définie par ORTOLAN comme une « action ».

568. J.-A. ROUX, *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., p. 61, n° 65.

569. *Ibid.*, p. 98, n° 99.

570. *Ibid.*, p. 61, n° 65.

571. *Ibid.*, p. 62, n° 65.

572. *Ibid.*

au regard de cette définition⁵⁷³. Là encore, si la distinction opérée suggère une conception objective de l'infraction, celle-ci n'est pas parfaite.

230. Un élément de l'infraction pour le législateur – Surtout, et outre le fait que la conception objective est donc théoriquement difficilement concevable, elle ne peut être aujourd'hui retenue. La conception objective de l'infraction est fondamentalement incompatible avec le droit positif. Dans le Code pénal, l'infraction est en effet appréhendée indiscutablement de manière subjective. Le premier argument en la matière est relatif à la lettre de l'article 121-3. Selon cet article, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre ». C'est donc ici bien l'existence légale de l'infraction qui est directement conditionnée par la volonté de son auteur dès lors que l'infraction est par principe volontaire. Les textes ne se contentent pas de prévoir la dimension matérielle des infractions. Encore en précisent-ils la dimension morale⁵⁷⁴, soit de façon spécifique, soit par le biais de l'exigence générale de l'article 121-3. L'infraction de meurtre n'est pas le fait de tuer, c'est le fait de tuer volontairement. On voit alors que l'infraction intègre nécessairement des considérations d'ordre moral. À défaut, comment distinguer d'ailleurs l'infraction volontaire de l'infraction par imprudence ? Si l'infraction n'est que le fait (donner la mort par exemple) et que la volonté lui est totalement extérieure, alors rien ne distingue l'homicide non intentionnel, des coups mortels ou du meurtre. Les trois seraient une seule et même infraction⁵⁷⁵, seule la répression variant en fonction de la volonté de l'auteur.

Ce n'est pourtant pas là la volonté du législateur. Les deux infractions sont semblables dans leurs résultats, mais très différentes dans leur constitution. Il n'est pas concevable d'admettre que ces infractions se différencient uniquement dans leur matérialité. C'est dans leur essence qu'elles se distinguent ; dans le type de comportement réprimé. Les deux infractions ne sont donc pas similaires, ni dans leur matérialité ni dans leur moralité, et l'acte pris seul ne peut permettre la qualification pénale des faits parce qu'il ne permettrait pas d'opter entre les différentes incriminations des comportements menant au résultat mortel. Or, c'est bien de cette qualification qu'il faut partir pour déterminer la sanction applicable. La volonté est d'abord indispensable à la qualification, bien avant de conditionner la culpabilité et la peine. C'est d'ailleurs ce qu'illustre la jurisprudence relative au concours idéal de qualification en se fondant notamment sur l'intention

573. Très proche de l'analyse d'ORTOLAN, l'ouvrage de Monsieur VIDAL contient la même ambiguïté. Lorsqu'il explique la notion d'infraction, il précise bien que l'infraction disparaît s'il n'y a pas d'imputabilité (G. VIDAL, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire*, op. cit., p. 77, n° 64) et que toute infraction suppose « un lien moral rattachant l'acte à son auteur, permettant de lui imputer cet acte » (*ibid.*, p. 79, n° 65). Cependant, le plan général de l'ouvrage conduit à une opposition entre l'infraction traitée dans un livre I à travers son élément matériel, et la responsabilité, traitée dans un livre II, dans lequel il est question du sujet actif.

574. En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 272, n° 229.

575. Du point de vue purement factuel, l'homicide par imprudence peut résulter d'un fait positif. Un comportement positif factuellement proche du meurtre (appuyer sur la détente d'une arme chargée par exemple) peut donc être constitutif de l'élément matériel de l'homicide par imprudence (par exemple si l'agent ignorait que l'arme fut chargée).

de l'auteur des faits pour admettre le cumul⁵⁷⁶.

Dès lors, bien qu'il soit incontestable que la faute – tout comme l'acte d'ailleurs – est celle de l'homme, elle relève, tout comme l'acte, de l'infraction. L'infraction est le comportement physique et moral accompli par l'agent et conforme au texte d'incrimination⁵⁷⁷, texte prévoyant justement le degré de faute ou de volonté nécessaire à l'existence de l'infraction. De ce point de vue, l'argumentaire de Monsieur DECOCQ, repris par Monsieur DANA dans sa thèse est particulièrement convaincant. L'auteur explique que « la loi ignore l'homicide. Elle ne connaît que le meurtre [...] », de sorte qu'il est inexact de dire qu'« un homicide a été commis (infraction objectivement constatée), son auteur est coupable de meurtre (responsabilité subjective relevée), il faut dire et on le dit : « un meurtre a été commis », c'est-à-dire une infraction subjective a été commise »⁵⁷⁸.

231. Un élément de l'infraction pour la jurisprudence – La jurisprudence ne s'y trompe d'ailleurs pas. Qu'elle soit judiciaire ou constitutionnelle, elle intègre bien l'élément moral à l'infraction.

Tout d'abord, il faut préciser que les arrêts pouvant être mis en relation avec une approche objective de l'infraction sont tous relatifs au problème spécifique de la complicité⁵⁷⁹. Par ailleurs, dans ces arrêts, la Cour désigne expressément le fait principal, sans jamais viser ni l'infraction, ni le crime ou le délit⁵⁸⁰. Dès lors, même si cette jurisprudence est fortement critiquable du point de vue des exigences de l'article 121-7⁵⁸¹, il semble bien que ce soit le fait principal, support de la complicité, qui peut faire l'objet d'une vérification strictement objective et non l'infraction elle-même. Ainsi, si une hésitation demeure au regard de la jurisprudence de la Cour de cassation, elle n'est relative qu'à la localisation de l'imputabilité. Sur ce point, en effet, ni l'arrêt Laboube⁵⁸²,

576. En ce sens, C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 45, n° 41.

577. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 178, n° 219, et J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 103.

578. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 41, n° 36, citant ; A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 153 et s. Parmi les autres arguments relevés en faveur de l'approche subjective, l'auteur remarque en outre qu'admettre l'existence de l'infraction indépendamment de son auteur conduirait à admettre son existence même si elle n'est pas « commise » par l'homme. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 40, n° 35.

579. V. *supra*, n° 228.

580. V. Cass. crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.*, n° 5 ; RSC 2003, p. 553, obs. B. BOULOC ; D. 2004, p. 310, obs. B. DE LAMY ; D. 2003, p. 2661, obs. E. GARÇON ; JCP 2003, II, 10159, obs. W. JEANDIDIER : la Cour s'assure en effet que l'existence du « fait principal punissable », non de l'infraction principale, a été démontrée par les juges d'appel.

581. La jurisprudence se contente de ce fait principal objectivement punissable, alors qu'elle devrait exiger une infraction.

582. Cass. crim., 13 déc. 1956, *Bull. crim.*, n° 840 ; D. 1957, p. 349, note M. PATIN. L'arrêt affirme que « toute infraction, même non intentionnelle, suppose en effet que son auteur ait agi avec intelligence et volonté », mais sans toutefois faire une distinction entre l'infraction et la responsabilité, de sorte qu'il est difficile d'utiliser cet arrêt pour affirmer que les conditions de l'imputabilité relèvent de l'infraction. Sur cette incertitude, v. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 93, n° 88. L'auteur estime néanmoins qu'avec cet arrêt, « la

ni les solutions ultérieures ne permettent d'affirmer avec certitude si l'imputabilité conditionne ou non l'infraction⁵⁸³. S'agissant de la volonté, la position est par contre plus nette. Pour la Cour de cassation, l'élément matériel comme l'élément moral sont bien ceux des infractions. Elle s'assure en effet toujours, selon une expression consacrée, que les juges ont bien caractérisé l'infraction, en tous ses éléments, tant matériel qu'intentionnel⁵⁸⁴.

Quant au Conseil constitutionnel, il affirme que « la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés; qu'en conséquence [...] la définition d'une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l'élément matériel de l'infraction, l'élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci »⁵⁸⁵. Ainsi, la volonté ne dépend pas de la seule culpabilité. Certes, la culpabilité ne saurait résulter des seuls actes, mais c'est bien parce que, en amont, la volonté est une condition de l'infraction. Est expressément visé l'élément moral de celle-ci.

232. Une approche inconciliable avec la conception de l'infraction comme comportement humain – Qu'il s'agisse de la position légale et jurisprudentielle en la matière, la position se justifie parfaitement au regard de la conception de l'infraction comme comportement. Parce qu'elle est un comportement, elle ne peut qu'être une association de données d'ordre matériel et de données d'ordre morale. Certes, la volonté est d'abord celle de l'agent, si bien qu'il est possible de considérer que si l'activité délictueuse n'est fautive, ce n'est que parce que la volonté de l'homme vient s'imprimer sur le fait⁵⁸⁶. Toutefois, la faiblesse du raisonnement réside justement dans l'assimilation de l'infraction au fait⁵⁸⁷. Car l'infraction ne se limite pas à l'acte, elle est un « acte humain »⁵⁸⁸. Il est par conséquent tout à fait logique que le législateur appréhende les comportements à l'occasion de l'exercice de qualification légale tant dans leur

Cour de cassation avait atteint le degré le plus affiné de la conception subjective de l'infraction », dépassant en cela les prévisions légales : *ibid.*, p. 92, n° 87.

583. Les décisions rendues notamment en matière de complicité suggèrent cependant plutôt que l'imputabilité serait une condition de la responsabilité, sans toutefois conditionner l'infraction.

584. Monsieur DANA relève en outre que la conception mixte du commencement d'exécution retenue par la Cour de cassation démontre son choix d'une approche subjective de l'infraction : C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 44, n° 40. Cependant, cet argument ne vaut dans toute sa force que si l'on admet que la tentative relève de la catégorie de l'infraction pénale. Sur ce point, v. *infra*, n° 489.

585. Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC ; D. 1999, p. 589, obs. Y. MAYAUD ; D. 2000, p. 197, obs. S. SCIORTINO-BAYART ; AJDA 1999, p. 694, obs. J.-E. SCHOETTL ; D. 2000, p. 113, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE, considérant 16. Dans les mêmes termes, Cons. const., 25 fév. 2010, n° 2010-604 DC, cons. 11. Comp. Cons. const., 18 janvier 1985, n° 84-183 DC, cons. 12.

586. V. not. W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 240, n° 211.

587. Sur la doctrine allemande et la définition de l'infraction à travers le seul acte, v. A. KAUFMANN, « Le rôle de la notion d'acte en droit pénal allemand » in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 21, *op. cit.* Il faut toutefois préciser, comme l'explique Monsieur KAUFMANN, qu'une grande partie de la doctrine allemande a une vision subjective de l'acte. VON LISTZ explique ainsi : « l'idée d'acte suppose [...] avant tout une façon volontaire d'agir du délinquant » (F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. 178, n° 28) et que le vouloir, entendu comme l'impulsion de volonté « caractérise l'acte » (*ibid.*, p. 179, n° 28).

588. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 153.

dimension matérielle que morale. Il s'ensuit que la qualification judiciaire des faits dépendra à la fois du fait matériel et de la volonté. Ce n'est qu'à cette condition qu'elle sera constitutive d'une infraction, soit un comportement, conforme au texte d'incrimination.

L'approche objective de l'infraction ne pouvant être retenue, il reste désormais à envisager l'analyse faisant dépendre directement la complémentarité de la responsabilité.

β. Les limites de la confusion infraction-responsabilité

233. Annonce – De même que précédemment, les analyses doctrinales retenant une présentation de la responsabilité à travers ses éléments constitutifs seront présentées (i), avant d'être discutées en raison du caractère préférable de la division de l'infraction (ii).

i. Exposé de la division de la responsabilité

234. Le rejet des éléments constitutifs – Fort différente de l'approche objective de l'infraction, une approche centrée sur la responsabilité est parfois retenue. Deux auteurs retiennent ainsi une distinction entre le fait et l'imputabilité, mais sans toutefois assimiler au fait l'infraction. Il s'agit de Monsieur DREYER et de Monsieur ROBERT. L'un comme l'autre n'ont pas recours aux éléments constitutifs et, l'un comme l'autre, dirigent l'analyse vers une autre notion que celle d'infraction. Si Monsieur DREYER réfute explicitement la division de l'infraction en éléments qu'il juge caricaturale⁵⁸⁹, Monsieur ROBERT n'explique pour sa part pas véritablement son choix. Dans la première édition de son manuel de *Droit pénal général*, il évoque toutefois un déclin de la division de l'infraction en éléments, notamment en raison des différences de nature des éléments matériel et moral et de l'élément légal⁵⁹⁰. Il ne fait plus état de ce déclin dès la seconde édition, mais relève néanmoins toujours les incohérences de la division⁵⁹¹. Il est vrai que si les différents éléments ont pu être vivement critiqués, la division s'est toujours maintenue en doctrine et l'élément légal demeure utilisé par bon nombre d'auteurs. Dans le manuel de Monsieur DREYER comme dans le manuel de Monsieur ROBERT, ce sont ainsi les incohérences inhérentes à la traditionnelle tripartie qui semblent en expliquer le rejet. Dans le premier manuel comme dans le second, l'infraction n'est ainsi pas présentée à travers ses divers éléments.

235. Un objet d'étude élargi – L'approche choisie par ces auteurs se veut alors plus large et c'est la responsabilité dans son ensemble qui est envisagée, ce qui conduit à étudier dans un premier temps le fait pour lui-même puis dans un second temps les exigences propres à la

589. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 179, n° 221.

590. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 1988, p. 107. Sur cette différence, v. *supra*, n° 119.

591. Ce constat sera maintenu jusqu'à la dernière édition en date de l'ouvrage. V. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 104.

personne du délinquant. Au titre des conditions préalables à la responsabilité pénale, Monsieur DREYER envisage ainsi tout d'abord le fait pénal, puis l'imputabilité⁵⁹². Quant à Monsieur ROBERT, son étude est axée sur la culpabilité entendue comme l'état de la personne ayant adopté « le comportement physique et mental décrit par un texte d'incrimination »⁵⁹³. L'étude de la décision de culpabilité est proposée par l'auteur à travers une division entre le fait infractionnel considéré dans sa matérialité et l'imputation⁵⁹⁴. Au titre de l'imputation sont traitées des causes traditionnelles de non-imputabilité, mais aussi de l'intention et de l'imprudence, présentées comme des conditions diversifiées de cette dernière⁵⁹⁵. Toutes les conditions relatives à la moralité sont ainsi traitées ensemble, mais entretiennent un lien incertain avec l'infraction. Dans ces deux ouvrages, la subtilité dépend en réalité de l'objet de l'imputation. Si c'est l'infraction qu'il s'agit d'imputer, alors la distinction rejoint en réalité l'opposition infraction/agent, l'infraction étant alors objective. À l'inverse, si c'est l'acte qu'il s'agit d'imputer, l'approche reste duale, mais fondée sur une notion plus large que l'infraction : celle de responsabilité ou de culpabilité. Or, aucun des deux auteurs ne vise véritablement l'infraction. Pour Monsieur DREYER, c'est le « comportement semblant correspondre à celui qu'envisage le texte d'incrimination » qui doit pouvoir être imputé à son auteur⁵⁹⁶, tandis que pour Monsieur ROBERT, c'est la « situation infractionnelle »⁵⁹⁷, l'imputation désignant selon lui « l'ensemble des décisions qui, après que le juge a constaté une situation infractionnelle non justifiée, l'amène à en déclarer coupable une personne déterminée »⁵⁹⁸, étant précisé que l'application de certaines incriminations nécessite de s'interroger sur l'intention de l'auteur des faits⁵⁹⁹. Dans un cas comme dans l'autre, c'est donc vraisemblablement le comportement qui est imputé, sans toutefois qu'il soit encore totalement préjugé de sa qualification infractionnelle.

236. Spécificités du choix opéré – Ces deux approches sont en conséquence doublement spécifiques. Tout d'abord, très peu d'auteurs renoncent purement et simplement à l'usage des éléments constitutifs⁶⁰⁰, même lorsqu'ils renoncent à la dualité de l'infraction. Ensuite, ces

592. L'intention est traitée avec la faute au titre de l'établissement de la responsabilité et de la caractérisation de l'infraction. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*

593. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 189.

594. À quoi s'ajoutent des développements relatifs au texte d'incrimination et à l'existence d'un intérêt protégé. *Ibid.*

595. *Ibid.*, p. 316.

596. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 595, n° 782.

597. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 286.

598. *Ibid.* Monsieur ROBERT tient en outre l'imputation et la responsabilité comme synonyme, à l'instar d'ORTOLAN. Comp. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 100, n° 223.

599. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 316.

600. Outre Messieurs DREYER et ROBERT, il est possible de citer Monsieur DANA. Ce dernier a en effet préconisé l'abandon des éléments constitutifs, estimant que le découpage de l'infraction en éléments doit pouvoir être dépassé, car il n'est qu'une étape dans l'effort de synthèse : l'infraction devrait pouvoir être considérée comme une entité indivisible. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 58, n° 56 et s. Parmi les auteurs

auteurs se distinguent de ceux ayant pu retenir une distinction homme/acte, car leurs ouvrages ne suggèrent pas une approche objective de l'infraction, et ne relèvent en rien d'une difficulté dans le rattachement de l'élément moral. Ils résultent d'une volonté de distinguer en droit pénal ce qui relève du fait de ce qui relève de son imputation à l'agent. En définitive, ce choix rejoint donc pour beaucoup la division de l'infraction en deux éléments constitutifs. Or, si cette présentation permet, au même titre que la distinction élément matériel-élément moral, de garantir une approche subjective de l'infraction, la dualité d'éléments lui demeure préférable en ce qu'elle délimite les frontières de la notion d'infraction.

ii. L'infraction, objet préférable

237. La proximité entre l'infraction et la responsabilité – Le choix d'une distinction entre le fait infractionnel et l'imputabilité présente l'avantage indéniable de ne pas conduire à une approche objective de l'infraction. Toutefois, lorsque l'on s'attarde sur la définition que ces auteurs en ont, l'on remarque que c'est elle qui fait l'objet de l'étude. Monsieur DREYER considère en effet l'infraction comme la seule source de la responsabilité pénale⁶⁰¹. Elle en est le fait générateur⁶⁰² et se définit comme « un comportement humain, abstraitement envisagé par la loi ou le règlement et que l'on menace d'une peine »⁶⁰³. Monsieur ROBERT, lorsqu'il aborde la distinction entre l'infraction et l'incrimination, explique quant à lui également que l'incrimination est l'infraction décrite, et que le mot infraction « s'applique au comportement quand il coïncide avec la description légale »⁶⁰⁴.

L'infraction désigne ainsi chez ces deux auteurs le comportement concret accompli par l'agent, comportement correspondant aux prescriptions légales du texte d'incrimination. L'infraction ne naît donc qu'avec le comportement et n'existe juridiquement qu'à l'issue de la qualification pénale des faits, soit lorsque l'on s'est assuré de la parfaite adéquation entre ce comportement et celui décrit par la loi. La conséquence directe et immédiate de son existence est alors la responsabilité de son auteur, reconnu coupable de l'infraction. Or, dans l'ouvrage de Monsieur DREYER comme dans celui de Monsieur ROBERT, l'appréciation de la responsabilité – pour le premier – et de la culpabilité – pour le second – revient fort logiquement à caractériser l'infraction, soit, en d'autres termes, à en vérifier toutes les conditions d'existence. Monsieur

plus anciens, il est également possible de citer l'ouvrage de Rossi. Cependant, le choix de l'auteur demeure plus classique car le délit est étudié à travers les actes, le mal du délit et sa moralité. Quand bien même ne seraient pas utilisés d'éléments constitutifs, la division est ainsi relativement similaire à la division de l'infraction en éléments. V. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit.

601. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 205, n° 252.

602. *Ibid.*, p. 178, n° 219.

603. *Ibid.*

604. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 103.

DREYER explique en effet que le schéma logique conduisant à la responsabilité pénale débute avec le constat du fait par le juge, à la suite de quoi le juge doit s'assurer que la personne suspectée d'avoir commis ce fait est apte à en répondre. Ces préalables établis, le juge peut alors s'interroger sur la volonté et sur le degré de réalisation des faits, c'est-à-dire se demander s'ils correspondent à une infraction consommée ou tentée⁶⁰⁵. En d'autres termes, ces étapes conditionnent tout autant la caractérisation de l'infraction que l'établissement de la responsabilité, ce qui est confirmé par le fait que l'infraction est pour monsieur DREYER *la* condition de la responsabilité⁶⁰⁶, non pas *une* condition de la responsabilité. La responsabilité nécessite donc la caractérisation de l'infraction, mais se suffit de cette caractérisation, si bien que lorsque l'étude porte sur la responsabilité, elle porte aussi avant tout sur l'infraction.

Le même constat peut être fait relativement à la démonstration de Monsieur ROBERT. Chez cet auteur, l'étude est consacrée à la culpabilité de l'agent. Cela s'explique par le fait que, comme ORTOLAN, Monsieur ROBERT tient la responsabilité et l'imputabilité comme un même concept, mais analysé sous deux angles différents⁶⁰⁷. La culpabilité est quant à elle entendue comme l'état de celui qui a adopté le comportement physique et moral décrit par le texte d'incrimination. Le terme infraction désignant pour sa part le comportement coïncidant avec la description légale, l'on peut admettre qu'elle est ce comportement décrit, tant dans sa dimension physique que dans sa dimension morale, si bien que la culpabilité est, assez logiquement, l'état de celui qui a commis l'infraction. L'établissement de la culpabilité revient donc ici aussi à caractériser l'infraction. Les conditions de l'une ne correspondent-elles pas alors aux conditions de l'autre, au moins s'agissant du fait infractionnel et des conditions d'imputation? Entendue comme le comportement adopté par l'agent et conforme au texte, l'infraction en arrive presque à se confondre avec sa suite directe qu'est la déclaration de culpabilité. Partant, la distinction du fait et des données psychologiques est aussi inhérente à l'infraction qu'à sa conséquence. Autrement dit, même si l'étude se veut plus large et portant sur une notion englobant l'infraction, l'on peut estimer que la complémentarité des deux ensembles est aussi propre à l'infraction. Même si son objet diffère quelque peu, la distinction rejoint alors peu ou prou la distinction au sein de l'infraction entre un élément matériel et un élément moral.

238. Les difficultés d'identification de l'infraction – Cependant, une distinction au sein de l'infraction peut sembler préférable en raison du risque de confusion entre infraction et responsabilité que la division de la seconde fait naître. Lorsque la distinction se fait au sein de la responsabilité, une incertitude surgit quant aux contours réels de l'infraction. Le recours à

605. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 517, n° 662.

606. *Ibid.*, p. 205, n° 252.

607. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 286.

l'approche en deux temps, vérification du fait, imputation du fait, peut en effet induire en erreur en suggérant que ce qu'il s'agit d'imputer à l'agent est l'infraction⁶⁰⁸, infraction qui est alors entendue objectivement. Outre cette ambiguïté, la difficulté est surtout de distinguer ce qui relève de l'infraction, de ce qui relève de ses suites. C'est là le regret que l'on peut avoir lorsqu'une notion plus large que l'infraction fait l'objet de l'étude distinguant le fait de son imputation : celui de ne plus cerner avec certitude les contours de l'infraction pénale et ses conditions propres. Or, l'infraction étant la pierre angulaire du droit pénal⁶⁰⁹, il est dommage de ne pas la maintenir au cœur de l'analyse. De ce point de vue, les éléments constitutifs se révèlent plus satisfaisants parce qu'ils ont justement pour fonction principale de servir l'analyse de l'infraction en mettant en valeur les différentes étapes de sa caractérisation.

En définitive, une telle présentation encourage donc la confusion que l'on trouve parfois entre la responsabilité et son fait générateur qu'est l'infraction. Elle rejoint par conséquent partiellement la présentation de Messieurs DESPORTES et LE GUNEHEC qui retiennent certes des éléments constitutifs, mais en les faisant porter directement sur la responsabilité. Les auteurs expliquent d'ailleurs à ce sujet qu'« il serait plus exact et respectueux [...] de parler des éléments constitutifs non pas de l'infraction mais de la responsabilité »⁶¹⁰. Plus largement, pour une partie de la doctrine, il serait inexact de distinguer infraction et responsabilité, car l'infraction est l'unique objet de la responsabilité⁶¹¹.

Une telle position est pourtant inconciliable avec l'analyse la plus courante de la complicité qui refuse justement d'y voir une infraction. Cette position, confirmée par la jurisprudence hostile à l'admission de la tentative de complicité⁶¹², conduit à faire de la complicité un fait générateur de responsabilité, sans pour autant qu'il soit une infraction.

239. L'examen tardif de la volonté – En résumé, l'approche fait-imputabilité encourage une confusion des conditions de l'infraction avec les conditions de la responsabilité, sans que les frontières de l'infraction ne soient précisément délimitées. La volonté ne semble plus conditionner la responsabilité parce qu'elle est nécessaire à l'existence de l'infraction, elle la conditionne tout simplement parce qu'elle en est une condition directe. L'on rejoint alors l'une

608. Ceci est d'autant plus vrai que la doctrine majoritaire raisonne ainsi.

609. Plus que la pierre angulaire du droit pénal, Monsieur DANA y voit son seul et unique noyau. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 273, n° 264.

610. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 393, n° 430. Au-delà de la seule caractérisation de l'infraction, la « réunion [des éléments constitutifs] est nécessaire pour engager la responsabilité pénale d'un individu ». *Ibid.* Dans le même sens, J.-C. SOYER, *Droit pénal et procédure pénale*, 21^{ère} éd., LGDJ, 2012, p. 95, n° 148. Les éléments portent dans cet ouvrage de ce fait directement sur la responsabilité.

611. V. not. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 35, n° 28 et p. 273, n° 264. Messieurs DESPORTES et LE GUNEHEC sont de cet avis. V. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 393, n° 430. Pour une critique de cette tendance, v. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 15, n° 10. Dans cette optique, les conditions de l'infraction sont alors aussi les conditions de la responsabilité.

612. V. *infra*, n° 490.

des critiques que l'on peut objecter à l'approche objective de l'infraction, celle de décaler trop dans le temps l'appréciation de la volonté et de la faire dépendre davantage du moment de la déclaration de culpabilité et de détermination de la peine que de caractérisation des infractions. La scission entre l'appréciation du fait et celle de la volonté peut paraître par conséquent d'autant plus marquée. Or, le caractère caricatural des éléments constitutifs est justement dénoncé parce qu'il conduit à séparer trop les analyses en suggérant une approche autonome de chaque élément⁶¹³. Il est certain que le premier stade du raisonnement et de la qualification pénale réside dans la matérialité de l'acte⁶¹⁴. L'enchaînement logique conduit donc à envisager d'abord le fait, puis la volonté de son auteur. Cependant, cet enchaînement ne peut faire oublier que c'est le comportement dans sa globalité et sa complexité qui doit être analysé. C'est en premier lieu pour la caractérisation de l'infraction que la volonté est exigée, non simplement pour la responsabilité de son auteur. La complémentarité s'impose en effet comme étant inhérente à l'infraction avant de conditionner la responsabilité. Considérer que la responsabilité pénale de l'auteur ne peut être que matérielle et subjective se conçoit donc et est en tous points conforme aux exigences du droit positif. Cependant, cette position complexifie légèrement l'opération de qualification en lui faisant perdre l'intégrité de son support, ce qui est regrettable. Les difficultés inhérentes à cette opération devraient au contraire pousser à préciser au mieux son objet. La responsabilité ne peut que suivre la qualification. Elle en est la conséquence⁶¹⁵. Elle implique donc au préalable que l'opération ait été menée à son terme, ce qui suppose que son support soit précisément délimité. La confusion entretenue entre l'infraction et la responsabilité n'est donc pas souhaitable de ce point de vue. Elle brise l'ordre logique qui veut que l'action soit d'abord qualifiée pour que la responsabilité de son auteur soit engagée. C'est donc bien en tant qu'éléments de l'infraction que l'exigence de complémentarité du fait et de la volonté doit se traduire.

2. La complémentarité comme éléments de l'infraction

240. Analyse objective et analyse subjective du comportement – La distinction entre la responsabilité et le fait résulte pour beaucoup d'un rejet de la division de l'infraction à raison de son caractère artificiel. Pourtant, les critiques émises à l'encontre des éléments constitutifs pourraient facilement être tempérées dès lors que l'on admet que les éléments ne sont pas des

613. V. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 161, n° 215.

614. En ce sens, C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 38, n° 32 : l'acte matériel n'est que le « point de départ de l'analyse infractionnelle ». Comp. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 517, n° 662.

615. ORTOLAN expliquait déjà que la responsabilité était le fait de répondre de (de *respondere*, répondre). C'est d'ailleurs pour cette raison qu'il estimait qu'imputabilité et responsabilité tendaient à se confondre : « les faits ne nous sont imputables que lorsque nous avons à en répondre ; et dire que nous avons à en répondre, c'est dire qu'ils doivent nous être imputés » J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 99, n° 222.

conditions juxtaposées pour former l'infraction. Les appréhender comme des angles d'analyse du comportement permet alors de préserver l'intégrité de ce dernier. L'infraction moderne ne pouvant se définir que comme une action volontaire, elle doit, pour être caractérisée, pouvoir être étudiée tant du point de vue du fait que de l'intention. C'est du reste ainsi que sont conçues la majorité des qualifications légales. Tout du moins, idéalement, c'est ainsi qu'elles devraient l'être. L'infraction étant un comportement volontaire de l'homme, le législateur a l'obligation d'en préciser les différents aspects, sous le contrôle du Conseil constitutionnel. C'est par conséquent ainsi qu'il faut procéder pour la qualification judiciaire. C'est en analysant le comportement sous son angle matériel puis sous son angle moral que l'on peut parvenir à le qualifier en s'assurant de la parfaite adéquation entre l'activité accomplie et l'activité incriminée. Ceci conduit donc à envisager le comportement dans sa globalité sous un angle objectif puis sous un angle subjectif. Les éléments conditionnent de ce fait la qualification, tout en la guidant, *via* les conclusions tirées de chaque analyse. Ainsi, malgré les critiques dont font l'objet les deux éléments de l'infraction, la complémentarité qu'elle impose ne peut être considérée comme dépassée⁶¹⁶. Dans la grande majorité des pays, il est d'ailleurs procédé de la sorte.

241. Le modèle allemand : fusion des deux éléments – Il est vrai que parfois, ces deux exigences seront réunies en un seul et même élément, afin de préserver l'intégrité du comportement. C'est notamment le cas dans l'analyse allemande où le *Tatbestandsmäßigkeit* – typicité de l'action –, élément constitutif de l'infraction⁶¹⁷, contient la vérification du fait et de la volonté⁶¹⁸. Cette présentation a l'avantage de préserver le caractère unitaire de l'infraction. La doctrine allemande conçoit véritablement les éléments comme les différentes étapes de la qualification et les analyses du comportement sous son angle matériel et sous son angle moral sont en fait réunies en une seule et même étape. C'est l'action, dans son ensemble, qu'il s'agit d'analyser dans le but de vérifier sa typicité (conformité avec le texte d'incrimination). Parce qu'elle permet de dépasser l'opposition entre la matérialité et la moralité, la fusion des deux éléments traditionnels en un à l'image de la construction allemande a pu être proposée⁶¹⁹.

Pourtant, et même si le recours aux deux éléments peut paraître dépassé, la complémentarité entre la volonté et le fait est une constante en matière pénale, y compris dans la conception allemande de l'infraction. L'approche allemande ne le nie d'ailleurs pas, où la vérification du

616. Critiquant le caractère dépassé de la distinction élément objectif/élément subjectif, v. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 267, n° 433.

617. V. *supra*, n° 63.

618. M. FROMONT et H. JESCHECK, *Introduction au droit allemand*, *op. cit.*, p. 267.

619. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., not. p. 324, n° 498. Dans le même sens et plaidant en faveur d'une définition de l'acte proche de celle de VON LISZT comme un mouvement volontaire, v. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 129, n°s 230 et s. et p. 139, n° 251.

Tatbestandsmäßigkeit suppose de s'intéresser à l'acte dans sa manifestation physique, mais aussi à la volonté qui le sous-tend. La réunion de ces deux dimensions en un seul et même élément ne fait donc pas disparaître le fait que le comportement doit bel et bien être analysé sous ses deux aspects. Les explications de VON LISZT l'illustrent du reste totalement. L'infraction est selon lui une « action humaine »⁶²⁰. Or, l'acte suppose non seulement une façon d'agir, mais aussi une manifestation de volonté⁶²¹. Il s'apprécie ainsi de manière subjective, à la fois du point de vue de sa manifestation physique et du vouloir qui le caractérise⁶²². Dès lors, si les deux dimensions de l'acte sont réunies en un seul et même élément, la vérification de celui-ci impliquera bien une double vérification.

242. Rejet de la proposition de fusion des deux éléments – La différence réside donc dans le fait que dans l'approche allemande, est réunie en un seul élément toute l'appréciation de l'acte, entendu en son sens subjectif. À l'inverse, l'approche française maintient une certaine opposition entre le fait et la volonté. Toutefois, dans une approche comme dans l'autre, la caractérisation de l'infraction ne sera possible que si un comportement volontaire, correspondant à un texte d'incrimination, peut être constaté. L'intérêt de la fusion des deux éléments en un réside dès lors entièrement dans le fait qu'il encourage davantage une conception unitaire et globale de l'infraction.

Toutefois, plusieurs remarques peuvent être faites. Tout d'abord, le recours aux deux éléments matériel et moral est profondément ancré dans l'analyse française. Il prend sa source dans un enjeu historique qu'il serait dommage d'occulter. Il permet en outre d'insister fortement sur l'importance de la volonté et sur le caractère nécessairement subjectif de la responsabilité pénale. L'approche allemande n'occulte en rien cette dimension subjective, mais la complémentarité fait/volonté est moins visible dans les trois éléments retenus. Enfin, le recours à deux éléments distincts n'est pas incompatible avec une approche globale de l'infraction, bien au contraire. Le caractère caricatural de l'opposition entre un élément matériel et un élément moral peut être dépassé si l'on ne conçoit plus les éléments comme deux conditions séparées devant se vérifier indépendamment l'une de l'autre, mais comme deux angles d'analyse d'un seul et même comportement. Il ne s'agit dans ce cas plus d'opposer deux éléments autonomes et de les additionner pour caractériser l'infraction. Il s'agit simplement d'admettre que le comportement accompli doit correspondre au comportement incriminé, qu'il soit envisagé sous son angle matériel ou sous son angle moral. L'opération de qualification ne peut pas faire l'économie de cette double analyse, de sorte que continuer à envisager l'infraction par le prisme de son

620. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., t. 1, p. 169, n° 26.

621. V. *ibid.*, t. 1, p. 178, n° 28.

622. *Ibid.*

élément matériel et de son élément moral se révèle justifié. Il ne s'agit finalement que de deux façons différentes de présenter le même principe – celui selon lequel l'infraction est forcément un comportement volontaire. La présentation en deux éléments s'inscrit dans une tradition doctrinale française et, malgré ses défauts, présente l'intérêt fondamental d'insister du point de vue théorique sur l'importance fondamentale de la volonté.

* *
*

243. Conclusion du Chapitre 2 – Ce chapitre a été l'occasion de préciser le schéma pouvant être suivi dans l'exercice de qualification judiciaire. Si ce schéma pourrait être déduit d'une systématisation des incriminations, une autre voie a été préférée. L'éclatement des incriminations ainsi que leurs très grandes diversités rendent impossible un travail parfait de synthèse. En outre, le droit pénal est une matière de principes. Toutes les incriminations se doivent de répondre à des règles, de sorte que le législateur doit s'y conformer lorsqu'il procède aux incriminations des divers comportements. Elles donnent les principales caractéristiques *des infractions*. Elles en révèlent l'essence et permettent de dégager une structure idéale *de l'infraction* – ses composantes essentielles –, soit par extension les deux étapes de leurs caractérisations.

Ces règles sont de deux ordres. L'une est de forme, les autres de fond. Quant à la règle de forme, l'infraction ne se conçoit pas indépendamment d'un texte. Le principe de légalité qui gouverne la matière contient l'exigence d'un fondement législatif – ou réglementaire pour les contraventions. Toutefois, il a été vu que l'exigence d'un texte ne peut s'analyser en élément de l'infraction au regard de la conception proposée des éléments constitutifs. L'élément légal ne peut renvoyer à la seule exigence d'un fondement légal : il implique aussi que ce fondement soit applicable, c'est-à-dire que le comportement corresponde en tous points aux exigences du texte d'incrimination. Il s'agit là de ce que la doctrine allemande appelle la typicité du comportement, sa correspondance avec le texte de loi, ou type. Par conséquent, l'infraction ne peut être caractérisée en son élément légal qu'à l'issue de l'exercice de qualification. L'on voit alors qu'envisager le comportement sous son angle légal, c'est tout simplement procéder à cet exercice. Non seulement, le texte de loi ne permet pas en tant que tel de guider la qualification (il en est le support) mais encore, l'élément légal n'a de sens qu'au regard de la correspondance entre le comportement et la loi. Il se confond donc totalement avec sa fonction qualifiante. Il n'est par conséquent pas un élément constitutif de l'infraction.

Quant aux règles de fond, elles sont au nombre de deux. La première résulte du principe de nécessité des incriminations, prévu aux articles 5 et 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme

et du Citoyen. Ce principe est intimement lié aux limites du droit de punir, qui a toujours permis de préciser les conditions du recours au droit pénal. Il n'existe toutefois pas à l'heure actuelle de critères précis d'appréciation de la nécessité des incriminations. Afin de tenter de dégager des critères, il a été fait appel à la théorie de l'antijuridicité de droit allemand. En Allemagne, cette théorie a pu justifier le droit de punir avant d'être utilisé comme une limitation par le principe d'exclusive protection des biens juridiques, principe qui se retrouve dans la constitution de l'infraction à travers un élément antijuridique. Or, une partie de la doctrine propose aujourd'hui d'introduire dans l'analyse française un élément antijuridique ou injuste inspiré de l'approche allemande.

Pour autant, il n'a pas paru opportun de transposer le modèle allemand en raison des différences de conception entre notre droit pénal et le droit allemand et de certains dangers liés au principe d'exclusive protection des biens juridiques. Il reste que la théorie allemande présente l'avantage d'insister sur les conséquences des comportements incriminés. En cela, elle pourrait permettre un encadrement de la production législative en fournissant un critère d'appréciation de la nécessité des incriminations. Outre la teneur des éléments matériel et moral, la gravité du comportement peut être appréciée au regard des conséquences qu'il est susceptible d'emporter plus ou moins directement. Ce caractère potentiellement attentatoire pourrait être un indice de la nécessité de son incrimination. Il se prolongerait dans la constitution de l'infraction à travers un élément antijuridique inspiré de l'élément allemand. D'ailleurs, il a pu être remarqué que la valeur protégée intervient déjà dans les différents exercices de qualification, ce qui illustre l'intérêt d'un tel élément aussi bien au regard de l'encadrement de la qualification légale que de celui de la qualification judiciaire.

Le second principe auquel est soumis l'infraction est celui de la complémentarité qui a donné naissance aux éléments constitutifs. Il n'est certes pas imposé expressément, mais le Conseil constitutionnel a affirmé, sur le fondement des articles 9 et 7 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, que l'infraction ne pouvait être constituée par la seule imputation matérielle d'un fait. Le législateur a donc l'obligation de prévoir, outre l'élément matériel, l'élément moral de celle-ci. Aujourd'hui, celui-ci se trouve prévu et affirmé à l'article 121-3 du Code pénal, de sorte que bien que le Conseil n'ait pas précisé la consistance de l'élément moral, le principe selon lequel l'infraction est nécessairement un comportement volontaire s'impose. Il s'impose d'autant plus qu'il est, au regard du droit international, un principe général du droit. L'infraction ne se conçoit donc que comme un comportement volontaire. Des doutes peuvent toutefois exister quand au fait que la volonté relève ou non de la structure de l'infraction. Si la responsabilité pénale ne peut être que subjective, l'infraction pourrait, elle, être une notion objective. Cette position, parfois défendue en doctrine ne peut toutefois être retenue. La conception objective de l'infraction n'est pas conforme à l'état actuel du droit, de sorte que la

complémentarité entre le fait et la volonté caractérise bien l'infraction.

Restait à savoir si cette complémentarité devait être exprimée à travers un élément unique ou à travers deux éléments. Les doctrines d'inspiration allemande apprécient en effet l'action comme un tout, de sorte que l'élément constitutif correspondant intègre à la fois des données matérielles et des données psychologiques. La dualité d'éléments a toutefois été préférée, parce qu'elle est conforme à la tradition française. Au reste, l'idée des deux éléments est souvent critiquée en raison de son caractère artificiel. Elle suggère que le fait et la volonté peuvent s'apprécier de manière autonome. Or, ce caractère artificiel peut facilement être contourné si l'on ne conçoit plus l'infraction comme une addition d'éléments, mais comme une entité indivisible devant être appréciée et envisagée sous différents angles en vue de sa qualification. Les deux éléments traditionnels, s'ils doivent être précisés, peuvent dès lors être conservés. Ils imposent une double appréciation du comportement permettant de vérifier le principe selon lequel l'infraction ne peut être qu'un comportement volontaire.

* *
*

244. Conclusion du Titre 2 – Afin de parvenir à identifier les éléments constitutifs, il a été au préalable nécessaire de partir de leur fonction. Celle-ci est double car les éléments sont aussi bien un outil d'étude de *l'infraction* que *des infractions*. Dans ce second cas, elle prend une importance toute particulière, car l'intérêt des éléments n'est pas seulement de conditionner la caractérisation des infractions. Il est aussi de guider la qualification. Or, deux démarches sont concevables en matière de qualification : l'une est inductive, l'autre est comparative. Si la méthode comparative se suffit d'une vérification des diverses conditions posées par les textes, la démarche inductive nécessite pour sa part bien plus une analyse ordonnée des faits avant de conclure à la qualification adaptée. En pratique, la méthode de qualification emprunte des deux démarches. Elle implique une première analyse, permettant de dégager une qualification applicable, laquelle est suivie de la vérification de son applicabilité. Or, outre le fait que les éléments peuvent être un outil particulièrement utile dans l'analyse des faits qui est le point de départ nécessaire de toute qualification, il est également important qu'ils puissent répondre aussi bien aux exigences de la démarche inductive qu'à celles de la démarche comparative. La conception des éléments qui a été proposée est donc celle selon laquelle les éléments imposeraient des angles d'analyse du comportement. Une telle approche présente plusieurs avantages. Tout d'abord, elle permet de préserver l'intégrité de l'infraction. Celle-ci étant un comportement humain, elle est une entité indivisible. Il n'est donc pas cohérent d'imaginer que l'infraction est la résultante de l'adjonction de divers éléments. L'infraction existe en amont.

Ce n'est que sa qualification en tant qu'infraction et sa répression qui nécessitent différentes vérifications. Les éléments ne doivent donc pas être compris comme des conditions s'ajoutant les unes aux autres pour créer l'infraction. Ils doivent être compris comme des manières d'analyser ce comportement pour aboutir, éventuellement, à leur qualification pénale. Ainsi conçus, ils pourraient être un véritable outil de qualification, fondé sur la structure générale de l'infraction, et permettant d'en guider efficacement l'exercice.

Une fois une telle conception des éléments dégagée, il restait à identifier les éléments constitutifs, autrement dit, à déterminer le schéma devant être suivi dans l'exercice de qualification. Issu des principes applicables à la matière, ce schéma pourrait s'organiser autour de trois angles d'analyse. Le comportement devrait non seulement être apprécié d'un point de vue matériel, mais aussi d'un point de vue antijuridique et d'un point de vue moral. Ces trois angles d'analyse permettent non seulement de conclure à la qualification adaptée, mais aussi de vérifier l'applicabilité de la qualification pressentie.

245. Conclusion de la Partie 1 – L'identification des éléments constitutifs ne pouvait être envisagée qu'après un état des lieux de leur utilisation actuelle et de leur mobilisation dans l'analyse de l'infraction. Majoritairement, celle-ci semble devoir inévitablement passer par l'étude de ses trois (ou quatre) éléments. Les deux premiers sont issus d'une loi de 1791 et de l'utilisation qui en a été faite par la jurisprudence à des fins de politique jurisprudentielle. Réceptionnés et développés par la doctrine, l'élément matériel et l'élément moral ont été mis au service d'une étude générale et approfondie de l'infraction, parce qu'ils en révélaient la conception nécessairement subjective et mettaient en lumière les deux composantes essentielles de son existence. Par la suite, d'autres éléments déduits de la définition de l'infraction ont été identifiés. Ces éléments ne relevaient certes pas totalement de la même approche, mais ils montrent avec force l'intérêt des éléments constitutifs dans l'approfondissement de l'analyse de l'infraction et dans une volonté de définition. Liés à la définition générale de l'infraction, ils permettent de détailler sa structure. Par extension, ils auraient alors dû permettre l'étude de n'importe quelle incrimination.

Pourtant, l'utilisation des éléments rompt parfois ce lien particulier entre eux et *l'infraction*, parce qu'à l'occasion de l'étude des différents textes, ils tendent à devenir les éléments *des infractions*. Autrement dit, ils ne révèlent pas une structure invariable, mais permettent d'explicitier les différentes exigences contenues dans chacun des textes. Cette utilisation pourrait ne pas être vue comme une dérive, car elle est contemporaine au développement des éléments dans les ouvrages généraux. Mais elle atteste, en revanche, d'une ambivalence de l'outil et d'une utilisation parfois variable selon la matière et l'objet considéré.

L'état actuel de l'utilisation des éléments ne pouvait pas conséquent permettre ni d'identifier l'élément constitutif dans son acception générale, ni les éléments constitutifs. L'absence de cohérence en la matière aurait au reste pu conduire au rejet des éléments, ou du moins au constat de leur faible utilité. Toutefois, l'omniprésence des éléments en laisse apercevoir l'intérêt. Peut-on réellement aujourd'hui envisager un droit pénal sans les éléments constitutifs de l'infraction ? L'expression s'est imposée, elle est utilisée à profusion, parfois même avec excès. Le succès des éléments vient de ce qu'ils sont un outil d'analyse et de qualification en puissance. Dès lors que l'on en revient à leurs intérêts principaux, leur utilité est évidente. C'est donc une approche fonctionnelle qui a été choisie. Au regard de l'infraction, ils permettent de la préciser, de la conceptualiser. Au regard des infractions, ils ne permettent pas seulement de conditionner la qualification, ils permettent de la guider. Cette fonction particulière découle de leur caractère général et commun. Issus de la structure générale de l'infraction, ils se retrouvent nécessairement dans toutes les incriminations et permettent donc une qualification logique et ordonnée, celle-ci ne pouvant se faire qu'à l'issue d'une analyse du comportement sous ses différents angles. L'identification des éléments a alors été possible à partir des principes généraux qui sous-tendent

la conception moderne de l'infraction. Le droit pénal est une matière de principe et l'infraction ne peut être qu'une synthèse des différentes incriminations. Au contraire, toute incrimination répond à des règles préétablies. Le législateur n'est pas libre en la matière. De ces règles pouvait être déduite la structure idéale de l'infraction. Elle est un comportement volontaire, dont la répression est nécessaire, eu égard à sa gravité, laquelle trouve un critère objectif d'appréciation dans l'atteinte susceptible d'en résulter.

Les trois éléments dégagés tiennent donc à la matérialité, à la moralité et à l'antijuridicité. L'idée d'un schéma d'analyse doit conduire à établir un ordre dans la vérification de ces trois éléments. Chacun d'eux est forcément étroitement lié aux autres, car tous ont un même référentiel : le comportement apprécié dans sa complexité. La qualification ne devient certaine qu'après avoir analysé les faits sous ces trois angles qui relèvent de l'essence de l'infraction. La démarche inductive rend alors l'ordre d'analyse relativement évident. Le constat premier part le plus souvent du fait tangible ou de son résultat, car ce sont eux qui sont perceptibles par les sens. Mais une fois le résultat constaté, c'est à partir de l'examen des faits que la qualification peut être envisagée. La qualification ne peut que partir des faits matériels, leur analyse débouchant par suite sur l'appréciation de leur caractère attentatoire. À l'appréciation des premiers suit donc logiquement l'évaluation de leurs conséquences. L'appréciation de la volonté est, quant à elle, comme nous le verrons, conditionnée par les constats dégagés à l'occasion de l'appréciation du comportement sous ses angles matériel et antijuridique, de sorte qu'elle intervient au terme de l'analyse.

Le schéma de qualification ayant été dégagé, il reste désormais à préciser la composition exacte de chaque élément ainsi que leurs régimes, car beaucoup de doutes peuvent exister en la matière. Il ne suffit pas d'affirmer que l'infraction pénale est un comportement volontaire et antijuridique, encore faut-il préciser ce qu'il faut entendre par élément matériel, élément moral et élément antijuridique.

SECONDE PARTIE

L'analyse structurelle des éléments constitutifs

246. Les angles objectifs et l'angle subjectif – Les éléments peuvent être appréhendés comme des angles d'analyses du comportement dont l'étude conditionne la qualification pénale des faits. Au nombre de trois, ils s'agencent de manière logique et donnent un schéma guidant l'analyse du comportement.

Lors du choix de la qualification pressentie, l'analyse peut partir soit des faits en eux-mêmes, soit du résultat, dès lors qu'il est souvent le révélateur du type d'infraction commise. L'exercice de qualification nécessite toutefois une vérification minutieuse de l'ensemble des prévisions légales. Cette qualification part logiquement des données perceptibles et tangibles, autrement dit, des constatations objectives. Ces constatations se partagent entre l'élément matériel, renvoyant aux faits à proprement parler, et l'élément antijuridique consistant en l'atteinte à la valeur protégée. Cette dernière, qui prend corps dans le résultat de l'infraction, est la suite des faits accomplis. Il s'ensuit qu'élément matériel et élément antijuridique sont intimement liés. Ils le sont non seulement parce qu'ils portent sur le même référentiel – le comportement –, mais aussi parce qu'ils impliquent tous deux une analyse de l'infraction sous des angles objectifs et tangibles. À l'analyse du comportement sous ces deux angles s'ajoute une analyse plus subjective, permettant d'envisager la volonté de l'auteur des faits et de parfaire la qualification.

247. Nécessité d'approfondir la composition de chaque élément – L'intérêt d'approfondir la consistance des différents éléments est double. Elle est bien entendue pratique, car l'identification des éléments ne peut suffire à résoudre les problèmes pouvant naître à l'occasion

de la qualification. Les incriminations sont souvent circonstanciées, de sorte que les vérifications nécessaires lors de l'analyse du comportement sous ses différents angles sont multiples. Chacun d'entre eux pose des difficultés spécifiques, liées soit à la diversité des incriminations, soit aux ambiguïtés de l'analyse traditionnelle. La composition de chaque élément mérite donc d'être approfondie et précisée, tant d'un point de vue général qu'au regard de certaines catégories particulières d'infractions. Elle permettra de délimiter les deux éléments objectifs, mais aussi de préciser l'élément antijuridique tel qu'il a été proposé. Par ailleurs, l'élément moral pose des difficultés considérables. Parce qu'il est en lien avec la personne du délinquant, les exigences subjectives sont souvent partagées en doctrine entre l'infraction et la responsabilité. Une telle approche, si elle présente des avantages indéniables d'un point de vue répressif, n'est en rien conforme à la réalité et à l'intégrité de l'infraction.

L'on devine alors des enjeux subsidiaires. Car les éléments permettent de préciser la notion d'infraction, de la délimiter et de l'identifier. Pour se faire, il est indispensable de déterminer ce que recouvre chaque élément par leur analyse structurelle, afin de préciser la notion d'infraction. Par ailleurs, il est important déterminer les liens qu'elle entretient avec la responsabilité, autrement dit, de parvenir à la localiser dans le schéma plus large de la responsabilité. En effet, non seulement se prononcer en faveur de la réunion des données psychologiques au sein de l'élément moral emporte des conséquences non négligeables quant au schéma responsabilité, mais encore certains comportements pénalement sanctionnés ne répondent pas à la structure idéale dégagée. Pour autant, ils sont incontestablement des faits générateurs de responsabilité.

248. Double étude – La précision de la structure de l'infraction et de ses liens avec la responsabilité implique par conséquent de revenir sur chaque élément afin de le détailler. Schématiquement, les trois éléments peuvent être rattachés soit à une analyse objective du comportement concentrée sur des données tangibles, soit à une analyse subjective¹, concentrée sur la psychologie de l'auteur des faits. La structure de l'infraction sera donc étudiée à travers ses éléments objectifs (**Titre 1**) puis à travers son élément subjectif (**Titre 2**).

1. L'opposition est empruntée à Monsieur THÉVENON. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc. Monsieur THÉVENON fait le choix de la terminologie d'élément objectif plutôt que d'élément matériel. Il réserve la terminologie « matérielle » à l'activité physique de l'agent et précise qu'à côté de cette activité, il existe des faits constitutifs objectifs qui ne sont pas matériels, mais qui restent objectifs. *Ibid.*, p. 10.

Titre I

Les éléments objectifs de l'infraction

249. Difficultés – L'infraction appréciée sous ses angles objectifs appelle des constatations variées. Certaines dépendent directement des faits accomplis, d'autres des suites de ces faits. Il s'ensuit que les premières relèvent de l'élément matériel, les secondes de l'élément antijuridique.

Pour chaque élément, il sera nécessaire d'en délimiter et d'en préciser la constitution spécifique, puisque nous avons vu que les éléments ne pouvaient être que composites. Il faudra donc identifier la donnée principale de chacun, donnée systématique qui se retrouve toujours, qu'elle que soit l'infraction considérée. Par ailleurs, cette donnée doit toujours être appréciée dans son contexte¹, autrement dit, au regard des circonstances qui l'accompagnent. Les incriminations prévoient parfois une multitude de circonstances qu'il s'agira d'identifier pour chaque donnée principale. L'exercice est délicat, en raison de la démultiplication des données exigées par les textes. Ils sont aujourd'hui fortement circonstanciés. Cette tendance n'est pas tant liée au respect du principe de légalité qu'au développement d'un droit pénal de circonstance. Les incriminations deviennent une réponse à un fait particulier ou à une mode qu'il s'agit de décrire dans un texte en guise de réponse². La conséquence en est un accroissement des conditions prévues par les textes, sans que soit réellement suivie une logique d'ensemble.

250. Répartition des circonstances – Une répartition des circonstances exigées reste néanmoins possible et nécessaire³. Chaque donnée principale s'insère dans un contexte révélé

1. Le terme est ici pris au sens de l'« ensemble des circonstances dans lesquelles se produit un fait ». *Dictionnaire le Grand Robert*, v° Contexte.

2. A. GIUDICELLI, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007, p. 509 : « La société hypermoderne, soumise à l'urgence, marquée par l'individualisme et l'éphémère, est aussi consommatrice de règles pénales dont l'objet n'est parfois que de répondre à des besoins ponctuels ou à des demandes de circonstance : droit pénal « magique », « rite incantatoire », « instrument de politique spectacle », les expressions ne manquent pas pour désigner la fonction de communication que peut remplir à notre époque la norme pénale. »

3. Une telle répartition peut apparaître artificielle, mais elle est théoriquement nécessaire au regard de la rigueur qu'impose l'exercice de qualification.

par les particularités qui accompagnent et distinguent sa réalisation. S'intéresser aux circonstances de réalisation des faits nécessite donc de replacer le fait accompli dans son contexte factuel. L'élément matériel intègre fort logiquement diverses données, relatives au lieu, au temps ou encore à la qualité de l'agent. Quant à l'élément antijuridique, il s'agira du contexte dans lequel se réalise l'atteinte. Ce contexte ne peut s'apprécier qu'au regard de l'élément matériel qui l'a déjà grandement révélé. Lors de l'analyse du comportement sous son angle antijuridique, il reste à se demander si en plus de correspondre matériellement aux faits, le comportement a eu pour conséquence – ou était susceptible d'avoir pour conséquence – le résultat redouté par le législateur. Cet élément intégrera alors assez naturellement l'objet de l'atteinte, et les conditions de l'atteinte.

Malgré leur proximité, ces deux éléments ont donc des constitutions propres qui permettent d'analyser tant la dimension factuelle du comportement que sa dimension antijuridique, l'une comme l'autre ayant des conséquences sur la qualification retenue. Ce sont ces compositions qu'il s'agira de préciser, pour l'élément matériel tout d'abord (**Chapitre 1**), puis pour l'élément antijuridique (**Chapitre 2**).

Chapitre 1

L'élément matériel de l'infraction

251. Précision terminologique – L'élément matériel se définit en premier lieu comme un fait⁴, un acte⁵ ou plus largement une action, par laquelle l'infraction prend corps et se révèle⁶. Si les termes d'acte et de fait peuvent être tenus pour synonymes⁷, l'acte peut être distingué par sa coloration subjective. En doctrine allemande, l'appréciation de l'acte n'est ainsi pas purement objective. L'infraction est en premier lieu une action⁸, dont l'étude intègre à la fois des considérations objectives et des considérations subjectives⁹.

Le terme acte peut donc appeler une approche teintée de considérations mixtes. D'un point de vue purement sémantique, l'élément matériel peut tout à fait renvoyer à lui. Il semble même le terme le plus approprié dès lors qu'il induit une analyse de l'activité sous un angle matériel et objectif¹⁰. Toutefois, parce que le terme de « fait » est davantage objectif, il lui est préférable. L'idée n'est pas ici de dénier la dimension nécessairement subjective du comportement infractionnel, ni même d'opposer formellement une dimension objective à une dimension subjective. Mais l'appréciation des faits tout comme la comparaison entre le fait et le droit débute par une

4. G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 183, n° 157 ; X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 133, n° 147. V. égal. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 521, n° 664.

5. B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 213, n° 224. Les termes d'acte et de fait sont au demeurant souvent tenus pour synonyme.

6. En ce sens, J. PINATEL, « L'élément matériel de l'infraction devant la criminologie et les sciences de l'homme », art. préc. V. égal. P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, *op. cit.*, p. 182, n° 111.

7. Dans le dictionnaire Littré, le fait est défini en premier lieu comme la chose faite, l'acte, l'action. À l'inverse, l'acte est défini dans dictionnaire Larousse comme la « manifestation concrète de l'activité volontaire de quelqu'un, considérée en tant que fait objectif et accompli ».

8. V. A. KAUFMANN, « Le rôle de la notion d'acte en droit pénal allemand » in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 21, *op. cit.*

9. V. *supra*, n° 241. Cette approche s'explique par le fait qu'il s'agit pour la doctrine allemande d'apprécier la typicité du comportement. Autrement dit, il importe de s'assurer que l'action accomplie et l'action décrite correspondent l'une à l'autre. Dès lors, il est nécessaire de l'apprécier globalement, tant d'un point de vue objectif que subjectif.

10. *Contra*, C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 30, n° 26, qui estime que dès lors que l'extériorisation de la volonté délictueuse peut prendre n'importe quelle forme (action ou abstention), il est impossible d'attacher le mot acte à l'expression élément matériel.

constatation du fait accompli. Elle permet d'orienter la qualification, autant qu'elle permet de révéler l'infraction.

252. Un élément complexe – Dès lors qu'il renvoie aux faits matériellement constatables, l'élément matériel ne présente à première vue que peu de difficultés. Il en résulte que, contrairement à l'élément moral ou même à l'élément antijuridique, il a fait l'objet de peu d'études dédiées¹¹. Pourtant, il est un élément complexe du fait de la large définition traditionnelle qui en est faite (il a théoriquement vocation à intégrer l'ensemble des données objectives et tangibles) et variable du fait de la très forte diversité des comportements incriminés. En outre, les textes ne visent que très rarement un fait envisagé isolément, de sorte que la caractérisation de l'élément matériel appelle différentes vérifications.

Dans l'analyse objective et factuelle du comportement en vue de sa qualification, le fait accompli est donc fondamental ; il est la composante décisive de l'élément matériel (**Section 1**). Mais ce fait ne peut être appréhendé isolément. Il ne peut être apprécié que dans son contexte. L'exercice de qualification implique donc aussi de s'attacher aux circonstances accompagnant la réalisation du fait (**Section 2**).

Section 1 – Le fait, composante décisive de l'élément matériel

253. Fait et variations du fait – Envisagé comme la dimension matérielle de l'infraction, l'élément matériel a traditionnellement vocation à intégrer différentes données. Dans beaucoup de manuels, il est exposé à travers l'étude du comportement, celle du résultat et celle de la causalité¹². Ainsi compris, il renvoie effectivement à tout ce qui est matériellement et physiquement perceptible. Il est, en quelque sorte, la partie visible de l'infraction. Traditionnellement, l'élément matériel était d'ailleurs désigné par l'expression « corps du délit »¹³. Selon ORTOLAN, l'expression est utilisée « en faisant abstraction de la nature morale qui s'y trouve unie forcément. [Elle] est prise au sens physique, pour désigner l'ensemble complet des éléments matériels dont

11. Constatant qu'il n'y a ainsi pas de théorie de l'élément matériel comme il peut y en avoir une de l'élément moral, F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, op. cit., p. 215.

12. V. not. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 174, n° 302 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 339, n° 399 (encore que cet auteur préfère la notion de préjudice à celle de résultat) ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 395, n° 431 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 134, n° 148. Pour une analyse du résultat comme élément constitutif distinct et propre à l'infraction matérielle, v. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 473, n° 1195.

13. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 484, n° 1132.

se forment le délit »¹⁴.

Une approche plus stricte de l'élément matériel est toutefois nécessaire dès lors que l'on retient un élément antijuridique. Certaines données en lien avec le caractère attentatoire du comportement trouveront leur place dans cet élément plutôt que dans l'élément matériel qui se concentre en premier lieu sur le fait accompli, fait qui se révèle être la donnée principale de l'élément matériel (I). La diversité des infractions impose tout de même davantage de précisions, car il est susceptible de prendre des formes différentes selon le type d'infraction commise. Ainsi est-il nécessaire d'en étudier les variations (II), afin de préciser ce qu'il faut entendre par *fait accompli*.

§ 1. Le fait à titre principal

254. La complexité de l'élément matériel – L'élément matériel est, *a priori*, l'élément le plus facile à cerner, ce qui explique du reste le peu d'études qui lui sont consacrées. Il renvoie à l'évidence au fait accompli par l'agent, constitutif d'une infraction particulière. Mais en disant cela, a-t-on réellement tout dit ? Car, en définitive, que faut-il entendre par *fait accompli* ? En réalité, l'élément matériel se distingue par sa grande complexité, non du seul fait de son caractère composite, mais aussi du fait d'incertitudes dans sa conceptualisation. Complexe, il l'est tout d'abord théoriquement. L'on se souvient que deux approches de l'élément matériel sont possibles¹⁵. Dans une première, l'exigence d'un fait ne sert qu'à faire obstacle à la répression de l'opinion. Il est exigé pour lui-même, parce que le droit pénal ne doit pas réprimer que des comportements matériels. Dans une seconde approche, plus subjective, l'élément matériel est le révélateur de la volonté, sa matérialisation. Les deux approches se rejoignent sur l'exigence du fait matériel, mais elles sont théoriquement très différentes, parce qu'elles prêtent à l'élément matériel deux fonctions distinctes. Complexe, il l'est aussi sous un aspect plus pratique, parce qu'en tant qu'attitude, il renvoie à tous les faits accomplis par l'agent, tout au long de son entreprise criminelle, non à un fait en particulier. L'élément matériel apparaît inséparable de l'analyse de l'*iter criminis*. L'on pourrait alors hésiter sur le point de savoir ce qui constitue vraiment à titre principal l'élément matériel, tant il est vrai qu'il s'agit d'apprécier le comportement – et donc l'activité matérielle – dans son ensemble sous son angle matériel et factuel.

On le voit donc, si l'élément matériel apparaît à première vue se distinguer par sa simplicité,

14. *Ibid.* V. égal. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 60-61, n° 36 : « L'infraction implique toujours un acte extérieur de l'homme. [...] Ces actes, dont l'ensemble forme le corps du délit, c'est-à-dire le délit lui-même envisagé dans ses éléments externes ou physiques, abstraction faite de ses éléments internes ou moraux (le délinquant), peuvent consister, soit en des actions (faire), soit en des inactions (ne pas faire). »

15. V. *supra*, n° 172.

il est en réalité marqué d'une très forte complexité, aussi bien théorique (A), que pratique (B). Affirmer qu'il est un fait à titre principal ne peut donc suffire, il faut approfondir son étude pour pouvoir préciser le propos.

A. La complexité théorique de l'élément matériel

255. Conception subjective et conception objective – Initialement objectif, l'élément matériel tenait en doctrine classique et néo-classique à l'exigence d'un fait nuisible, troublant l'ordre public. L'acte est exigé pour lui-même, parce que le droit pénal n'a pas pour objet la pensée, même coupable. La répression intervient à raison du trouble matériel causé. La volonté demeure fondamentale, au moins dans la doctrine néo-classique, mais l'approche est objective : la volonté est prise en compte parce qu'elle accompagne un acte nuisible à la conservation ou au bien-être de la société. L'ouvrage d'ORTOLAN illustre parfaitement cette première approche. Il écrit : « C'est dans la diversité des faits par lesquels le droit est violé et l'intérêt social compromis que gît la diversité des délits [...]. Nous savons que ces faits ne peuvent être que des actions ou inactions de l'homme, à l'extérieur, réunissant ce double caractère, d'une part qu'elles soient contraires à la justice absolue, et d'autre part que la répression en importe à la conservation ou au bien-être social. »¹⁶

À l'inverse, l'élément matériel peut n'être appréhendé que comme la matérialisation de la pensée coupable. La volonté n'échappe au droit pénal que tant qu'elle ne s'est pas matérialisée. La fonction de l'élément matériel est ici modifiée. Il ne s'agit pas d'exiger un acte troublant l'ordre public. L'élément matériel permet en réalité d'appréhender la volonté de l'auteur des faits. La sanction n'a pas comme source première le fait, elle a pour source première la volonté. Partant du même principe *nemo cogitationis poenam patitur*, l'élément matériel peut donc être appréhendé de deux manières et se voir prêter deux fonctions différentes.

Si la jurisprudence retient une conception mixte du commencement d'exécution, les définitions doctrinales de l'élément matériel se partagent entre les deux approches. À la faveur du mouvement de subjectivation de la responsabilité pénale, beaucoup d'auteurs retiennent une définition subjective de l'élément matériel, mais sans qu'un consensus réel puisse être observé. Il est défini par Messieurs MERLE et VITU comme « la manifestation extérieure de la volonté délictueuse sous la forme des gestes et attitudes décrits par la loi d'incrimination »¹⁷, ou encore comme « le révélateur d'une attitude psychologique particulière » par Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON¹⁸. À l'inverse, il est « l'attitude positive ou négative réprimée par la

16. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 338, n° 798-799.

17. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 604-605, n° 479.

18. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 172, n° 302. Retenant également une définition subjective : J. PINATEL, « L'élément matériel de l'infraction devant la criminologie et les sciences de

loi » pour Madame RASSAT ou Monsieur PRADEL¹⁹.

256. Conséquences – Si la différence peut paraître essentiellement théorique, l'approche retenue de l'élément matériel aura deux conséquences. La première tient au degré minimal d'intervention du droit pénal. Dans une approche objective, il s'agira d'un acte déjà nuisible et attentatoire à l'ordre public. Des actes préparatoires pourront être incriminés à titre autonome, mais exceptionnellement parce qu'ils sont déjà en eux-mêmes particulièrement graves et attentatoires. Dans une approche subjective, l'acte devra permettre de révéler la témébilite de son auteur²⁰. Or, celle-ci peut être révélée par des actes moins marqués par leur caractère nuisible ; plus éloignés encore de l'atteinte. L'approche subjective autorise davantage une répression anticipée, parce qu'elle est centrée sur la dangerosité révélée, non sur la nuisance. L'autre conséquence tient, fort logiquement et dans le même ordre d'idées, à la définition retenue du commencement d'exécution. Les deux problématiques sont intimement liées. La fonction que l'on donne à l'élément matériel a des conséquences aussi bien sur la détermination du seuil général d'intervention du droit pénal (détermination du types de faits pouvant être incriminés), que sur celle de son seuil spécial lorsque l'infraction n'est pas totalement consommée (définition du commencement d'exécution et admission plus ou moins large de la répression de la tentative).

Il est certain que l'élément matériel est un révélateur d'une volonté délictuelle. Mais il y a une différence fondamentale entre le fait d'admettre que lorsque la volonté délictuelle s'est révélée matériellement, elle doit être saisie par le droit pénal²¹ et le fait de considérer que l'élément matériel n'est que le révélateur de la pensée. Dans un cas, le droit pénal saisit le fait pour lui-même, dans l'autre il saisit la pensée par le fait. L'on peut s'interroger à ce titre sur le point de savoir si l'objet premier du droit pénal est réellement la pensée coupable et si c'est elle que la peine vient sanctionner²². Une approche trop fortement subjective ne rapproche-t-elle pas

l'homme », art. préc., et P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., p. 182, n° 111 : l'élément matériel est « le fait extérieur par lequel l'infraction se révèle » ; B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 213, n° 224, retenant une définition similaire ; C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 30, n° 26. Dans une décision récente, le Conseil constitutionnel a retenu une approche subjective, censurant partiellement l'incrimination de délit d'entreprise terroriste individuelle prévu par l'article 421-2-6 du Code pénal. Il a estimé en effet qu'en incriminant la recherche des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui, sans circonscrire les actes de recherche concernés, « le législateur a permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction ». Cons. const., 17 avr. 2017, n° 2017-625 QPC ; *D. actualités* 2017, obs. D. GOETZ, cons. 17.

19. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 314, n° 267, et J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 339, n° 399. Retenant également une définition plus objective, F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 395, n° 431 ; G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général*, op. cit., p. 183, n° 157 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 133, n° 147.

20. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 146, n° 64.

21. Dans ce cas, « le souci de protéger les libertés individuelles cède devant la nécessité de garantir l'ordre public ». E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 521, n° 664.

22. Dans la conception subjective, la peine vient sanctionner davantage la volonté que l'on a pu appréhender grâce au fait que le fait volontaire lui-même. Rejoignant cette problématique, v. E. DREYER, « L'objet de la sanction

excessivement le droit pénal de la morale ? L'exigence d'un fait limite le risque d'arbitraire²³, ainsi que l'immixtion du droit dans le for intérieur des individus. L'élément matériel révèle la pensée coupable et en est la matérialisation, mais ce n'est pas là sa seule fonction : il est aussi et avant tout, pensons-nous, un fait pouvant avoir des conséquences dommageables pour la société et les individus. La définition et la conception retenue de l'élément matériel n'ont d'enjeux que théoriques, puisqu'en pratique, le fait est toujours exigé. Cependant, même théorique, elle reste fondamentale parce qu'elle participe de l'orientation générale de la matière et de son seuil minimal d'intervention. Qu'il ait ou non pour fonction première la matérialisation de la volonté, la définition de l'élément matériel comme une attitude soulève une dernière difficulté lorsque l'on tente d'identifier ce qui le caractérise à titre principal. Il est souvent défini comme une attitude²⁴. Ainsi entendu, l'élément matériel ne désigne donc pas le seul fait accompli. Il intègre plus largement « tous les actes dont la commission est synonyme de criminalité ou de délinquance »²⁵, ce qui rend mal aisé la détermination de sa donnée principale.

B. La complexité pratique de l'élément matériel

257. Élément matériel et *iter criminis* – Défini comme une attitude, le comportement ne semble pas renvoyer simplement au fait marquant l'exécution de l'infraction. L'étude de l'élément matériel emporte deux enjeux qui se rejoignent. Elle implique de définir abstraitement l'élément matériel, autrement dit de déterminer à partir de quel moment un comportement peut être saisi par le droit pénal au titre d'une infraction. Elle implique en outre de régler le sort de l'infraction non consommée²⁶, autrement dit, de déterminer à partir de quel moment le comportement peut être appréhendé par le droit pénal alors même que le résultat redouté n'est pas survenu.

L'étude de l'élément matériel est donc indissociable de celle de l'*iter criminis*, si bien qu'elle passe notamment par celle de la tentative et du commencement d'exécution²⁷. Pendant longtemps, la tentative a d'ailleurs été le seul point développé par les auteurs. Beaucoup ne

pénale », art. préc., et du même auteur, « Droit pénal : droit de l'infraction ou droit du délinquant ? » in *Faut-il rethoriser le droit pénal ?*, colloque des 13-14 oct. 2016, Orléans, op. cit.

23. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 521, n° 664.

24. En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 314, n° 267 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 341, n° 400.

25. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 173, n° 163.

26. Ces deux enjeux apparaissent assez explicitement dans le précis de GARRAUD. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 145, n° 63.

27. Il est toutefois à noter que certains auteurs font remarquer que l'*iter criminis* ne se conçoit que pour les infractions de commission, les infractions d'omission dès lors que l'abstention consomme l'infraction sans stade antérieur possible. P.-E. TROUSSE, *Droit pénal, Les Nouvelles. Corpus juris belgici*, t. 1, Larcier, Bruxelles, 1956, vol. 1, n° 2348.

proposaient d'étude de l'élément matériel qu'à travers elle²⁸. Aujourd'hui, elle s'est diversifiée en raison de la grande disparité des comportements incriminés. L'élément matériel permet une classification des infractions selon le type de fait décrit. Sont donc expliqués les différents modes de commission des infractions, ainsi que les variations dans la durée que l'élément matériel peut connaître. Néanmoins, l'étude de l'*iter criminis* demeure intimement liée à celle de l'élément matériel, de sorte que son étude intègre toujours, le plus souvent, celle de la tentative²⁹.

Or, dès lors que l'élément matériel est appréhendé et expliqué à travers les différentes étapes du chemin du crime, il semble, par extension, que l'analyse concrète de l'élément matériel d'une infraction n'invite pas seulement à s'attarder sur le fait d'exécution, mais plus globalement sur tous les actes y ayant mené. Lorsque Monsieur MAYAUD définit le comportement comme « tous les actes » synonymes de criminalité ou délinquance³⁰, n'invite-t-il pas à apprécier tout l'*iter criminis*, c'est-à-dire tous les actes concrètement réalisés et qui ont mené, éventuellement, à la consommation de l'infraction ? En tant qu'attitude, l'élément matériel ne peut se cantonner à un acte en particulier. Il conduit très certainement à apprécier tout le comportement sous un angle objectif. Toutefois, à titre principal, l'élément matériel a besoin d'un référent. Qu'il puisse varier dans son intensité, tant dans l'incrimination que dans l'infraction, ne fait pas de doute. Mais à titre principal, l'élément matériel renvoie toujours à un fait particulier, celui d'exécution de l'infraction.

258. Unité du fait – Appréhender dans sa globalité, l'élément matériel renvoie sans aucun doute au comportement ; à l'activité. Il invite à analyser l'ensemble des faits accomplis par l'agent ainsi que les circonstances dans lesquelles ces faits ont pu se dérouler. Mais plus particulièrement, il conduit à isoler, dans la masse des faits accomplis, le fait marquant l'exécution de l'infraction – ou à défaut celui qui s'apparentera à son commencement d'exécution –, parce que c'est ce fait qu'il s'agira de comparer. Ceci ne signifie pas pour autant que ce fait soit forcément singulier. Il peut être un ensemble, soit par exemple des coups portés ou des manœuvres. Mais il ne s'agit pas là de s'intéresser à l'ensemble des faits ayant mené à la réalisation de l'infraction. Il s'agit d'isoler le fait – ou ensemble de faits – caractéristique de l'élément matériel d'une infraction en particulier. En d'autres termes, analyser le comportement sous son angle matériel,

28. V. par ex. P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, op. cit., p. 63, n° 63, et R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 145, n° 63.

29. La tentative est donc traitée soit au titre de l'étude du résultat (v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 625, n° 493 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 186, n° 324 ; J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 353, n° 417), soit en lien avec l'élément matériel (v. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 314, n° 267 ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 412, n° 449 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 147, n° 165). Traitent à l'inverse la tentative dans des développements à part, Messieurs BOUZAT et PINATEL (P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., p. 287, n° 198), ainsi que Monsieur DREYER (E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 695, n° 919).

30. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 173, n° 163.

c'est effectivement retracer matériellement le chemin du crime de l'agent, mais dans le but de parvenir à identifier le fait susceptible de correspondre à l'élément matériel d'une incrimination.

259. Facilité théorique de détermination du fait – Théoriquement, la détermination du fait constitutif de l'élément matériel est relativement aisée. Comme l'ont déjà fait remarquer des auteurs, la définition des infractions débute le plus souvent par l'expression « le fait de »³¹. Dans d'autres cas, l'infraction sera définie par un nom commun qui en marquera la matérialité. Parfois, ce fait ou nom sera expressément précisé, même s'il revient le plus souvent à la jurisprudence de définir exactement les termes et ce qu'ils recouvrent. Ainsi, le vol est une soustraction³², l'abus de confiance le fait de détourner³³, l'embuscade le fait d'attendre³⁴. Schématiquement, le fait principal caractérisant l'exécution de l'infraction est très fréquemment le verbe employé dans le texte ou le nom servant à la définir. Malgré des hésitations qui peuvent survenir sur le sens à accorder à ces verbes, la description abstraite du comportement est relativement précise.

À l'inverse, parfois, le fait principal est décrit en des termes relativement larges ou appréhendé à travers son seul résultat. C'est alors à partir d'une analyse plus globale du comportement décrit par le texte qu'il sera possible d'isoler le fait visé. Par exemple, le meurtre est « le fait de donner volontairement la mort à autrui »³⁵. Le verbe « donner » implique un comportement positif, mais il ne donne pas de réelle indication sur la consistance exacte de l'élément matériel. L'on déduit toutefois du comportement décrit qu'il s'agira de coups, de violences, de tout fait positif accompli et pouvant conduire au résultat mortel³⁶. D'un point de vue théorique, la détermination du fait matériel incriminé ressortira donc soit avec une certaine évidence du vocable employé³⁷, soit imposera tout d'abord d'apprécier globalement le comportement décrit, afin d'isoler et de préciser la nature des faits pouvant entrer dans les prévisions légales. L'analyse des incriminations n'est par conséquent pas différente de l'analyse du comportement accompli. Il importera théoriquement de parvenir à identifier les faits matériels susceptibles d'entrer dans le champ de l'incrimination, tout simplement parce que le comportement accompli ne pourra être qualifié que s'il correspond matériellement aux prévisions légales.

31. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 521, n° 664. ; F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 395, n° 431.

32. Code pén., art. 313-1.

33. *Ibid.*, art. 314-1.

34. *Ibid.*, art. 222-15-1.

35. *Ibid.*, art. 221-1.

36. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 26, n° 52.

37. Et même si ce vocable peut ensuite conduire à des difficultés d'interprétation.

260. Fait principal et exécution achevée – C'est ainsi le fait principal, ou plus exactement le fait correspondant à l'exécution matérielle et achevée³⁸ de l'infraction qui est la composante principale de l'élément matériel. En soi, l'exécution de l'infraction correspond à « une succession d'actes dirigés vers la consommation de l'infraction »³⁹. Elle est un « processus »⁴⁰ pouvant s'inscrire dans une certaine durée. En d'autres termes, elle débute d'un point de vue matériel avec les actes préparatoires et s'achève au terme des actes d'exécution proprement dits, car c'est en effet avec la réalisation du fait principal prévu par le texte que l'exécution de l'infraction prend fin⁴¹. C'est au regard de la seule matérialité des faits, de ce que *fait* l'agent, que l'élément matériel doit être apprécié et délimité. Et à cet égard, ses suites importent peu. L'infraction est exécutée dans sa totalité au moment où le fait décrit (schématiquement, le verbe) est accompli totalement, que le résultat s'en soit suivi ou non⁴². Dans le cas du vol, par exemple, l'exécution de l'infraction sera matériellement achevée dès lors que la soustraction aura eu lieu, c'est-à-dire au moment où la chose aura été prise et/ou déplacée et indépendamment encore de l'atteinte à la propriété que la soustraction crée. Que l'agent conserve la chose, la revende, la détruisse⁴³ ou la restitue ne change rien à la caractérisation matérielle du vol. Éventuellement, ces suites pourront constituer le fait principal d'autres infractions⁴⁴, mais l'exécution de l'infraction de vol s'achève, elle, avec la soustraction⁴⁵. C'est ce fait qui constitue la donnée principale de l'élément matériel, car c'est autour de lui que se jouera la qualification. Il servira de référence, que ce soit au regard de l'infraction consommée ou au regard de l'infraction tentée.

261. Difficulté pratique de détermination du fait – En pratique, toutefois, la détermination du fait principal peut être complexe. Il peut s'insérer dans un comportement plus global et, surtout, ne se résume que rarement à ce que prévoit la loi. C'est la raison pour laquelle

38. Sur l'exécution achevée, v. A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, th. préc., p. 170, n° 255. Il s'agit du moment auquel tous les actes d'exécution de l'infraction ont été réalisés, c'est-à-dire le moment auquel l'exécution telle que prévue par l'incrimination est arrivée à son terme.

39. *Ibid.*, p. 170, n°s 255 et s.

40. *Ibid.*, p. 170, n° 255.

41. V. néanmoins A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, th. préc., p. 372, n° 509, estimant que « l'exécution prend fin avec le rôle actif de l'agent ». Cette idée de rôle actif ne peut toutefois s'apprécier qu'au regard d'une incrimination en particulier.

42. La réalisation du résultat marque elle la consommation de l'infraction, encore que celle-ci soit également conditionnée par les autres éléments de l'infraction.

43. Si la Cour de cassation admet la répression sur le terrain du vol de l'appréhension d'une chose pour la détruire (v. Cass. crim., 12 mars 1969 ; *D.* 1970, p. 385, note M. DELMAS-MARTY ; *JCP* 1970, II, 16536, note R. DE LESTANG, et Cass. crim., 14 janv. 1986 ; *D.* 1986, IR, p. 405, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE), la doctrine est parfois critique à ce sujet. La qualification de vol est alors choisie au détriment de celle de destruction de bien, qui voit son champ d'application corrélativement restreint. V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 148, n° 120.

44. Encore que le concours réel soit alors exclu, car les faits peuvent dans certains de ces cas se révéler indivisibles, de sorte que seule une qualification sera retenue. Ce sera notamment le cas pour le vol suivi du recel. V. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 495, n° 633.

45. Même dans l'hypothèse où cette soustraction prendrait un certain temps, l'exécution s'achèvera lorsque la soustraction sera effective.

l'opération de qualification a pu être comparée à un jeu de construction⁴⁶. Il s'agira soit pour le juge d'isoler au sein d'une pluralité de faits celui ou ceux caractérisant l'élément matériel d'une infraction, soit, à l'inverse, à partir de différents faits séparés, de les assembler afin de reconstruire le fait matériel constitutif d'une infraction. L'enjeu demeure quoi qu'il en soit inchangé. Le juge devra parvenir à isoler ou à reconstituer le fait principal correspondant à une incrimination en particulier. L'analyse du comportement sous son angle matériel conduit donc systématiquement et logiquement le juge à apprécier l'ensemble des actes accomplis par l'agent et à retracer le chemin parcouru. Mais cette analyse est dirigée vers un but particulier au moment de l'appréciation objective des faits, celui d'isoler le fait principal accompli sera déterminant de la qualification. La grande variété des incriminations a néanmoins pour conséquence de fortes variations en ce domaine, le fait pouvant varier dans sa nature et dans son intensité.

§ 2. Les variations du fait

262. Multiplicité des variations – Le fait principal des incriminations varie dans sa consistance d'une infraction à l'autre. Il peut être d'omission, de commission, complexe, répété, etc. Il est par conséquent nécessaire de s'intéresser à ces différentes variations afin de voir, selon les catégories d'infractions, ce qu'il faut entendre par fait principal d'exécution.

L'élément matériel est depuis longtemps utilisé par la doctrine au service d'une classification des infractions, selon la forme particulière exigée dans les textes. Cette fonction de l'élément matériel n'est en rien remise en cause par la conception proposée des éléments. Il est ici simplement nécessaire de s'assurer que les variations du fait ne sont pas susceptibles de remettre en cause l'analyse selon laquelle l'élément matériel serait à titre principal composé du fait marquant l'exécution de l'infraction.

263. Exclusion des variations dans la durée – Il faut préciser que les classifications opérées à partir du type de fait incriminé concernent le mode de commission ou la durée. Toutefois, les variations dans la durée ne sont pas propres à l'élément matériel. Si la doctrine étudie traditionnellement ces variations au titre de cet élément, il est plus juste de considérer que le caractère continu ou instantané affecte, non pas seulement l'élément matériel, mais l'infraction dans sa globalité. Ceci est d'autant plus vrai lorsque l'on admet l'existence d'un élément antijuridique. C'est en effet le comportement dans son entier qui s'inscrit ou non dans le temps et, en la matière, les éléments moral et antijuridique sont tout aussi déterminants que l'élément matériel dans la fixation du seuil de consommation. L'étude du comportement sous son angle matériel est donc *a priori* indifférente à la durée du fait qui pourra certes être

46. V. J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, op. cit.

matériellement constatée, mais qui n'influera pas sur sa caractérisation. En outre, ces variations dans la durée ne sont pas en lien direct avec la structure interne de l'infraction, du moins, n'affectent-elles pas la teneur de l'élément matériel. Il ne s'agit alors que de s'intéresser au temps de la consommation, mais non à la consistance du fait. Ne seront donc étudiées ici que les variations du fait dans son intensité, autrement dit dans son mode de commission (**A**). Une difficulté particulière liée à l'infraction complexe dans laquelle le fait est présenté comme plural mérite en outre des développements complémentaires (**B**).

A. Les variations dans le mode de commission

264. Diversité – La première distinction pouvant être faite dans le mode d'exécution des infractions est entre les infractions d'omission et les infractions de commission. Le fait principal peut ainsi prendre différentes formes : il peut être un fait commis ou il peut être un fait omis ; il peut être positif ou il peut être négatif ; il peut être un comportement actif ou un comportement passif.

265. Le fait de refus – Ces différentes formes de commission ne renvoient pas toutes à la même chose. Le fait commis est par hypothèse positif et actif, mais, dans certaines hypothèses, pourra se traduire par un refus et, sans devenir totalement négatif, sera une inaction. Les hypothèses de sanction d'un refus sont relativement nombreuses et variées. La discrimination se commet matériellement par une distinction opérée⁴⁷, celle-ci pouvant prendre la forme d'un refus de fourniture d'un bien ou d'un service ou d'un refus d'embaucher⁴⁸. De même, la non-représentation d'enfant a pour fait principal d'exécution un refus. Il s'agit alors de « refuser indûment de représenter un enfant mineur à la personne qui a le droit de le réclamer »⁴⁹. Il n'y a dans ces hypothèses pas d'action accomplie au sens strict du terme, les infractions se caractérisant justement par l'absence de réalisation du fait attendu. Toutefois, il ne s'agit pas là d'un acte d'omission. Le fait demeure un fait positif – celui de refuser – bien qu'il se traduise concrètement négativement, autrement dit, par une inaction.

De même en est-il lorsque l'infraction se caractérise matériellement par un comportement strictement passif. Il pourra néanmoins demeurer un fait de commission. L'ancien délit de racolage pouvait par exemple se commettre de cette manière, l'article visant aussi bien le comportement actif que l'attitude passive⁵⁰. Le comportement, passif, n'en reste pas moins une attitude positive. Un autre exemple peut être trouvé dans le délit de prise illégale d'intérêt

47. Code pén., art. 225-1.

48. *Ibid.*, art. 225-2, 1°, 3° et 6°.

49. *Ibid.* art. 227-5. Le déni de justice relève de la même logique. Le contexte est différent, mais l'infraction demeure caractérisée par un refus, celui de rendre justice. *Ibid.* art. 434-7-1.

50. *Ibid.* art. 225-10-1, abrogé.

incriminé à l'article 432-12. Cette infraction pourra se commettre par un fait principal actif (prendre un intérêt quelconque) ou passif (conserver un intérêt)⁵¹, qui rejoint alors toutefois dans cette hypothèse l'abstention. Dans tous les cas, il est possible d'identifier un fait, qu'il soit passif ou de refus, marquant l'exécution achevée de l'infraction.

266. Le fait omis – Le cas de l'abstention peut à l'inverse paraître plus problématique. Si le fait positif de commission reste de loin le plus fréquent, des hypothèses d'infractions d'omission se rencontrent toutefois également et de plus en plus fréquemment⁵². Outre le fait qu'il est passif, le fait est, pour ces infractions, un fait d'omission et d'inaction. Parler de fait d'exécution pour une abstention peut alors sembler inapproprié. L'infraction ne se commet pas matériellement par un fait, elle se commet justement par l'absence de fait. Ces infractions viennent le plus souvent garantir le respect d'obligations résultant soit de réglementations ou législations particulières (non-déclaration d'accouchement⁵³), soit de décisions de justice (abandon de famille⁵⁴), soit encore de devoir de solidarité sociale⁵⁵ (non-assistance à personne en péril⁵⁶). Matériellement, ces infractions sont exécutées lorsque l'obligation pesant sur l'agent n'est pas respectée.

Retranscrire la matérialité de ces infractions par l'exigence d'un « fait » peut donc paraître inapproprié, non pas qu'elles soient totalement dépourvues de matérialité, mais parce qu'elles s'exécutent justement par l'absence du fait normalement attendu. En outre, ces infractions d'omission se distinguent du reste des infractions de commission du point de vue de la conception de l'élément matériel. Si l'on admet que l'élément matériel est la matérialisation de la pensée coupable, l'objection est d'autant plus forte parce que, dans l'infraction d'omission, l'intention de l'auteur ne s'est justement pas matérialisée physiquement.

Il faut toutefois tempérer ces objections. Tout d'abord, la volonté blâmable se matérialise aussi dans l'abstention. Ne pas soumettre à une obligation dont on a parfaitement connaissance traduit la volonté de s'y soustraire. De même en est-il de celui qui passe son chemin devant une personne nécessitant une assistance. L'absence d'intervention de sa part traduit au minimum une indifférence à la valeur protégée qui se matérialise dans l'abstention. Certes, il est alors plus complexe de savoir si l'absence de réaction est la matérialisation d'une pensée⁵⁷, mais cette

51. *Ibid.* art. 432-12.

52. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 526, n° 668. Le droit pénal technique contient beaucoup d'infractions d'abstention et son développement participe donc de cet essor.

53. Code pén. art. 433-18-1.

54. *Ibid.* art. 227-4. Refusant toutefois d'y voir un délit d'omission, M. ROLLAND, « Le délit d'omission », *RSC* 1965, p. 583. Il y aurait dans ces hypothèses un refus d'agir, matérialisant une volonté de se soustraire à l'obligation en cause et caractéristique donc d'un acte positif.

55. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 613, n° 485.

56. Code pén., art. 223-6 al. 2.

57. V. D. REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, 1993, Thèse, Lyon, p. 7, n° 4.

matérialisation sera déduite de la connaissance du péril ou de la conscience de l'obligation⁵⁸. Au regard de la conception objective de l'élément matériel, la difficulté est d'ailleurs moindre, car le comportement, même d'abstention, peut être nuisible à la société, ce qui apparaîtra d'autant plus évident lorsqu'un dommage n'aura pas été empêché. Par ailleurs, si le terme de fait n'est pas parfaitement adapté pour un comportement passif, le comportement demeure matériellement perceptible. Il s'observe, comme le souligne Monsieur DREYER, « par rapport à son environnement qui n'a pas été modifié comme il aurait dû »⁵⁹. L'infraction sera donc exécutée totalement au moment à l'action positive attendue de l'agent ne sera pas accomplie, soit que l'abstention traduise un refus – et dans ce cas, il est tout à fait possible d'y voir un fait –, soit qu'elle soit véritablement un comportement passif. L'omission reste un « acte humain », une « conduite humaine »⁶⁰, malgré tout. Passif et négatif, le comportement n'en devra pas moins pouvoir être constaté objectivement et matériellement⁶¹.

Les principales variations dans le mode de commission du fait ayant été envisagées, il faut désormais s'attarder sur un cas particulier relatif à la pluralité de faits. Il s'agit de l'hypothèse des infractions complexes.

B. La pluralité de faits

267. Préalable : la distinction entre les infractions complexes et d'habitudes – Dans leur définition traditionnelle, les infractions complexes sont celles qui nécessitent au titre de leur élément matériel la réalisation de plusieurs actes. Plus exactement, les infractions complexes sont celles « dont la consommation suppose [...] l'accomplissement de plusieurs actes matériels de nature différente »⁶². Deux choses sont à remarquer à partir de cette définition. Tout d'abord, la précision selon laquelle les actes doivent être de nature différente permet de

58. *Ibid.*, p. 606, n° 609.

59. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 526, n° 669.

60. D. REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, th. préc., p. 11, n° 8.

61. Malgré le fait que les hypothèses d'infraction d'omission se multiplient, elles restent bien moins fréquentes que celles de commission. Par ailleurs, la répression des abstentions est strictement conditionnée par leur prévision dans les incriminations. Le refus d'assimilation du comportement passif au comportement actif (hypothèse de la commission par omission) est de principe. Sur ce sujet, v. not. M. ROLLAND, « Le délit d'omission », art. préc., et D. REBUT, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, th. préc. Certaines infractions se distinguent néanmoins par leur matérialité ouverte. Sans expressément incriminer l'action et l'omission, le législateur incrimine largement un comportement qui pourra alors prendre une forme ou l'autre. Ce cas se rencontre notamment dans les infractions non intentionnelles dont le fait principal n'est pas précisé. Matériellement, et de manière générale, la faute peut prendre soit une forme positive, soit une forme négative. Dans un cas comme dans l'autre, elle se matérialisera donc comme pour toute autre infraction à travers un fait positif ou négatif.

62. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 617, p. 487.

distinguer l'infraction complexe de celle d'habitude⁶³. L'infraction d'habitude se distingue par la répétition d'un même fait⁶⁴, la répression du comportement trouvant justement sa cause dans cette répétition⁶⁵. À l'inverse, l'infraction complexe ne répond pas à une logique de répétition. Pour la première, bien qu'il y ait deux faits principaux accomplis, c'est dans la répétition qu'est le blâme. C'est donc dans ce second acte qu'il faut identifier le fait principal, parce que c'est lui qui marque l'exécution achevée de l'infraction⁶⁶, peu importe par ailleurs le nombre ultérieur de répétition⁶⁷. À l'inverse, l'infraction complexe se caractérise par la pluralité d'actes de nature différente devant être accomplis. Comme l'a relevé un auteur, ces actes ne sont pas seulement juxtaposés, « ils forment un ensemble cohérent »⁶⁸.

268. Pluralité de faits matériels – Ces différents actes matériels dépendent de l'élément matériel. Pour certains auteurs, pourtant, l'infraction complexe est une infraction « à éléments matériels multiples »⁶⁹. Sa particularité viendrait donc de ce qu'elle « ne peut être tenue pour consommée que si tous ses éléments matériels ont été accomplis »⁷⁰. Une telle présentation n'est pas conforme à l'économie des éléments constitutifs. La démultiplication de chaque élément en autant d'éléments de même nature que de conditions en son sein⁷¹ réduit les éléments constitutifs à une simple énumération de conditions⁷². Elle permet certes une énumération, mais ne rend

63. Pour une position plus nuancée, v. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 248, n° 504.

64. Encore faut-il ici préciser que certains auteurs ont proposé de distinguer l'habitude de la répétition, la première s'inscrivant davantage dans la durée. G. VARISSAMY, « Regard sur le phénomène de la répétition en droit privé français », *D.* 1989, p. 279.

65. C. CLAVERIE-ROUSSET, *L'habitude en droit pénal*, 2011, Thèse, Bordeaux IV, p. 25, n° 13 : « La spécificité de l'infraction d'habitude est donc de requérir plusieurs faits, intrinsèquement licites, mais dont la répétition forme une infraction. »

66. Pris isolément, le premier acte n'a pas de nature infractionnelle, ce n'est qu'avec la répétition que l'infraction entre véritablement dans sa phase finale d'exécution. Le fait principal réalisant l'exécution achevée de l'infraction tient donc à la répétition, le premier l'accompagnant dans l'analyse comme circonstance constitutive.

67. La localisation de l'infraction dans le temps pourra être affectée, mais uniquement parce que la consommation de l'infraction, qui intervient dès la répétition, peut être continue.

68. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 239, n° 480. Ces actes seraient selon l'auteur liés en pratique par une « supra-volonté » (*ibid.*). C'est dans cet état psychique particulier que résiderait en réalité la différence fondamentale entre l'infraction complexe et l'infraction d'habitude. L'auteur admet donc que l'infraction complexe puisse être caractérisée par deux faits identiques comme l'infraction d'habitude. *Ibid.*, p. 248, n° 504.

69. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 168. V. égal. J. PRADEL, *Principes de droit criminel*, *op. cit.*, p. 81, n° 67.

70. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 168.

71. La tendance n'est du reste pas limitée à l'infraction complexe et l'on trouve parfois la référence à plusieurs éléments matériels ou moraux y compris pour des infractions simples. V. par ex. A. PROTHAIS, note sous Cass. crim., 22 juin 1994, préc. évoquant les deux éléments matériels de l'empoisonnement.

72. L'idée d'une pluralité d'éléments matériels trouve il est vrai un certain prolongement en jurisprudence. La Cour de cassation vise fréquemment dans ses attendus « les éléments matériels [(pluriel)] et intentionnel [(singulier)] » des infractions. Toutefois, cette tendance est valable pour tous les types d'infractions, y compris les infractions simples. V. par ex. Cass. crim. 15 avril 2015, préc., s'agissant d'une agression sexuelle ; ou Cass. crim. 24 oct. 1990, *Bull. crim.*, n°355, s'agissant du vol. En outre, le singulier est systématiquement utilisé s'agissant de l'élément moral même dans le cas où celui-ci se dédouble. V. not. s'agissant d'une infraction de blanchiment, Cass.

pas compte de la structure de l'infraction. L'élément matériel ne saurait être plural. Il est unique, mais composite. Ainsi est-il plus exact de considérer l'infraction complexe comme une infraction pour laquelle plusieurs faits sont exigés au titre de son élément matériel⁷³.

269. Une catégorie mal délimitée – Il reste alors à se demander si les différents faits matériels constitutifs des infractions complexes sont tous deux au même plan – autrement dit, s'ils forment ensemble la donnée principale de l'élément matériel – ou si l'un doit être analysé comme le principal, l'autre n'étant qu'une circonstance de son accomplissement. Cette question appelle une réponse mitigée. En effet, la catégorie des infractions complexes est aujourd'hui mal identifiée, ce qui entraîne des confusions dans l'appréhension de sa structure. La majorité des infractions complexes identifiées par la doctrine se révèlent être des infractions simples pour lesquelles le législateur a spécifié l'emploi d'un moyen en particulier. Ces infractions ne présentent par conséquent pas de spécificité structurelle et ne sont pas à proprement parler des infractions complexes (1), ce qui a par conséquent conduit certains auteurs à douter de l'opportunité de cette catégorie d'infractions. Reste néanmoins que certains textes d'incrimination contiennent effectivement le détail de différents faits devant être accomplis par l'agent. Ces infractions plaident en faveur du maintien de la catégorie des infractions complexes (2), sans toutefois engendrer là non plus de réelle particularité structurelle.

1. L'absence de spécificité structurelle des infractions dites complexes

270. Identification de l'infraction complexe : l'exemple erroné de l'escroquerie – La difficulté en matière d'infraction complexe tient à une incohérence entre la définition doctrinale proposée et l'exemple typique qui en est donné. Au regard de cette définition, l'infraction n'est supposée accomplie dans sa totalité qu'une fois réalisés les différents actes décrits dans le texte. Or, l'exemple donné par la doctrine tient à l'infraction d'escroquerie. Celle-ci se scinderait matériellement en deux faits distincts : l'un tient aux manœuvres frauduleuses, l'autre à la remise de la chose. Et il est vrai que cette infraction, par son économie, est une infraction qui semble devoir s'inscrire dans le temps. Les manœuvres frauduleuses pourront en effet être multiples et ne pas être immédiatement déterminantes de la remise. Temporellement, la remise peut donc être éloignée des manœuvres, dès lors qu'elle aura été déterminée par elle. En outre, ici la remise est

crim 7 avr. 2004, *Bull. crim.*, n°92, et Cass. crim. 2 juin 2010, *Bull. crim.*, n°99. Pourtant, cette infraction peut s'analyser comme impliquant une dualité au sein de son élément moral, la connaissance de la délinquance de la personne aidée et la volonté d'apporter son aide étant exigées. En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1118, n° 1034 ; J. PRADEL et M. DANTI-JUAN, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 602, n° 967 ; H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires, op. cit.*, p. 163, n° 69. Il est donc particulièrement difficile, sinon impossible de tirer des conclusions de ce choix de rédaction.

73. V. not. G. STÉFANI et G. LEVASSEUR, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 189, n° 164 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 301, n° 257 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 183, n° 173.

en un sens voulu. Elle n'a pas été extorquée, même si le consentement a été vicié. Par conséquent, l'infraction semble réellement s'exécuter en deux temps : le premier est celui du stratagème, le second est celui dans lequel le stratagème provoque la remise.

Néanmoins, il n'y a pas dans ce cas deux faits distincts accomplis par l'agent. Les manœuvres pourront être la résultante de plusieurs faits qui, mis ensemble les caractériseront. Mais cela n'est pas suffisant à conférer à cette infraction la nature d'une infraction complexe, parce qu'elles sont l'unique fait – ou ensemble de faits réunis par contraction ou addition⁷⁴ – exigé au titre de l'élément matériel. La remise n'est en effet que le résultat de l'infraction et n'est d'ailleurs en rien le *fait* de l'agent⁷⁵. Il importe qu'elle ait été déterminée par les manœuvres⁷⁶, mais elle n'est pas un fait accompli par l'agent. Il n'y a donc pas un acte de tromperie et un acte de détermination de la remise. Il y a une tromperie, commise par des manœuvres frauduleuses, déterminant la remise d'un bien quelconque. Dès lors, l'escroquerie ne relève pas de la catégorie des infractions complexes. Elle est une infraction simple et matérielle.⁷⁷ Elle est donc à titre principal une tromperie accomplie par un moyen particulier. Les précisions relatives aux types de mensonges et manœuvres admis ne font que détailler la manière dont doit s'accomplir cette tromperie pour tomber sous le coup de la loi pénale. Il s'agit par conséquent d'éléments de définition du fait principal qui s'intègrent à lui, au même titre que la violence est un fait principal de l'extorsion.

271. Remise en cause de la catégorie des infractions complexes – Dès lors que la catégorie des infractions complexes se trouve privée de sa principale application, il est possible de douter de son existence réelle⁷⁸ et ce, d'autant que les autres exemples donnés en doctrine ne sont pas plus convaincants. Le délit de favoritisme, parfois érigé en infraction complexe⁷⁹, l'illustre. Cette infraction consiste dans le fait « de procurer ou de tenter de procurer à autrui un avantage injustifié par un acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires ayant pour objet de garantir la liberté d'accès et l'égalité des candidats dans les marchés publics et les délégations de service public »⁸⁰. L'acte contraire aux dispositions législatives ou réglementaires est ici encore le moyen utilisé afin de procurer à autrui un avantage injustifié, résultat de

74. V. *infra*, n° 280.

75. Traitant ainsi la remise, v. not. V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 426, n° 788.

76. Il s'agit là simplement de l'exigence formelle du lien de causalité.

77. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 531, n° 674. V. égal. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 237, n° 473. Certains auteurs contournent la difficulté en identifiant le second acte dans l'acceptation de la remise (V. par ex. C. PORTERON, *Infraction*, *op. cit.*, n° 68). Toutefois, les manœuvres étant accomplies dans le but de déterminer cette remise, il semble artificiel d'analyser l'acte d'acceptation comme un fait distinct de la tromperie. Elle est impliquée dès le départ par la réalisation de la tromperie. Pour une critique de cette tendance, v. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 531, n° 674.

78. En ce sens, *ibid.*, p. 531, n°s 674 et s.

79. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 237, n° 474.

80. Code pén. art. 432-14.

l'infraction. Il est vrai que le fait que cette infraction puisse être réprimée alors que l'avantage n'a pas été procuré pourrait suggérer une scission de l'élément matériel en un fait d'octroi et un fait de violation des dispositions législatives ou réglementaires. Toutefois, l'octroi demeure le résultat de l'infraction, ce que montre l'assimilation de la tentative et de l'infraction consommée en la matière. Peu importe que l'avantage ait ou non été procuré, il demeure le résultat, quand bien même il n'aurait pas à être effectivement atteint⁸¹. Le fait principal tient ici au moyen employé pour procurer l'avantage, c'est-à-dire un acte en violation des dispositions législatives ou réglementaires.

Le même raisonnement peut être tenu pour la plupart des infractions présentées comme étant des infractions complexes⁸². Le plus souvent, la complexité tiendra en réalité à l'assimilation du résultat à un acte matériel. Par conséquent, le moyen décrit par le texte en vue de son obtention apparaît dans toutes ces hypothèses comme le seul fait de l'agent et, donc, comme la donnée principale de ces infractions.

272. Le cas particulier des agressions sexuelles – Une seule hypothèse semble déroger frontalement à ce constat. Il s'agit des infractions d'agressions sexuelles⁸³. En effet, pour ces infractions, l'atteinte sexuelle doit être commise « avec violence, contrainte, menace ou surprise »⁸⁴. Le moyen permettant l'atteinte est donc ici l'usage de violence ou d'un autre élément de contrainte. Transposer le raisonnement principal à ce type d'infraction conduirait donc à voir dans ce moyen la donnée principale de l'infraction et dans l'atteinte sexuelle le résultat⁸⁵. Une telle lecture de l'article 222-22 n'est pas totalement contraire à sa lettre. Toutefois, elle se révèle difficilement conciliable avec l'économie de ces infractions, et ce, pour plusieurs raisons.

Tout d'abord, le viol semble réellement être caractérisé par deux actes réalisant ensemble l'atteinte sexuelle. Le premier est l'emploi d'un moyen de contrainte au sens large ou de surprise, le second est l'acte de pénétration, de nature sexuelle. Il y a donc ici deux faits matériels réalisés par l'agent. Le premier tend à outrepasser l'absence de consentement à la relation sexuelle, le second est l'acte sexuel en lui-même. Le résultat des infractions d'agressions sexuelles réside dans la violation de la liberté sexuelle, autrement dit, dans le fait d'imposer une relation – ou un

81. La similitude de répression entre l'avantage effectivement procuré et la tentative fait ici de cette infraction une infraction formelle. Pour une position plus nuancée, v. H. MATSOPOULOU et J.-H. ROBERT, *Traité de droit pénal des affaires*, op. cit., p. 209, n° 100 : « Pour que l'incrimination de l'article 432-14 condition préalable soit constituée, il est nécessaire que le fonctionnaire ou l'agent public ait procuré à autrui un avantage injustifié ».

82. V. L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., p. 314, n° 423.

83. Pour une analyse de ces infractions comme des infractions complexes, v. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 232, n° 462.

84. Code pén. art. 222-22.

85. Se rapprochant de cette solution, V. MALABAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 168, 307, qualifiant la pénétration de résultat du viol.

acte – sexuelle non consentie. Le degré de cette atteinte est variable et dépend du caractère plus ou moins poussé de la relation sexuelle imposée. De même que le degré d'atteinte à l'intégrité physique conduit à des gradations de la répression, le degré d'atteinte à la liberté sexuelle justifie lui aussi plusieurs paliers de peines. La gravité du comportement ne se mesure alors pas à la gravité du moyen employé, mais à la gravité de l'atteinte subie. Le fait de subir des caresses ou attouchements est ainsi moins sévèrement réprimé que le fait de subir un acte de pénétration. Dès lors, il pourrait sembler possible de voir dans la pénétration le degré d'atteinte subie. Néanmoins, la difficulté reste qu'ici, les attouchements ou la pénétration ne sont pas réellement les suites du comportement, ils sont indissociables de lui dès lors qu'ils sont directement le fait de l'agent.

En outre, admettre que la donnée principale tiendrait au moyen employé conduirait ici à admettre que l'infraction puisse être accomplie sans réelle activité matérielle de la part de l'agent. En effet, il a toujours été admis que la contrainte puisse être d'ordre moral. Or, l'article 222-22-1 admet désormais que la contrainte morale peut « résulter de la différence d'âge existant entre une victime mineure et l'auteur des faits et de l'autorité de droit ou de fait que celui-ci exerce sur cette victime ». La contrainte morale peut donc résulter des seules circonstances factuelles⁸⁶, c'est-à-dire de la différence d'âge et de l'autorité de l'agent, sans qu'il ne soit plus besoin de caractériser en la matière un abus⁸⁷. Cette admission semble imposer de voir dans l'acte sexuel imposé le fait principal et dans le moyen employé un indice de l'absence de consentement de la victime. Un arrêt en matière de tentative de viol conduit en outre à la même conclusion⁸⁸. Un homme ayant tenté d'avoir une relation sexuelle, mais n'ayant pu réaliser l'acte de pénétration en raison d'une déficience momentanée, avait été en l'espèce renvoyé devant la Cour d'assises pour tentative de viol. Dans le pourvoi, il était notamment invoqué le fait que « le seul fait de placer sur son sexe un préservatif ne caractérise pas le commencement d'exécution du crime de viol »⁸⁹. Le pourvoi avait été rejeté, la Cour de cassation estimant que les juges avaient caractérisé « le commencement d'exécution et l'absence de désistement volontaire et ainsi justifié la mise en accusation »⁹⁰. Elle voyait alors dans le fait de mettre un préservatif soit constitutif d'un commencement d'exécution de l'infraction de viol⁹¹. Celui-ci ne se situait pas

86. Cette possibilité interdit au reste de voir dans les infractions d'agression sexuelle des infractions complexes. Les actes apparaissent trop intimement liés entre eux. Il ne s'agit pas véritablement de plusieurs faits de natures différentes accomplis dans le temps.

87. La jurisprudence antérieure à la loi du 8 février 2010 exigeait un tel abus, encore qu'elle semblait réserver l'hypothèse du très jeune âge des victimes. Pour une hypothèse dans laquelle la Cour a admis que soit déduit de l'absence de discernement un abus d'autorité, Cass. Crim., 11 juin 1992, *Bull. crim.*, n° 228 ; *RSC* 1993, p. 781, obs. G. LEVASSEUR.

88. Cass. crim., 10 janv. 1996, *Bull. crim.*, n° 14 ; *Dr. pén.* 1996, p. 97, obs. M. VÉRON ; *RSC* 1996, p. 656, obs. Y. MAYAUD ; *RSC* 1996, p. 846, obs. B. BOULOC.

89. *Ibid.*

90. *Ibid.*

91. En ce sens, Y. MAYAUD obs. sur Cass. crim., 10 janv. 1996, *RSC* 1996, p. 656.

dans l'état de contrainte de la victime, mais dans la mise du préservatif, révélatrice de l'intention de l'agent d'avoir une relation sexuelle.

273. L'état de contrainte, circonstance factuelle de réalisation du fait – Ainsi faut-il admettre que l'état de contrainte – qu'il résulte de la violence, la menace, la contrainte au sens strict ou la surprise – tient aux circonstances de réalisation du fait principal, celui-ci résidant pour sa part dans l'acte sexuel imposé. Quand bien même l'usage d'un des quatre moyens décrits par les textes d'incrimination serait le révélateur de l'absence de consentement et le moyen de passer outre, il faut voir dans ces infractions un cas particulier. Le moyen employé ne peut être ici assimilé au fait principal au regard de la matérialité de ces infractions.

À l'inverse, la grande majorité des infractions dites complexes se caractérisent par le fait que le législateur a précisé le moyen de commission du fait. Dès lors que ce moyen ne vient que préciser la manière dont l'infraction doit matériellement être réalisée, il doit s'analyser comme la composante principale de l'élément matériel. L'infraction complexe ne présente de ce fait pas de spécificité structurelle, ce qui conduit à remettre en cause le bien-fondé de cette catégorie. Toutefois, il est effectivement possible d'identifier certaines infractions se caractérisant par une pluralité de faits matériels, ce qui plaide au contraire pour le maintien de la catégorie des infractions complexes.

2. La survivance relative de la catégorie des infractions complexes

274. Pluralité d'actes : le crime de disparition forcée – Si les infractions complexes classiquement identifiées par la doctrine se caractérisent en réalité par un moyen en vue d'un certain résultat, certaines infractions semblent réellement se distinguer par une pluralité d'actes matériels. Tel est le cas par exemple en matière de disparition forcée, crime qui consiste en un acte « de privation de liberté d'une personne [...] lorsque ces agissements sont suivis de sa disparition et accompagnés soit du déni de la reconnaissance de la privation de liberté, soit de la dissimulation du sort qui lui a été réservé ou de l'endroit où elle se trouve »⁹². À la lecture de cet article, il semble que l'infraction se commette en deux temps. À l'acte d'arrestation, de détention ou d'enlèvement illégal doit suivre celui de la négation du sort qui lui a été réservé. Comme le souligne un auteur, « le cœur de l'infraction est là, qui consiste à faire disparaître une personne, c'est-à-dire à la fois la priver de liberté et priver les autres de ses nouvelles. Il s'agit, en définitive, d'effacer l'existence d'une personne »⁹³. Dans cette infraction, les deux faits sont

92. Code pén. art. 221-12.

93. G. BEAUSSONIE, « Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France », art. préc.

intimement liés, mais n'entretiennent pas de lien de causalité, en ce sens que le premier n'est pas le moyen de réalisation du second. Le crime est ici exécuté par l'adjonction d'un fait de privation de liberté et d'un fait de déni⁹⁴ et la qualification est donc conditionnée par la vérification de ces deux faits.

275. Autres exemples – D'autres exemples d'infractions caractérisées par deux faits distincts peuvent être trouvés. Il a ainsi pu être donné l'exemple de la filouterie⁹⁵, lorsqu'elle consiste dans le fait « de se faire attribuer *et* d'occuper effectivement une ou plusieurs chambres dans un établissement louant des chambres »⁹⁶. En outre, différentes infractions de droit pénal des affaires présentent la spécificité d'être constituées de plusieurs faits matériels n'entretenant pas entre eux de lien de causalité⁹⁷. Un exemple en la matière est celui de l'infraction incriminée à l'article L.247-1 du Code de commerce et consistant dans « le fait, pour les membres du directoire, du conseil d'administration ou les gérants des sociétés visées à l'article L.233-16 [...] de ne pas établir et adresser aux actionnaires ou associés, dans les délais prévus par la loi, les comptes consolidés ». L'infraction est ici constituée par l'absence d'établissement des comptes, mais aussi par le fait qu'ils n'aient pas été adressés aux associés.

276. Le détail des étapes de l'infraction – Dans ces différentes infractions, les actes exigés au titre de l'élément matériel n'entretiennent pas de lien de causalité entre eux. Ce n'est pas dire qu'ils ne soient pas en lien, mais le premier fait décrit n'est pas le moyen d'accomplissement du second. Ces infractions semblent donc présenter une structure spécifique, issue de la pluralité de faits de nature différente exigée pour la caractérisation de leurs éléments matériels. Toutefois, dans ces hypothèses, la pluralité de faits exigés se révèle essentiellement liée à une décomposition de l'*iter criminis*, c'est-à-dire des différents actes aboutissant à la consommation des infractions. Les incriminations ne font pas état d'un moyen permettant d'arriver à un résultat, mais de plusieurs faits successifs.

L'énumération légale se prolonge logiquement dans une obligation pour le juge de vérifier l'existence des différentes étapes mentionnées dans les textes. Ici, tout se passe comme si le législateur avait détaillé l'*iter criminis* et imposé au juge de vérifier non pas seulement la corrélation du fait final accompli avec le fait incriminé, mais l'ensemble du chemin parcouru. L'infraction n'est exécutée dans sa totalité qu'à l'issue de la réalisation des différents faits décrits,

94. Encore que rien dans le texte n'impose que le déni soit le fait de la même personne. L'économie de l'incrimination suggérerait davantage un contexte de déni dès lors qu'il s'agit d'incriminer les agissements de l'État ou de ses représentants.

95. V. L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., p. 316, n° 427.

96. Code pén. art. 313-5 2°. Nous soulignons.

97. V. L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., p. 316, n°s 427 et s., et les différents exemples cités par l'auteur.

de sorte que la qualification des faits est conditionnée par eux⁹⁸.

277. L'absence de réelle spécificité structurelle – Par conséquent ces infractions présentent effectivement une spécificité, mais qui ne conduit pas à un bouleversement dans leur structure. Comme pour toute autre infraction, leur caractérisation impose une analyse d'ensemble des faits accomplis sous leur angle matériel. Mais, pour ces infractions en particulier, la vérification des différentes étapes menant à l'exécution complète de l'infraction est imposée par les textes⁹⁹. Le juge se trouve alors davantage guidé dans l'exercice de qualification. Du point de vue de leur structure, ces infractions ne présentent donc pas de spécificité particulière. À titre principal, elles sont constituées du fait achevant l'exécution de l'infraction, ce fait s'insérant dans un ensemble de circonstances, dont certaines, factuelles, devront également être vérifiées par le juge.

Dès lors, s'il est possible de voir dans ces infractions des infractions complexes, la pluralité de faits mentionnés dans les textes n'emporte pas de conséquence notable. Pour ces infractions comme pour toutes les autres, le juge devra se conformer au principe de légalité et vérifier l'adéquation du comportement accompli et du comportement prévu. Il devra vérifier l'existence du fait principal marquant l'exécution de l'infraction et des autres circonstances exigées par les textes. Qu'il s'agisse des infractions abusivement considérées comme complexes ou non, la catégorie des infractions complexes ne présente donc pas de spécificité d'un point de vue structurel. Comme toute infraction, leur élément matériel est composé à titre principal d'un fait et de circonstances constitutives. Les variations du fait principal s'illustrent par conséquent essentiellement dans le mode de commission prévu par les textes, mais ne se situent pas dans une pluralité de celui-ci.

98. L'infraction de préparation d'actes terroristes, définie à l'article 421-2-6 du Code pénal relève de la même logique. Ici, l'infraction terroriste n'a pas à être accomplie mais doit avoir simplement préparée. Or, cette préparation doit être révélée par deux faits distincts, l'un de détention de substance de nature à créer un risque, l'autre d'activité matérielle particulière (différentes hypothèses sont visées). Ne pouvant se contenter d'un seul de ces faits, particulièrement équivoque, le législateur voit dans le cumul l'indice objectif de la préparation d'une infraction terroriste : il détaille donc ici l'*iter criminis*, mais en amont du commencement d'exécution. Ce n'est qu'avec de le second fait que la préparation sera matériellement suffisamment révélée pour pouvoir être appréhendée. Il convient de préciser que l'article a fait l'objet d'une censure partielle par le Conseil constitutionnel, celui-ci ayant estimé qu'« en retenant au titre des faits matériels pouvant constituer un acte préparatoire le fait de « rechercher ... des objets ou des substances de nature à créer un danger pour autrui », sans circonscrire les actes pouvant constituer une telle recherche dans le cadre d'une entreprise individuelle terroriste, le législateur a permis que soient réprimés des actes ne matérialisant pas, en eux-mêmes, la volonté de préparer une infraction. » Cons. const., 17 avr. 2017, n° 2017-625 QPC ; *D. actualités* 2017, obs. D. GOETZ, cons. 17.

99. Par exemple, pour l'infraction prévue à l'article L.247-1 du Code de commerce, ce qui est principalement réprimé est le défaut d'information des actionnaires et associés, autrement dit, le fait que les comptes consolidés ne leur ont pas adressés. En effet, le seul défaut d'établissement des comptes n'est pas suffisant à caractériser l'infraction. C'est à travers une suite logique de faits que le législateur appréhende ce comportement, soit par l'absence d'établissement et l'absence d'information. De même en est-il pour la filouterie. Ce que l'on réprime, c'est le fait de profiter d'un service sans être en mesure de le payer. L'infraction n'est donc pas caractérisée par la seule sollicitation du service, elle l'est par la démarche consistant à se faire attribuer un service et à profiter indûment.

L'étude des variations du fait ayant été envisagée, il faut désormais s'attarder sur les circonstances accompagnant la réalisation du fait. Elles sont en effet toutes aussi fondamentales à la qualification judiciaire des faits, soit qu'elle la guide, soit qu'elle la conditionne.

Section 2 – Les circonstances du fait

278. Double utilité du contexte – Si l'élément matériel est composé à titre principal du fait, celui-ci ne saurait être analysé isolément. L'environnement factuel dans lequel il se déroule est tout aussi fondamental et, ce, à deux titres. Tout d'abord, l'isolation du fait et sa caractérisation nécessitent le plus souvent – si ce n'est toujours – une approche générale et globale du comportement, ce qui est tout à fait logique au regard de la conception proposée des éléments. Le fait s'insère dans un contexte particulier qui peut permettre de l'identifier et de le caractériser. En outre, les textes d'incriminations encadrent de plus en plus fréquemment les circonstances dans lesquelles un fait est punissable. Conformément au principe de légalité, ces différentes circonstances prévues par les textes devront donc être vérifiées par le juge. Elles conditionnent la qualification tout autant que le fait principal. Les textes peuvent inviter le juge à envisager le contexte en s'interrogeant sur la qualité de l'agent, les moyens employés, le lieu de commission, etc. Ces circonstances intègrent l'élément matériel dès lors qu'elles délimitent le contexte factuel dans lequel doit se réaliser le comportement¹⁰⁰.

Les circonstances accompagnant la réalisation du fait principal peuvent donc être fondamentale à deux titres, soit qu'elles soient indispensables à la caractérisation du fait principal **(I)**, soit qu'elles soient indispensables à la caractérisation l'élément matériel **(II)**. Dans la première hypothèse, les circonstances permettront de caractériser le fait principal (elles ne sont donc pas des circonstances constitutives). Dans la seconde, elles sont à proprement parler des particularités accompagnant la réalisation de ce fait et intègrent donc cette catégorie.

§ 1. L'importance des circonstances dans la caractérisation du fait

279. Caractérisation du fait principal par contraction ou addition – Identifier théoriquement la donnée principale de l'élément matériel présente un intérêt didactique en permettant de préciser et détailler la consistance de cet élément. Toutefois, en pratique, le fait principal ne peut être apprécié seul. Souvent, le contexte de sa réalisation, les différents actes accomplis

100. Elles intégreront l'élément antijuridique lorsqu'elles seront directement relatives à la valeur protégée par le texte.

et les circonstances qui l'entourent sont déterminants dans l'exercice de qualification. Ils le sont en premier lieu parce que la détermination et la caractérisation du fait principal peuvent nécessiter un travail de reconstruction de la part du juge. Cette nécessité a notamment été mise en lumière par Monsieur LARGUIER dans son article consacré à la théorie des ensembles¹⁰¹. Il y est expliqué que le juge va parfois procéder à un assemblage de différents faits dans la recherche de la qualification¹⁰². Cet assemblage n'est pas seulement utile à la recherche de la qualification adéquate, il l'est aussi pour la caractérisation du fait principal accompli par l'agent. Le fait principal peut en effet ne pas consister en un fait unique. Abstraitement, il peut être envisagé comme tel (le vol est ainsi la soustraction, l'abus de confiance, le détournement...), mais en pratique, et même dans le cas des infractions instantanées, les comportements sont complexes et il sera difficile pour le juge d'isoler un fait unique constitutif du fait principal d'une incrimination. Il sera alors nécessaire pour le juge de procéder à une reconstruction des faits par « addition » ou par « contraction »¹⁰³. Dans un cas, la caractérisation du fait se fera grâce à une adjonction de différents éléments qui, pris isolément, ne sont pas constitutifs d'une infraction (reconstruction par addition des faits). Dans l'autre cas, le fait principal apparaîtra à l'issue d'une analyse d'ensemble. Réunifiés, les faits accomplis permettront de mettre en lumière l'existence du fait principal (reconstruction par contraction des faits)¹⁰⁴.

280. Application à l'escroquerie – L'un des exemples les plus flagrants en la matière et que donne Monsieur LARGUIER est celui de l'escroquerie¹⁰⁵. Si l'usage d'un faux nom ou d'une fausse qualité peut résulter d'un fait unique et, donc, peut être assez facilement isolé, les manœuvres frauduleuses, elles, résultent forcément d'une pluralité de faits. L'on sait en effet que hors les cas prévus par le texte, le simple mensonge ne peut suffire à caractériser l'élément matériel de l'escroquerie¹⁰⁶. Des vérifications essentielles s'imposent à tout un chacun¹⁰⁷, de sorte que pour être de nature à « tromper »¹⁰⁸, le mensonge doit résulter de manœuvres frauduleuses. Ces manœuvres peuvent être la résultante de faits venant corroborer le mensonge¹⁰⁹. C'est alors par un raisonnement par adjonction que les manœuvres frauduleuses

101. J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne, op. cit.*

102. *Ibid.*

103. *Ibid.* V. égal. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 96, n^{os} 122 et s.

104. J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne, op. cit.*

105. Madame GALLARDO-GONGGRYP l'utilise également. V. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 100, n^o 127.

106. Cass. crim., 20 juil. 1960, *Bull. crim.*, n^o 382 ; D. 1961, p. 191, note A. CHAVANNE ; JCP 1961, II, 11973, note Y. GUYON ; Cass. crim., 1^{er} nov. 1991, *Bull. crim.*, n^o 399.

107. En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 165, n^o 143.

108. Code pén. art. 313-1.

109. Cass. crim., 12 nov. 1864 ; Cass. crim., 27 avr. 1955, *Bull. crim.*, n^o 209 ; Cass. crim., 6 juil. 1966, *Bull. crim.*, n^o 193 ; Cass. crim., 18 juil. 1968, *Bull. crim.*, n^o 233 ; Cass. crim., 8 nov. 1976, *Bull. crim.*, n^o 317.

seront reconstituées ¹¹⁰.

Un autre exemple, donné par Monsieur LARGUIER et repris par Madame GALLARDO-GONGGRYP ¹¹¹, est celui du mandataire se portant acquéreur d'un immeuble pour ensuite le revendre à un prix plus élevé sans rien révéler au mandant ¹¹². Comme l'explique Monsieur LARGUIER, pris isolément, le fait d'acheter un bien ou le fait de le vendre ne peuvent être constitutifs de l'élément matériel d'une infraction. Mais, « l'ensemble de ces opérations, ces deux éléments, mis en contact, va faire apparaître l'escroquerie » ¹¹³ lorsque les deux faits émanent de la même personne. Dans ces différentes hypothèses, les différents faits accomplis permettent ensemble la caractérisation de la donnée principale de l'élément matériel.

281. Illustration hors escroquerie – Cette qualification du fait principal par adjonction ou contraction n'est du reste pas propre à l'infraction d'escroquerie, même si cette infraction offre un terrain privilégié en la matière. Par exemple, le raisonnement par adjonction pourra s'observer dans les hypothèses de violences volontaires et essentiellement dans les cas de chocs émotifs. En la matière, la Cour de cassation reprend régulièrement les différents faits accomplis et ayant été de nature à causer un choc émotif à la victime ¹¹⁴. Le choc peut ne pas être la conséquence d'un fait en particulier, mais de l'adjonction de plusieurs faits, constitutifs ensemble du fait positif caractérisant l'élément matériel des violences volontaires. Ainsi, la Cour a pu juger qu'était constitutive de violences volontaires « l'exhibition d'un couteau de poche ouvert, lorsque les circonstances qui l'ont accompagnée, et notamment la nature des paroles prononcées, lui ont donné un caractère menaçant » ¹¹⁵. Cet arrêt illustre parfaitement l'influence du contexte et des circonstances factuelles dans la qualification du fait principal. Dans ce cas, elles ne sont pas des exigences particulières, mais permettent simplement de révéler l'existence du fait d'exécution d'une infraction spécifique.

Si les circonstances peuvent se révéler fondamentales dans l'exercice de qualification, elles peuvent aussi être fondamentales dans la caractérisation de l'élément matériel, lorsque les textes d'incrimination en prévoient.

110. La Cour de cassation juge ainsi que si de simples mensonges, même produits par écrit, ne peuvent caractériser la manœuvre frauduleuse constitutive de l'escroquerie, il en est autrement lorsque, à ces mensonges, se joint un fait extérieur leur donnant créance. V. not. Cass. crim., 16 mars 1970, *Bull. crim.*, n° 107 ; *JCP* 1971, II, 16813, note B. BOULOC.

111. J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne, op. cit.*, et E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 100, n° 127.

112. Les faits sont ceux d'un arrêt rendu par la Chambre criminelle, en date du 18 juillet 1985, *Bull. crim.*, n° 273.

113. J. LARGUIER, « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne, op. cit.* Monsieur LARGUIER voit dans ce cas une hypothèse de qualification par contraction.

114. V. not. Cass. crim., 21 nov. 1988, *Bull. crim.*, n° 392 ; *RSC* 1989, p. 320, obs. G. LEVASSEUR, dans une hypothèse où la victime s'était elle-même blessée en sautant par la fenêtre pour échapper à son agresseur. C'est au regard du comportement violent et des menaces que les faits ont été caractérisés.

115. Cass. crim., 9 mars 1949, *Bull. crim.*, n° 69.

§ 2. L'importance des circonstances dans la caractérisation de l'élément matériel

282. Les circonstances dans la loi – Les circonstances dans lesquelles le fait est accompli peuvent présenter une importance fondamentale à un autre titre. Il ne s'agit alors plus d'apprécier largement les faits et de caractériser le fait principal grâce à diverses circonstances. Il s'agit au contraire pour le juge de l'obligation de vérifier les circonstances dans lesquelles le fait principal a été accompli.

Les textes de loi prévoient souvent des circonstances particulières pour que le fait soit punissable. Ces circonstances sont relativement variées. Elles pourront, selon les comportements incriminés, être relatives au lieu de réalisation du fait, à l'agent l'ayant accompli, à l'emploi d'un moyen particulier, etc. Ces circonstances accompagnant la réalisation du fait en sont donc des circonstances constitutives lorsqu'elles sont exigées par la loi (**A**). En outre, dans certaines hypothèses, les textes se contenteront de circonstances qui justifieront à elles seules la répression et dispenseront le juge de l'obligation de caractériser l'élément matériel (**B**). Les circonstances sont alors à elles seules suffisantes, parce qu'elles laissent supposer la commission d'une infraction.

A. Les circonstances constitutives exigées par la loi

283. Diversité des circonstances – Si les incriminations ont toujours contenu certaines exigences de lieu, de fait, éventuellement de temps¹¹⁶, elles sont de plus en plus fréquentes et de plus en plus nombreuses. Il n'est pas rare de trouver dans le Code pénal des textes décrivant de manière particulièrement circonstanciée un comportement. La précision parfois excessive des textes impose alors diverses vérifications au juge. Synthétiquement, les différentes circonstances relatives à la matérialité des faits mentionnés dans les textes seront relatives au lieu de l'infraction, à son objet, au moyen employé, à un cadre particulier, ou encore à la qualité du sujet actif. Ce sont ces différentes circonstances qu'il s'agira de présenter.

284. Le caractère perturbateur de la condition dite préalable – Toutefois, l'analyse est ici perturbée par la notion de condition dite préalable. Entendue très largement en doctrine, celle-ci tend à intégrer des exigences particulièrement variées et entretenant parfois un lien distendu et/ou indirect avec la valeur protégée. En tant que révélatrice de la valeur protégée par le texte et parce ce qu'elle en est la matérialisation dans le monde réel, la condition préalable est en lien

116. Les circonstances de temps sont relativement rares. Parfois, les infractions nécessiteront que le fait principal se soit inscrit dans la durée, mais ces exigences renvoient à la durée du fait principal et non à une circonstance constitutive.

avec l'élément antijuridique dont elle dépend¹¹⁷. Reste que par sa définition et par l'utilisation qui en est faite en doctrine, la condition dite préalable tend à inclure un très grand nombre des exigences légales. Son utilité se révèle à ce titre douteuse. Beaucoup de données rattachées actuellement à elle apparaissent en réalité intimement liées à l'élément matériel et ne devraient pas en être artificiellement détachées. La remise en cause de cette condition (1), permettra de déterminer plus précisément les circonstances dépendant de cet élément (2).

1. La remise en cause de la condition dite préalable

285. Dualité de définitions – La condition dite préalable peut être appréhendée de deux manières. Pour Monsieur VOUIN, elle est le domaine dans lequel se commet l'infraction et s'oppose de ce fait à l'acte constitutif¹¹⁸. Elle intégrera donc la valeur protégée, sans toutefois se confondre avec elle. Mais une autre définition, plus restrictive, s'est partiellement imposée. Elle serait « la situation juridique mise sous la protection de la loi pénale »¹¹⁹. Autrement dit, la situation juridique protégée par la loi pénale¹²⁰. Elle s'oppose aux éléments constitutifs qui sont eux « l'atteinte prohibée à cette situation »¹²¹.

Les deux définitions sont relativement proches, mais ne se recoupent pas parfaitement. Dans la définition de Monsieur VOUIN, le lien entre condition préalable et valeur protégée est moins marqué. La première permet certes d'identifier la seconde¹²², mais elle a plus largement vocation à intégrer les différentes conditions légales extérieures à la conduite de l'agent. La catégorie est donc particulièrement large et intègre des données très variées. Elle est le réceptacle de toutes les conditions qui n'intègrent pas la matérialité « mais permettent seulement de la révéler »¹²³. À l'inverse, la définition proposée par Monsieur DECOCQ est tournée vers la valeur protégée, qui en est la donnée fondamentale, bien que non exclusive¹²⁴. La valeur protégée a sa place au sein

117. *Infra*, n° 380.

118. R. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 3, n° 2. Comp. J.-P. DOUCET, « La condition préalable à l'infraction », art. préc., qui y voit la base de l'infraction.

119. M.-P. LUCAS DE LEYSSAC, *Décision de justice civile et répression pénale*, 1975, Thèse, Paris II, p. 228, n° 289. Plus récemment, elle a été définie comme « une situation juridique de droit ou de fait, distincte de l'infraction et qui représente, au sein de l'incrimination, le bien juridique pénalement protégé ». B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 543, n° 989.

120. Cette définition, qui est celle de Monsieur DECOCQ (A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 81-82), est parfois présentée comme la plus commune. V. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 94, n° 159.

121. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 88.

122. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 182, n° 222.

123. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 221, n° 199. Comp. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181, n° 222, et B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 211, n° 223.

124. « La valeur sociale protégée est attachée à une situation de droit ou de fait que la conduite (éléments de l'infraction) a pour effet de perturber et qui constitue la condition préalable ». A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 81-82.

de la situation perturbée par l'infraction sans se confondre avec elle¹²⁵. Par exemple, dans le cadre du meurtre, la valeur protégée est la vie ; la situation que la commission de l'infraction va venir perturber – autrement dit la condition préalable – est de ce fait l'existence d'une personne vivante.

286. L'utilité limitée de la condition préalable – Ces deux définitions, proches mais non réductibles, conduisent à une ambiguïté dans la délimitation de la condition. Elles encouragent, au demeurant, un élargissement de la catégorie qui a vocation à intégrer tout ce qui n'est pas directement accompli par l'agent. La définition de VOUIN le permettait parfaitement, et la consécration qui en a été faite en jurisprudence aussi¹²⁶. Dans une plus faible mesure, même les définitions de Monsieur DECOCQ, de Madame LUCAS DE LEYSSAC et de Madame THELLIER DE PONCHEVILLE rendent possible un tel élargissement. Perçue comme une situation¹²⁷, la condition préalable est large et composite. Beaucoup de conditions peuvent être mises plus ou moins directement en relation avec la situation protégée par le texte, de sorte qu'elle peut inclure plusieurs données et revenir à délimiter le cadre dans lequel l'infraction se déroule. Une illustration du propos peut être trouvée dans le traitement des infractions d'agressions sexuelles. Ces incriminations viennent essentiellement protéger la liberté sexuelle¹²⁸. L'emploi de la violence, de la menace, de la contrainte ou de la surprise n'est pas en soi la matérialisation de la valeur, mais il révèle l'absence de consentement. Autrement dit, il permet de vérifier positivement une condition préalable essentiellement négative. Il ne s'agit pas à proprement parler de la situation protégée, mais ces exigences permettent de la vérifier, de sorte que le moyen employé pour obtenir contre le gré de la personne la relation sexuelle peut être lié à la condition préalable de l'infraction¹²⁹.

Or, entendue aussi largement, la condition préalable n'est pas d'une utilité significative. Elle ne sert finalement à rien d'autre qu'à séparer au sein de l'élément matériel le fait d'exécution des circonstances qui l'entourent. Il faut ici rejoindre Monsieur ROUSVOAL dans le constat qui le conduit à proposer un élément préalable à l'infraction. En effet, et pour reprendre ses termes, la catégorie des conditions préalables est devenue « le réceptacle de tout le reste »¹³⁰, c'est-à-dire

125. En ce sens, X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 131, n° 144 : les conditions préalables « ne se confondent pas avec l'intérêt juridique protégé ».

126. Sont opposées aux actes délictueux la ou les conditions imposées par la loi. V. Cass. crim., 30 mars 1971, *Bull. crim.*, n° 114.

127. Cette précision a d'ailleurs pu être critiquée pour son artifice (L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 95, n° 159).

128. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 134, n° 287.

129. L'étude de ces moyens est donc souvent liée en doctrine à l'absence de consentement. V. not. A. DARSONVILLE, *Viol*, op. cit., n° 20, ou M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 643, n° 580. Pour une analyse critique de cette tendance, l'auteur préférant voir dans l'infraction de viol une infraction complexe, L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 232, n° 462 et s.

130. *Ibid.*, p. 111, n° 189.

de tout ce qui ne relève pas directement de l'activité accomplie par l'agent¹³¹.

287. Rejet de la définition large – La condition préalable, entendue aussi largement, n'est pas un outil pertinent. Son utilité comme sa raison d'être peuvent être remises en cause. Tout d'abord, le caractère externe de la condition préalable nie l'intégrité de l'infraction. L'infraction, n'est pas uniquement l'acte de l'agent (les coups portés volontairement) : c'est un comportement dans son ensemble qu'il a été possible de qualifier pénalement. Il est inexact de considérer que certaines conditions, parce qu'elles sont extérieures à l'activité de l'agent sont distinctes de l'infraction. L'infraction n'existe que dans son contexte, car indépendamment de lui, elle ne peut être caractérisée. Il n'y a pas infraction si les coups portés l'ont été dans un sac de sable. Il n'y a infraction que si ces coups ont été portés à un homme (dans ce cas, il s'agira de violences volontaires¹³²), sur un bien (dans ce cas il s'agira de destruction ou dégradation de biens¹³³), ou encore sur un animal (dans ce cas, il s'agira de mauvais traitement envers les animaux¹³⁴). L'infraction n'est donc pas l'acte accompli pris pour lui-même, ce qui a été réalisé par l'agent et dépend entièrement de lui. L'infraction est un comportement qui ne peut être dénommé comme tel que parce qu'il a été réalisé dans un domaine particulier et a atteint une valeur particulière. Certaines conditions sont effectivement distinctes de l'activité infractionnelle, mais elles ne sont pas pour autant distinctes de l'infraction¹³⁵. Elles ne sont pas dans la loi pénale et « hors de l'infraction »¹³⁶, parce que l'infraction n'est pas cantonnée à l'activité matérielle. Elle n'est donc pas seulement constituée par ce qui dépend de l'agent, elle est également constituée par son contexte.

Ensuite, étendues à l'ensemble du domaine dans lequel se déroule l'infraction, toutes les conditions relatives au contexte, à l'environnement dans lequel se déroulent les faits dépendraient de l'élément antijuridique. Or, cette approche permet certes d'analyser les textes et d'en partager les conditions, mais elle ne permet en rien de guider la qualification en partant des faits.

131. Pour remédier à ce problème, Monsieur ROUSVOAL propose l'admission d'un élément préalable venant s'ajouter à la condition préalable et pouvant accueillir les objets non constitutifs de l'infraction et qui ne sont pas des conditions préalables *stricto sensu*. La distinction viendrait alors de ce que « la condition préalable est tournée vers le commandement extra-pénal : c'est le pont jeté par la loi vers le précepte extra-pénal [alors que l'élément] préalable est tournée vers la violation incriminé : il en est la structure externe en quelque sorte ». *Ibid.*, p. 113, n° 194. L'un comme l'autre serait prévu par les textes d'incrimination, mais extérieur à l'infraction.

132. Code pén., art. 222-7 et s.

133. *Ibid.*, art. 322-1.

134. *Ibid.*, art. R.654-1.

135. Ainsi, affirmer que « la condition préalable est une situation juridique [...] distincte de l'infraction » (B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 543, n° 989) pourrait être jugé partiellement inexact, car cette affirmation relève d'une vision trop étriquée de l'infraction, celle-ci se limitant aux actes volontaires accomplis par l'agent. Il est d'ailleurs à souligner que Monsieur VOUIN opposait la condition préalable « l'acte proprement constitutif », mais non à l'infraction. R. VOUIN, *Précis de droit pénal spécial*, op. cit., p. 3, n° 2.

136. En ce sens, L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 113, n° 194.

Elle relève d'une approche par adjonction de conditions. Il s'agit d'étudier les incriminations pour en dégager des conditions devant être vérifiées les unes après les autres dans les faits. Mais elle ne permet pas une démarche inductive, car il est difficile d'isoler le domaine dans lequel se réalise le comportement pour l'apprécier abstraitement. Surtout, cela conduit par la suite à apprécier les faits seuls, indépendamment de tout contexte.

288. Une condition relative à la valeur protégée – C'est donc la conception retenue de la condition préalable qui peut dans son entier être remise en cause. Elle ne devrait pas s'étendre à une situation, de droit ou de fait, protégée par la loi, mais, plus strictement, se restreindre à la matérialisation de la valeur protégée. Les circonstances de réalisation du fait d'exécution, même préalables à lui, ne devraient en effet pas en être si artificiellement séparées. Par exemple, la valeur que l'incrimination de vol protège est le droit de propriété d'autrui, ce qui ne concerne pas directement l'objet du vol. N'a d'intérêt au regard de la condition relative à la valeur que l'existence d'un droit de propriété, non la nature du bien volé (bien meuble ou immeuble, corporel ou incorporel...). Cette question ne concerne que le champ d'application de l'infraction, l'objet spécifique visé par le texte d'incrimination. Mais en tant que telle, la nature de cet objet est indifférente à l'atteinte à la valeur propriété. Ce n'est en effet pas la chose en tant que telle que le vol vient protéger, mais le droit de propriété sur la chose. Ainsi, les moyens de commission de l'infraction – telle la substance mortifère dans l'empoisonnement¹³⁷ – qui ne sont que des modalités d'exécution du fait principal¹³⁸, ne peuvent être rattachés qu'à lui.

Seule la condition relative à la valeur protégée, entendue strictement, peut être utilement distinguée¹³⁹, mais sans être pour autant extérieure à l'infraction. Elle relève de l'élément antijuridique, parce que c'est sur elle que se produit l'atteinte. Ce rattachement ne doit d'ailleurs pas nuire à l'intégrité de la qualification. Dans plusieurs hypothèses, son existence sera constatée dès l'analyse du comportement sous son angle matériel. Mais dans d'autres (existence d'un droit de propriété par exemple), sa vérification pourra donner lieu à discussion. C'est alors plus spécifiquement à l'occasion de l'analyse du comportement sous son angle antijuridique que celle-ci aura lieu. Il s'agira alors de déterminer si l'atteinte à la valeur est effective ou non. Quant aux autres circonstances, elles dépendent par contre effectivement de l'élément matériel.

137. Beaucoup d'auteurs y voient pourtant la condition préalable à l'empoisonnement. V. not. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 35, n° 79, ou M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 371, n° 329. La nature mortifère est certes une condition qui précède temporellement l'acte d'emploi ou d'administration, mais elle n'est pas ici une expression de la valeur protégée par l'incrimination. Elle n'en est qu'une condition.

138. En ce sens, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 12, n° 19, encore que l'auteur semble considérer la substance mortifère dans l'empoisonnement comme une de ses conditions préalables (v. p. 274, n° 499) alors pourtant qu'elle n'est que le moyen de l'attentat à la vie.

139. La condition relative à la valeur se limiterait alors à l'existence d'une personne en vie pour les infractions contre les personnes, la qualité de cette personne lorsqu'elle fait l'objet d'une protection particulière, le droit de propriété pour les infractions contre les biens, etc.

2. Les circonstances constitutives de l'élément matériel

289. Déterminations des circonstances – Les circonstances dépendantes de l'élément matériel sont particulièrement variées. L'élément matériel est l'occasion pour le juge d'analyser le comportement sous un angle matériel et physique. Ce comportement s'insère dans un contexte qu'il sera nécessaire pour le juge d'analyser non seulement parce que l'appréciation des faits accomplis ne peut être faite abstraction faite de leur contexte, mais aussi parce que celui-ci peut être déterminant dans la caractérisation de l'infraction.

Les circonstances constitutives ont pu être définies comme les particularités qui accompagnent et distinguent la donnée principale. Or, le fait se distingue et se caractérise par la personne l'ayant accomplie, par le lieu dans lequel il a été accompli, par l'objet sur lequel il a été accompli ou encore par le moyen ayant permis son accomplissement. Les exigences légales relatives au sujet actif, au lieu, à l'objet, ou au moyen peuvent donc être intégrées à l'élément matériel. Ensemble, ces exigences légales forment le contexte matériel dans lequel se déroule le fait décrit.

Les circonstances constitutives de l'élément matériel étant particulièrement nombreuses, elles seront envisagées à travers leur diversité (a), et à travers les cas particuliers relatifs à certaines catégories d'infractions (b).

a. La diversité des circonstances constitutives

290. Difficultés relatives aux circonstances de lieu – Les circonstances tenant au lieu, tout d'abord, pourront intégrer la matérialité de l'infraction et être vérifiées à l'occasion de l'analyse du comportement sous son angle matériel. Elles seront d'ailleurs le plus souvent constatées en même temps qu'est analysé le fait. Toutefois, l'exigence d'un lieu en particulier relève le plus souvent de la protection spéciale accordée par la loi à certains d'entre eux. Tel est le cas par exemple du domicile, protégé par l'article 226-4 du Code pénal qui réprime l'introduction et le maintien dans le domicile d'autrui¹⁴⁰. Dans ce cas, l'exigence tenant au lieu renvoie directement à la valeur protégée. La vérification du statut du bien – autrement dit la vérification du fait qu'il s'agit effectivement d'un domicile¹⁴¹ – relève alors davantage de

140. Lorsque la violation est le fait d'une personne dépositaire de l'autorité publique ou chargée d'une mission de service public dans l'exercice de ses fonctions, la répression se fera sur le fondement de l'article 432-7.

141. La notion de domicile retenue en jurisprudence est relativement large dès lors qu'il s'agit de tout lieu où la personne a le droit de se dire chez elle (Cass. crim., 26 fév. 1963, *Bull. crim.*, n° 92 ; Cass. crim., 13 oct. 1982, *Bull. crim.*, n° 218 ; *RSC* 1983, p. 670, obs. G. LEVASSEUR ; Cass. crim., 24 avr. 1985, *Bull. crim.*, n° 158 ; *RSC* 1986, p. 103, obs. G. LEVASSEUR). Quoi qu'il en soit, les juges devront vérifier qu'il s'agit bien d'un domicile, dès lors que « ce texte n'[a] pas pour objet de garantir d'une manière générale les propriétés immobilières contre une usurpation ». Cass. crim., 22 janv. 1997, *Bull. crim.*, n° 31 ; *Dr. pén.* 1997, p. 78, obs. M. VÉRON ; Cass. crim., 30 oct. 2006, *Bull. crim.*, n° 31 ; *AJ pén.* 2007, p. 32, obs. C. SAAS ; *RTD civ.* 2007, p. 87, note J. HAUSER ; *RSC* 2007, p. 83, note Y. MAYAUD ; *RDI* 2007, p. 85, note G. ROUJOU DE BOUBÉE.

l'élément antijuridique que de l'élément matériel. Dans les cas où l'exigence d'un lieu particulier pour la commission de l'infraction est la traduction de la protection particulière accordée à ce lieu, il faut donc admettre que cette circonstance relève de l'élément antijuridique et non du matériel¹⁴².

De même en est-il pour les infractions conditionnées par leur publicité¹⁴³. Certains comportements ne peuvent être pénalement sanctionnés que s'ils sont réalisés en public ou dans un lieu accessible au public. L'exhibition sexuelle¹⁴⁴, l'ancien délit de racolage public¹⁴⁵, l'interdiction de dissimulation du visage¹⁴⁶, ou la vente à la sauvette¹⁴⁷, en donnent quelques exemples. L'exigence de publicité sert dans ce cas à deux choses. Elle trace une frontière entre la sphère privée et la sphère publique. Ce faisant, elle limite la restriction apportée aux libertés individuelles à la seule sphère publique. Une difficulté survient alors, car ces incriminations ne sont pas toutes officiellement destinées à protéger l'ordre public ou la vie en communauté. Les incriminations viennent en protection d'autres valeurs, telle l'intégrité de la personne pour l'exhibition ou la dignité pour l'ancien délit de racolage¹⁴⁸. Par conséquent, cette circonstance de lieu est en principe étrangère à l'antijuridicité matérielle du comportement et devrait relever théoriquement de l'élément matériel. La circonstance relative au lieu permet davantage de restreindre le champ d'application des incriminations (dans la sphère privée, les libertés individuelles priment) qu'elle ne révèle la valeur protégée. Elle n'est donc pas la matérialisation de la condition préalable qui ne prend pas corps avec elle, sauf à admettre que ces infractions viennent simplement garantir le respect de certaines règles de vie en société.

291. Circonstances relatives au sujet actif – De même en est-il des exigences relatives au sujet actif. En de nombreuses hypothèses, les infractions ne peuvent être commises que par certaines personnes en particulier. Il s'agit de ce que la doctrine appelle parfois des infractions attitrées¹⁴⁹. Ces conditions devront par conséquent être vérifiées par le juge lors de la qualification. Elles seront, selon les cas, des circonstances constitutives du fait matériel des

142. Tel est le cas par exemple pour la violation des établissements pénitentiaires (Code pén. art. 434-35-1) ou l'introduction sur un terrain militaire (Code pén., art. 413-5).

143. Pour une étude de ces infractions et du rôle de la publicité dans la constitution des infraction, L. FACQ, *De la publicité, élément constitutif de l'infraction*, 1935, G. Thomas.

144. Code pén., art. 222-32.

145. *Ibid.*, art. 225-10-1, abrogé.

146. Loi 2010-1192 du 11 oct. 2010, art. 1 et 3.

147. Code pén., art. 446-1.

148. L'interdiction de dissimulation du visage étant une simple contravention, elle est en premier lieu une règle de vie en société. La circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi précise d'ailleurs que « se dissimuler le visage, c'est porter atteinte aux exigences minimales de la vie en société ». Elle rattache néanmoins à titre subsidiaire le comportement à une atteinte à la dignité humaine et à l'égalité. Quant à la vente à la sauvette, son incrimination vise à protéger les « dispositions réglementant les professions exercées dans les lieux publics » (titre du Chapitre IV dans lequel l'article est inséré).

149. L. SAENKO, « Brèves réflexions sur la catégorie des infractions « attitrées », *Gaz. Pal.* 2015, n° 307, p. 20.

infractions simples ou des infractions aggravées¹⁵⁰. Dans les deux cas, c'est au regard de cette qualité qu'agit l'agent, et dans beaucoup d'hypothèses, en faisant usage de cette qualité.

292. Les circonstances tenant au moyen employé – Particulièrement diverses, les précisions contenues dans les textes peuvent également pour certaines poser l'exigence de l'emploi d'un moyen en particulier. Tel est en premier lieu le cas lorsque le texte prévoit que l'agent a utilisé un objet ou un moyen particulier. Par exemple, l'empoisonnement ne peut être commis que par emploi ou administration (fait principal) d'une substance mortifère. L'infraction ne peut être commise que par administration, mais toutes les substances ne sont pas concernées. Devront être utilisées des substances « de nature à entraîner la mort »¹⁵¹ pour l'empoisonnement puisse être matériellement caractérisé. Il en va de même pour certaines destructions de biens. Est ainsi réprimée la destruction, la dégradation ou la détérioration d'un bien appartenant à autrui, notamment par l'effet d'une substance explosive ou d'un incendie¹⁵². Pour tomber sous le coup de ce texte, la destruction du bien doit donc être faite par l'emploi d'un moyen particulier. Il ne s'agit pas ici de la forme que doit prendre le fait matériel, autrement dit de son mode de commission, il s'agit ici du moyen permettant de réaliser le fait matériel. Il est donc une particularité accompagnant la réalisation du fait principal de destruction. Il s'ensuit qu'il est théoriquement possible de différencier le moyen renvoyant à la modalité de réalisation du fait principal et qui s'incorpore à ce fait du moyen servant à la réalisation de ce même fait.

293. Les précisions relatives au fait principal – Des difficultés peuvent toutefois surgir lorsque le moyen employé se confond en réalité avec le fait principal d'exécution. Par exemple, au titre de la discrimination, ne seront des distinctions punissables au sens de l'article 225-1 que les distinctions commises à l'occasion des faits prévus à l'article 225-2, soit le refus d'un bien ou d'un service, l'entrave à l'exercice normal d'une activité économique, etc. Les précisions apportées par l'article 225-2 permettent donc de circonscrire des faits de discrimination à des faits de refus¹⁵³, d'entrave¹⁵⁴ ou de subordination¹⁵⁵. Toutes les distinctions ne sont pas punissables, seuls certains faits permettant d'opérer une distinction le sont¹⁵⁶.

Il ne s'agit pas dans ces différents cas à proprement parler d'emploi d'un moyen particulier.

150. Ces conditions liées au sujet actif peuvent être révélatrices des obligations pesant sur cette personne ou du devoir de probité dont elle doit faire preuve. Elles sont alors révélatrices de l'utilisation de la loi pénale pour garantir le respect d'une norme extra-pénale et pourraient, de ce fait être appréhendées comme des composantes de l'élément antijuridique. Elles ne sont toutefois pas non plus une matérialisation de la valeur protégée, si bien qu'elles ne dépendent pas de lui.

151. Code pén. art. 221-5.

152. Code pén. art. 322-6, al. 1.

153. Code pén. art. 225-2 1°, 3° et 6°

154. *Ibid.* 2°

155. *Ibid.* 4° et 5°

156. D'autres exemples tiennent à l'infraction consistant à déterminer une personne à quitter le territoire en vue de lui faire contracter un mariage, qui ne peut être commise que par des manœuvres dolosives (Code pén. art. 222-

Ces précisions légales tendent ici à préciser le mode de commission de l'infraction. En d'autres termes, elles définissent le fait principal en le cantonnant à certains faits particuliers. Elles ne peuvent par conséquent pas s'analyser en des circonstances constitutives. Elles ne sont pas à proprement parler des particularités qui accompagnent et distinguent le fait principal. Elles sont ce fait principal lui-même et par conséquent sont relatives à la donnée principale de l'élément matériel et non à ses circonstances constitutives.

294. Les circonstances tenant au cadre – Outre le moyen employé, les textes font souvent état de certaines particularités factuelles servant de cadre à la réalisation du fait matériel. Ce contexte factuel peut être de deux ordres, dès lors qu'il peut être soit créé par l'agent¹⁵⁷, soit être un simple cadre dans lequel se déroule le fait principal. Par exemple, le bizutage ne sera constitué que si les actes imposés le sont dans un cadre scolaire¹⁵⁸. Cette infraction vient en complément des incriminations de faits de violence, pour sanctionner des actes dégradants et humiliants non violents¹⁵⁹. Le cadre scolaire prévu par le texte est alors non pas révélateur de la valeur protégée qui est la dignité¹⁶⁰, il est un encadrement de la répression et une réponse à certaines pratiques excessives observées à l'occasion d'initiations. De même en est-il des crimes ou délits de guerre qui ne pourront être commis que dans un contexte de conflit armé¹⁶¹.

Ce cadre prévu par certains textes peut toujours être relié à la matérialité du comportement même lorsqu'il est révélateur de la valeur protégée par le texte. Ce n'est en effet alors qu'au regard du texte qu'apparaît le lien entre la circonstance décrite et l'élément antijuridique. Cependant, au regard de l'analyse du comportement, elle restera constatée avec les faits, tout simplement parce qu'elle leur sert de contexte. L'infraction commise, comme l'incrimination, demeure un tout de sorte que chaque élément peut imprimer des spécificités aux autres. Regardées sous

14-4), aux atteintes à l'intimité de la vie privée, qui ne seront sanctionnées que si le fait accompli consiste en la captation, l'enregistrement, la transmission ou la fixation (Code pén. art. 226-1, 1° et 2°), ou encore à l'extorsion dans laquelle l'obtention du bien se traduit matériellement par un fait de violence, de menace ou de contrainte (Code pén. art. 312-1).

157. Le même raisonnement peut en effet être tenu pour les précisions légales tenant au cadre et pouvant dépendre de l'activité de l'agent, telles les circonstances de réunion, lorsqu'elles ne sont pas prévues comme des causes d'aggravation.

158. Le texte vise les « manifestations ou de réunions liées aux milieux scolaire et socio-éducatif ». Code pén. art. 225-16-1.

159. Il y a tout de même une difficulté et un recoupement matériel entre l'incrimination du bizutage et les incriminations de violences volontaires. L'article 225-16-1, parce qu'il dispose expressément que le bizutage est constitué « hors les cas de violences » semble exclure de son champ d'application les faits de violences. Or, la Cour de cassation admet depuis longtemps de sanctionner sur le terrain des violences volontaires des faits de nature à causer chez la victime un choc émotif. Les traitements dégradants ne peuvent-ils pas alors aussi s'analyser selon la matérialité des faits comme des faits de violence psychologique ? Quoi qu'il en soit, dès lors que les faits accomplis seront des faits de violences, la répression s'opérera sur le fondement des articles 222-7 et suivant du Code pénal. En ce sens, Y. MAYAUD, *Rép. dr. pén.*, Violences volontaires, 2008.

160. V. D. VIRIOT-BARRIAL, *Rép. dr. pén.*, Dignité de la personne humaine, 2014.

161. Les crimes et délits de guerre, incriminés au Livre IV bis du Code pénal ont tous pour cadre l'existence d'un conflit armé. L'article 461-1 dispose à ce propos que « constituent des crimes ou des délits de guerre les infractions [...] commises, lors d'un conflit armé international ou non international et en relation avec ce conflit ».

l'angle matériel, ces circonstances sont un ensemble dans lequel s'insère et se déroule le fait. Elles lui sont intimement liées dès lors qu'elles permettent aussi sa réalisation. Regardées sous l'angle antijuridique, elles seront le support du caractère antijuridique du comportement. Dans l'exercice de qualification, le fait ne pouvant pas être apprécié indépendamment du cadre dans lequel il se déroule, c'est en premier lieu au titre de l'élément matériel qu'elles seront vérifiées.

C'est le cas par exemple pour l'infraction d'atteinte à l'intimité de la vie privée. Dans cette infraction, les paroles doivent avoir été prononcées à titre confidentiel ou la personne dont l'image sera fixée doit s'être trouvée dans un lieu privé¹⁶². Ce cadre privé révèle en un sens l'atteinte. Dès lors que les paroles et les images ont un caractère privé, leur captation ou leur fixation relève d'une immixtion dans l'intimité de leur vie privée. Si elles font apparaître en partie l'élément antijuridique de l'infraction, elles participent aussi de sa matérialité en décrivant un contexte matériel dans lequel le comportement se produit. Contrairement aux circonstances de lieu, qui si elles peuvent être constatées dès l'analyse de la matérialité des faits, relèvent à proprement parler de l'élément antijuridique, le cadre général de commission du fait dépend lui de l'élément matériel. Il pourra par contre servir d'indice dans la constatation de l'antijuridicité.

Outre ces différentes circonstances constitutives, certaines catégories d'infractions possèdent des circonstances qui leurs sont propres et qu'il convient d'envisager.

b. Les circonstances propres à certaines catégories d'infractions

295. Annonce – Deux catégories d'infractions méritent d'être approfondies. Il s'agit des infractions aggravées, pour lesquelles certaines circonstances aggravantes sont des circonstances constitutives de l'élément matériel de l'infraction aggravée (α), et des infractions de conséquences pour lesquelles l'infraction d'origine est parfois analysée à tort comme intégrant sa structure (β).

α . Les circonstances aggravantes, circonstances constitutives de l'infraction aggravée

296. L'autonomie des infractions aggravées – Outre ces différentes circonstances constitutives pouvant varier selon les exigences des textes, des circonstances aggravantes peuvent venir s'ajouter au fait principal. La proposition doctrinale voyant dans l'infraction aggravée une entité autonome ne peut qu'être approuvée¹⁶³. Du point de vue de la qualification, l'infraction aggravée ne s'analyse pas véritablement en deux temps, contrairement à ce que suggère l'analyse traditionnelle. La raison de cette caractérisation en deux temps est double. Elle est liée en premier lieu à la conception retenue de la circonstance aggravante. Celle-ci ne serait que le complément

162. Code pén. art. 226-1.

163. V. *supra*, n° 83.

d'une infraction principale dont elle ne modifierait pas la substance : elle entraînerait simplement une augmentation du *quantum* de la peine encourue. Elle est en second lieu, et par extension, d'ordre procédural. La circonstance aggravante implique en effet que la personne poursuivie soit d'abord reconnue coupable des faits principaux. Par conséquent, devant la cour d'assises, la question relative à une circonstance aggravante se réfère nécessairement à une question portant sur le fait principal¹⁶⁴. Ce n'est qu'une fois la culpabilité de l'auteur reconnue pour l'infraction principale que la question relative aux circonstances aggravantes pourra être posée. Il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire de demander aux jurés si l'accusé est coupable¹⁶⁵ dès lors que la culpabilité a déjà été vérifiée par la réponse affirmative à la question principale¹⁶⁶. Du point de vue procédural, la circonstance aggravante suppose donc caractérisée l'infraction principale à laquelle elle ne fait que s'ajouter.

Toutefois, dès lors que la qualification pénale s'opère à partir du comportement apprécié dans sa globalité, il peut sembler artificiel d'isoler les éléments du comportement correspondant aux circonstances aggravantes pour qualifier l'activité indépendamment d'eux. Si le comportement doit s'apprécier selon une logique d'ensemble, il semble alors que les circonstances aggravantes en soient indissociables, car c'est lui qu'il faudra qualifier, soit d'infraction autonome si un texte se révèle adéquat, soit d'infraction aggravée¹⁶⁷.

Au regard de la qualification pénale des faits et de la conception retenue des éléments constitutifs, admettre que les circonstances aggravantes intègrent les éléments constitutifs de l'infraction aggravée est non seulement envisageable, mais encore souhaitable car elle préserve l'intégrité de l'infraction. Madame DE JACOBET DE NOMBEL a en effet démontré que les spécificités procédurales étaient insuffisantes à faire obstacle à l'analyse de l'infraction aggravée comme une infraction autonome¹⁶⁸. Cette position ne peut du reste qu'être approuvée, car l'infraction est un comportement, réprimé par la loi, et pénalement qualifié. Or, la qualification retenue en cas d'aggravation est bien celle d'infraction aggravée. L'aggravation n'est pas un simple complément, elle est partie intégrante de l'infraction commise¹⁶⁹. Au reste, l'infraction aggravée répond aux exigences propres à l'infraction. Elle est un comportement faisant l'objet d'une incrimination particulière (les circonstances aggravantes sont en effet soumises au principe de légalité)¹⁷⁰ et est

164. H. ANGEVIN, *La pratique de la Cour d'assises*, op. cit., p. 340, n° 852.

165. Cass. crim. 5 juill. 1978, *Bull. crim.*, n° 222.

166. En cas de réponse négative à cette question, celles relatives aux circonstances aggravantes doivent fort logiquement être déclarées sans objet. H. ANGEVIN, *La pratique de la Cour d'assises*, op. cit., p. 340, n° 852 et p. 418, n° 1089.

167. Selon Madame GALLARDO-GONGGRYP, il s'agit ici d'une qualification par contraction, liée au fait que le principe de qualification « impose une approche globale des faits envisagés dans leur intégralité ». E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 100, n° 128.

168. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 58, n°s 98 et s.

169. En ce sens, *ibid.*, p. 59, n° 99. V. égal. E. LETOUZEY, *La répétition d'infractions*, th. préc., p. 91, n°s 137.

170. V. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 28, n°s 38 et s.

sanctionnée d'une peine propre¹⁷¹. Elles en présentent enfin tous les éléments. Les infractions aggravées reçoivent donc bien une qualification légale dans le Code pénal, à laquelle est associée une sanction pénale¹⁷². En tant qu'infractions, elles devraient ainsi présenter une structure similaire à la catégorie dont elles relèvent. Elles seraient par conséquent composées des mêmes éléments constitutifs, que les circonstances aggravantes intégreraient en tant que circonstances constitutives parce qu'elles sont des modalités d'exécution du comportement.

297. Les circonstances aggravantes matérielles ou mixtes – Les circonstances aggravantes d'ordre matériel peuvent être considérées comme des circonstances constitutives de l'élément matériel s'ajoutant au fait principal. Ce sera le cas à la fois pour les circonstances aggravantes strictement matérielles et pour les circonstances aggravantes s'imprimant sur plusieurs éléments à la fois. Le port ou l'usage d'une arme viennent ainsi accompagner le fait de violence¹⁷³ ou de vol¹⁷⁴. Cette particularité accompagne le fait principal et son exécution. Elle est indissociable du comportement accompli, envisagé d'un point de vue matériel. C'est donc dans son ensemble que l'élément matériel de l'infraction aggravée doit être qualifié.

Le plus souvent, les circonstances aggravantes s'imprimeront sur les différents éléments de l'infraction, du moins lorsque la connaissance de l'existence de la circonstance sera requise¹⁷⁵. Surtout, elles modifient dans certains cas légèrement le comportement incriminé. Ses particularités peuvent alors se retrouver dans les différents éléments. Ceci est lié au caractère intègre de l'infraction aggravée qui relève de la même logique que l'infraction simple et est conforté pour beaucoup par les prévisions légales. En effet, pour beaucoup de circonstances aggravantes essentiellement matérielles, le législateur a expressément prévu leur caractère volontaire¹⁷⁶. De même, certaines circonstances essentiellement intellectuelles doivent se matérialiser physiquement. C'est par exemple le cas du mobile discriminatoire. Celui-ci est *a priori* d'ordre intellectuel, mais il doit, au terme de l'article 132-76 du Code pénal, être révélé matériellement¹⁷⁷. Comme le mobile raciste appartient au seul domaine des sentiments, il ne peut être réprimé que s'il s'est

171. *Ibid.*, p. 38, n^{os} 57 et s.

172. Elle répond donc aux deux caractéristiques principales de l'infraction que sont l'incrimination et la sanction. F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 10, n^o 23. Par ailleurs, de manière générale, ces infractions partagent la structure idéale dégagée, au même titre que l'infraction simple.

173. Code pén. art. 222-13, 10^o

174. *Ibid.* art. 311-8.

175. V. *infra*, n^o 438.

176. V. par ex. la circonstance aggravante tenant à la dissimulation du visage, celle-ci devant être volontaire (Code pén., art. 311-4, 10^o : « Lorsqu'il est commis par une personne dissimulant volontairement en tout ou partie son visage afin de ne pas être identifiée »). Ceci sera également le cas lorsque la circonstance aggravante est en outre une infraction autonome (vol avec violence par exemple (*Ibid.* art. 311-4, 4^o)).

177. Code pén. art. 132-76, alinéa 2 : « La circonstance aggravante définie au premier alinéa est constituée lorsque l'infraction est précédée, accompagnée ou suivie de propos, écrits, images, objets ou actes de toute nature portant atteinte à l'honneur ou à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la victime à raison de leur appartenance ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. »

concrétisé de manière tangible. Adossé à une infraction principale, il intègre ainsi à la fois sa dimension matérielle et sa dimension morale. L'infraction aggravée ne pourra être caractérisée que si le comportement révèle, outre les spécificités de l'infraction simple, l'exigence d'une manifestation concrète du motif discriminatoire du point de vue de sa matérialité et le mobile discriminatoire du point de vue de sa moralité¹⁷⁸. En outre, ce mobile se retrouvera également dans le cadre de l'élément antijuridique, la valeur protégée dans le cadre de l'infraction aggravée (par exemple l'intégrité physique et l'égalité) et atteinte par le comportement étant alors dédoublée¹⁷⁹.

298. Aggravation et pluralité de faits – Il faut toutefois approfondir quelque peu, car si la circonstance aggravante impose le plus souvent de vérifier une circonstance d'ordre factuel ou l'emploi d'un moyen particulier (utilisation d'une arme, circonstance de fait particulière), dans d'autres hypothèses, l'aggravation suppose réellement une dualité de faits. Le vol avec violence, par exemple, consiste à aggraver le vol à raison d'une action concomitante à celui-ci. Il y a dans cette hypothèse plusieurs actes distincts. Or, le législateur ne s'intéresse pas forcément à la relation causale entre les deux actes. Il y a deux activités qui se juxtaposent et qui sont constitutives de deux infractions différentes en concours, que le législateur règle. L'on a donc un fait principal qui correspond à l'exécution achevée de l'infraction simple, auquel s'ajoute un autre fait principal dont l'accomplissement marque l'exécution de l'infraction aggravée. L'on se trouve alors face à une forme d'infraction complexe (plusieurs actes de natures différentes sont exigés dans la réalisation de l'infraction). Mais ici, il ne s'agit pas du détail des étapes de l'infraction. L'aggravation fait naître une hypothèse véritable d'infraction complexe caractérisée par une superposition d'actes de natures différentes et tous deux indispensables à la caractérisation de l'infraction aggravée. Comment régler alors ce cas particulier ? Les deux faits doivent-ils être regardés ensemble comme principaux ? La solution pourrait tout à fait se concevoir, surtout si l'on part du comportement accompli. Elle ne s'impose toutefois pas, parce que dans cette hypothèse, le législateur a lui-même réglé le conflit de qualification. Certes, ici, il faut bien vérifier deux faits, mais au regard de la qualification finale, l'un deviendra le fait principal, l'autre l'accompagnant et justifiant l'aggravation de la répression. Plus précisément, c'est ici le

178. L'article 132-76 alinéa 1 précise en effet qu'il y a aggravation « lorsque l'infraction est commise à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée. » Le même raisonnement peut être suivi pour la circonstance aggravante de tortures et actes de barbarie. Dès lors que le législateur a employé la qualification légale de l'infraction autonome correspondante, la circonstance aggravante devra en présenter les mêmes spécificités structurelles, tant du point de vue de l'élément matériel que de l'élément moral. Sur ce point, v. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 70, n° 110.

179. De même en est-il des circonstances aggravantes tenant aux atteintes aux personnes dans les infractions contre les biens. Par exemple, la circonstance aggravante de violences s'imprime sur la matérialité du fait, elle doit en outre être volontaire et traduit un dédoublement de la valeur atteinte : atteinte au bien par le vol, à la personne par les violences qui l'ont accompagnées.

fait principal de la qualification absorbante qui reste la donnée principale de l'élément matériel de l'infraction aggravée. L'autre est une circonstance qui accompagne son accomplissement.

Outre le problème particulier de l'infraction aggravée, une hypothèse mérite également d'être approfondie. Il s'agit de l'infraction de conséquence.

β. Rejet de l'analyse de l'infraction d'origine comme circonstance de l'infraction de conséquence

299. Rejet des analyses de l'infraction d'origine comme condition préalable ou comme élément constitutif – L'infraction de conséquence présente une originalité, dont l'on peut légitimement se demander si elle est ou non de nature structurelle. Ce type d'infraction ne peut être caractérisé que si le comportement s'insère dans un cadre particulier, celui que lui fournit l'infraction d'origine. L'infraction de conséquence prend en d'autres termes « sa source »¹⁸⁰ dans l'infraction d'origine. La question se pose donc de savoir comment l'infraction d'origine doit s'analyser par rapport à l'infraction de conséquence. Il faut tout d'abord, fort logiquement, exclure la qualification de condition préalable à l'infraction d'origine. La répression de l'infraction de conséquence vient compléter la répression de l'infraction d'origine¹⁸¹. L'une, comme l'autre, protègent la même valeur. Or, cette valeur ne peut se matérialiser dans l'infraction d'origine¹⁸². Elle a été atteinte par elle, mais ne matérialise pas en elle. Ainsi, si l'infraction d'origine est bien une condition de l'infraction de conséquence, elle ne peut en être une condition préalable¹⁸³.

Selon une autre analyse, l'infraction d'origine serait un élément constitutif (localisant) de l'infraction de conséquence¹⁸⁴. Cette catégorie d'infraction, comme souvent, se particulariserait

180. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 537, n° 683.

181. Ainsi, si l'infraction de conséquence est incriminée, c'est parce qu'elle détermine en pratique la commission de l'infraction d'origine. En ce sens, *ibid.*, p. 538, n° 684.

182. *Contra*, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 14, n° 20. Selon l'auteur, l'infraction d'origine représente négativement le bien juridique protégé. V. égal. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 99, n°s 168 et s., qui qualifie néanmoins l'infraction d'origine de condition préalable particulière, de « second rang » (p. 101, n°171) dès lors qu'elle n'est pas la situation protégée, mais la référence à la situation protégée contre l'infraction d'origine.

183. Pour un rejet de l'analyse de l'infraction d'origine comme condition préalable, mais selon un autre raisonnement, v. P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 252, n°s 573 et s.

184. *Ibid.*, p. 250-251, n°s 570 et s. Encore faut-il préciser que Monsieur CAZALBOU semble tenir pour synonyme l'expression de « faits constitutifs » visée à l'article 113-2 et celle d'élément constitutif. Il écrit ainsi : « Bien plus convaincante nous paraît la prise en compte de l'infraction principale au titre d'élément constitutif localisant de l'infraction conditionnée », pour ensuite traiter de l'infraction principale comme « fait constitutif localisant ». Il fonde notamment son analyse sur un arrêt dans lequel la Cour de cassation avait localisé en France un recel commis à l'étranger dès lors que l'infraction d'origine avait été réalisée en France, et refuse pour cette raison de voir dans l'infraction d'origine une condition préalable de celle de conséquence. V. Cass. crim., 26 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 224 ; *Dr. pén.* 2007, n° 150, obs. M. VÉRON ; *D.* 2008, p. 1179, note D. REBUT ; *RSC* 2008, p. 69, obs. E. FORTIS ; *RSC* 2008, p. 360, obs. R. FINIELZ ; *RPDP* 2008, p. 651, note D. CHILSTEIN. V. égal. sur cet arrêt M. SEGONDS, « Le principe de territorialité à l'épreuve passée, présente et future du délit de recel », *JCP G.* 2008, II, 10047.

donc par l'existence d'un élément constitutif spécifique relatif à l'infraction d'origine¹⁸⁵. Une telle analyse relève d'une utilisation trop large des éléments constitutifs et déjà critiquée¹⁸⁶.

300. Un rapport de connexité – Reste que les deux comportements sont étroitement en lien et que la caractérisation de l'infraction de conséquence est partiellement conditionnée par la caractérisation de l'infraction d'origine. En principe, pour retenir l'infraction de conséquence, les juges devront « s'expliquer sur l'existence de l'infraction préalable ayant procuré les choses recelées »¹⁸⁷. Il est possible donc d'hésiter sur la relation qui unit les deux. Les décisions relatives à la localisation de l'infraction de recel dans l'espace, rendent l'hésitation encore plus forte. Dans un premier temps, la Cour de cassation a pu affirmer l'autonomie des deux infractions¹⁸⁸, n'y voyant que des infractions connexes¹⁸⁹. Allant plus loin, elle a par la suite considéré que les deux infractions étaient unies par un lien d'indivisibilité¹⁹⁰, ce qui permettait une extension de compétence des tribunaux français à l'infraction d'origine dans l'hypothèse où seuls les faits de recel avaient été commis en France¹⁹¹. La compétence résulte alors d'une « exception jurisprudentielle »¹⁹² à l'article 113-2. Adoptant un raisonnement différent, elle a enfin opéré un rattachement de faits de recel commis à l'étranger par application directe de l'article 113-2, dès lors que les faits de vol avaient été commis en France¹⁹³. Elle faisait alors de l'infraction d'origine une composante de la structure de l'infraction de conséquence. Au

L'argument n'est néanmoins que peu probant dès lors que la Cour de cassation admet de localiser l'infraction au lieu de réalisation de sa condition préalable. L'arrêt préc. ne peut donc permettre de conclure que l'infraction d'origine ne pourrait être la condition préalable de celle de conséquence. Pour une hypothèse de localisation de l'abus de confiance au lieu de la remise, v. Cass. crim., 12 fév. 1979, *Bull. crim.*, n° 60 ; *D.* 1979, IR, p. 177, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *RSC* 1979, p. 575, obs. P. BOUZAT, et Cass. crim., 2 déc. 2009, *Bull. crim.* ; *Dr. pén.* 2010, Comm. n° 42, obs. M. VÉRON.

185. Selon Monsieur CAZALBOU cet élément constitutif se retrouverait également dans la complicité, les deux types d'infraction étant pareillement conditionnés par la réalisation d'une autre infraction. P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 251, n°s 572 et s. et p. 52, n°s 83 et s., sur l'analyse croisée de la complicité et de l'infraction de conséquence proprement dite.

186. V. *supra*, n° 106.

187. P. MAISTRE DU CHAMBON, *Rép. dr. pén.*, Recel, 2009, n° 14.

188. Cass. crim., 17 mai 1939, *Bull. crim.*, n° 114 ; Cass. crim., 16 janv. 1964, *Bull. crim.*, n° 16.

189. Cass. crim., 9 nov. 2004, *Bull. crim.*, n° 274 ; *RSC* 2005, p. 293, note G. VERMELLE, étant précisé par ailleurs que « l'extorsion de signature et de bien et le recel dudit bien constituent des infractions distinctes ». La connexité entre l'infraction de recel et celle d'origine est par ailleurs affirmée à l'article 203 du Code de procédure pénale.

190. Cass. crim., 15 mars 2006, *Bull. crim.*, n° 78 ; *AJ pén.* 2006, p. 269, obs. M.-E. C. ; *RSC* 2006, p. 634, obs. A. GIUDICELLI.

191. À l'inverse de la connexité, Cass. crim., 31 mai 2016, à paraître ; *D.* 2016, p. 1989, note D. REBUT ; *D.* 2016, chron. p. 1597, obs. G. GUÉHO ; *AJ pén.* 2016, p. 487, obs. D. BRACH-THIEL ; *D.* 2016, pan. p. 2424, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *D. actualité* 2016, obs. D. GOETZ ; *Dr. pén.* 2016, n° 122, obs. P. CONTE.

192. A. GIUDICELLI, « Compétence du juge français pour des faits commis à l'étranger par un ambassadeur de France », obs. sur Cass. crim., 15 mars 2006, *RSC* 2006, p. 634, citant F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 396. La solution ne trouve d'ailleurs pas de fondement législatif. V. D. REBUT, *Droit pénal international, op. cit.*, p. 41, n° 59.

193. Cass. crim., 26 sept. 2007, *Bull. crim.*, n° 224 ; *Dr. pén.* 2007, n° 150, obs. M. VÉRON ; *D.* 2008, p. 1179, note D. REBUT ; *RSC* 2008, p. 69, obs. E. FORTIS ; *RSC* 2008, p. 360, obs. R. FINIELZ ; *RPDP* 2008, p. 651, note D. CHILSTEIN. Adde M. SEGONDS, « Le principe de territorialité à l'épreuve passée, présente et future du délit de recel », *JCP* 2008, I, 10047.

regard de la nature de l'infraction d'origine par rapport à celle de conséquence, l'extension de compétence sur le fondement de l'indivisibilité¹⁹⁴ ou sur le fondement de 113-2 ne conduit pas à la même conclusion. Dans le premier cas, les deux infractions sont autonomes d'un point de vue structurel, mais reliées entre elles par un rapport de cause à effet¹⁹⁵ si fort que la compréhension de l'une ne peut se faire sans la compréhension de l'autre¹⁹⁶. Dans le second, l'infraction d'origine s'incorpore à la structure de l'infraction de conséquence dont elle est un fait constitutif¹⁹⁷.

Les hésitations jurisprudentielles ne permettent pas de trancher dans un sens ou dans l'autre. En réalité, si les deux infractions apparaissent intimement liées, il n'est pas certain qu'elles puissent être analysées ni comme indivisibles ni comme structurellement dépendantes. Dans l'incrimination du recel, par exemple, il est exigé que le bien recelé soit issu d'un crime ou d'un délit¹⁹⁸. En principe, donc, il est nécessaire pour pouvoir caractériser le recel d'avoir, au préalable, caractérisé une infraction d'origine. Afin de savoir si structurellement l'infraction d'origine est une composante de l'infraction de conséquence, il faut par conséquent se demander si la caractérisation complète de la première est nécessaire à celle de la seconde. Dans l'affirmative, il serait effectivement possible de voir dans l'infraction d'origine une composante de celle de conséquence. Or, la Cour de cassation se contente parfois d'une qualification abstraite¹⁹⁹ et affirme même que la qualification exacte de l'infraction d'origine est sans incidence sur la caractérisation du recel²⁰⁰. Seule la certitude de l'origine délictueuse du bien importe. Ce n'est par conséquent pas la caractérisation concrète d'une infraction qui est exigée. Son existence est en réalité indifférente dès lors que les circonstances rendent certaine l'origine illicite du bien

194. Ou de la connexité, les deux notions ne se distinguant que par une différence de degré. D. BRACH-THIEL obs. sur Cass. crim., 31 mai 2016, *AJ pén.* 2016, p. 487.

195. D. REBUT note sous Cass. crim., 31 mai 2016, *D.* 2016, p. 1989 : ne sont pas indivisibles des faits qui ne sont pas « matériellement indépendants au sens où les uns ne sont pas la cause ou la résultante des autres ».

196. V. Cass. crim., 31 mai 2016, à paraître ; *D.* 2016, p. 1989, note D. REBUT ; *D.* 2016, chron. p. 1597, obs. G. GUÉHO ; *AJ pén.* 2016, p. 487, obs. D. BRACH-THIEL ; *D.* 2016, pan. p. 2424, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *D. actualité* 2016, obs. D. GOETZ ; *Dr. pén.* 2016, n° 122, obs. P. CONTE : les faits sont indivisibles « lorsqu'ils sont rattachés entre eux par un lien tel que l'existence des uns ne se comprendrait pas sans l'existence des autres ».

197. Pour une critique de la solution, v. D. CHILSTEIN note sous Cass. crim., 26 sept. 2007, *RPDP* 2008, p. 651, qui écrit que tout se passe comme si la Cour de cassation voulait substituer à une indivisibilité externe liant deux infractions distinctes une indivisibilité interne résultant de la structure des infractions de conséquence. L'auteur voit dans cette pratique « une économie de raisonnement ».

198. Code pén., art. 321-1.

199. L'auteur de l'infraction d'origine peut ne pas avoir été poursuivi ou même identifié. Cass. crim., 24 nov. 1964, *Bull. crim.*, n° 345 ; Cass. crim., 10 oct. 1972, *Bull. crim.*, n° 277, et plus récemment Cass. crim., 9 juin 2015, n° 14-80.713. Dans ce cas, la qualification ne peut être qu'abstraite et partielle dès lors que l'élément moral ne sera pas concrètement vérifié.

200. Cass. crim., 19 juin 2001, *Bull. crim.*, n° 149 ; *JCP* 2002, II, 10064, obs. D. COMMARET ; *JCP* 2002, II, 10064, note A. LEPAGE ; *D.* 2001, p. 2539, note B. BEIGNER et B. DE LAMY ; *RSC* 2002, p. 119, note J. FRANCILLON ; *D.* 2002, p. 1462, obs. J. PRADEL ; *Gaz. Pal.* 2002, 1, n° 120, note Y. MONNET ; *RSC* 2002, p. 96, obs. B. BOULOC ; *RSC* 2002, p. 592, obs. J.-P. DELMAS SAINT-HILAIRE. Les circonstances exactes de l'infraction d'origine sont donc indifférentes : Cass. crim., 13 mai 1991, n° 90-83.520.

recelé, si bien que seule la qualification abstraite est importante. Dans la qualification du recel, le juge devra donc simplement s'interroger sur l'origine du bien. Il n'y a donc que cette circonstance qui intègre l'exercice de qualification et qui peut donc être regardée comme circonstance de la réalisation du fait principal de l'infraction de conséquence. L'indifférence de l'infraction d'origine ne peut conduire à analyser le comportement concret comme un fait constitutif²⁰¹. Ceci est d'autant plus vrai que la Cour de cassation a jugé que le recel reste punissable même si l'auteur de l'infraction d'origine a été relaxé par une décision devenue définitive²⁰². Il y a donc une contradiction à se contenter de l'origine du bien dans la caractérisation de l'infraction et à affirmer par ailleurs que l'infraction d'origine est un fait constitutif de l'infraction de conséquence pour permettre la localisation en France du recel commis à l'étranger. À vrai dire, l'affirmation d'un rapport d'indivisibilité n'est pas plus satisfaisante. Certes, les deux comportements sont intimement liés. Cependant, la Cour de cassation n'estime pas de manière générale que l'existence des faits de recel ne se comprend pas sans l'existence des faits, par exemple, de vol, au contraire. En réalité, dans l'arrêt de 2006 où lequel l'indivisibilité des infractions a été reconnue, il n'y avait pas d'autre moyen pour permettre la compétence des tribunaux français. Dans cette espèce, le recel avait été commis en France, tandis que l'infraction d'origine (fourniture illicite et habituelle de visas autorisant l'entrée et le séjour d'étrangers en France) avaient été commise à l'étranger. Il était donc impossible d'appliquer l'article 113-2 alinéa 2 et l'extension de compétence sur le fondement de la connexité a souvent été discutée et critiquée²⁰³. La solution n'en est pas moins discutable. S'il existe sans doute un rapport de connexité entre les différents faits²⁰⁴, il ne semble pas aller jusqu'à une indivisibilité²⁰⁵. Le rapport de cause à effet ne va pas jusqu'à rendre matériellement dépendante la compréhension et la caractérisation des deux infractions.

301. Conclusion – Ce tour d'horizon des circonstances constitutives accompagnant la réalisation du fait principal en a montré la grande diversité. Celles-ci pourront être relatives

201. *Contra*, P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 251, n° 570. Selon lui, la spécificité structurelle des infractions de conséquences permet seule de justifier l'extension de compétence à l'infraction principale qui en est un fait constitutif.

202. Cass. crim., 9 fév. 1956, *Bull. crim.*, n° 148 ; *D.* 1956, p. 501, note M.R.M.P ; *JCP* 1956, II, 9574, note J. LARGUIER, et Cass. crim., 15 mai 1957, *Bull. crim.*, n° 412.

203. En ce sens, D. REBUT, note sous Cass. crim., 31 mai 2016, préc. L'arrêt du 31 mai 2016 l'exclu d'ailleurs en affirmant que la localisation en France est possible « dans le seul cas où il existe un lien d'indivisibilité ». Cass. crim., 31 mai 2016, à paraître ; *D.* 2016, p. 1989, note D. REBUT ; *D.* 2016, chron. p. 1597, obs. G. GUÉHO ; *AJ pén.* 2016, p. 487, obs. D. BRACH-THIEL ; *D.* 2016, pan. p. 2424, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *D. actualité* 2016, obs. D. GOETZ ; *Dr. pén.* 2016, n° 122, obs. P. CONTE.

204. En ce sens, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 59, n° 89.

205. Reste que la différence entre les deux est parfois malaisée et que le Code de procédure pénale admet l'extension de compétence dans l'ordre interne en cas de simple connexité. L'article 382 alinéa 3 dispose que « la compétence du tribunal correctionnel s'étend aux délits et contraventions qui forment avec l'infraction déférée au tribunal un ensemble indivisible ; elle peut aussi s'étendre aux délits et contraventions connexes, au sens de l'article 203 ».

au domaine dans lequel se déroule l'infraction, autrement dit à son environnement. D'autres se rapprocheront davantage de modalités d'exécution du fait principal. S'il peut paraître artificiel de séparer le fait, donnée principale, des circonstances matérielles de son accomplissement, cette dissociation permet d'un point de vue théorique de préciser et d'identifier la composition de cet élément. Parce que le fait se déroule dans un contexte, il doit s'apprécier au regard de celui-ci et dans le cadre général qu'il lui fournit. Il reste néanmoins théoriquement possible de préciser ce qui relève du fait d'exécution et ce qui relève des circonstances de son exécution.

Si les circonstances entourant la réalisation du fait principal conditionnent la caractérisation de l'élément matériel, elles peuvent aussi suffire à justifier la répression, même en l'absence de caractérisation du fait principal.

B. Les circonstances, sources de dispense de vérification du fait

302. Préalable : les présomptions en droit pénal – Le droit pénal est hostile aux présomptions. Il n'en admet en principe que peu²⁰⁶. Surtout, la présomption d'innocence conduit – toujours en principe – à n'admettre que des présomptions simples²⁰⁷. Ces présomptions peuvent être soit d'origine légale, soit d'origine jurisprudentielle. Qu'elles soient judiciaires²⁰⁸ ou légales²⁰⁹, elles conduisent à induire²¹⁰ un fait de la seule démonstration d'un autre fait²¹¹.

Bien qu'elles puissent sembler entrer en contradiction avec la présomption d'innocence, les présomptions en matière pénale sont admises dès lors « que lesdites présomptions [...] réservent la possibilité d'une preuve contraire et laissent entiers les droits de la défense »²¹².

206. Il a pu être affirmé qu'en la matière « il ne peut y avoir de présomption légale », l'enjeu étant la manifestation « de la vérité absolue ». C. J. A. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle*, trad. par C.-A. ALEXANDRE, Cosse et N. Delamotte éd., 1848, p. 420.

207. Sur la présomption irréfragable en matière contraventionnelle, v. toutefois *infra*, n^{os} 429 et s.

208. Ces présomptions sont également appelées présomptions du fait de l'homme.

209. Les présomptions, qu'elles soient légales ou judiciaires, mettent toutes deux en œuvre les mêmes mécanismes : J. GHESTIN et G. GOUBEUX, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1995, p. 699, n^o 717. Fondées toutes deux sur une idée de probabilité, elles relèvent en effet pareillement de la déduction, sauf dans le cas des présomptions antéjudiciaires (J. CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi, La charge de la preuve*, Paris, 1958, p. 217 et s.), qui renvoient à des faits que le juge doit considérer pour acquis et qui ne repose pas nécessairement sur une idée de probabilité. Sur les présomptions et leurs spécificités, v. R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, 1950, LGDJ, not. p. 16, n^{os} 4 et s., et C. QUÉTAND-FINET, *Les présomptions en droit privé*, 2013, IRJS édition, not. p. 63, n^o 90 et p. 97, n^o 144.

210. Sur les hésitations doctrinales quant au caractère inductif ou déductif du raisonnement présomptif, v. R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, th. préc., p. 10. Selon l'auteur, la doctrine majoritaire considère la présomption comme une induction.

211. P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, 1970, LGDJ, p. 2, n^o 3, citant J. CHEVALLIER, « La charge de la preuve », Cours polycopiés, Les Cours de Droit, 1558-1959, p. 218.

212. Cass. crim., 6 nov. 1991, *Bull. crim.*, n^o 397 ; Cass. crim., 9 avr. 1992, *Bull. crim.*, n^o 155. Quant à la CEDH, elle a jugé que « Tout système juridique connaît de présomptions de fait ou de droit ; la Convention n'y met évidemment pas obstacle en principe, mais en matière pénale elle oblige les États contractants à ne pas dépasser à cet égard un certain seuil [...] L'article 6, § 2 [...] commande aux États de les enserrer dans des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense ». La Cour s'attache par conséquent

303. Présomptions d'élément moral et présomptions d'élément matériel – Dans la plupart des cas, la présomption portera sur l'élément moral de l'infraction. La raison en est simple. Sonder les esprits est chose impossible et la preuve de cet élément peut être particulièrement malaisée à rapporter. Le recours à des présomptions en la matière se conçoit donc aisément, d'autant que lorsque ces présomptions sont véritablement simples, elles n'affectent ni le régime des éléments constitutifs ni la nature de l'infraction²¹³.

À côté de ces présomptions d'élément moral existent également des présomptions relatives à l'élément matériel. Celles-ci sont moins fréquentes en raison de l'importance que recouvre cet élément. Il est la matérialisation de l'infraction, la manifestation tangible de son existence, de sorte que des présomptions en la matière se conçoivent difficilement. Cependant, des présomptions d'élément matériel peuvent être trouvées²¹⁴. Elles s'observeront dans des hypothèses où c'est en réalité la commission d'une infraction dans son ensemble qui est présumée²¹⁵. Les infractions douanières en donnent certains exemples. D'autres peuvent être trouvés dans les infractions de non-justification de ressources. Plus largement que le fait, ou même que l'élément matériel, c'est alors l'existence d'une autre infraction qui se trouve présumée en tous ses éléments. Ces présomptions entraînent une dispense pour le juge qui n'aura pas à vérifier l'élément matériel de l'infraction présumée. Plus précisément, les circonstances suffiront alors à justifier la répression, sans qu'il soit besoin de caractériser le fait principal.

C'est ainsi à travers les hypothèses dans lesquelles c'est en réalité la commission d'une infraction dans son ensemble qui est présumée (1) que peuvent être observés des cas de présomption d'élément matériel. Le recours à ces présomptions présente un intérêt répressif évident, il renverse – notamment – l'équilibre de l'élément matériel dont la donnée principale n'aura pas à être prouvée. La répression sera alors justifiée exclusivement par des circonstances laissant supposer la commission d'une infraction (2).

à s'assurer que le texte contenant la présomption « a été appliqué au requérant d'une manière compatible avec la présomption d'innocence ». CEDH, 7 oct. 1988, *req.*, n° 10519/83. Dans le même sens, v. CEDH, 25 sept. 1992, *req.*, n° 13191/87. Sur l'ensemble de la question, v. J. BUISSON, *Rép. dr. pén.*, Preuve, 2013, n°s 27 et s.

213. Ces présomptions feront l'objet d'une étude ultérieure à l'occasion de celle de l'élément moral de l'infraction. V. *infra*, n°s 418 et s.

214. Sur les anciennes présomptions d'élément matériel ayant existé dans l'ancien code pénal, v. P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, th. préc., p. 50, n°s 44 et s.

215. Certains auteurs considèrent également comme des présomptions d'élément matériel les hypothèses dans lesquelles une personne est présumée responsable d'un fait, comme l'hypothèse prévue à l'article L. 121-2 du Code de la route, tenant pour responsable des infractions à la réglementation sur le stationnement des véhicules le titulaire du certificat d'immatriculation. V. not. J. BUISSON, *Preuve, op. cit.*, n° 36. Sur ce point, v. égal. *infra*, n° 459.

1. Les présomptions de commission d'une infraction

304. Hypothèses visées – Relativement rares, les présomptions relatives à l'élément matériel s'observent dans deux hypothèses : les infractions douanières (a) et les infractions de non-justification de ressources (b). Dans un cas comme dans l'autre, le déplacement de l'objet de la preuve entraîne une présomption de commission d'une infraction.

a. Les présomptions en matière d'infractions douanières

305. Les présomptions de contrebande – Si le droit pénal est par principe hostile aux présomptions, le droit pénal douanier y a pour sa part fréquemment recours²¹⁶. L'infraction de contrebande en donne un exemple typique²¹⁷. La contrebande est définie à l'article 417 du Code des douanes comme l'importation ou l'exportation de marchandises « en dehors des bureaux ainsi que de toute violation des dispositions légales ou réglementaires relatives à la détention et au transport des marchandises à l'intérieur du territoire douanier »²¹⁸. Les articles 418 à 422 du même Code prévoient en outre différentes hypothèses de présomptions de contrebande. Sont ainsi présumées avoir été introduites en contrebande « les marchandises visées aux articles 215, 215 bis et 215 ter [...] à défaut soit de justification d'origine, soit de présentation de l'un des documents prévus par ces mêmes articles »²¹⁹. C'est ici essentiellement de la nature des marchandises découvertes que sera déduite l'existence d'une contrebande²²⁰. Dans d'autres hypothèses, la contrebande sera déduite du lieu de découverte des marchandises²²¹. L'article 419 prévoit en effet que « les animaux de la catégorie de ceux qui sont prohibés ou fortement taxés à l'entrée sont réputés avoir été importés en fraude et les animaux de la catégorie de ceux dont la saisie est prohibée ou assujettie à des droits sont réputés faire l'objet d'une tentative

216. Outre les présomptions, le droit pénal douanier a également recours à des fictions particulièrement sévères. Ainsi, l'article 392 du Code des douanes prévoit que « le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude ». Il s'agit ici d'un mécanisme relativement proche du recel, à la différence que le détenteur est ici tenu responsable de la fraude, « c'est-à-dire de la violation de la règle enfreinte par un autre que lui-même » (C. J. BERR, *Rép. dr. pén.*, Douanes, 2009, n° 59). Il ne s'agit donc pas d'une présomption (reposant sur une idée de probabilité), mais d'une fiction (sur la différence entre la présomption et la fiction, v. R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, th. préc., p. 15, n° 4, et G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, 1996, LGDJ, p. 12, n° 3-2). La règle est d'autant plus sévère qu'aucun élément moral n'est ici exigé. Ainsi a-t-il été jugé qu'il importe peu que le prévenu ait ignoré être détenteur (Cass. crim., 4 sept. 2002, *Bull. crim.*, n° 157). Il s'agit ici non seulement d'un cas de responsabilité pénale du fait d'autrui, mais aussi d'une présomption de culpabilité. Tout juste le détenteur pourra-t-il tenter de s'exonérer en démontrant l'existence d'une force majeure. V. C. J. BERR, *Douanes, op. cit.*, n° 60. La CEDH n'a néanmoins pas jugé cette disposition contraire à la Convention. CEDH, 7 oct. 1988, *req.*, n° 10519/83.

217. L'infraction d'importation ou exportation sans déclaration suit la même logique : l'infraction est incriminée à l'article 423 du Code des douanes et les articles 424 à 428 prévoient les différentes hypothèses dans lesquelles l'infraction sera présumée.

218. Code des douanes, art. 417, 1°

219. *Ibid.*, art. 419.

220. En ce sens, C. J. BERR, *Douanes, op. cit.*, n° 90.

221. *Ibid.*, n° 91.

d'exportation en contrebande [...] lorsqu'ils sont trouvés dans la zone définie à l'article 208 1° en violation des dispositions des articles 208 et 210 ci-dessus et des décrets, arrêtés et règlements pris pour leur application »²²².

306. Une présomption générale – Les présomptions de contrebande prévues aux articles 418 à 422 du Code des douanes ne sont pas uniquement relatives au fait principal. Elles sont au contraire particulièrement larges et englobent l'infraction de contrebande dans sa totalité. Ce n'est en effet pas simplement le fait principal d'importation ou d'exportation qui est présumé, mais ce fait et les circonstances qui l'entourent. La présomption d'importation résultera de la présence de la marchandise sur le territoire national, tandis que le caractère illicite de cette importation sera déduit des circonstances dans lesquelles la marchandise aura été découverte. Même l'élément moral de l'infraction est ici présumé. Il l'est du reste de manière générale en matière d'infractions douanières. Ces infractions ont longtemps été considérées comme des infractions matérielles ne nécessitant pas d'élément moral. Si elles n'en sont aujourd'hui plus et sont désormais soumises au principe de l'article 121-3²²³, il demeure en la matière une présomption simple de mauvaise foi à l'encontre des auteurs des actes matériels²²⁴. C'est par conséquent l'infraction dans son entier qui est ici présumée par le jeu de cette double présomption. Bien qu'elle reste matériellement perceptible par la présence des marchandises, ses éléments n'auront pas à être démontrés lorsque les circonstances prévues par les textes seront réunies.

S'ils portent sur l'ensemble des éléments de l'infraction de contrebande, les différents cas de présomption de contrebande emportent en premier lieu une présomption d'élément matériel. Ici, le fait principal n'aura pas à être démontré, non plus que les circonstances qui l'entourent. Une situation similaire se retrouve dans le cas des infractions de non-justification de ressources.

b. Les présomptions en matière de non-justification de ressources

307. Le jeu des assimilations – Les infractions de non-justification de ressources présentent une originalité par rapport aux infractions douanières. Il existe en la matière un déplacement de l'objet de la preuve qui conduit à une assimilation.

La non-justification de ressources est incriminée dans différentes hypothèses. Elle l'est

222. Code des douanes, art. 421, 1°. Les articles 208 et 210 prévoient respectivement une obligation de déclaration pour les animaux se trouvant dans la zone concernée et l'interdiction de faire circuler ces animaux sans un acquit-à-caution délivré par le service des douanes.

223. Sur l'admission progressive d'un élément moral dans la caractérisation des infractions douanières, v. P. DE GUARDIA, « L'élément intentionnel dans les infractions douanières », *RSC* 1990, p. 487.

224. *Ibid.* Cette présomption, initialement irréfragable, est devenue une présomption simple à la suite de l'abrogation par la loi du 8 juillet 1987 de l'ancien article 369, 2° qui posait une interdiction en la matière de rapporter la preuve contraire.

tout d'abord, en vertu de l'article 321-6 qui sanctionne « le fait de ne pas pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie ou de ne pas pouvoir justifier de l'origine d'un bien détenu, tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes qui soit se livrent à la commission de crimes ou de délits punis d'au moins cinq ans d'emprisonnement et procurant à celles-ci un profit direct ou indirect, soit sont les victimes d'une de ces infractions ». La non-justification est ici assimilée au recel²²⁵, bien qu'elle fasse l'objet d'une sanction propre.

Une incrimination similaire existe en outre en matière de proxénétisme. Est ainsi assimilé au proxénétisme²²⁶ – c'est-à-dire au fait de tirer profit de la prostitution d'autrui – le fait « de ne pouvoir justifier de ressources correspondant à son train de vie tout en vivant avec une personne qui se livre habituellement à la prostitution ou tout en étant en relations habituelles avec une ou plusieurs personnes se livrant à la prostitution »²²⁷. Des dispositions similaires existent également pour les infractions d'exploitation de la mendicité²²⁸, de vente à la sauvette²²⁹ ou encore en matière de terrorisme²³⁰.

308. Assimilation et présomption – Il est possible de voir ces infractions comme étant des infractions autonomes malgré les assimilations évoquées et ayant par conséquent une structure propre. À s'en tenir à ce raisonnement, c'est alors directement l'absence de justification qui est incriminée. Elle est alors considérée comme l'élément matériel de l'infraction²³¹. Toutefois, une telle lecture des textes en question ne convainc pas. En effet, ce n'est pas tant l'impossibilité de justifier de ses ressources qui justifie l'édiction d'une peine que la relation existant entre la personne en cause et d'autres individus se livrant à la commission d'infractions. À proprement parler, les textes en question ne créent pas d'infractions autonomes. Ils opèrent un déplacement de l'objet de la preuve (auquel est en outre associé un inversement puisque ce sera à la personne suspectée de rapporter la preuve de l'origine de ses ressources) : les relations de la personnes suffisent à faire présumer sa participation à une entreprise délictuelle ou criminelle. L'article 225-6 assimile expressément la non-justification de ressources au proxénétisme. Quant à l'article 321-6, il relève d'une assimilation au recel profit²³². Il est certes reproché dans ces textes la non-

225. Elle est en effet incriminée dans une section relative aux « infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci ». Code pén., Livre III, Titre II, Chapitre 1, Section 2.

226. L'assimilation ne peut pas être directement faite avec le recel comme dans le cas de l'article 321-6 en raison du caractère non infractionnel de la prostitution. La logique sous-tendant ces deux textes est néanmoins la même. Il s'agit de sanctionner les personnes bénéficiant du produit de certains comportements.

227. Code pén. art. 225-6.

228. *Ibid.*, art. 225-12-5, alinéa 2.

229. *Ibid.*, art. 225-12-8, alinéa 3.

230. *Ibid.*, art. 421-2-3.

231. V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1005, n° 945, estimant que le fait de ne pouvoir justifier de ses ressources est l'élément matériel de l'infraction prévue à l'article 321-6.

232. En ce sens, M. VÉRON, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 339, n° 480-1. Il faut toutefois relever que la sanction diffère : la peine encourue au titre de l'article 321-6 est en effet inférieure à celle prévue par l'article 321-1

justification de ses ressources, mais si cette non-justification tombe sous le coup de la loi pénale, ce n'est que parce qu'elle laisse présumer, soit une activité de proxénétisme, soit un partage des profits résultants de la commission d'autres infractions. Autrement dit, dans le cas de l'article 321-6, la non-justification laisse supposer l'existence d'un recel et plus précisément d'un recel-profit²³³. La justification ou non des ressources se situe donc davantage dans un problème de preuve²³⁴ que dans la matérialité d'une infraction autonome.

309. Présomption de recel – Bien que la Cour de cassation refuse de voir dans ces textes une quelconque présomption de responsabilité pénale²³⁵, il existe bel et bien en la matière une présomption tant sévère que générale. C'est en effet le recel dans son ensemble qui est légalement présumé²³⁶. Dès lors, la présomption portera tant sur l'origine des fonds que sur l'intention de l'auteur. L'on présumera en effet que les ressources de l'agent ont une origine frauduleuse, origine connue de lui²³⁷. Reste que l'agent pourra renverser cette présomption de connaissance de l'illicéité de l'activité de son entourage. En outre, cette présomption de connaissance de l'origine des fonds n'est pas toujours appliquée, la Cour de cassation ayant pu, dans un arrêt au moins, approuver une Cour d'appel ayant pris une décision de relaxe au motif « que la preuve n'est pas rapportée qu'ils aient été sciemment en relations habituelles avec une personne se livrant au trafic de stupéfiants »²³⁸. Il n'en demeure pas moins que le déplacement de l'objet de

incriminant le recel. L'assimilation n'est donc pas parfaite, car elle ne se propage pas à la sanction, comme si l'agent devait bénéficier du recours à la présomption.

233. Évoquant une présomption de recel-profit dans le cas de l'ancien article 222-39-1 qui sanctionnait la non-justification de ressources pour une personne étant en relation avec des individus se livrant à un trafic de stupéfiants, v. J.-F. SEUVIC, « Drogues et stupéfiants : trafics (articles 222-34 et s. du code pénal) et toxicomanie (code de la santé publique) », *D.* 1996, p. 895.

234. Le texte précise ici le moyen d'échapper à la présomption de recel-profit pour quelqu'un ayant des relations habituelles avec une personne se livrant à la commission d'infractions. Qualifiant cependant le comportement réprimé à l'article 321-6 de « délit spécifique dont il appartient à l'accusation de rapporter la preuve », v. Cass. crim., 13 juin 2012, n° 12-90.027 ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 37, obs. S. DETRAZ ; *Dr. pén.* 2012, n° 128, obs. M. VÉRON. Cette affirmation est contestable, car la seule preuve relevant de l'accusation portera sur les relations de l'agent. Peu importe, par ailleurs, que l'auteur de l'infraction d'origine ait été condamné. V. Cass. crim., 27 fév. 2013, *Bull. crim.*, n° 50 ; *AJ pén.* 2013, p. 276, obs. G. ROYER ; *D. actualités* 2013, obs. L. PRIOU-ALIBERT ; *Gaz. Pal.* 2013, p. 32, obs. E. DREYER ; *Dr. pén.* 2013, n° 71, obs. M. VÉRON.

235. Cass. crim., 13 juin 2012, n° 12-90.027 ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 37, obs. S. DETRAZ ; *Dr. pén.* 2012, n° 128, obs. M. VÉRON. (arrêt rendu à propos de l'article 321-6 et dans lequel il a été jugé que le délit de non-justification de ressources est défini de façon claire et précise et ne repose sur aucune présomption de responsabilité pénale.). Cette négation a pu être qualifiée de sophisme dès lors que cette infraction sert à pallier l'absence de preuve suffisante des faits supputés. V. S. DETRAZ obs. sur Cass. crim., 13 juin 2012, *Gaz. Pal.* 2012, n° 37. Qualifiant la présomption de l'article 225-6 de présomption de culpabilité heurtant la présomption d'innocence, v. égal. F. DEFERRARD, *Le suspect dans le procès pénal*, LGDJ, 2005, p. 43.

236. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 589, n° 1280.

237. En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1005, n° 945. Appliquant cette présomption en retenant que les prévenus « ne pouvaient ignorer le caractère frauduleux de l'usage des fonds qui alimentaient leur train de vie », Cass. crim., 5 déc. 2001, n° 00-87.546.

238. Cass. crim., 25 juin 2003, n° 02-86.182 ; *Dr. pén.* 2003, n° 142, obs. M. VÉRON. Dès lors, les faits demeureraient intentionnels car il reste nécessaire de démontrer « que l'agent avait conscience de fréquenter des délinquants ». E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 589, n° 1281.

la preuve emporte une présomption d'élément matériel, c'est-à-dire du fait de proxénétisme ou du fait de recel, celui-ci n'ayant alors pas à être prouvé. Les circonstances suffisent ici à entraîner une sanction.

2. Les circonstances, cause exclusive de la répression

310. Intérêt répressif des présomptions – Si ces présomptions peuvent paraître particulièrement sévères, elles sont justifiées par la difficulté dans les matières concernées de rapporter la preuve de la commission des infractions en cause. Ainsi, s'agissant des présomptions de contrebande, Monsieur BERR explique que « la contrebande est une infraction instantanée qui, par essence, ne laisse pas de traces. Aussi bien resteraient impunis les agissements frauduleux qui n'auraient pas fait l'objet d'une constatation sur le fait, si le législateur n'avait prévu d'en déduire la commission à partir de certaines présomptions »²³⁹. De même, les textes sanctionnant l'absence de justification de ressources permet-elle de sanctionner la personne « qui gravitent dans l'orbite de la délinquance et dont on présume qu'elle en vie »²⁴⁰, sans toutefois pouvoir le prouver. Ces présomptions permettent donc de pallier les difficultés probatoires en la matière et d'assurer de ce fait une répression efficace, y compris des personnes vivant des profits tirés d'activités infractionnelles.

Toutefois, ces présomptions légales conduisent à une dispense totale de preuve s'agissant de l'infraction dont la commission est supposée. Certes, le principe de légalité impose que soient vérifiées les conditions d'intervention de la présomption, mais, une fois ces conditions vérifiées, le juge n'aura pas à vérifier que l'agent a effectivement commis l'infraction. La répression se passe alors de fait principal et n'est justifiée que par le contexte, parce qu'il laisse supposer la commission de l'infraction. Il y a dans ce cas un déplacement de la preuve, qui conduit à ne pas vérifier positivement l'existence des différents éléments de l'infraction présumée. En un sens, la suspicion pesant sur l'agent suffit à rendre inutile la vérification de certains éléments par le jeu de la présomption légale.

311. Dispense de preuve du fait ou dissociation des faits – Plus précisément, du point de vue du fait réprimé, ces présomptions conduisent selon les cas à deux choses. En matière douanière, la contrebande sera déduite, par exemple, de la présence de certaines marchandises en certains lieux. Dans ce cas, il y a réellement une dispense de preuve de l'élément matériel. Le fait de contrebande n'aura ici pas à être démontré, non plus du reste qu'aucun autre fait particulier. Les circonstances suffisent à présumer l'infraction de contrebande sans qu'un élément matériel particulier vienne se substituer à l'élément matériel de la contrebande et au fait principal qui le

239. C. J. BERR, *Douanes*, *op. cit.*, n° 89.

240. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 1005, n° 945.

caractérise.

Les délits de non-justification de ressources conduisent à une situation légèrement différente. Dans ces hypothèses, en effet, un comportement matériel est prévu par le législateur. Il s'agit de l'impossibilité de justifier des ressources correspondant à son train de vie. Il s'opère donc une certaine disjonction entre le fait incriminé et le fait effectivement sanctionné. Du strict point de vue des textes d'incriminations, le comportement décrit est relatif à l'impossibilité de justifier de ses ressources. Pourtant, à travers ce comportement, c'est le fait de recel ou l'activité de proxénétisme qui est visé. L'assimilation et le déplacement de l'objet de la preuve aboutissent en quelque sorte à sanctionner un comportement à raison d'un autre au regard de certaines circonstances. Ce sont elles qui justifient alors la répression et non véritablement le fait accompli et le résultat qu'il engendre.

* *
*

312. Conclusion du Chapitre 1 – L'étude de l'élément matériel au regard de la conception proposée des éléments constitutifs a permis de mettre en lumière sa structure. Cet élément invite le juge à apprécier le comportement dans son ensemble sous un angle objectif et factuel afin de constater et apprécier les faits. En pratique, une dissociation de l'élément matériel est peu concevable. Le juge ne peut en effet apprécier séparément un fait. Celui-ci ne peut être envisagé que dans son environnement, car c'est à partir de l'ensemble des faits accomplis et des circonstances factuelles que peut être isolé le fait principal et, au besoin, reconstitué ce fait par un exercice de qualification par adjonction ou contraction.

D'un point de vue plus théorique, il est toutefois possible de détailler la structure de l'élément matériel. Outre l'aspect didactique de cette démarche de décomposition, au regard de la consommation et de l'exécution de l'infraction, ce détail présente un intérêt évident de précision de la structure *des* infractions.

À titre principal, l'élément matériel se constitue par un fait. Plus précisément, il s'agit du fait prévu par le texte et permettant l'exécution complète de l'infraction. Dans la majorité des cas, ce fait correspondra au verbe utilisé dans le texte d'incrimination (donner, détourner) ou au nom commun servant de définition de l'infraction (la soustraction). Parfois, le verbe ou le nom fera l'objet de précisions supplémentaires dans les textes. L'infraction ne pourra alors se commettre que par le moyen particulier mentionné. Lorsque ce moyen éclaire et conditionne la manière dont le fait doit être accompli, il intègre le fait principal, celui-ci ne pouvant que prendre la forme précisée par le texte pour permettre la qualification de l'élément matériel.

Outre l'exigence d'un fait, les textes d'incrimination prévoient souvent différentes circonstances dans lesquelles le fait principal doit être accompli. Ces circonstances factuelles intègrent l'élément matériel en tant que circonstances constitutives. La détermination de ces circonstances a rendu indispensable la redéfinition de la condition préalable, afin de déterminer ce qui relevait de cette condition et devait donc être rattaché à l'élément antijuridique et ce qui relevait de l'élément matériel. Large, la définition actuelle de la condition préalable conduit à en faire une notion extensive intégrant tout ce qui ne relève pas directement du fait de l'agent. Cette définition fait perdre de l'intérêt à la notion en rendant trop distant son lien avec la valeur protégée par les textes. Il a donc été proposé d'abandonner la condition préalable telle qu'actuellement définie, pour ne conserver qu'une circonstance relative à la valeur protégée et dépendante pour sa part de l'élément antijuridique. Quant aux autres circonstances de faits ne correspondant pas à la matérialisation de cette valeur, qu'elles soient de lieu, de moyen, ou encore de fait, elles dépendent de l'élément matériel. De même en est-il des circonstances aggravantes qui, au regard de l'infraction aggravée, intègrent sa structure et viennent modifier la composition des éléments de l'infraction simple et, plus précisément, de leurs circonstances constitutives.

L'élément matériel ayant été structurellement analysé, il est désormais nécessaire de s'appesantir sur l'autre angle objectif d'analyse du comportement, qui, complémentaire à l'élément matériel, permet d'orienter la qualification.

Chapitre 2

L'élément antijuridique de l'infraction

313. Caractère immatériel du bien juridique et de l'atteinte en doctrine allemande – Également dépendant de l'analyse objective du comportement²⁴¹, l'élément antijuridique renvoie au caractère attentatoire de l'acte au regard des valeurs protégées. Or, en doctrine allemande, cette atteinte est abstraite. Selon VON LISZT, « l'acte est matériellement illicite, en tant qu'atteinte aux intérêts vitaux [...] protégés par les normes juridiques, donc en tant que lésion ou mise en péril d'un intérêt juridique »²⁴². Mais l'intérêt vital dont il est ici question n'est qu'une valeur essentielle pour VON LISZT. Autrement dit, et pour reprendre les termes de Monsieur WALTHER, l'intérêt n'est qu'intellectuel, spirituel et issu de l'ordre social²⁴³. Il ne désigne pas l'objet auquel l'infraction porte réellement et concrètement atteinte. Surtout, en tant que concept, l'intérêt dont il est question est immatériel et n'est donc pas susceptible de subir une lésion au sens physique du terme²⁴⁴. Par conséquent, l'atteinte au bien juridique qui conditionne la caractérisation de l'infraction allemande ne se conçoit qu'abstraitement. Elle n'est pas la conséquence concrète et tangible de l'activité matérielle et ne renvoie en rien au résultat de l'infraction. Ce résultat, qui atteint pour VON LISZT l'objet de l'action dans lequel s'est concrétisé le bien juridique²⁴⁵, dépend pour sa part de l'analyse de l'action²⁴⁶. En d'autres termes, il y a d'un côté l'atteinte abstraite à une valeur, entendue elle aussi abstraitement, et, de l'autre, l'atteinte concrète à un objet qui est une matérialisation de cette valeur. L'atteinte

241. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 35 : « l'antijuridicité est incontestablement une des notions centrales de ce qui fait l'objectivité de l'infraction ». Il est à ce titre à préciser que deux appréciations de l'antijuridicité existent. L'une est objective, l'autre subjective et conduit donc à apprécier la volonté de l'agent. En Allemagne, le courant objectif est depuis longtemps très largement majoritaire. V. not. L. JIMENEZ DE ASUA, « L'antijuridicité », art. préc.

242. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 205, §.32.

243. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 391.

244. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 60, n° 74.

245. *Ibid.*

246. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 181, §.28 : « Le résultat forme donc une partie intégrante de la notion d'acte ». VON LISZT est du reste particulièrement critique à l'égard des théories séparant le résultat de l'acte. *Ibid.*, p. 206, §.32.

abstraite relève de l'antijuridicité, alors que l'atteinte concrète renvoie au résultat et relève, elle, de l'action.

314. Un élément conceptuel – Cette distinction entre le bien juridique et l'objet de l'action²⁴⁷ se prolonge donc dans une distinction entre l'atteinte abstraite et le résultat de l'infraction. Dès lors que l'antijuridicité n'intègre pas à proprement parler ce résultat²⁴⁸, elle est une donnée relativement conceptuelle. L'élément antijuridique n'implique pas de vérification effective pour le juge, d'autant que de la typicité du comportement sera présumée son antijuridicité, car si le comportement se révèle matériellement et moralement conforme au texte, il est, par hypothèse, antijuridique²⁴⁹. La présomption ne sera renversée que dans le cas où sera invoqué un fait justificatif.

315. Un élément éloigné des enjeux de l'exercice de qualification – Dès lors, soit l'on admet un élément antijuridique à l'image de celui utilisé en doctrine allemande dont l'intérêt dépendrait essentiellement des textes d'incrimination, soit l'on tente de prolonger significativement l'intérêt de cet élément dans l'exercice de qualification judiciaire. Présumé et abstrait, l'élément antijuridique est de faible utilité dans cet exercice. Il est avant tout un guide pour le législateur. Tel qu'envisagé par la doctrine allemande, il n'appelle pas d'analyse particulière du comportement. Or, un élément présentant ce degré d'abstraction est assez peu compatible avec l'analyse française de l'infraction. Celle-ci demeure imprégnée de considérations pratiques. Les éléments n'ont pas seulement vocation à permettre une théorisation de l'infraction, ils ont aussi vocation à permettre une analyse pratique du comportement, incriminé et commis. Cet enjeu ne doit pas être perdu de vue. Il donne aux éléments constitutifs dans l'analyse française une coloration particulière. Ils sont les garants de la légalité tant des incriminations que des condamnations.

Par conséquent, une tentative d'intégration de l'élément antijuridique – dont les avantages théoriques et pratiques ont été soulignés²⁵⁰ – ne semble pouvoir aboutir que si cet élément se voit doté d'un réel contenu positif. Il doit être, aux côtés des éléments matériel et moral, un angle d'analyse du comportement. La seule prise en compte de la valeur protégée entendue abstraitement est dans cette optique insuffisante, d'autant que c'est essentiellement au regard du caractère attentatoire que cet élément a pu être proposé. Or, l'atteinte, quelque soit sa nature,

247. Monsieur WALTHER emploie lui les termes d'objet de l'agression. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 391.

248. Les éléments de l'infraction allemande sont intimement liés. La typicité et l'antijuridicité portent en effet toutes deux sur l'action. Toutefois schématiquement, l'analyse de la typicité de l'action – et de son résultat – précède celle de l'appréciation de son antijuridicité.

249. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 193.

250. V. *supra*, n° 197.

doit être matérialisée pour prendre une importance réelle en matière de qualification judiciaire. Reste alors à identifier le support de cette matérialisation. Intuitivement, celle-ci semble devoir être le résultat de l'infraction, non seulement parce qu'il est la conséquence des faits matériels, mais aussi parce que c'est à travers lui que s'observe l'effectivité de l'atteinte²⁵¹.

Tout comme le fait, l'atteinte ne peut néanmoins être appréhendée seule et indépendamment des circonstances qui entourent sa survenance. C'est en effet au moins autant au regard du résultat matérialisant l'atteinte, composante décisive de l'élément antijuridique (**Section 1**), qu'au regard des circonstances dans lesquelles elle survient (**Section 2**), que peut être apprécié le caractère antijuridique du comportement.

Section 1 – Le résultat, composante décisive de l'élément antijuridique

316. Le rattachement traditionnel du résultat à l'élément matériel – Au regard du comportement, un élément antijuridique concret conduit à s'intéresser au caractère attentatoire du comportement, c'est-à-dire au résultat qui en est résulté. Une difficulté semble devoir faire obstacle à cette solution car, si le résultat a toujours été considéré comme essentiel à la constitution d'une infraction²⁵², il est aujourd'hui plus précisément majoritairement considéré comme étant une composante de l'élément matériel²⁵³. L'analyse française rejoint en cela l'analyse allemande : les suites du comportement ne semblent pas pouvoir être détachées des actes d'exécution. L'intégration du résultat dans l'élément matériel rejoint l'idée selon laquelle ce dernier est la matérialisation de l'infraction. Le résultat est une réalité visible et tangible qui est un indice de sa commission²⁵⁴. L'intégrer au corps du délit peut donc se concevoir au regard de la dimension matérielle – au sens physique du terme – du résultat.

Toutefois, intégré à l'élément matériel, le résultat apparaît alors être celui des actes

251. *Contra*, L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 471, n° 1056. Selon cet auteur, le résultat ne peut pas être l'atteinte à l'intérêt juridique protégé. Il estime en effet que la violation de l'intérêt ne tient pas à une part de l'infraction (le résultat), car elle est l'infraction et la fonde. *Ibid.*, p. 473, n° 1059 à p. 475, n° 1061. Il est certain que c'est l'infraction dans sa globalité, autrement dit le comportement accompli, qui viole l'intérêt ou la valeur protégée. Toutefois, l'atteinte que subi cet intérêt prend elle bien corps dans le résultat de l'infraction. Ce n'est pas seulement la violation de la valeur qui fonde l'incrimination, mais l'atteinte subie par elle. Et cette atteinte se retrouve dans la constitution de l'infraction dont elle conditionne la qualification.

252. ORTOLAN expliquait déjà que « le délit sans le mal produit est incomplet ; un des éléments manque, l'élément final ». J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 407, n°s 964 et s.

253. *V. supra*, n° 253.

254. Allant plus loin, Monsieur LOMBLOIS estime que le résultat ne s'entend pas comme une conséquence. Action et résultat sont selon lui deux occasions de repérer l'élément matériel, car celui-ci est action et résultat. Les deux renverraient ainsi à « la même chose, envisagée sous un aspect actif ou passif ». C. LOMBOIS, *Droit pénal général*, Hachette, Fondamentaux, 1994, p. 56.

d'exécution de l'infraction, bien plus que celui de l'infraction appréciée globalement²⁵⁵. Il est la suite de l'attitude²⁵⁶, mais de l'attitude envisagée objectivement. C'est ainsi sa dimension physique et palpable qui prime dans sa localisation dans le schéma infractionnel.

317. Le résultat, conséquence du comportement – Que le résultat soit physiquement perceptible ne se discute pas. Il est en outre une donnée objective : les différents résultats que le droit pénal appréhende sont la mort, les blessures, la privation de propriété ou une multitude d'autres formes d'atteintes. Il est donc une donnée physiquement et objectivement constatable. Toutefois, il apparaît réducteur de faire du résultat une composante de l'élément matériel²⁵⁷. Le résultat n'est pas la résultante des seuls actes d'exécution²⁵⁸. Il est certes la conséquence de ces actes, mais il est aussi plus généralement la conséquence du comportement. Il n'est pas uniquement la suite de l'acte ; il est, comme le relève Monsieur DREYER, la conséquence du comportement²⁵⁹, mais du comportement envisagé dans sa globalité, autrement dit, du comportement volontaire. C'est en cela qu'il est le résultat de l'infraction²⁶⁰. En outre, le résultat participe bien plus de la concrétisation de l'atteinte à la valeur protégée que de la révélation du fait accompli.

318. Raisonnement à partir du résultat redouté – Pour autant, il ne suffit pas d'affirmer que l'antijuridicité peut prendre corps dans le résultat de l'infraction, car la doctrine a identifié différents types de résultats selon les catégories d'infractions. Dès lors toute infraction posséderait un résultat légal, plus ou moins confondu avec le résultat redouté par le législateur et source réelle de l'incrimination. Ce résultat légal varierait donc et pourrait être soit matériel, soit juridique, selon que l'infraction est de nature formelle ou matérielle.

En raison de son caractère systématique, ce résultat légal apparaît à première vue comme le plus à même de servir de support à la matérialisation de l'antijuridicité. Il n'en est toutefois rien,

255. Le résultat serait ainsi celui des actes d'exécution et non pas celui de l'infraction. En ce sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 202, n° 288. Messieurs MERLE et VITU évoquent très explicitement dans leur ouvrage « le résultat des actes d'exécution », bien qu'ils n'expliquent pas ce choix. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 609, n° 482, puis p. 627.

256. Selon Monsieur PRADEL, l'élément matériel « consiste en une attitude débouchant le souvent sur une suite plus ou moins concrète, un préjudice ou dommage effectif ». C'est pour cette raison qu'il peut être décomposé en trois données : le comportement, le préjudice et le lien de causalité. J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 339, n° 399.

257. V. not. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 213, n° 224. L'auteur écrit : « L'élément matériel consiste donc dans un fait ou un acte mais il ne consiste pas dans le résultat de cet acte ». L'élément matériel est ainsi constitué quand bien même l'acte n'aurait pas laissé de trace matérielle ou provoqué de conséquence nuisible.

258. *Contra*, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 202, n° 288 : « l'atteinte ne peut constituer que le résultat des actes d'exécution de l'infraction, avec lesquels elle doit être en relation de cause à effet ».

259. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 559, n° 722, mais estimant que ce caractère postérieur exclut le résultat des éléments constitutifs.

260. Il est vrai que cette expression peut sembler impropre parce qu'elle suggère qu'il est la conséquence de l'infraction. *Ibid.*

car sa systématisation présente une limite fondamentale tenant à son caractère artificiel. C'est en réalité essentiellement à travers le résultat redouté²⁶¹ qu'il convient de raisonner **(I)**, parce qu'il est la source de l'incrimination. Même si ce résultat ne nécessite pas toujours d'être vérifié par le juge, il demeure fondamental dans l'appréciation de l'antijuridicité du comportement, et ce à travers l'appréciation de la causalité qui prend alors le rôle de révélateur subsidiaire de l'antijuridicité **(II)**.

§ 1. Le résultat redouté, résultat retenu

319. Pluralité de résultats – Si la terminologie de résultat peut apparaître limpide (le résultat dans son sens commun n'est-il pas tout simplement ce qui résulte d'une action, d'un fait ?²⁶²), elle a fait l'objet de nombreuses distinctions doctrinales qui en ont fortement complexifié le sens. Proposer de retenir le résultat redouté comme substrat de l'antijuridicité implique par conséquent de revenir auparavant sur les différents résultats utilisés en doctrine, afin de mettre en lumière les insuffisances du résultat légal **(A)** et d'en écarter par conséquent l'utilisation dans l'appréciation de l'antijuridicité au profit du résultat redouté **(B)**.

A. Les insuffisances du résultat légal comme donnée principale de l'antijuridicité

320. Annonce – Un retour sur les différents résultats identifiés par la doctrine est au préalable nécessaire (1), afin de comprendre les insuffisances du résultat légal et les raisons de son rejet dans l'analyse de l'antijuridicité (2).

1. Exposé des différents résultats

321. Variations du résultat et degré d'antijuridicité en doctrine allemande – Si l'élément antijuridique reflète le caractère attentatoire du comportement au regard de la valeur protégée, il semble logique que le résultat, qui représente justement cette atteinte, en soit la concrétisation. Cela semble d'autant plus concevable que l'antijuridicité et le résultat connaissent des variations similaires.

Pour VON LISZT, le résultat est avant tout un changement dans le monde extérieur. Selon lui, l'infraction est un acte qui « exige en plus l'apparition d'un changement dans le monde extérieur (subi par les hommes ou par les choses). Nous appelons ce changement résultat »²⁶³. De cette

261. *Ibid.*, p. 559, n° 722 à p. 561, n° 724.

262. *Dictionnaire le Littré*, v° Résultat.

263. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. 181, §.28.

définition dont on perçoit déjà la largesse, il résulte que toute infraction suppose un résultat²⁶⁴. Sa nature connaîtra par contre des différences de degrés car, si toute infraction implique un résultat extérieur, il peut exister des différences quantitatives dans les résultats exigés²⁶⁵. Il varie donc entre une atteinte au sens propre, soit une lésion du bien juridique, et une mise en danger de ce bien. Ainsi, même les infractions de mises en danger contiennent selon VON LISZT l'exigence d'un résultat, non seulement parce qu'elles entraînent elles aussi une modification du monde extérieur²⁶⁶, mais aussi parce que « le danger est en soi un résultat »²⁶⁷.

Ces deux degrés de résultat que sont la lésion et la mise en danger renvoient fort logiquement aux deux degrés de l'antijuridicité²⁶⁸. En effet, toujours selon VON LISZT, l'acte est matériellement illicite en tant que « lésion ou mise en péril d'un intérêt juridique »²⁶⁹. L'antijuridicité ne se traduit donc pas par la seule lésion de l'intérêt protégé.

En Allemagne, un courant avait pu se prononcer en faveur d'une conception très rigoriste dans laquelle l'infraction ne pourrait être punissable que si elle entraînait un dommage effectif²⁷⁰. Cette position aurait conduit à ne considérer l'antijuridicité que comme une atteinte au sens de lésion du bien juridique. Toutefois, cette position, critiquée en France car faisant « la part trop belle au délinquant »²⁷¹, n'a jamais été totalement appliquée. L'antijuridicité n'y est donc pas perçue de manière si étroite et son intensité varie, comme pour le résultat et selon les prévisions des textes d'incrimination, entre la lésion du bien – atteinte effective – et sa mise en péril.

322. Mal du délit, résultat légal et résultat réel – Bien qu'elle utilise également des degrés différents de résultat, la doctrine française n'a, pour sa part, pas exactement recours à cette variation entre le résultat de lésion et celui de mise en danger²⁷². Si originairement le résultat a été assez peu étudié, il a récemment fait l'objet d'études approfondies²⁷³.

264. Partant du même constat, le développement de la théorie du résultat a abouti en doctrine italienne à la remise en cause de la distinction entre les infractions matérielles et formelles sur la base du constat de l'existence systématique d'un résultat. V. P. SPITERI, « L'infraction formelle », *RSC* 1966, p. 497.

265. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand, op. cit.*, p. 182, §.28.

266. Pour VON LISZT, la seule perception par les sens de l'acte réalise la modification du monde extérieur (*ibid.*).

267. *Ibid.* Étant précisé que ce résultat de danger ne tire son importance que de son rapport avec un autre résultat non survenu, mais conçu du législateur.

268. Si l'antijuridicité est abstraite parce que les biens juridiques, valeurs immatérielles ne peuvent subir de lésion, elle reste en lien avec le comportement accompli. L'infraction ne peut donc pas léser ou mettre en danger le bien juridique, mais elle lèse ou met en danger l'objet de l'action.

269. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand, op. cit.*, p. 205, §.32.

270. Sur ce courant, v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 606, n° 480.

271. *Ibid.*

272. Les différents résultats identifiés par la doctrine française sont inspirés des travaux des doctrines allemande et italienne. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 558, n° 718.

273. V. not. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc.

Initialement, le résultat était présenté en doctrine comme étant le mal du délit²⁷⁴, ce mal²⁷⁵ consistant en la conséquence de l'infraction et permettant de justifier la répression. ORTOLAN expliquait ainsi que « le délit est un fait complexe. Une force d'action ou d'inaction de la part d'une personne ; elle en atteint une autre en violation du droit et produit un résultat plus ou moins préjudiciable : c'est cet ensemble qui constitue le délit »²⁷⁶. Par conséquent, « le délit sans le mal produit est incomplet ; un des éléments manque, l'élément final »²⁷⁷.

Aujourd'hui, la définition du résultat s'est complexifiée et différents types en ont été identifiés²⁷⁸. En France, une distinction a notamment été opérée entre le résultat réel et le résultat légal. C'est à Monsieur DECOCQ qu'on la doit. Selon lui, un premier résultat dit réel ou sociologique peut être identifié pour toute infraction. Il renvoie au dommage ou au préjudice social que le législateur redoute. Bien que les textes n'en fassent pas toujours état, ce résultat est « la source réelle de la qualification légale »²⁷⁹ et peut, à ce titre, se rapprocher de l'atteinte à la valeur protégée. Essentiellement théorique, le résultat réel s'oppose à un autre résultat, appelé résultat légal. Ce second résultat est le résultat concret, celui qui consomme l'infraction et qui permettra sa localisation²⁸⁰.

L'intérêt de la distinction entre le résultat réel et le résultat légal est notamment d'expliquer la différence existant entre les infractions formelles et matérielles. Toute infraction se définit au regard du résultat réel, celui redouté par le législateur et qui justifie le recours au droit pénal. Selon le degré de protection qu'il souhaite accorder à la valeur protégée, le législateur pourra remonter plus ou moins en amont sur l'*iter criminis*. Il fera alors soit coïncider le résultat légal (celui consommant l'infraction) avec le résultat réel (celui justifiant l'incrimination), soit permettra la répression en amont en identifiant un résultat légal détaché du résultat réel. Dans

274. La notion a été étudiée par ORTOLAN et par l'italien ROSSI, mais les développements de ces auteurs ont été assez peu repris par leurs contemporains. (V. *ibid.*, p. 28, n° 16). L'expression de mal du délit figure ainsi dans certains ouvrages, mais sans être explicitée. V. par ex. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 159, n° 69 et plus spécifiquement p. 161, n° 69. : le mal du délit est mentionné, mais il ne sert qu'à fixer le seuil de consommation de l'infraction sans faire l'objet d'une étude approfondie.

275. ROSSI explique que le mal résultant d'un acte peut être moral, matériel ou mixte, mais que seul le mal mixte est le véritable sujet de la justice humaine et la justification de la répression. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, *op. cit.*, p. 25 et s.

276. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 97, n° 218. Par la suite, il procède comme ROSSI à une distinction entre différents maux. Pour lui, le mal peut être direct, mal dont souffre la personne lésée, ou indirect, mal social et général, cause de la pénalité publique. Le lien entre le mal direct et indirect est primordial, car pour ORTOLAN, le mal indirect n'est pas suffisant : il est la cause fondamentale de la pénalité, mais ce mal indirect n'existe qu'à cause du mal direct contenu dans le délit, autrement dit, le mal directement préjudiciable au droit d'autrui. *Ibid.*, p. 405, n°s 957 et s.

277. *Ibid.*, p. 407, n°s 964 et s.

278. Retraçant le développement de la notion dans les doctrines française, v. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 44, n°s 37 et s.

279. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171. V. égal. Y. MAYAUD, *Le mensonge en droit pénal*, 1979, L'hermès, p. 238, n° 360 : ce résultat est « la projection d'un dommage à éviter sur la qualification pénale ». L'auteur précise qu'il est un « dommage concret, mais non individualisé ». *Ibid.*, p. 239, n° 361.

280. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 171 et s.

le premier cas, l'infraction sera matérielle, dans le second, elle sera formelle. Bien que le résultat réel demeure la source de l'incrimination, il sera alors indifférent à la consommation de l'infraction.

323. Résultat matériel et résultat juridique – Pour être complet dans l'exposé des différents résultats pouvant être identifiés, il est nécessaire de préciser qu'une autre distinction a pu être opérée²⁸¹. Pour Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, le résultat réel – que les auteurs appellent résultat sociologique – ne présente pas d'intérêt particulier au regard du droit pénal. Il n'a, selon eux, d'intérêt véritable qu'au regard de la politique criminelle, pour aider le législateur dans l'opération d'incrimination²⁸². Le résultat réel, ou sociologique, ne serait que « le reflet d'un système de valeur auquel la société adhère », de sorte qu'il importerait « plus au législateur en termes de politique criminelle qu'au juriste en termes de technique juridique »²⁸³. Ce n'est donc pas grâce à lui que peut s'opérer la distinction entre l'infraction matérielle et l'infraction formelle. Par conséquent, Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON procèdent à une distinction au sein du résultat légal. Comme pour Monsieur DECOCQ, celui-ci correspond, pour les auteurs, au seuil de l'illicite fixé par le législateur ; « il est le résultat pénal qui déclenche la répression, aussitôt qu'il a été produit par le délinquant »²⁸⁴. Ce résultat peut être de deux types. Il peut être soit matériel, soit juridique²⁸⁵. Le résultat matériel réside dans la modification du monde extérieur qui résulte de l'acte matériel prohibé²⁸⁶ et est le seul requis dans les infractions formelles²⁸⁷. Le résultat juridique caractérise quant à lui les infractions qui entraînent une atteinte effective à la valeur protégée, autrement dit, les infractions matérielles. Il se rapproche du sociologique et peut se confondre avec lui²⁸⁸.

281. Pour une distinction plus originale, mais ayant des conséquences similaires (en ce sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 110, n^{os} 141 et s.), v. M. PUECH, *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 211, n^{os} 582 et s. L'auteur distingue un résultat social d'atteinte ou de menace à l'égard d'un bien juridique déterminé et un résultat individuel correspondant à la situation de la victime de l'infraction. Plus récemment, proposant de distinguer un résultat typique dans les infractions matérielles et un résultat illicite davantage abstrait d'atteinte ou de mise en danger de la valeur dans les infractions formelles et obstacles, v. G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, th. préc., p. 199, n^o 283.

282. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 180, n^{os} 312 et s. Chez ces auteurs, l'utilité du résultat réel est donc limitée à la désignation de la valeur protégée. En ce sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 106, n^o 136.

283. P. CONTE, *L'apparence en matière pénale*, 1984, Thèse, Grenoble, n^o 823.

284. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 182, n^o 319.

285. *Ibid.*, p. 181, n^o 316. Sur l'interversion terminologique du résultat légal et juridique entre la thèse de Monsieur CONTE et l'ouvrage de Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, v. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 108, n^o 139.

286. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181, n^o 317.

287. Il existe ici une ambiguïté terminologique quant à ces deux résultats. Si le résultat matériel est désormais un critère de distinction entre les infractions matérielles et formelles (en ce sens, A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. préc., p. 93, n^o 81), il sera pour certains auteurs la marque des infractions matérielles, alors qu'il est pour Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON la marque des infractions formelles.

288. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181, n^o 317.

324. La possible matérialisation dans le résultat légal – L'antijuridicité pourrait donc se matérialiser dans le résultat légal, dès lors que toute infraction semble en posséder un. C'est alors par la vérification de ce résultat que le caractère attentatoire du comportement pourrait être vérifié. Si une telle solution pourrait sembler envisageable, elle n'est en réalité pas souhaitable, à la fois en raison de l'artifice tenant à la systématisation du résultat et à la fois parce qu'elle impliquerait d'avoir recours à l'idée imprécise de mise en péril comme degré d'antijuridicité.

2. Le résultat légal, résultat rejeté

325. Imprécision du résultat légal – Le résultat légal comme support de l'antijuridicité doit être rejeté parce qu'imprécis, il se révèle artificiel et de faible utilité dans l'analyse de la structure de l'infraction. Sa définition extensive en fait un critère peu fiable (a). Le concept mériterait par conséquent d'être précisé. Or, si l'idée de mise en danger, utilisée en doctrine allemande, peut dans une certaine mesure permettre une définition plus fine de ce résultat, elle se révèle, elle aussi peu praticable (b).

a. Une définition extensive

326. La proximité du résultat légal et des actes d'exécution dans les infractions formelles – En doctrine française comme étrangère, la systématisation du résultat dans la structure de l'infraction est permise par une définition relativement souple de la notion. Il se définit comme la modification du monde extérieur résultant de la réalisation matérielle des faits. Ainsi compris, le résultat n'est pas forcément une atteinte : il peut être localisé relativement haut sur l'*iter criminis* et, donc, peut être identifié y compris dans la structure d'infractions réprimées indépendamment de cette dernière. La souplesse de cette définition et la systématisation qu'elle permet ont un avantage pratique considérable : celui de dégager un critère de consommation unique pour toutes les infractions. Quelle que soit la catégorie dont relève le comportement incriminé, l'infraction est consommée lorsque son résultat légal peut être constaté, que celui-ci corresponde ou non au résultat redouté par le législateur.

Il ne faut toutefois pas exagérer l'intérêt du résultat légal qui se révèle en réalité essentiellement théorique. En effet, s'il fixe le seuil de l'illicite, il se confond en fait pour beaucoup avec les actes d'exécution dans l'hypothèse des infractions formelles. Comme l'admettent Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHABON, ou encore Monsieur DECOCQ, le résultat de ces infractions se confond plus ou moins avec la conduite incriminée²⁸⁹. Le résultat matériel, premier degré du résultat légal, peut ainsi être difficile à distinguer du comportement illicite dont il est très

289. Ainsi dans l'empoisonnement (Code pén., art. 221-5), l'attentat à la vie s'exécute et se consomme par l'utilisation ou l'administration de la substance.

proche²⁹⁰.

Cela tient pour beaucoup à sa définition : dès lors que le résultat légal, dans sa plus faible expression, est la modification du monde extérieur causée par l'infraction, il est la conséquence directe et immédiate du fait accompli. Sa proximité avec lui est telle qu'il se confond concrètement avec.

327. Faiblesses de la définition – Deux remarques peuvent alors être faites. La première tient au fait que l'exigence du résultat rejoint ici totalement l'exigence traditionnelle d'un fait matériel. Tout acte implique en lui-même une modification du monde extérieur, si bien que le fait vérifie à lui seul la condition relative au résultat. Des auteurs ont pu faire remarquer que la modification du monde extérieur n'apparaissait pas être un bon critère dès lors que l'acte réalise déjà, en lui-même, cette modification²⁹¹. Ce critère ne permet donc pas d'identifier un premier degré de résultat, marquant la consommation de l'infraction formelle ou de l'infraction obstacle. La consommation n'intervient en fait qu'avec l'exécution complète et achevée de l'infraction – autrement dit la réalisation du fait matériel et de ses circonstances –, mais elle n'est pas marquée par la réalisation d'un résultat qui serait la conséquence du fait matériel accompli et qui devrait être vérifié en plus de lui dans l'exercice de qualification²⁹². La systématisation du résultat et l'identification d'un type de résultat au sein de toutes les infractions présentent donc l'intérêt d'une généralisation de la structure de l'élément matériel²⁹³ dont la constitution n'est plus dépendante du type d'infraction envisagé. Elle repose cependant sur un artifice, car si toutes les infractions se conçoivent au regard d'un résultat redouté par le législateur, toutes ne se consomment pas par un résultat, au sens de conséquences des actes d'exécution²⁹⁴.

Par ailleurs, défini uniquement au regard de la modification du monde extérieur, le résultat légal ne permet pas de résoudre toutes les difficultés pratiques que peuvent poser les textes

290. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 181, n° 317. Comp. A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 171, pour qui la description du résultat légal peut être plus ou moins explicite, plus ou moins confondue avec la conduite.

291. L. ROUSVOAL, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, th. préc., p. 468, n° 1047. Approuvant ce constat, v. égal. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 558, n° 719.

292. Pour Monsieur MARÉCHAL, le résultat devrait être perçu comme une « atteinte concrète ou abstraite à un intérêt protégé [...], étroitement dépendante du principe de légalité [...], qui constitue l'effet ou la conséquence des actes d'exécution ». J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 253, n° 371.

293. Relevant le caractère séduisant de l'analyse dans cette perspective, v. V. MALABAT, « Retour sur le résultat de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert, op. cit.*

294. Parce qu'il est une conséquence, certains auteurs estiment que le résultat ne fait pas partie des éléments constitutifs. Il leur est au contraire postérieur et extérieur à l'infraction. V. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 559, n° 722. Cette position peut pourtant être discutée, car même s'il est certain que le résultat est postérieur au comportement, strictement entendu, il reste intimement lié à lui, tant dans sa dimension matérielle que morale. Au reste, il est indispensable à la qualification judiciaire des infractions matérielles de sorte qu'il participe bien de l'infraction caractérisée. L'infraction demeure un tout et ne peut pas être détachée de ses suites, surtout lorsque celle-ci conditionne la qualification retenue.

d'incrimination, justement parce qu'il ne se détache pas suffisamment de l'exécution de l'infraction. Un exemple permettra d'illustrer le propos et tient à l'incrimination de l'empoisonnement. Matériellement, l'infraction est caractérisée par l'emploi ou l'administration d'une substance mortifère²⁹⁵. Le seul critère tenant à la modification du monde extérieur ne permet pas ici de résoudre une problématique classique en la matière : l'emploi seul, non suivi d'administration, est-il suffisant à consommer l'infraction ou n'est-il qu'un commencement d'exécution en l'absence de toute absorption ? Employer la substance engendre une modification du monde extérieur, de sorte qu'il est possible d'y voir déjà le résultat légal de l'incrimination. Au demeurant, l'utilisation du terme « ou » suggère que le crime est consommé dès l'emploi²⁹⁶. Pourtant, la jurisprudence semble fixer ce résultat en aval, dès lors qu'elle voit parfois dans l'emploi tendant à l'administration, mais non suivi d'absorption, un commencement d'exécution de l'empoisonnement²⁹⁷. Hésitante, la doctrine admet également pour partie que la consommation de l'infraction n'intervienne qu'avec le contact entre le poison et le corps de la victime²⁹⁸, de sorte que le résultat légal se situerait davantage au stade de l'administration de la substance²⁹⁹. L'enjeu est en réalité de parvenir à identifier l'emploi consommant l'infraction, tant il est certain que l'emploi, seul, est incriminé au titre de l'infraction consommée. La même hésitation se retrouve dans d'autres textes³⁰⁰. Elle montre l'insuffisance de la définition du résultat légal par la seule modification du monde extérieur ainsi que les limites de ce que Monsieur MARÉCHAL a pu appeler « la théorie de « l'école moderne du résultat »³⁰¹ et des distinctions et subtilités qu'elle propose.

328. Nécessité d'un critère supplémentaire – En réalité, pour que le résultat légal puisse présenter un intérêt pratique, il est nécessaire de parvenir à en déterminer *a priori* et de manière générale l'essence. Même sans avoir recours au critère de modification du monde extérieur,

295. Code pén., art. 221-5.

296. Historiquement, c'est d'ailleurs cette solution qui prévalait. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, *op. cit.*

297. V. A. PROTHAIS note sous TGI Mulhouse, 6 fév. 1992, *D.* 1992, p. 301.

298. A. VITU, *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, *op. cit.*, t. 2, p. 1392, n° 1731.

299. Ainsi, la mise à disposition pourrait n'être qu'un commencement d'exécution, alors même que la substance a préalablement fait l'objet d'un emploi. V. *ibid.* Comp. E. DREYER, *Droit pénal spécial*, Ellipses, 2^{ème} éd., 2012, p. 38, n°83. L'auteur retient toutefois une position plus nuancée dans l'édition postérieure de son ouvrage.

300. Ainsi peut-on s'interroger sur le fait de savoir si l'infraction de risque causé à autrui a pour résultat légal le risque abstrait, inhérent à la faute commise, ou un risque concret devant résulter de cette faute. La faute étant une modification du monde extérieur, elle pourrait permettre de localiser le résultat légal au stade de sa conséquence directe et immédiate, soit au seul risque abstrait. Sur ce point, v. J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger, les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, chron. p. 849.

301. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 143, n° 195. Monsieur MARÉCHAL fait état dans sa thèse des limites des constructions proposée et des contradictions observables dans leurs applications pratiques. Ces limites, ainsi que la fragilité de la théorie moderne du résultat le conduisent à la rejeter.

le résultat légal ne permet pas de délimiter la frontière entre la consommation et l'exécution achevée pour les infractions ne nécessitant aucune atteinte. En effet, il se confond avec les actes d'exécution. Il s'agit en réalité simplement de déduire de l'exécution achevée l'existence d'un résultat. Mais non défini *a priori*, ce résultat n'apporte pas grand-chose à l'analyse de l'infraction et de sa structure. Ce n'est donc qu'à cette condition de définition qu'il pourrait être un critère en matière de consommation et un outil d'encadrement de la production législative.

Le critère de la mise en danger pourrait ici venir en renfort des insuffisances de la définition du résultat légal et de l'imprécision de ce résultat dans les infractions formelles. Dans les pays ayant recours au concept de bien juridique, l'antijuridicité permet d'encadrer la répression en exigeant par principe que le comportement entraîne *a minima* une mise en danger de ce dernier. La définition large du résultat se trouve donc en un sens complétée par le principe d'antijuridicité et de protection des biens juridiques, selon lequel le comportement doit au minimum mettre en danger le bien protégé. Le type de résultat exigé par les textes permet de déterminer le degré d'antijuridicité du comportement. Ainsi, le danger est un résultat en soi³⁰², parce qu'il traduit cette antijuridicité, soit la mise en péril des biens juridiques qui en résultent.

329. La mise en péril, résultat légal rejeté – Le raisonnement opéré en doctrine allemande pourrait sans doute être transposé par une adaptation de notre lecture des textes d'incrimination. Il est sans doute possible pour la grande majorité des incriminations d'identifier une valeur, protégée directement ou indirectement, et mise en péril par les comportements constitutifs d'infractions formelles ou obstacles. Le résultat légal consisterait alors soit en une lésion, soit en une mise en danger la valeur protégée³⁰³. Sa définition pourrait par ce biais être complétée utilement afin d'en permettre une identification plus précise. En outre, l'antijuridicité, prenant corps dans le résultat légal, connaîtrait alors une variation dans son intensité, allant de la lésion à la mise en danger de la valeur selon le type de résultat légal exigé par les textes d'incrimination.

Une telle approche serait sans doute la plus compatible avec l'analyse allemande. Toutefois, la mise en danger n'apparaît pas être un critère plus satisfaisant ni pour la détermination du seuil minimal d'antijuridicité, ni pour préciser la consistance du résultat légal.

b. La mise en danger, critère impraticable

330. L'impossible assimilation des infractions formelles à des infractions de mise en danger – Plusieurs éléments s'opposent à l'utilisation de la mise en danger dans la définition

302. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, *op. cit.*, p. 182, §28.

303. C'est notamment ce que propose Madame LACAZE dans sa thèse. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc.

du résultat légal et dans la détermination du degré minimal d'antijuridicité. Le premier tient à une différence dans les distinctions retenues en France et en Allemagne. En effet, la différence entre les infractions formelles *lato sensu* et les infractions matérielles ne rejoint pas totalement celle utilisée en doctrine allemande entre les infractions de risque et celles de lésion³⁰⁴. Les infractions formelles ne sont pas totalement assimilables en France à des infractions de mise en danger³⁰⁵, ne serait-ce que parce qu'elles peuvent, dans les faits, se traduire par la lésion de la valeur protégée. En France, l'infraction formelle tient avant tout à l'incrimination d'un moyen³⁰⁶.

Si les distinctions ne correspondent pas parfaitement, il est toutefois possible de remarquer des similarités. En effet, il ressort des différentes théories que tous les comportements incriminés le sont au regard d'un résultat redouté par le législateur³⁰⁷, autrement dit, d'une atteinte à un bien juridique individuel ou collectif que celui-ci entend prévenir. Selon les cas, ce résultat sera exigé par les textes d'incrimination³⁰⁸, de sorte que l'infraction se caractérisera par une atteinte effective à la valeur protégée. Pour d'autres incriminations, la consommation de l'infraction se situera en amont. Est alors incriminé un comportement de nature à porter atteinte à un intérêt protégé³⁰⁹. Ce qui est sanctionné n'est pas l'atteinte, mais un moyen pouvant y conduire³¹⁰. Il s'agit donc toujours de prévenir un effet précis³¹¹. Les infractions formelles se rapprochent par conséquent au moins partiellement d'infractions de mise en danger. Pour Rocco, les infractions matérielles étaient d'ailleurs des infractions de lésion et les infractions formelles, des infractions de péril³¹². De manière générale, les infractions formelles permettraient donc une répression

304. En ce sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 94, n° 115. Le droit allemand connaît et utilise également la notion d'infraction formelle, mais elle rejoint en réalité celle d'infraction de risque : dans ces infractions, le comportement apparaît au législateur « en lui-même, en dehors de tout résultat, [...] déjà dangereux ». J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 213. Plus précisément, la doctrine allemande distingue plusieurs types d'infractions de mise en danger, celle-ci pouvant être abstraite ou concrète ou l'infraction pouvant être de nature obstacle M. LACAIZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 210, n° 343. Madame LACAIZE fait un parallèle entre ces différentes catégories et les catégories françaises d'infractions formelles, obstacles et de risque.

305. Étudiant les relations entre les infractions formelles et les infractions de mise en danger, Madame PONSEILLE constate que la comparaison entre les deux conduit selon les auteurs soit à un rapprochement (les deux pouvant être vues comme équivalentes ou assimilables), soit à un éloignement. Pour sa part, Madame PONSEILLE voit dans les infractions de mise en danger une forme particulière d'infraction formelle. A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. préc., p. 47, n°s 34 et s.

306. Plus précisément, elle se définit par l'incrimination d'un moyen et l'indifférence de réalisation du résultat redouté. V. M. FREIJ, *L'infraction formelle*, 1975, Thèse, Paris II, p. 100.

307. Il s'agira du résultat réel de Monsieur DECOCQ et du résultat sociologique de Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON.

308. Le résultat réel correspondra alors au résultat légal.

309. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 212. V. égal. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 213, n° 191, selon qui sont incriminées des actions ou omissions qui « incarnent la potentialité de dommage ».

310. P. SPITERI, « L'infraction formelle », art. préc.

311. *Ibid.* ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 650, n° 516 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 217, n° 195.

312. P. SPITERI, « L'infraction formelle », art. préc., citant l'auteur.

en amont, à raison de la menace que le comportement fait peser sur la valeur sociale³¹³. L'on retrouve donc à la fois l'idée de VON LISZT selon laquelle toute infraction contient un résultat et l'idée selon laquelle ce résultat varie entre une mise en danger et une atteinte effective.

331. Refus d'une transposition du raisonnement allemand – Il reste qu'une assimilation des infractions formelles *lato sensu* et des infractions de mise en danger serait pour partie excessive³¹⁴. Par exemple, l'incrimination du clonage reproductif³¹⁵ vise certes à empêcher et réprimer de telles pratiques, mais davantage à raison d'une hostilité à leur égard que pour le danger qu'elles font peser sur l'espèce humaine. De même, certaines infractions parfois appelées « formalistes »³¹⁶ ne relèvent pas à proprement parler d'une idée de mise en danger, de sorte que ce serait par artifice que l'on systématiserait la mise en danger dans les infractions déjà existantes.

Par ailleurs, la mise en danger n'apparaît pas être un critère suffisamment précis pour permettre un encadrement efficace de la production législative. Outre le fait qu'il reviendrait à faire du danger la mesure possible de l'antijuridicité, il resterait à parvenir à déterminer le seuil de mise en danger exigé pour considérer que l'incrimination répond bien aux canons de la nécessité. Or, ce seuil ne semble pas pouvoir être fixé de manière objective³¹⁷. Il dépend du degré de fonction préventive accordée au droit pénal. La mise en danger est par suite un critère trop flou et trop peu objectif pour pouvoir être mobilisé utilement dans le cadre d'un contrôle de nécessité. Il ne peut être un critère suffisamment précis pour encadrer l'exercice de qualification légale. Par extension, il ne peut servir de matérialisation à l'antijuridicité dans la qualification judiciaire. L'idée de mise en danger invite à incriminer des comportements à raison de leur dangerosité, ce qui est de nature à permettre une répression très en amont³¹⁸, sauf à exiger un danger concret et effectif, ce que la doctrine allemande n'admet d'ailleurs plus. Il est désormais admis, dans les pays ayant recours au concept de bien juridique, que le risque résultant du comportement puisse être abstrait³¹⁹. La seule limite de principe tient encore au refus du risque *purement* abstrait et réalisé dès la conduite prohibée³²⁰. Mais même la frontière entre le

313. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 109, n° 139.

314. Des propositions de transposition de l'analyse allemande ont pour cette raison été critiquées en ce qu'elles conduiraient à bouleverser exagérément des distinctions admises de manière générale. V. *ibid.*, p. 94, n° 115, critiquant la construction proposée par Monsieur PHILIPPOT dans sa thèse consacrée aux infractions de prévention.

315. Code pén., art. 214-2 : « Le fait de procéder à une intervention ayant pour but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne vivante ou décédée est puni de trente ans de réclusion criminelle et de 7 500 000 euros d'amende. »

316. Il s'agit d'incriminations sanctionnant le manquement à certaines règles de formalisme et pour lesquelles le vocable d'infraction formelle est parfois jugé impropre. V. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 648, n° 514. V. égal. A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. préc., p. 21, n° 12.

317. *Supra*, n° 173.

318. Un risque en la matière serait d'encourager la généralisation des infractions de prévention qui connaît déjà un essor formidable, en faisant du danger un critère d'intervention du droit pénal.

319. L'antijuridicité intervient alors dans son rôle de gradation de l'injuste : la répression devra, en principe, être moindre dans cette hypothèse.

320. V. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 211, n° 343.

risque abstrait, purement abstrait, et le risque concret est fluctuante et difficilement déterminable, d'autant que le risque relève encore plus d'une logique de probabilité que la mise en danger³²¹. Il semble par conséquent difficile, voire impossible, de déterminer de manière générale et objective le risque ou le danger qui pourrait être retenu comme résultat minimum des infractions.

De même, si l'on se place sur le terrain de la qualification judiciaire, l'appréciation de la mise en danger peut s'avérer délicate. Si l'on reprend l'exemple de l'empoisonnement, l'utilisation du critère de la mise en péril de la valeur protégée ne se révèle pas déterminant. La question demeure entière : le risque survient-il seulement au stade de l'absorption de la substance ou l'est-il en amont, dès sa présentation ou son utilisation ? Il s'agit ici d'une question de degré, dont l'appréciation contient une part trop grande de subjectivisme.

332. Double imprécision – On le voit donc, le danger ne peut être un critère suffisamment précis, ni d'encadrement de la qualification légale et de la production législative, ni d'encadrement de la qualification judiciaire. Or, il n'existe pas d'autres critères permettant de venir préciser la consistance du résultat légal pour les infractions ne se consommant pas par une atteinte effective. Par conséquent, la systématisation du résultat légal doit être rejetée et ce n'est pas à partir de lui que pourra être apprécié le caractère attentatoire du comportement.

B. Le résultat redouté, incarnation du caractère attentatoire

333. Caractère fondamental du résultat redouté – Si le résultat légal peut s'analyser comme étant une composante essentielle de toute infraction, un autre résultat peut quant à lui être analysé comme une donnée systématique. Il s'agit du résultat redouté par le législateur, celui que Monsieur DECOCQ appelle le résultat réel³²². Ce résultat est présenté en doctrine comme la source réelle de l'infraction, sa raison d'être.

Malgré son importance et son caractère général, son intérêt juridique est parfois contesté : son utilité serait cantonnée à des enjeux de politique criminelle³²³. Ce résultat pourrait pourtant être le siège de l'antijuridicité, dès lors qu'il se trouve à la fois être – théoriquement – une étape déterminante de l'opération d'incrimination³²⁴, et à la fois un indice objectif de la

321. Le risque est un péril dans lequel entre l'idée de hasard. *Dictionnaire le Littré*, v° Risque.

322. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 171.

323. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 180, n^{os} 312 et s.

324. Certes, parfois le législateur ne procède pas selon l'ordre « logique » d'incrimination qui supposerait de partir d'un résultat redouté pour parvenir à l'incrimination du comportement susceptible d'y mener. En diverses occasions, la procédure se révèle pour partie inversée : le législateur constate un comportement qu'il réprovoque et c'est à partir de ce comportement qu'est bâtie l'incrimination. Cette méthode d'incrimination peut servir le même objectif, mais elle traduit davantage une approche normative d'interdiction d'un comportement qu'une approche en termes de protection. Nombre d'incriminations récentes illustrent à merveille ce propos, tels l'interdiction de la dissimulation du visage, ou très récemment le délit d'entrave numérique à l'IVG. V. S. DETRAZ, « Incrimination de l'entrave numérique à l'IVG, À propos de la loi du 20 mars 2017 », *JCP G.* 2017, 650. Le rattachement à

gravité du comportement. Que le législateur parte d'un résultat redouté dans le processus d'incrimination, ou qu'il parte du comportement, ce résultat demeure fondamental, dès lors que c'est essentiellement à raison de ses conséquences, probables ou certaines, qu'un comportement est réprimé. Une incrimination ne peut être perçue comme nécessaire si elle ne s'insère pas dans les limites et l'objectif du droit pénal.

334. Résultat redouté et consommation de l'infraction – Le raisonnement en termes de résultat redouté pourrait conduire à une remise en cause de la solution voulant que le résultat légal, en tant que seuil de l'illicite, marque la consommation de l'infraction³²⁵. À l'inverse de l'exécution, la consommation est appréhendée comme un moment, le dernier, marquant l'achèvement du processus criminel³²⁶. Selon les infractions, il pourra se distinguer de l'exécution achevée ou, au contraire, se confondre avec elle. Généralisé à toutes les catégories d'infractions, le résultat légal peut servir de marqueur de la consommation. À l'inverse, le résultat redouté ne peut être que le marqueur des infractions formelles, dès lors que celui-ci n'est pas nécessaire à leurs répressions, où l'exécution achevée est, en la matière, suffisante. Ne pas retenir le résultat légal pourrait donc être problématique, car la détermination du moment de la consommation est primordial dans la localisation de l'infraction dans le temps. Pour autant, un raisonnement par le résultat redouté ne change fondamentalement pas les solutions acquises, car le critère habituel en matière de consommation est avant la caractérisation de l'infraction en tous ses éléments³²⁷. Le résultat légal n'est qu'un marqueur matériel, mais il n'est pas suffisant. Ce qui importe, c'est la typicité parfaite entre le comportement accompli et le comportement décrit, tant sous un angle objectif que subjectif. On le voit donc, le raisonnement en termes de résultat n'est pas de nature à modifier la solution déjà acquise. Au reste, au regard de l'infraction

une valeur protégée ne se fait alors qu'*a posteriori*, en partie afin de justifier l'incrimination et la sanction qui lui est attachée. Un tel processus d'incrimination ne peut satisfaire, car il procède d'une utilisation des valeurs à des fins de légitimation. À ce titre, il est justement intéressant de remarquer que l'artifice du rattachement du comportement à la protection d'une valeur est révélé par l'absence de caractère attentatoire de ces incriminations nouvelles. Le comportement est dans ces cas incriminé pour lui-même, à raison d'une dangerosité présumée ou d'une contrariété avec une « norme » de conduite. Mais il n'est pas réellement incriminé au regard de l'atteinte pouvant en résulter. L'incrimination participe alors d'un message politique, mais non d'un objectif général sous-tendant la matière.

325. En ce sens, A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 171. Comp. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 182, n° 319, qui y voit le seuil de l'illicite permettant de déclencher la répression. V. égal. L. ROZES, « L'infraction consommée », *RSC* 1975, p. 603. Pour une approche critique, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 266, n° 384. Monsieur MARÉCHAL, qui s'oppose à la systématisation du résultat légal, estime pour sa part que le résultat n'est le critère que pour un nombre limité d'infractions.

326. L'exécution est un processus qui peut être divisé dans le temps, alors que la consommation est « un moment précis », « le dernier qui vient dans le temps pour la réalisation complète de l'infraction ». A. TSARPALAS, *Le moment et la durée des infractions pénales*, th. préc., p. 170, n° 256.

327. Elle résultera de la réalisation complète du comportement « dans les conditions décrites par les dispositions légales » *ibid.*, p. 172, n° 259. L'auteur écrit : « Dans le temps de la réalisation de l'infraction, il y a un instant dans lequel les éléments constitutifs de l'infraction se réunissent. À cet instant, toutes les infractions pénales, quelque soit la catégorie à laquelle elles appartiennent se consomment. » *Ibid.*, p. 172, n° 260.

formelle, le critère objectif de la consommation se situera logiquement à l'exécution achevée du comportement, tandis que pour les infractions matérielles, il se situera à la réalisation du résultat redouté. Peu importe, par ailleurs, que la consommation puisse s'inscrire dans le temps selon les incriminations.

335. Questions résiduelles – Il reste que si l'on admet que le législateur incrimine en premier lieu au regard d'un résultat redouté – ou devrait le faire –, c'est donc à partir de lui que peut être construit le raisonnement. Il apparaît être une donnée plus praticable et plus objective que l'idée de modification du monde extérieur ou de mise en danger.

Afin de préciser la nature de ce résultat redouté, il reste toutefois deux questions subsidiaires qui méritent d'être abordées. La première est de savoir si le résultat redouté par le législateur peut consister en un risque (ici, le risque n'est pas appréhendé comme résultat légal, mais comme résultat réel), la seconde est de savoir si le résultat redouté peut consister en la violation de la loi.

336. Résultat redouté et risque – La première question résulte pour beaucoup de l'incrimination des risques causés à autrui. Si l'on a vu que la mise en danger est un critère trop subjectif pour permettre de préciser le résultat légal des infractions constituées indépendamment d'une lésion, la question se pose de savoir si le risque peut être, en lui-même, le résultat réel, redouté par le législateur³²⁸. La lecture mais surtout l'application de l'article 223-1 du Code pénal par la Cour de cassation pourrait le suggérer. Ceci a conduit un auteur à proposer de considérer le risque comme le résultat de cette infraction et d'autres infractions de mise en danger³²⁹. La structure originale de cette infraction pourrait en effet justifier ce raisonnement. Le fait matériel consiste ici en une faute de nature délibérée, devant être en relation causale et temporelle avec un risque grave³³⁰. Le risque, même s'il peut n'être qu'hypothétique, doit être réel et être la conséquence directe et immédiate de la faute. La Cour de cassation « situe le lien d'immédiateté entre le manquement aux obligations et le risque causé, et non entre le risque et la mort ou l'infirmité permanente »³³¹. Le résultat en lien causal avec les faits accomplis semble donc devoir être ce

328. Tout un chapitre du Code pénal est relatif à des infractions de simple mise en danger. Code pén., Livre I, Titre II, Chap. III.

329. J. CHACORNAC, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger », art. préc.

330. Il doit exposer *directement* autrui à un risque *immédiat* de mort ou de blessures de nature à entraîner une mutilation ou une infirmité permanente. Code pén., art. 223-1.

331. Rapport annuel de la Cour de cassation, 2011 [en ligne], à propos de Cass. Crim., 30 oct. 2007, *Bull. crim.*, n° 261 ; *D.* 2008, pan. p. 2390, obs. F. G. TRÉBULLE ; *AJ pén.* 2008, p. 91, obs. S. LAVRIC ; *RSC* 2008, p. 75, obs. Y. MAYAUD ; *RDI* 2008, p. 97, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE. V. égal. Cass. crim., 16 fév. 1999, *Bull. crim.*, n° 24 ; *RSC* 1999, p. 581, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2000, p. 9, note E. CERF ; *Dr. pén.* 1999, p. 82, obs. M. VÉRON ; *RSC* 1999, p. 808, obs. B. BOULOC ; *RSC* 1999, p. 837, obs. G. GIUDICELLI-DELAGE. Pour une application récente, Cass. Crim., 19 avr. 2017, n° 16-80.695, à paraître ; *D. actualités* 2017, obs. S. FUCINI. Dans un cas d'exposition à des poussières d'amiante, la Cour de cassation a estimé l'infraction de risques causés à autrui suffisamment caractérisée à raison

risque³³². Toutefois, il ne peut s'agir ici que d'un résultat légal. Il est intermédiaire au regard du résultat redouté par le législateur, qui est d'ailleurs expressément mentionné dans le texte et qui tient à l'atteinte grave à l'intégrité physique. Plus généralement, le risque pris en compte dans les incriminations l'est au regard d'une atteinte finale qu'il s'agit d'éviter³³³. Il n'est qu'un résultat intermédiaire, mais non le résultat final, source de l'incrimination³³⁴. Le risque n'est donc pas un résultat en soi.

337. Résultat redouté et violation du droit – De la même manière, la question se pose de savoir si ce résultat redouté peut être la seule violation d'une norme extra-pénale. Certaines infractions semblent en effet n'avoir pour résultat qu'une contrariété entre le comportement accompli et la norme prescrite. L'on en trouve dans le Code pénal³³⁵, mais aussi dans d'autres codes. Il s'agit des infractions que Messieurs MERLE et VITU appellent des infractions formalistes³³⁶ et, plus largement, d'infractions relevant du droit pénal dit « technique »³³⁷ ou « administratif »³³⁸. Le développement de droits spécialisés a deux conséquences. La première est le développement des incriminations dénuées de résultat³³⁹ ; la seconde est le développement d'incriminations s'inscrivant dans une logique strictement sanctionnatrice de non-respect d'une norme de forme d'origine légale ou réglementaire³⁴⁰. Par conséquent, ce droit est davantage concentré sur une démarche injonctive et dirigiste³⁴¹ que répressive.

du risque de développer un cancer du poumon ou un cancer de la plèvre dans les trente à quarante ans suivant l'inhalation de poussières d'amiante.

332. Retenant une approche fonctionnelle du résultat, Monsieur CHACORNAC déduit de l'extériorité du risque par rapport aux actes d'exécution le fait qu'il s'agit du résultat de l'infraction.

333. Ce résultat final apparaîtra avec plus ou moins d'évidence dans les textes. Pour le délaissement de personne hors d'état de se protéger, il est par exemple identifiable dans l'aggravation de la répression à raison de l'atteinte physique en ayant résulté (mort ou mutilation). Code pén., art. 223-3. Pour les infractions obstacles indéterminées, il n'est pas précisé et est donc très général.

334. VON LISZT expliquait déjà que si le danger est un résultat en soi, « ce résultat ne tire son importance que de son rapport avec un autre résultat non survenu, mais conçu par nous » et qui consiste en un dommage. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 182, §28.

335. V. par ex. l'article 433-18-1 qui incrimine « le fait, pour une personne ayant assisté à un accouchement, de ne pas faire la déclaration prescrite par l'article 56 du code civil dans les délais fixés par l'article 55 du même code ».

336. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 648, n° 514.

337. Ce droit renvoie aux différentes branches techniques du droit pénal : droit pénal économique, droit pénal social, droit pénal fiscal, droit pénal de la santé publique, etc.

338. P. LASCOUMES et C. BARBERGER, « De la sanction à l'injonction : « le droit pénal administratif » comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », art. préc. Les auteurs s'opposent à une réflexion dichotomique opposant un droit pénal « classique » au droit pénal administratif.

339. V. par ex. l'article 413-2 du Code de la consommation qui réprime la simple détention de poids ou instruments de mesure faux, indépendamment de toute utilisation. Le recours fréquent aux incriminations obstacle a d'ailleurs été critiquée en doctrine. V. P. CONTE, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.* 2006, étude, n° 4.

340. Ce que Madame DELMAS-MARTY appelle le droit pénal « bureaucratique », dont le développement est critiquable pour ce qu'il « entraîne à terme la dévalorisation de la loi pénale et contient toujours en germe l'insécurité juridique du citoyen, qui vit sous la menace d'une poursuite à l'initiative de quelque fonctionnaire plus savant et plus exigeant ». M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, op. cit., p. 66.

341. Dans une conception restrictive, le droit pénal économique englobe « l'ensemble des lois pénales destinées à protéger les intérêts du pays en matière économique ». Il est lié à l'ordre public de direction, et non de protection.

La conception légaliste et sanctionnatrice du droit pénal français, associée au développement remarquable de ce droit technique³⁴², tendrait à laisser admettre que le résultat redouté par le législateur puisse n'être que le non-respect de la loi. Toutefois, une telle solution serait pour partie contradictoire avec le principe d'*ultima ratio* du droit pénal, parce qu'elle ferait primer la seule dimension sanctionnatrice de la matière. Si le droit pénal est le gendarme du droit, il reste fondé sur un principe de nécessité basé sur la gravité du comportement et de ses suites. À ce titre, le résultat de violation de la loi ne peut être qu'un résultat intermédiaire, mais non le résultat final, redouté par le législateur, car la seule violation de la loi est insuffisante à fonder la nécessité de l'incrimination.

338. Caractère abstrait de l'atteinte – À ce propos, il faut d'ailleurs remarquer que la plupart de ces infractions peut en réalité être rattachée à la protection d'une valeur au sens large. Ainsi les infractions en matière de droit du travail viennent-elles protéger le salarié dans ses droits individuels et collectifs³⁴³ ; les infractions relatives aux pratiques anticoncurrentielles, le bon fonctionnement du marché économique³⁴⁴ et plus précisément la loi de l'offre et la demande³⁴⁵ ; les infractions boursières, la confiance des individus dans le système économique³⁴⁶ ; les infractions fiscales, l'égalité des contribuables devant l'impôt³⁴⁷. En outre, et malgré le fait qu'elles ont une vocation politique très marquée³⁴⁸, certaines d'entre elles présentent une structure matérielle intégrant un résultat. Par exemple, les pratiques anticoncurrentielles d'abus de position dominante³⁴⁹ supposent un abus de marché qui viennent en perturber l'équilibre. Le résultat redouté

J. PRADEL, *Droit pénal économique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1990, p. 3. Dans une approche plus large, il intègre toutefois la protection des individus dans leurs rapports économiques. *Ibid.*

342. Monsieur DREYER évoque à ce titre « l'obésité du droit pénal économique ». E. DREYER, « La sécurité juridique et le droit pénal économique », *Dr. pén.* 2006, étude, n° 20.

343. L'objectif premier du droit pénal du travail est la protection du salarié face à l'employeur. C'est lui qui, historiquement, a justifié le développement de la matière (G. LEVASSEUR, « Droit social et droit pénal » in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 320). Cantonnée, initialement à la protection individuelle du travailleur, la matière englobe aussi aujourd'hui la collectivité des salariés R. SALOMON et A. MARTINEL, *Droit pénal social, Droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, 3^{ème} éd., Economica, 2016, p. 181, n° 312. Des auteurs, dont Monsieur SALOMON et Madame MARTINEL, raisonnent donc pour certains également au regard des valeurs protégées par les textes.

344. Ces infractions permettraient d'assurer le bon fonctionnement des marchés et leur saine structure. G. ROYER, *L'efficacité en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, 2009, LGDJ, p. 91, n° 74.

345. *Ibid.*, p. 91, n° 75.

346. *Ibid.*, p. 91, n° 74.

347. Cons. const., 24 juin 2016, n° 2016-546 QPC ; *JCP G.* 2016, I, 1814, note S. DETRAZ ; *Dr. fisc.* 2016, p. 3, obs. P. SCHIELE ; *Dr. pén.* 2016, p. 43, obs. V. PELTIER ; *JCP G.* 2016, I, 1453, note M. COLLET et P. COLLIN.

348. En droit pénal économique, l'un des enjeux et la direction de l'économie et l'application des politiques mises en place. En ce sens, F. GHELFI-TASTEVIN, *Droit pénal économique et des affaires*, Gualino, 2001, p. 17 ; J. PRADEL, *Droit pénal économique, op. cit.*, p. 3. V. égal. G. FOURNIER, « Le droit pénal et le risque de l'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires » in *Aspects organisationnels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, D., 2003, p. 273, qui insiste sur la vocation éthique des infractions économiques.

349. L'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur est prohibée par le Code de commerce (art. 420-2), tandis que l'article 420-6 réprime « le fait, pour

n'est donc pas exclusivement une contrariété avec la loi, parce que la norme violée permet le respect d'une valeur ou d'un principe dont le législateur entend garantir le respect. Toutefois, l'atteinte est ici relativement abstraite et peut ne pas se prolonger dans le temps. Elle est en outre très proche du comportement, à tel point qu'il serait excessif d'affirmer que ces infractions se consomment par la vérification d'une atteinte, consécutive à ce dernier. Le caractère abstrait ou collectif de la valeur en question³⁵⁰ ne peut conduire qu'à une atteinte présentant le même degré d'abstraction³⁵¹. Cependant, cette situation se vérifie pour d'autres types d'infractions ne relevant pas du droit pénal technique. Dès lors que la valeur protégée est abstraite (honneur, dignité, etc.), sa vérification n'est pas réellement surabondante. Plus exactement, elle se déduit des faits. Cela ne remet en rien en cause l'idée d'un élément antijuridique. Si les éléments sont des angles d'analyse du comportement, il est possible de déduire des faits et de leurs circonstances constitutives leur caractère attentatoire. Il n'y a ici pas une atteinte, matériellement et objectivement constatable, qui s'ajouterait au fait matériel, mais l'analyse des faits permet tout de même d'en faire ressortir et d'en vérifier le caractère attentatoire³⁵². Le même fait, observé sous deux angles différents, peut amener à deux conclusions complémentaires. L'abus de position dominante est attentatoire au bon fonctionnement des marchés, même si l'atteinte est abstraite.

toute personne physique de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées [à l'article] 420-2 ».

350. Ces valeurs protégées sont souvent ce que les Allemands appellent des biens juridiques diffus. Il s'agit de biens collectifs, tels que la santé publique, le marché économique, etc., pour lesquels une lésion *ex post* est difficilement envisageable. En ce sens, M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 211, n° 343.

351. V. J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 163, n° 228, selon qui l'intérêt protégé peut être concret, l'atteinte étant alors elle aussi concrète, ou abstrait et l'atteinte sera également abstraite.

352. De ce point de vue, certaines décisions relatives à des infractions matérielles classiques apparaissent contestables. L'on pense ici notamment aux solutions retenues par la Cour de cassation en matière d'atteinte à la vie privée par la captation d'images. En la matière, la Cour semble se contenter du comportement volontaire de fixation de l'image d'un tiers dans un lieu privé sans son consentement. Elle a en effet pu juger que « constitue une atteinte volontaire à l'intimité de la vie privée le seul fait de fixer, enregistrer et transmettre sans le consentement de celle-ci l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé ». Cass. crim., 16 fév. 2010, *Bull. crim.*, n° 25 ; *D.* 2010, p. 768, obs. S. LAVRIC ; *D.* 2010, p. 2732, obs. T. GARÉ ; *AJ pén.* 2010, p. 340, obs. C. DUPARC ; *CCE* 2010, n° 66, obs. A. LEPAGE ; *JCP G.* 2010, 1258, obs. E. TRICOIRE ; *Gaz. Pal.* 2010, p. 23, obs. S. DETRAZ. Non seulement la circonstance d'intimité fait ici défaut (v. E. DREYER, « Droit de la presse et droits de la personnalité, janvier 2010 - décembre 2010 », *D.* 2011, p. 780), mais encore la Cour suggère-t-elle que l'atteinte soit inhérente au fait matériel et n'impose pas la vérification supplémentaire d'une atteinte à l'intimité de la vie privée. Si une telle vérification est difficile, l'atteinte peut tout de même se déduire des circonstances factuelles. Sans donner lieu à une vérification supplémentaire peu concevable, elle peut donc résulter de la matérialité du comportement. Les arrêts rendus en matière de captation de son sont de ce point de vue plus satisfaisants. En s'attachant au contenu des paroles enregistrées ou captées, les juges peuvent vérifier le caractère attentatoire du comportement au regard de l'intimité de la vie privée de la personne dont les paroles ont été interceptées. Cass. Crim., 14 fév. 2006, *Bull. crim.*, n° 38 ; *AJ pén.* 2006, p. 218, obs. C. SAAS ; *D.* 2007, p. 399, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *D.* 2007, p. 1184, obs. J.-C. SAINT-PAU.

339. L'absence d'antijuridicité matérielle des infractions strictement formalistes – La difficulté reste néanmoins que beaucoup d'infractions se révèlent être des infractions strictement formalistes, sanctionnant le manquement à certaines règles de forme³⁵³ et totalement dénuées de caractère attentatoire³⁵⁴. Par exemple, le Code du travail contient nombre d'incriminations qui ne supposent aucune atteinte autre que la violation des règles applicables en droit social. La norme pénale permet alors de garantir l'effectivité de la norme sociale³⁵⁵, mais elle ne permet que cela. L'article L.1248-6 en donne un exemple parmi tant d'autres. Il réprime le « fait de ne pas établir par écrit le contrat de travail à durée déterminée et de ne pas y faire figurer la définition précise de son motif, en méconnaissance du premier alinéa de l'article L.1242-12 »³⁵⁶. Si cet article peut éventuellement être mis en lien avec la protection du salarié, le comportement n'apparaît pas en lui-même attentatoire. Surtout, la sanction pénale se révèle d'autant moins nécessaire que l'article L.1242-12 du Code du travail répute conclu pour une durée indéterminée le contrat de travail conclu pour une durée déterminée ne respectant pas la règle de l'écrit et de précision de son motif. La protection du salarié peut apparaître suffisamment garantie par une telle règle, de même que la sanction de l'employeur peu diligent, qui subira les conséquences d'une telle requalification. L'absence de caractère matériellement attentatoire révèle ici la faible nécessité du recours au droit pénal. L'antijuridicité est ici exclusivement formelle, de sorte qu'elle sera inhérente à la réalisation du comportement décrit. Une telle infraction ne peut donc être caractérisée par rapport à un élément antijuridique d'atteinte qui est absent de la structure de son incrimination.

Une telle utilisation du droit est néfaste. Le droit pénal n'y exprime qu'une « nécessité d'obéissance des sujets au pouvoir »³⁵⁷ dans lequel la sanction est détachée du juste³⁵⁸. Si dans ces matières, « seules les sanctions pénales [...] ont un suffisant pouvoir dissuasif »³⁵⁹, le recours systématique à ce type de sanction apparaît largement excessif et, trop souvent, non strictement

353. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 648, n° 514.

354. Il n'est pas encore ici question de la répression des comportements en amont du résultat redouté. Le droit pénal technique connaît de nombreuses incriminations obstacles, mais ce problème étant partagé par toutes les incriminations de ce type, il fera l'objet de développements ultérieurs. V. *infra*, n° 347.

355. E. FORTIS et M. SEGONDS, « La dépénalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », art. préc.

356. Cet article prévoit quant à lui l'obligation d'un écrit et de détermination du motif.

357. Cette conception du droit est pour Monsieur ROUBIER la marque d'un pouvoir politique autocratique. P. ROUBIER, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, op. cit., p. 122, n° 14.

358. S'agissant du droit pénal économique qui présente des écueils similaires, Monsieur PRADEL écrit d'ailleurs que ce droit a pour spécificité d'être marqué d'une « amoralité » : « le public ne perçoit pas l'infraction comme immorale ». J. PRADEL, *Droit pénal économique*, op. cit., p. 10.

359. *Ibid.*, p. 5, s'agissant du droit pénal économique. Dans le même sens et pour la même matière, W. JEANDIDIER, *Rép. dr. pén.*, Infractions économiques, 2006 « Le triomphe du capitalisme, l'obsession de la réussite financière ont en quelques décennies profondément transformé les sociétés. En conséquence l'office du droit pénal en une matière aussi sensible que primordiale est incontournable. »

nécessaire³⁶⁰. L'absence d'élément antijuridique permet ici de révéler « l'anormalité » de ces incriminations, pour lesquelles une composante essentielle fait défaut³⁶¹. Bien qu'ils soient effectivement des faits générateurs de responsabilité pénale³⁶², de tels comportements ne peuvent idéalement être appréhendés comme des infractions, parce que leurs incriminations n'en respectent pas les principes directeurs. Au regard de la production législative, l'on voit ici l'intérêt que pourrait présenter un tel élément dans un objectif de limitation de la systématisation de recours au droit pénal.

340. Conclusion : un résultat redouté d'atteinte – Ne pouvant être ni de pur risque, ni de seule contrariété au droit, le résultat redouté doit ainsi être conçu en premier lieu comme une atteinte³⁶³. Faut-il alors en déduire que l'infraction ne devrait se concevoir que comme un comportement de lésion ? Assurément non. Raisonner en termes d'atteinte n'est pas de nature à exclure totalement toute répression anticipée, car le résultat redouté peut ne pas être indispensable à la caractérisation de l'infraction consommée. Le raisonnement peut en effet se déplacer sur le terrain de la causalité.

§ 2. La causalité, révélateur subsidiaire de l'antijuridicité

341. Infractions matérielles et présence systématique du résultat – Pour les infractions véritablement matérielles, la vérification de l'élément antijuridique ne soulève pas de réelle difficulté. Tout juste faut-il remarquer que, pour certaines d'entre elles, le résultat sera très proche du comportement, à tel point qu'il ne sera pas totalement détachable du fait accompli. S'il en est la conséquence, il peut ne pas en être à proprement parler une suite. Toutefois, comme cela a été vu, un raisonnement par addition de différents éléments n'est pas souhaitable. Il faut donc conserver à l'esprit que les éléments constitutifs sont des angles d'analyse d'un comportement et sont utilisés en vue de sa qualification. L'antijuridicité du comportement peut donc être

360. V. par ex. l'article 242-5 du Code de la consommation qui prévoit une peine de deux ans d'emprisonnement et 150 000€ d'amende à l'encontre du professionnel qui ne remettrait pas à son client un exemplaire signé du contrat pour les contrats conclus hors établissements.

361. La doctrine relève d'ailleurs fréquemment la faible effectivité de ces incriminations pour lesquelles les sanctions ne sont que peu prononcées. V. P. LASCOUMES et C. BARBERGER, « De la sanction à l'injonction : « le droit pénal administratif » comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », art. préc. ; E. DREYER, « La sécurité juridique et le droit pénal économique », art. préc. ; P. CONTE, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », art. préc. ; E. FORTIS et M. SEGONDS, « La dépenalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », art. préc. L'on peut d'ailleurs voir dans cette faible effectivité l'illustration *a posteriori* de la faible nécessité de certaines incriminations. Retenant une position plus nuancée à raison du potentiel effet dissuasif de la menace d'une peine, P. CONTE, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », art. préc. Ces matières font en outre l'objet de débats récurrents relatifs à leurs dépenalisations.

362. V. *infra*, n^{os} 482 et s. et *infra*, n^{os} 494 et s.

363. En ce sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., not. p. 199, n^o 285.

déduite des faits matériels et des circonstances de leur réalisation ou, selon les spécificités du comportement incriminé, se vérifier séparément de ces faits³⁶⁴.

C'est ainsi essentiellement pour les infractions de nature formelle, et plus précisément pour la sous-catégorie des infractions obstacles que des difficultés surviennent. Si pour les premières, le caractère attentatoire s'observe à travers la causalité (A), il est en revanche absent pour les secondes (B).

A. Le déplacement de l'antijuridicité dans les infractions formelles

342. Le caractère déterminant de la causalité – Pour les infractions formelles, l'analyse se révèle légèrement plus complexe que pour les infractions matérielles, car le résultat redouté ne conditionne pas leur caractérisation. Les infractions formelles peuvent par conséquent être consommées indépendamment de la survenance de tout résultat lésionnaire.

Il faut ici écarter la proposition de Monsieur PHILIPPOT, selon laquelle les infractions formelles seraient pareillement des infractions de lésion d'un bien juridique à raison de la volonté de l'agent. Retenant une approche très subjective, Monsieur PHILIPPOT définit l'intention coupable comme « la volonté de lésion d'un bien juridique »³⁶⁵. Il en déduit alors que cette intention « constitue déjà une atteinte à la valeur qu'entend protéger la loi pénale » et conclut : « en mettant tantôt l'accent sur le résultat matériel, tantôt sur l'intention, le droit pénal réprime la lésion d'un bien juridique. C'est donc toujours la lésion juridique qui, dans le droit classique, entraîne l'intervention de la loi pénale »³⁶⁶. Outre le fait que cette approche fait du résultat une notion mouvante³⁶⁷, tantôt matérielle, tantôt intellectuelle, elle fait de manière contestable de l'intention coupable la mesure de la répression. La seule recherche intellectuelle d'un résultat apparaît suffisante à légitimer la répression au nom de l'objectif de protection des biens juridiques. Exagérément subjective, une telle position ne peut être retenue en raison des dangers évidents qu'elle comporte. Poussée à son paroxysme, cette approche ne permettrait-elle pas la répression des délits d'opinion ou des infractions putatives ?

À dire vrai, il faut rejeter l'artifice de la systématisation du résultat et admettre que les infractions formelles ne se consomment que par l'exécution achevée du comportement incriminé.

364. Ainsi, si l'on prend l'exemple du vol, l'atteinte à la propriété doit exister pour que l'infraction soit consommée. Cependant, cette atteinte se déduit logiquement du fait matériel de soustraction (élément matériel), et du droit de propriété antérieur (condition relative à la valeur protégée qui peut être analysée comme une circonstance constitutive de l'antijuridicité). L'analyse de l'élément matériel et des circonstances qui l'entourent, qu'elles relèvent de cet élément ou de l'antijuridique, permet de déduire la réalisation du résultat redouté.

365. P. PHILIPPOT, *Les infractions de prévention*, th. préc., p. 52.

366. *Ibid.*, p. 53. L'auteur admet par ailleurs plus classiquement que la mise en danger caractérisant un dommage purement potentiel soit substituée à la lésion. Elle est selon lui un résultat produit par l'activité de l'agent et par conséquent distinct d'elle.

367. En ce sens, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 93, n° 114.

Le résultat redouté est ici indifférent, ou plus précisément, sa survenance est indifférente. Car le résultat redouté n'est pas, à proprement parler, totalement étranger à la structure de ces infractions. Leur consommation se situe certes en amont de l'obtention du résultat redouté, mais la répression demeure justifiée par ce résultat. Pour les doctrines allemande et italienne, ces infractions sont des infractions de mise en danger des biens juridiques³⁶⁸, à la différence des infractions matérielles qui sont des infractions de lésion. Le législateur incriminerait ici un moyen en vue de prévenir un effet précis³⁶⁹. Mais bien plus qu'une simple mise en danger, le comportement est sanctionné parce que, selon toute vraisemblance et selon le cours normal des choses, le comportement va – ou peut – produire le résultat redouté. L'infraction formelle ne se distingue pas par la seule mise en danger de la valeur. Non seulement le comportement peut aller jusqu'à la lésion, mais encore tend-il directement à elle ou est matériellement et moralement dirigé vers elle. C'est ainsi sur le terrain de la causalité que se déplacent les enjeux de la qualification. Si le résultat redouté n'a pas à être vérifié, le comportement doit être en mesure de le provoquer, de sorte que « son pouvoir causal est essentiel »³⁷⁰.

343. Variations du lien de causalité : certitude et probabilité – Ce déplacement de la réflexion sur le terrain de la causalité apparaît très nettement dans les textes d'incrimination. Le comportement, ou plus précisément le moyen employé ou l'objet de l'infraction, doit être « de nature à » produire un certain résultat ou encore tendre vers lui. Ainsi les substances (donc le moyen employé) doivent être de nature à entraîner la mort dans l'empoisonnement³⁷¹, les faits dénoncés doivent être de nature à entraîner des sanctions dans la dénonciation calomnieuse³⁷², les informations transmises à une puissance étrangère doivent être, par leur divulgation ou leur réunion, de nature à porter atteinte aux intérêts fondamentaux de la Nation dans la livraison d'informations à une puissance étrangère³⁷³, tandis que les pratiques mises en œuvre en matière d'eugénisme doivent tendre à l'organisation de la sélection des personnes³⁷⁴. Pour toutes ces infractions, il sera nécessaire de s'assurer que le moyen employé ou l'objet de l'infraction était

368. P. SPITERI, « L'infraction formelle », art. préc.

369. *Ibid.* L'emploi d'un moyen seul ne permet pas de préjuger du caractère formel de l'infraction (en ce sens, M. FREIJ, *L'infraction formelle*, th. préc., p. 100). Les deux critères de définition de l'infraction formelle tiennent donc l'emploi d'un moyen et à l'indifférence du résultat (A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du code pénal », *Dr. pén.* 2004, n° 10, p. 23, n° 13). Toutefois, la diversification des infractions formelles s'oppose en partie à ce critère positif de distinction tenant à l'incrimination d'un moyen. Certaines infractions formelles sont simplement le fait de faire quelque chose sans que le moyen n'apparaisse déterminant. V. par ex. l'infraction de clonage (Code pén., art. 214-2) qui est « le fait de procéder à une intervention », sans que cette intervention ne soit vraiment précisée. C'est ici le but recherché et la finalité de l'intervention qui importent bien plus que le moyen employé. L'incrimination demeure concentrée sur un comportement particulier susceptible d'engendrer un certain résultat.

370. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 566, n° 730.

371. Code pén., art. 221-5.

372. *Ibid.*, art. 226-10.

373. *Ibid.*, art. 411-6.

374. *Ibid.*, art. 214-1.

bien en mesure d'entraîner le résultat redouté. Il en va du respect du principe de légalité. Ici, le moyen employé rend certaine la survenance du résultat. Seul l'aléa dans sa réalisation n'est pas pris en compte.

Dans d'autres hypothèses, la sanction est justifiée non plus par une certitude, mais par une probabilité de réalisation de résultat. L'incrimination est donc davantage fondée sur un risque, mais la causalité entre le comportement et le résultat redouté demeure fondamentale. Ainsi en est-il du faux pouvant « avoir pour effet d'établir la preuve d'un droit ou d'un fait ayant des conséquences juridiques »³⁷⁵. Plus éloigné du résultat redouté, le comportement entretient une relation causale plus distante avec lui. Il reste néanmoins fondamental de s'assurer que le document altéré présentait bien certaines caractéristiques, de sorte que le résultat redouté (établissement d'un droit ayant des conséquences juridiques) peut effectivement découler du comportement.

Le raisonnement en termes de causalité présente un intérêt certain dans la détermination du seuil de consommation de l'infraction. Ainsi dans l'exemple de l'empoisonnement est incriminé le fait d'attenter à la vie d'une personne à l'aide d'une substance de nature à entraîner la mort. Le fait entretenant une relation causale directe et certaine avec le résultat redouté de mort ne peut être ici que l'administration ou la présentation de la substance employée. À l'inverse, le simple emploi, autrement dit la simple utilisation de la substance, est insuffisante, parce qu'elle est en relation causale incertaine avec le résultat mortel.

344. Cas particulier : l'intention dirigée vers le résultat redouté – Dans d'autres hypothèses encore, le résultat redouté apparaît à travers l'intention de l'agent, le but recherché. Il s'agit entre autres ici des comportements accomplis « en vue de »³⁷⁶ ou « dans le but de »³⁷⁷. Le résultat redouté se retrouve dans ces infractions dans leur élément moral. Toutefois, il n'est pas cantonné à cet élément, car il ne suffit pas, pour que les infractions soient caractérisées, que l'agent ait poursuivi le but mentionné par le texte. Le comportement accompli doit être de nature à produire ce résultat, sauf à admettre la possibilité de réprimer une infraction putative ou surnaturelle. La précision légale quant au but recherché impose donc également de s'intéresser sous l'angle objectif au pouvoir causal de l'acte. Le raisonnement part ainsi toujours du résultat redouté par le législateur, même s'il se déplace dans l'exercice de qualification judiciaire sur l'appréciation de la causalité. En un sens, le comportement reste donc attentatoire, car la survenance du résultat redouté relève de la certitude ou d'une très forte probabilité.

375. *Ibid.*, art. 441-1.

376. V. par ex. l'incrimination d'organisation de son insolvabilité (*ibid.*, art. 314-7) ou de modification des preuves (art. 434-4).

377. V. par ex. *ibid.*, p. 322-14, ou, évoquant une intervention « ayant pour but de », le délit de clonage *ibid.*, art. 214-2.

345. Difficulté résiduelle : les infractions d'abstention – Seule une difficulté pourrait subsister. Elle est relative aux infractions d'abstention présentant une structure formelle³⁷⁸. Il est parfois affirmé qu'aucun lien de causalité n'est exigé et, plus largement, qu'il serait inexact de parler de causalité pour ces infractions³⁷⁹ qui loin de « causer » l'atteinte, ne font simplement pas obstacle à sa réalisation³⁸⁰. Cependant, il peut sembler exagéré d'affirmer que la causalité est étrangère à la constitution des infractions. Prenant l'exemple d'une personne assistant sans réagir à la noyade d'une autre, Monsieur DREYER explique qu'il est certain « qu'en plongeant à son secours, le témoin passif aurait pu sauver autrui, de sorte qu'il l'aurait empêché de mourir et assume, de ce fait, une responsabilité dans son décès »³⁸¹. Faisant appel à la théorie de l'équivalence des conditions³⁸², Monsieur DREYER conclut qu'il « ne fait nul doute [...] que la passivité du témoin est l'une des causes du décès par noyade d'autrui »³⁸³. Et il est vrai que dans cette hypothèse, le comportement de l'agent a concouru à la réalisation du résultat redouté ou entretient un pouvoir causal avec lui. L'on voit alors que la causalité n'est en rien étrangère aux infractions d'abstention. Le pouvoir causal du comportement de l'agent au regard du résultat redouté (mort, atteinte à l'intégrité, etc.) reste primordial, peu importe du reste que le résultat soit ou non survenu. Il s'agira en effet de s'assurer que l'auteur était bien en mesure de prêter à la victime une assistance, sans risque pour lui ou pour les tiers, soit par son action personnelle, soit en provoquant un secours³⁸⁴. L'auteur ne cause pas directement le dommage ou le risque imminent, mais sa passivité intervient dans la réalisation du dommage ou sa possibilité de survenance.

346. Le pouvoir causal du comportement – Loin d'être une particularité des infractions matérielles³⁸⁵, la causalité est donc tout autant une donnée déterminante dans la qualification des

378. Tel est le cas de l'infraction de non-assistance à personne en péril, qui est au regard de sa classification dans le Code une infraction de mise en danger. Aucun résultat de lésion n'est donc ici exigé.

379. X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 141, n° 158 : pour caractériser la causalité, il faut se demander ce qu'il serait advenu si le comportement n'avait pas eu lieu. « Cette définition conduit à exclure logiquement la recherche d'un lien de causalité pour les infractions de pure omission [...] »

380. V. not. J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 679.

381. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 574, n° 745.

382. V. J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op. cit., cité par l'auteur.

383. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 574, n° 745.

384. Code pén., art. 223-6.

385. Constatant que le lien de causalité est souvent envisagé pour les infractions matérielles seulement, parce qu'elles supposent un résultat auquel rattacher l'acte P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, 2006, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ, p. 25, n° 67. La doctrine n'est toutefois pas unanime et des auteurs ont souligné l'existence d'un lien de causalité en matière d'infraction formelle : v. S. KEYMAN, « Le résultat pénal », *RSC* 1968, p. 781 ; Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? » in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 475. Si la causalité n'est souvent envisagée dans les manuels que pour les infractions matérielles, c'est essentiellement à raison de l'importance particulière que prend la causalité dans ces infractions.

infractions formelles. Malgré ce qui a pu être soutenu, elle n'est, en outre, pas à proprement parler « virtuelle »³⁸⁶. Selon Monsieur BON, un lien de causalité existerait bien dans les infractions formelles. Virtuel, il relierait l'acte à la modification du monde extérieur, mais sa démonstration ne serait pas utile « puisque le résultat juridique n'est alors pas distinct de l'activité matérielle elle-même »³⁸⁷. Ceci interdit pour lui de considérer l'exigence du lien de causalité autrement que comme un mécanisme d'imputation³⁸⁸. Pourtant, l'exigence d'un lien de causalité dépasse la seule imputation. La virtualité du lien résulte, dans la présentation de Monsieur BON, de ce qu'il n'envisage que le lien reliant l'acte d'exécution au résultat légal juridique. Mais c'est en premier lieu au regard du résultat redouté que la causalité se révèle déterminante. Le lien de causalité est, il est vrai, virtuel car en l'absence de survenance du résultat, aucun lien rattachant le fait à ses conséquences ne peut être identifié. Mais la causalité, elle, ne l'est pas totalement³⁸⁹ en ce que son existence est déterminante, et ce, malgré l'absence de survenance du résultat redouté. L'appréciation de la causalité permet ici de s'assurer du caractère causal du comportement, c'est-à-dire de sa capacité à produire le résultat redouté³⁹⁰. Basé sur une probabilité et sur la potentialité du comportement à engendrer le résultat, il demeure donc concret. S'il se déduit en grande partie de la matérialité du comportement (fait matériel et circonstances constitutives), le

386. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, th. préc., p. 31, n° 85, et D. PORTOLANO, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, 2012, LGDJ, p. 395, n° 329.

387. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, th. préc., p. 61, n° 167.

388. *Ibid.*, p. 61, n° 168.

389. Les termes de causalité et de lien de causalité peuvent être tenus pour synonymes, la causalité se définissant comme un lien unissant la cause à l'effet. V. *Encyclopédie Larousse*, v° Causalité. Monsieur BON relève d'ailleurs que souvent, les deux ne semblent pas renfermer de contenu différent. P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, th. préc., p. 3, n° 8. Toutefois, et comme le relève l'auteur, le lien s'entend d'une liaison rattachant un événement à un autre, alors que la causalité renvoie davantage au principe. *Ibid.*, p. 3, n° 9. Il est donc possible de considérer que l'appréciation du lien de causalité est plus étroite que l'appréciation de la causalité au sens large.

390. Le raisonnement est ici en réalité très proche de celui opéré en matière de tentative. En effet, dès lors que le législateur érige en infraction consommée ce qui serait au regard d'une infraction matérielle un commencement d'exécution (v. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 648, n° 514), il est nécessaire de s'assurer que les faits matériels tendent directement au délit. Infraction formelle et tentative sont souvent rapprochées en doctrine, car « la tentative et la consommation formelle semblent procéder de la même inspiration pénale » (A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, th. préc., p. 113-114, n° 155. V. égal. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, op. cit., p. 183 : les infractions formelles sont selon lui des agissements « qui seraient constitutif d'une tentative si le résultat réel était défini comme résultat légal ». *Contra*, M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 317, n° 270, qui refuse de voir dans l'infraction formelle l'érection d'une tentative en infraction autonome. Il s'agit pour Madame RASSAT de l'incrimination d'un moyen à raison du danger social qu'il peut représenter et indépendamment de son résultat. La diversification des infractions formelles s'oppose peut-être en partie à une systématisation de la présentation de ces infractions comme des tentatives d'autres infractions. Toutefois, deux choses peuvent être remarquées. La première tient au lien historique entre l'infraction formelle et la tentative. En effet, il semble que « l'infraction formelle trouve son origine dans la notion d'attentat » (M. FREIJ, *L'infraction formelle*, th. préc., p. 3. Comp. P. SPITERI, « L'infraction formelle », art. préc.), lui-même longtemps considéré comme une tentative (La citation de ORTOLAN est célèbre : « attentat n'est autre chose que tentative, attenter autre chose que tenter. Dans notre ancien langage du droit ces mots n'ont pas d'autre sens. » J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 444, n° 1036.). La seconde tient au fait que les infractions formelles opèrent une répression en amont. Or, le lien de causalité entre le comportement accompli et le résultat redouté rappelle, au moins pour les infractions formelles *stricto sensu*, le jeu de la tentative et la définition du commencement d'exécution, le comportement devant tendre au résultat.

pouvoir causal est une condition de la qualification judiciaire³⁹¹. Ici encore, il pourra se déduire de l'analyse du fait ou de certaines circonstances, qu'elles soient liées à la réalisation du fait, ou propres au caractère attentatoire. Mais son absence fera obstacle à la qualification des faits sur le fondement de l'infraction consommée. La causalité révèle donc l'antijuridicité matérielle de l'acte et permet de s'assurer que la mise en danger de la valeur a bien été effective en l'absence de réalisation du résultat redouté.

Si leur élément antijuridique est moins prononcé que pour les infractions matérielles, les infractions formelles présentent donc une structure similaire qui répond aux principes de la matière. La gravité du comportement apparaît en partie à raison des conséquences qu'il tend à emporter. L'exercice de qualification légale est tendu vers le résultat redouté, si bien que la répression anticipée peut apparaître justifiée³⁹². Il n'en va pas de même pour les infractions obstacles qui présentent, pour leurs parts, une spécificité structurelle bien plus problématique.

B. L'absence d'antijuridicité dans les infractions obstacles

347. L'absence de pouvoir causal – Si la distinction entre les infractions obstacles et les infractions formelles *stricto sensu* n'est pas toujours aisée à faire³⁹³, la causalité peut être, en la matière, d'un certain secours³⁹⁴. En effet, pour les infractions obstacles, il est enseigné que la causalité fait défaut : le comportement, s'il est dangereux, est sans portée dommageable immédiate et effective³⁹⁵. Selon Monsieur MAYAUD, l'infraction obstacle est ainsi celle qui n'entretient pas « de lien de causalité avec un résultat précis »³⁹⁶. Elle se caractérise donc par une répression en amont sur l'*iter criminis*, entraînant non seulement la disparition de l'exigence du résultat redouté dans la qualification judiciaire, mais aussi un amoindrissement de l'importance du lien de causalité³⁹⁷.

Les infractions obstacles se partageraient entre des incriminations de comportements intrinsèquement dangereux, sans référence à un résultat redouté particulier et des hypothèses de

391. V. Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? » in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, op. cit., pour qui la causalité doit être certaine, c'est-à-dire établie dans sa réalité également pour les infractions formelles. Constitutive, elle est alors une certitude de potentialité : « La certitude, dans les infractions formelles, ne se manifeste pas par un dommage sensible, comme c'est le cas pour les infractions matérielles, mais par un dommage possible. Son objet n'est pas l'effectivité, mais bien la potentialité [...] », étant précisé que « peut être certain ce qui n'est pas effectif ».

392. La relativisation de l'élément d'atteinte est compensée par la gravité subjective du comportement. Une infraction formelle de pure imprudence se conçoit par conséquent fort mal. Même si le résultat n'a pas à être recherché, le comportement devrait rester volontaire.

393. V. A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, th. préc., p. 330, n° 470, pour qui le domaine des infractions obstacles ne se distingue pas assez de celui des infractions formelles, ce qui conduit en doctrine à des hésitations de catégorisation entre les auteurs.

394. A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. préc., p. 31, n° 23.

395. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 650, n° 516.

396. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 214, n° 193.

397. En ce sens, A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, th. préc., p. 330, n°s 470 et s.

sanction autonome d'actes préparatoires d'autres infractions³⁹⁸. Dans le premier cas, le résultat redouté par le législateur n'est qu'un risque abstrait et général. Intrinsèque au comportement, le risque ne nécessitera pas de vérification supplémentaire effective par le juge. Ici, même l'appréciation du pouvoir causal de l'acte ne semble pas prendre d'importance particulière car le risque, abstrait, ne peut être véritablement détaché du comportement. L'incrimination ne protège pas une valeur en particulier, mais potentiellement plusieurs valeurs contre des risques divers³⁹⁹. C'est ici un comportement contraire à l'ordre public qui est réprimé. Dans le second cas, un résultat redouté plus concret existe et est parfois expressément identifié dans les textes, comme dans l'incrimination du mandat criminel⁴⁰⁰. Il est alors similaire à l'infraction que le législateur entend prévenir⁴⁰¹. Les comportements sanctionnés peuvent alors être rapprochés d'actes préparatoires, incriminés de manière autonome.

348. Des éléments constitutifs atrophiés – Dans les deux cas, ces infractions apparaissent donc être fortement dérogoires aux principes de la matière. L'élément matériel se trouve ici atrophié⁴⁰² dès lors que fait incriminé se situe en amont de ce qui est traditionnellement admis en matière de tentative. Sont réprimés des comportements contraires à l'ordre public⁴⁰³, de préparation criminelle ou de participation, en amont de la réalisation d'un fait principal. Dans ce dernier cas, les textes exigent, le plus souvent, que la préparation soit caractérisée par « par un ou plusieurs faits matériels »⁴⁰⁴, ce qui permet de maintenir l'exigence de manifestation extérieure de la volonté coupable. Ce maintien est toutefois partiel, dès lors qu'il permet une répression très tôt sur l'*iter criminis* et théoriquement indifférente au désistement volontaire. Les trois éléments apparaissent par conséquent amputés, car l'atrophie des éléments objectifs se répercute sur l'élément subjectif. L'on se contente ici de « faits matériels », au demeurant non définis,

398. V. la distinction opérée par Monsieur DREYER (E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 562, n^{os} 727 et s.) entre les infractions obstacles déterminées et les infractions obstacles indéterminées.

399. Pour une approche plus nuancée, v. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 318, n^o 489 et p. 336, n^o 522. Selon elle, les infractions obstacles correspondent à des comportements dangereux pour un bien juridique primaire, mais il n'est pas nécessaire de s'assurer d'une réelle mise en danger de ce bien.

400. Code pén., art. 221-5-1.

401. Il en va ainsi pour les textes incriminant des comportements de participation à la préparation de certaines infractions données.

402. Selon Madame PONSEILLE, en matière d'infractions de prévention, l'atrophie de l'élément matériel s'accompagne d'une hypertrophie de l'élément moral. Ces infractions sont « une manifestation supplémentaire et paroxystique de la subjectivisation du droit pénal ». A. PONSEILLE, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, th. préc., p. 214, n^o 207. Toutefois, non seulement il n'est pas certain que l'élément moral soit suffisant à compenser l'atrophie des éléments objectifs au regard de la nécessité des incriminations, mais encore cette hypertrophie est-elle parfois très théorique. Certaines infractions obstacles sont des infractions de pur comportement pour lesquelles l'élément moral se réduit parfois à la conscience de violer la loi (conscience au demeurant présumée par la maxime nul n'est censé ignorer la loi). Les infractions de port d'armes, ou de conduite en état d'ébriété, par exemple, peuvent être analysées comme des infractions de prévention et ne présentent pas d'hypertrophie de leur élément moral.

403. De ce point de vue, leur structure et leur raison d'être se rapprochent de celles des contraventions. V. *infra*, n^{os} 429 et s.

404. V. entre autre Code pén., art. 214-4.

qui ne seraient pas de nature à permettre une répression sur le terrain de la tentative à raison de leur caractère équivoque⁴⁰⁵. Loin de satisfaire aux exigences traditionnelles de la matière pénale, cette précision permet au contraire de les contourner dans le respect – apparent – de la légalité. Ces infractions se situent en amont des exigences relatives à la tentative et permettent une répression par un contournement des règles qui lui sont propres. La causalité n'est pas totalement occultée ici, car certaines infractions obstacles viennent en prévention d'un résultat redouté, mais elle n'a ni à être certaine – ce qui est le plus problématique –, ni à être directe. Elle est en réalité déplacée : ce que le législateur entend prévenir n'est pas tant un résultat particulier que la réalisation future d'une autre infraction⁴⁰⁶. Il s'ensuit que l'effectivité du risque et de la mise en danger de la valeur éventuellement protégée apparaît indifférente à la caractérisation de l'infraction⁴⁰⁷. En outre, s'agissant des infractions obstacles indéterminées, le résultat redouté n'est ni une composante de l'incrimination, ni une composante de l'infraction.

349. Une spécificité structurelle – Il en résulte qu'à première vue, ces incriminations ne remplissent pas les canons de l'infraction pénale. Les éléments matériel et moral sont atrophiés, quant à l'antijuridicité, elle se révèle pour le moins très incertaine. Fondée sur une mise en danger, abstraite et hypothétique, elle est douteuse. Elle n'existe réellement que dans sa dimension formelle de contrariété au droit. Sans doute ne faut-il pas exagérer la conséquence de l'inexistence du résultat redouté sur la nécessité de la répression. Comme il l'a été observé, le caractère attentatoire n'est qu'un indice de la gravité du comportement, qui peut éventuellement être révélée autrement. Toutefois, le fait que chaque élément constitutif présente une amputation majeure et que l'élément antijuridique soit absent dans sa dimension matérielle est problématique et traduit l'anormalité de ces faits générateurs de responsabilité. La répression à titre préventif est sans doute dans certaines d'hypothèses souhaitable et nécessaire. Mais le développement des infractions obstacles s'opère au détriment des libertés individuelles, sans que l'équilibre auquel devrait tendre le droit répressif apparaisse totalement respecté. Il faut tout simplement admettre qu'ici, l'élément antijuridique est absent et n'existe qu'en apparence par le rattachement opéré par le législateur entre le comportement jugé dangereux et le résultat auquel il pourrait éventuellement aboutir. Par conséquent, ces incriminations ne répondent pas à la structure idéale de l'infraction.

Un tel constat est-il alors de nature à remettre en question cette structure ? On peut tout à fait le penser. Mais la science pénale n'a pas pour fonction de légitimer les écarts législatifs. Elle ne peut les expliquer que dans une certaine mesure. L'élément antijuridique permet de mettre

405. V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 132, n° 66.

406. V. *infra*, n° 483.

407. L'aspect matériel de l'antijuridicité est donc totalement absent. Celle-ci se résumera à sa dimension négative, lorsque l'illicéité de l'acte sera susceptible d'être contrecarrée par la preuve d'un fait justificatif.

en lumière la spécificité de ces infractions⁴⁰⁸. Il en fait ressortir les « anormalités » et dresse un obstacle à la « normalisation de l'exception »⁴⁰⁹ qui s'observe aujourd'hui. Si, ponctuellement, la nécessité de ces incriminations peut être objectivement appréciée grâce à d'autres éléments, l'absence totale d'atteinte, y compris en termes de probabilité, est problématique et se répercute sur la consistance des autres éléments. Dès lors, leur nature infractionnelle est fortement douteuse⁴¹⁰. La sanction pénale de tels comportements devrait donc demeurer exceptionnelle parce que leurs incriminations ne répondent pas totalement aux principes directeurs de la matière

350. Le recours artificiel aux présomptions – Il faut ici préciser que dans les pays ayant recours au concept d'antijuridicité, il est parfois fait appel à une présomption irréfragable de risque en matière d'infraction obstacle⁴¹¹. Cependant, une telle position contient une part d'artifice qui ne parvient pas à masquer le fait que même en raisonnant à partir de la mise en danger, celle-ci n'est, dans ces hypothèses, pas effective et n'a du reste pas à l'être. De même, la proposition faite par Madame LACAZE n'est pas tout à fait satisfaisante. Selon elle, l'infraction obstacle présente pour particularité de léser un bien collectif (par exemple la sécurité routière) et de mettre en danger un bien primaire (la vie ou l'intégrité physique des usagers de la route), sans que cette mise en danger n'ait à être vérifiée⁴¹². La mise en danger du bien primaire est donc abstraite et peut ne pas être effective. Par ailleurs, dans le cadre de l'appréciation de l'antijuridicité positive du comportement, la lésion du bien juridique secondaire (dans l'exemple donné, la sécurité routière) sera présumée⁴¹³. Refusant d'admettre les délits de pure activité, Madame LACAZE pose toutefois comme principe le caractère réfragable de cette présomption⁴¹⁴, mais dans l'hypothèse très restreinte correspondant à l'insignifiance⁴¹⁵.

Le recours à la présomption est ici rendu indispensable par la particularité structurelle des infractions obstacles. Cependant, ce procédé conduit *in fine* à priver l'élément antijuridique proposé par Madame LACAZE de réelle utilité. En admettant que la lésion du bien secondaire puisse être abstraite et présumée, toute incrimination se trouve finalement justifiée et l'intérêt

408. Son utilisation présente l'intérêt d'insister sur la structure des infractions obstacles et sur leur contrariété avec les principes généraux de la matière.

409. R. PARIZOT, « L'anticipation de la répression » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales, op. cit.*

410. V. *infra*, n° 494.

411. Critiquant cette position, v. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 318, n° 489.

412. *Ibid.*, p. 335, n° 522.

413. *Ibid.*, p. 374, n° 592. La présomption de lésion du bien secondaire est ici suffisante pour la qualification judiciaire des faits.

414. *Ibid.*

415. L'exemple donné par Madame LACAZE est celui d'une personne ayant mal garé sa voiture et qui, à l'issue d'une soirée arrosée se met au volant, mais uniquement pour déplacer celle-ci de quelques mètres afin de la garer correctement. Dans cette hypothèse, et par application du principe d'insignifiance, la présomption d'antijuridicité pourrait être renversée, car la lésion du bien secondaire n'apparaît pas effective. *Ibid.*, p. 374, n° 593.

de cet élément dans la qualification judiciaire fortement relativisé. Selon Madame LACAZE, « 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 »⁴¹⁶. La remarque correspond, il est vrai, à la réalité des infractions obstacles. Mais elle remet à elle seule en question l'effectivité de l'antijuridicité pour ce type d'infraction et donc l'existence d'un éventuel élément antijuridique, commun à toutes les incriminations. En outre, l'antijuridicité ne joue plus son rôle d'encadrement de la répression ni au stade de l'incrimination (tous les comportements peuvent être incriminés au regard du risque abstrait qu'ils font peser sur les biens juridiques primaires), ni au stade de la qualification judiciaire, dès lors qu'elle parvient à être systématisée de manière artificielle. La systématisation de l'analyse se fait ici au prix d'une remise en cause regrettable de l'intérêt de l'élément antijuridique. De toute façon inconcevable lorsque l'on raisonne à partir du résultat redouté, une présomption d'antijuridicité n'apparaît, par conséquent, pas souhaitable même lorsque l'on admet que le résultat puisse n'être qu'une mise en danger.

351. Conclusion – L'intérêt d'un élément antijuridique ne peut être maintenu que si l'on s'oppose à une systématisation artificielle. Il faut donc admettre que les infractions obstacles sont dénuées de caractère attentatoire, en raison de l'indifférence cumulée du résultat redouté et de la causalité, tant dans l'incrimination que dans l'infraction. Une telle absence devrait être compensée par d'autres éléments objectifs d'appréciation de la gravité du comportement. Or, l'atrophie des éléments matériel et moral rend très souvent douteuse la conformité de ces incriminations aux principes fondamentaux auxquels toute incrimination devrait répondre. L'absence de réelle prise en compte du résultat redouté révèle un problème structurel pour ces comportements et les distingue nettement des autres types d'infractions que sont les infractions matérielles et les infractions formelles.

La nature du résultat permettant la matérialisation de l'atteinte ayant été précisée, il convient désormais de s'intéresser aux circonstances de l'atteinte, afin d'identifier les circonstances constitutives de l'élément antijuridique.

Section 2 – Les circonstances de l'atteinte

352. Circonstances constitutives et circonstances paralysantes – Si l'élément antijuridique se révèle en premier lieu par l'atteinte à la valeur protégée que le résultat engendre, il ne dépend à l'évidence pas que de lui. L'antijuridicité est révélée par le résultat, mais les

416. *Ibid.*, p. 376, n° 595.

circonstances dans lesquelles se réalise l'atteinte sont également fondamentales. Elles participent de la constitution de l'élément antijuridique en tant que circonstances constitutives ou, à l'inverse, peuvent être de nature à ôter au comportement son caractère antijuridique. Dans ce dernier cas, les circonstances ne dépendent plus de la caractérisation de l'élément antijuridique. Elles viennent au contraire révéler l'absence d'antijuridicité de l'atteinte. L'infraction n'est, en cette hypothèse, pas véritablement justifiée puisqu'elle n'est en réalité pas caractérisée.

Les circonstances qui entourent le caractère attentatoire du comportement peuvent donc avoir deux effets opposés : certaines participent de l'élément antijuridique et sont indispensables à sa caractérisation **(I)**, d'autres, au contraire, révèlent l'absence d'antijuridicité du comportement et font par conséquent obstacle à celle-ci **(II)**.

§ 1. Les circonstances indispensables à la caractérisation de l'élément antijuridique

353. L'importance du contexte – Les circonstances constitutives accompagnant l'atteinte principale sont variées. Parmi elles figure tout d'abord la pluralité d'atteintes. Dans certains cas, en effet, l'infraction ne se sera caractérisée qu'à la condition d'un dédoublement du caractère attentatoire du comportement. La survenance du résultat redouté ne sera alors pas suffisante. Par ailleurs, le contexte dans lequel se déroule l'atteinte est fondamental. Il tient aux faits accomplis, mais également à certaines données pouvant directement être rattachées à l'antijuridicité. Dès lors que l'antijuridicité du comportement n'est vérifiée que si le résultat trouve sa source dans le fait d'exécution et porte atteinte à la valeur protégée par le texte, il sera nécessaire de s'intéresser, pour sa caractérisation, à la valeur protégée ainsi qu'au lien de causalité entre le fait et l'atteinte⁴¹⁷.

Outre les cas de dédoublement de l'atteinte **(A)**, il sera donc nécessaire d'étudier les autres circonstances constitutives que sont la causalité et la circonstance tenant à la valeur protégée **(B)**.

A. Les circonstances résultant d'un dédoublement du caractère attentatoire

354. Individualisation et pluralité – Les circonstances résultant d'un dédoublement du caractère attentatoire se rencontrent dans deux hypothèses. La première est celle où une individualisation de l'atteinte est exigée en plus du résultat redouté (1), la seconde est celle où une

⁴¹⁷. Il faut dès à présent préciser que le lien de causalité n'est une circonstance constitutive que pour les infractions matérielles pour lesquelles il est indispensable de s'intéresser au contexte de l'atteinte et d'en identifier la source. Pour les infractions formelles, la causalité reste comme on la vu fondamentale, mais elle sa vérification intègre celle de la donnée principale de l'élément antijuridique.

pluralité d'atteinte est exigée (2). Toutefois, une circonstance constitutive ne peut réellement être identifiée que dans le second cas.

1. L'individualisation de l'atteinte : l'exigence d'un préjudice

355. Préalable : la nécessaire distinction du résultat et du préjudice – Le législateur impose parfois au juge de s'intéresser à l'individualisation de l'atteinte. Celle-ci aura, par exemple, une importance dans la détermination de la qualification applicable pour certaines infractions contre les personnes⁴¹⁸. Elle semble aussi devoir avoir un intérêt pour les incriminations pour lesquelles un préjudice est exigé. Notion relevant plutôt du droit civil, le préjudice a toujours soulevé des problèmes en droit pénal. Avant de s'intéresser à sa place dans la structure infractionnelle, une précision est nécessaire en raison d'une ambiguïté terminologique. Certains auteurs confondent en effet les notions de résultat et de préjudice et estime, t que les infractions matérielles se distingueraient des infractions formelles par l'exigence de ce dernier⁴¹⁹. Certains auteurs vont même jusqu'à proposer d'abandonner la notion de résultat, trop obscure, pour lui préférer celle de préjudice⁴²⁰. Cette proposition, tout comme la confusion entre les deux notions, n'est toutefois pas convaincante. Le préjudice est une notion emprunte de considérations civilistes. Distingué en droit civil par certains auteurs du dommage, il est la conséquence de la lésion⁴²¹ et, plus précisément, la conception que la victime se fait de lui et qui ouvre pour elle un droit à réparation⁴²². Dès lors, une telle assimilation du préjudice et du résultat n'apparaît pas souhaitable pour deux raisons.

Tout d'abord, elle tend à faire de la lésion de l'intérêt particulier de la victime l'indicateur de la consommation, ce qui est contraire à la finalité du droit pénal⁴²³. Le droit pénal prend certes en compte le dommage subi par la victime, mais il s'intéresse avant tout à l'atteinte à la valeur que produit l'infraction. La réparation du dommage relève elle de la responsabilité civile. Le préjudice de la victime n'est pas, en règle générale, un facteur déterminant en matière

418. L'on pense ici en premier lieu aux infractions de violences volontaires ou de blessures involontaires pour lesquelles le résultat d'atteinte à l'intégrité ne permet pas à lui seul d'opter pour une qualification.

419. La distinction résulte des propositions faites par Monsieur DONNEDIEU DE VABRES (H. DONNEDIEU DE VABRES, « Quelques observations sur le rôle du préjudice en droit pénal français », art. préc., et du même auteur, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit.). Sur cette tendance dans la doctrine actuelle, v. G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, th. préc., p. 149, n° 188. S'inscrivant dans cette analyse, Madame MALABAT écrit ainsi que le faux est une infraction formelle dès lors que le préjudice n'est pas exigé. V. V. MALABAT, *Faux*, op. cit., n° 47. Pour une position plus nuancée, v. toutefois du même auteur, « Retour sur le résultat de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, op. cit.

420. J. PRADEL, *Droit pénal général*, op. cit., p. 351, n°s 414 et s.

421. *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, sous la dir. de P. LE TOURNEAU, 10^{ème} éd., Dalloz action, 2014, p. 567, n° 1305.

422. V. S. ROUXEL, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, 1994, Thèse, Grenoble II, p. 9.

423. En ce sens, G. RABUT-BONALDI, *Le préjudice en droit pénal*, th. préc., p. 170, n° 232.

infractionnelle. En atteste l'indifférence du consentement de la victime, impuissant, en principe, à retirer au comportement son caractère infractionnel. L'on voit donc bien que le préjudice, inexistant dans cette hypothèse, n'a pas de rôle à jouer en matière répressive.

Ensuite, confondre résultat et préjudice rend totalement surabondante son exigence expresse dans certains textes. Si certaines incriminations en font état, c'est, semble-t-il, bien parce qu'une condition supplémentaire y est requise⁴²⁴. Le préjudice apparaît donc distinct du résultat qui est, au regard de l'incrimination, l'atteinte à la valeur protégée et, au regard de l'infraction, cette même atteinte concrétisée⁴²⁵.

356. Position du problème – Bien qu'elles soient relativement peu nombreuses, certaines infractions du Code pénal intègrent dans leurs définitions légales l'exigence d'un préjudice. Ainsi en est-il de l'abus de faiblesse, de la soustraction frauduleuse d'énergie, de l'escroquerie, de l'abus de confiance, du faux⁴²⁶ et de certaines infractions aggravées⁴²⁷. Pour chacune de ces infractions, les textes d'incrimination en font expressément état, de sorte qu'il conditionne théoriquement leurs caractérisations⁴²⁸.

Reste alors à savoir comment entendre ce préjudice. Sa mention en plus du résultat redouté suggérerait qu'il soit une circonstance supplémentaire, devant se vérifier en plus de lui. Si elle semble conforme au principe de légalité, cette solution doit pourtant être écartée en raison de l'impossibilité tenant à la détermination de la nature du préjudice exigé (a). Le préjudice n'est en réalité qu'une hypothèse d'individualisation du résultat dans la personne de la victime, mais qui se révèle inhérent à lui (b).

a. L'impossible détermination de la nature du préjudice exigé

357. Faible utilité de la valeur protégée dans la détermination de la nature du préjudice exigé – Parce qu'il est formellement exigé par les textes, la réaction première serait de conclure à une vérification effective et autonome du préjudice. Cette solution s'impose au regard du principe de légalité. La condamnation ne pourra être légale que si peuvent être vérifiés dans le comportement les différents éléments constitutifs de l'infraction. Reste néanmoins à déterminer la nature du préjudice exigé. Or, en la matière, les textes d'incriminations sont muets. L'une des solutions serait alors de se tourner vers la valeur protégée par le texte d'incrimination. Ce raisonnement est parfois celui suivi en doctrine. La caractérisation des infractions contre les

424. En ce sens, M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc.

425. En cela, le résultat peut donc être un dommage.

426. Code pén., art. 223-15-2; 311-2; 313-1; 314-1 et 441-1.

427. V. par ex. *ibid.*, art. 225-4-10, ou *ibid.*, art. 312-2, encore que la mention du préjudice serve essentiellement dans ces hypothèses à désigner le sujet passif de l'infraction.

428. À l'exception du faux pour lequel le Code se contente d'un préjudice éventuel. *Ibid.*, art. 441-1.

biens nécessiterait alors que soit vérifié un préjudice d'ordre pécuniaire ou matériel ; les infractions contre les personnes pourraient être caractérisées en présence d'un préjudice seulement moral ⁴²⁹.

S'agissant des infractions contre les biens, un préjudice matériel ou pécuniaire se concevrait assez facilement. Néanmoins, le recours à la valeur protégée ne permet pas vraiment de restreindre ainsi la nature du préjudice exigé. En effet, il n'est pas certain que les infractions d'atteinte aux biens protègent en premier lieu le patrimoine de la personne, si bien que restreindre le préjudice au seul préjudice pécuniaire ne serait pas justifié. Ces infractions ne sont en tout cas pas appliquées ainsi, et ce, depuis longtemps. À défaut, comment expliquer, au regard de la protection du patrimoine, que des copies d'examen puissent faire l'objet d'un vol ⁴³⁰ ? De même, le vol d'usage d'un bien, sanctionné sur le terrain du vol depuis 1959 ⁴³¹, ne porte aucune atteinte au patrimoine de son propriétaire dès lors qu'il peut ne pas être privé définitivement de son bien. Dans cette hypothèse, il n'y a ni préjudice pécuniaire, ni préjudice matériel. L'infraction ne porte atteinte qu'au droit de propriété de la victime, mais non à son patrimoine ou à la chose en elle-même. Ainsi enseigne-t-on que « la valeur de la chose est indifférente » ⁴³² et qu'une chose peut faire l'objet d'un vol dès lors qu'elle fait l'objet « d'un droit privatif » ⁴³³. Le vol protège donc en premier lieu la propriété et il semble cohérent d'admettre que les infractions voisines du vol également.

De manière générale, la valeur protégée ne permet donc pas de déduire avec certitude la nature du préjudice exigé, sauf à admettre que, par l'exigence du préjudice, le législateur a justement entendu diriger la protection vers la chose ou vers le patrimoine ⁴³⁴. Si la mention du préjudice pourrait aller dans ce sens, des difficultés demeurent. L'escroquerie, par exemple, n'est pas seulement constituée par la remise d'un bien. Elle l'est aussi par la fourniture d'un service ou par l'engagement pris par une personne. Ces hypothèses ne semblent pas réellement compatibles avec la compréhension de l'escroquerie comme une atteinte au bien *stricto sensu* ou au patrimoine ⁴³⁵. Par ailleurs, le raisonnement est particulièrement malaisé à transposer à l'hypothèse du faux. La valeur protégée est ici la confiance publique, ce qui explique par ailleurs

429. Appliquant ce raisonnement à l'abus de faiblesse, E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 470, n° 989, et plaidant en faveur du même raisonnement en matière d'escroquerie, C. MASCALA obs. sur Cass. crim., 28 janv. 2015, *D.* 2015, pan. p. 1506.

430. Paris, 24 juin 1965 ; *JCP* 1966, II, 14700, note D. BÉCOURT.

431. V. E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 424, n° 893.

432. *Ibid.*, p. 420, n° 883.

433. *Ibid.*, p. 420, n° 882.

434. Dans ce dernier cas, l'escroquerie ou l'abus de confiance ne serait pas possible lorsque le bien escroqué ou détourné ne sera d'aucune valeur, ce qui apparaîtrait relativement peu cohérent au regard des incriminations.

435. Non plus du reste que comme une atteinte à la propriété. C'est là toute l'ambiguïté de cette infraction qui a pu être analysée comme une infraction d'atteinte au consentement. V. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., p. 81, n° 67.

que le préjudice puisse n'être qu'éventuel⁴³⁶. La valeur protégée ne permet pas ici de préciser la nature du préjudice. Non seulement la victime du préjudice peut aussi bien être un particulier que l'État, mais encore le préjudice semble-t-il parfaitement pouvoir n'être que moral pour cette infraction⁴³⁷. Il faut par conséquent renoncer à l'utilisation de la valeur protégée dans la détermination de la nature du préjudice exigé par les textes. Exiger un préjudice d'ordre patrimonial pour les infractions contre les biens induit au demeurant un changement de valeur protégée dont il n'est pas certain qu'il ait été voulu par le législateur.

358. Impasse – La mention du préjudice sans précision quant à sa nature dans les textes conduit en partie à une impasse. Le recours à la valeur protégée pourrait certes permettre un encadrement en la matière, mais elle n'est à la réflexion pas un critère suffisant. Comment déduire de la protection de la propriété un type particulier de préjudice ? L'atteinte n'est-elle ressentie par la victime dans son droit autant que dans son patrimoine ? Le préjudice apparaît alors pouvoir être aussi bien matériel que moral. Or, s'il peut n'être que moral, il n'est plus réellement une circonstance supplémentaire devant être vérifiée en plus du résultat redouté et indépendamment de lui. Au contraire, il n'est alors concrètement qu'une hypothèse d'individualisation de ce dernier, mais qui n'en est pas réellement détachable.

b. Une individualisation inhérente à la survenance du résultat

359. Un préjudice réparable – De manière générale, le préjudice se définit comme une atteinte subie par une personne dans son corps, son patrimoine ou ses droits et qui ouvre à la victime un droit à réparation⁴³⁸. Par conséquent, la mention du préjudice dans un texte d'incrimination pourrait signifier que, outre l'atteinte au bien juridique protégé, il est nécessaire que le comportement ait aussi porté atteinte à une personne dans son corps, son patrimoine ou ses droits, ouvrant ainsi pour elle un droit à réparation⁴³⁹. Le préjudice mentionné par le texte serait alors tout simplement le préjudice au sens civil, celui ouvrant droit à réparation pour la victime. Dans ce cas, en plus de l'atteinte concrète à la valeur protégée matérialisée par le résultat de l'infraction, la qualification des faits serait conditionnée par le fait que cette atteinte ait touché la

436. V. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, *op. cit.*, p. 10. Le Code pénal vise en effet une altération « de nature à causer un préjudice ». Code pén., art. 441-1.

437. L'argument est d'ailleurs renforcé par le fait que pour certaines hypothèses de falsification aggravées, le législateur a pris la peine de préciser qu'elles devaient être faite « en vue porter préjudice [...] au patrimoine d'autrui » *ibid.*, art. 441-9, al. 2. La précision n'existant pas pour le faux en général, c'est semble-t-il que le préjudice dont il est question au titre du faux n'est pas limité au préjudice patrimonial.

438. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Préjudice.

439. Le préjudice présenterait alors « un intérêt procédural, en aidant à identifier la personne qui a « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction » au sens de l'art. 2 c. pr. pén. », S. DETRAZ note sous Cass. crim., 14 mai 2014, *Gaz. Pal.* 2014, p. 31. Le préjudice est parfois distingué du dommage : R. OLLARD, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2010, p. 561.

victime dans son corps, son patrimoine ou ses droits et ait fait naître un droit réparation – quelque soit par ailleurs la nature du préjudice – à son égard.

360. Bref rappel historique – L'origine historique des infractions de préjudice plaide en faveur de cette approche. Ces infractions prennent, pour au moins trois d'entre elles, directement leurs origines dans le crime de stellionat⁴⁴⁰. Ce crime existait déjà en droit romain. Particulièrement large, il embrassait toutes les hypothèses de tromperies n'ayant pas de nom particulier⁴⁴¹. Six cas étaient expressément visés⁴⁴², parmi lesquels on trouve des hypothèses se rapprochant du faux ou de l'escroquerie⁴⁴³. Ce crime donnait naissance à une action pénale à côté de l'action née de la tromperie, autrement dit, du dol, dont la fonction indemnificatrice était marquée⁴⁴⁴. Ainsi trouve-t-on dans le *Digeste* l'explication selon laquelle « le stellionat peut être reproché à ceux qui ont fait quelque chose par dol, s'il n'y a pas d'autre crime dont on puisse les accuser : car, ce qui dans le droit privé donne l'action de dol, dans les crimes donne accusation de stellionat »⁴⁴⁵.

Repris dans l'Ancien droit, le crime de stellionat permettait de sanctionner celui qui, pour de l'argent, avait menti à son créancier quant à la consistance ses biens⁴⁴⁶, ou plus généralement, le crime de celui « qui par dol vend, cède ou engage une chose qu'il avait déjà cédée, vendue ou engagée à une autre personne »⁴⁴⁷, ainsi que divers autres des faits de tromperie. Si le stellionat de l'Ancien droit ne se confond ni avec notre infraction de faux, ni avec celle d'escroquerie, les hypothèses visées rappellent fortement la seconde infraction. En outre, le lien existant avec le dol qui sous-tendait le stellionat demeure aujourd'hui⁴⁴⁸. Monsieur DONNEDIEU DE VABRES relève de ce fait, s'agissant de l'infraction de faux, que « l'origine du stellionat, qui procède du dol civil,

440. V. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., p. 3 et s., pour le faux ; L. SAENKO, note sous Cass. crim., 28 janv. 2015, préc., s'agissant de l'escroquerie et qualifiant également l'abus de confiance de stellionat, P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., t. 1, p. 316.

441. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., p. 4, citant D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit., t. IV, p. 125. V. égal. D. DIDEROT et J. L. R. D'ALEMBERT, *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 16, Faulche, 1751–1765, p. 512.

442. *Ibid.*

443. Les hypothèses visées dans le *Digeste* se rapprochent essentiellement de l'escroquerie. Toutefois, il est à noter que le faux et le stellionat entretiennent des liens étroits dans l'Ancien droit. Lorsqu'il expose l'infraction de faux, JOUSSE y intègre ainsi des cas de stellionat. V. D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit., t. III, p. 376. Il mentionne par exemple dans son traité les cas de fausses qualités et affirme que « ceux qui prennent une qualité, qu'ils n'ont point, pour tromper les autres sont aussi coupables du crime de faux ». *Ibid.*

444. En ce sens, J. BÉTOULLE, « L'aspect « délictuel » du dol dans la formation des contrats » in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001.

445. D. 47, 20, 3. La traduction est celle préc. de Henri HULOT.

446. D. JOUSSE, *Traité de la justice criminelle de France*, op. cit., t. IV, p. 125.

447. *Ibid.*

448. Dans l'infraction d'escroquerie, s'agit justement de « tromper » une personne. Code pén., art. 313-1. Par ailleurs, escroquerie et faux, bien que très différentes, sont deux incriminations permettant de sanctionner des faits de tromperie.

suffit à montrer que l'existence du préjudice est impliquée dans la notion de ce délit »⁴⁴⁹.

361. L'indifférence de la nature du préjudice – L'exigence du préjudice pour caractériser les infractions de faux et d'escroquerie s'est maintenue⁴⁵⁰. Il semblerait donc que le préjudice permettant de caractériser ces infractions est le préjudice civil, par ailleurs réparé au titre de la responsabilité délictuelle en cas de faute dolosive⁴⁵¹. Dans cette hypothèse, le préjudice visé pourrait alors être de nature patrimoniale comme extra-patrimoniale, dès lors que le dol est susceptible d'engendrer un dommage moral⁴⁵² pouvant être réparé sur le fondement de la responsabilité délictuelle. Par conséquent, si le préjudice visé dans les incriminations de faux et d'escroquerie s'entend au sens du préjudice ouvrant droit à réparation au regard de la responsabilité civile, il semble alors logique d'admettre qu'il en est de même pour les autres incriminations faisant état du préjudice⁴⁵³.

L'appréciation du préjudice renvoyant au préjudice réparable semble à première vue être celle retenue par la Cour de cassation. Il est désormais de jurisprudence constante, quelle que soit l'infraction considérée, que le préjudice exigé puisse ne pas être de nature pécuniaire. Rappelée récemment à propos de l'escroquerie⁴⁵⁴, la solution vaut aussi pour le faux où le préjudice pourra être matériel ou moral et léser un intérêt privé ou un intérêt social⁴⁵⁵, pour l'abus de confiance où il pourra résulter des circonstances du détournement⁴⁵⁶ ou encore pour l'abus de

449. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, *op. cit.*, p. 4.

450. Il faut ici préciser que la question a été davantage discutée en matière d'escroquerie. L'ancien Code pénal n'exigeait expressément le préjudice pour aucune de ces deux infractions. Tout juste, l'article 405 visait-il le fait « d'escroquer la totalité ou partie de la fortune d'autrui ». Néanmoins, en matière de faux, l'exigence d'un préjudice éventuel s'est perpétuée *via* la jurisprudence. Le Code de 1791 avait consacré une appréciation subjective du préjudice, intégrant son éventualité à l'élément moral de l'infraction (était en effet sanctionné celui qui « sera convaincu d'avoir méchamment et à dessein de nuire à autrui, commis le crime de faux ». Code pén., 1791, Partie 2, Titre 2, Section 2, art. 41.). Malgré l'abandon du dol spécial par la suite, l'éventualité du préjudice s'est maintenue, pour être désormais objectivement exigée à l'article 441-1 de l'actuel Code pénal. Sur l'opposition dans l'Ancien droit entre l'appréciation subjective (défendue par MUYART DE VOUGLANS) du préjudice et son appréciation objective (défendue par JOUSSE), *ibid.*, p. 11.

451. En droit civil, le dol commis par l'un des contractants donne lieu à une action en nullité relative. Celle-ci peut traditionnellement être cumulée avec une action en responsabilité délictuelle en réparation des préjudices subis (Civ. 1^{ère}, 4 fév. 1975, *Bull. civ.*, n° 43 ; Civ. 1, 14 nov. 1979, *Bull. civ.*, n° 279), ce dernier pouvant consister dans la perte de chance de n'avoir pas contracté à des conditions plus favorables. Le contractant a par ailleurs la possibilité de confirmer la convention et de ne demander que des dommages et intérêts. V. P. MALAURIE, L. AYNÈS et P. STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2016, p. 295, n° 512.

452. Pour une hypothèse de réparation du préjudice résultant d'une réticence dolosive, v. Cass. Com., 30 mars 2016, *Bull.*, n° 14-11.684, à paraître.

453. S'agissant de l'abus de confiance, la solution pourrait s'imposer d'autant plus que cette infraction supposait dans l'ancien Code un contexte contractuel. Le détournement pourrait alors être rapproché du dol dans l'exécution du contrat.

454. Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 24 ; *D. actualité* 2015, note L. PRIOU-ALIBERT ; *D.* 2015, p. 845, note L. SAENKO ; *AJ pén.* 2015, p. 311, obs. G. BEAUSSONIE ; *D.* 2015, pan. p. 1506, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2015, n° 64, obs. M. VÉRON.

455. Cass. crim., 19 fév. 1975, *Bull. crim.*

456. Cass. crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.*, n° 80 ; Cass. crim., 26 oct. 1994, *Bull. crim.*, n° 340 ; *RSC* 1995, p. 582, obs. R. OTTENHOF. Pour une hypothèse d'autant plus contestable que l'infraction avait été considérée comme

faiblesse où il peut être purement moral⁴⁵⁷. Parce qu'il est mentionné dans les textes, le préjudice doit effectivement être constaté par les juges, mais sa nature pourra être patrimoniale ou extra-patrimoniale.

362. Disparité de préjudices – L'appréciation large du préjudice ne signifie pas pour autant que le préjudice constitutif des infractions citées soit le préjudice réparable en responsabilité civile. En effet, la Cour de cassation en a, en matière pénale une vision relativement autonome. Tout d'abord, elle admet qu'en matière de faux l'intérêt lésé puisse être social. Or, le préjudice social n'est, en lui-même, pas admis⁴⁵⁸. Par ailleurs, le préjudice utilisé dans la qualification des faits ne se confond pas toujours avec le préjudice par la suite réparé. L'arrêt récent rendu en matière d'escroquerie, dont il a déjà été question, illustre parfaitement le propos⁴⁵⁹. Dans l'espèce qui a donné lieu à cet arrêt, un faux acte de garantie bancaire avait été produit par un individu dans le cadre d'une cession de titres d'un club de football. Ce faux acte avait conduit le propriétaire des titres à conclure une convention dans laquelle il s'engageait à ne plus entamer de discussions ou négociations avec un tiers susceptible d'être intéressé par l'acquisition des titres. L'individu ayant produit la fausse garantie fut condamné pour escroquerie. Comme aucun préjudice économique ni, plus largement matériel, ne pouvait être caractérisé en l'espèce, la question de l'existence d'un préjudice se posait. Cet arrêt fut donc l'occasion pour la Cour de cassation de rappeler qu'en matière d'escroquerie, le préjudice peut ne pas être pécuniaire. Elle affirme qu'il « est établi lorsque l'acte opérant obligation n'a pas été librement consenti par la victime mais a été obtenu par des moyens frauduleux »⁴⁶⁰.

La solution est classique. Mais ce qui intéresse plus particulièrement dans cet arrêt, c'est que tandis que le préjudice retenu au titre de la caractérisation de l'infraction tient au fait que l'obligation n'avait pas été librement consentie, le préjudice réparé au titre de l'action civile intentée par les héritiers de la victime est lui une perte de chance. En effet, « la victime s'était interdit, pendant la durée d'application de la convention, de rechercher un autre acquéreur »⁴⁶¹.

constituée alors que le bien (un enregistrement) ne faisait pas réellement l'objet d'un droit de propriété dès lors qu'il ne remplissait pas les conditions de la protection par le droit d'auteur, v. Cass. crim., 16 déc. 2015, *Bull. crim.*, n° 304 ; *D.* 2016, p. 587, note L. SAENKO ; *RTD com.* 2016, p. 345, note B. BOULOC ; *AJ pén.* 2016, p. 144, obs. P. KERLOEGAN ; *Dalloz IP/IT* 2016, p. 140, obs. J. DALEAU.

457. V. *supra*, n° 207.

458. Monsieur MAYAUD en conclut donc que dans ce cas « ledit préjudice perd de son identité civile ». Y. MAYAUD, « La résistance du droit pénal au préjudice » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc, op. cit.*

459. Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 24 ; *D. actualité* 2015, note L. PRIOU-ALIBERT ; *D.* 2015, p. 845, note L. SAENKO ; *AJ pén.* 2015, p. 311, obs. G. BEAUSSONIE ; *D.* 2015, pan. p. 1506, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2015, n° 64, obs. M. VÉRON.

460. *Ibid.* La solution n'était pas non plus sur ce point nouvelle. V. par ex : Cass. crim., 15 déc. 1943, *Bull. crim.*, n° 153 ; *D.* 1945, p. 131, note H. DONNEDIEU DE VABRES.

461. Cass. crim., 28 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 24 ; *D. actualité* 2015, note L. PRIOU-ALIBERT ; *D.* 2015, p. 845, note L. SAENKO ; *AJ pén.* 2015, p. 311, obs. G. BEAUSSONIE ; *D.* 2015, pan. p. 1506, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2015, n° 64, obs. M. VÉRON.

Cet arrêt atteste donc de ce que « le préjudice réparable n'est pas le préjudice constitutif de l'infraction »⁴⁶² et démontre une certaine autonomie du préjudice constitutif de l'infraction par rapport au préjudice pris en compte au titre de la responsabilité civile⁴⁶³. Une telle dissociation des préjudices peut ici surprendre, d'autant qu'elle ne trouve pas véritablement d'explication⁴⁶⁴. Elle rend encore plus flou le traitement du préjudice en droit pénal. En effet, si la tromperie commise a entraîné un préjudice pour la victime, n'est-ce pas ce préjudice qui a par ailleurs vocation à être réparé⁴⁶⁵ ? Inversement, si le préjudice dont il est question dans les textes doit s'apprécier largement, pourquoi la perte de chance que constate par ailleurs la Cour ne permet-elle pas de caractériser l'infraction ?

Il y a en la matière une incohérence majeure qui dérange d'autant plus qu'elle conduit, du point de vue pénal, à priver totalement l'exigence d'un préjudice d'effectivité⁴⁶⁶. Celui-ci est en réalité inhérent au comportement accompli par l'agent et au résultat de l'infraction. Là où les textes suggéreraient une vérification supplémentaire, la Cour intègre le préjudice dans le résultat de l'infraction.

363. Utilité résiduelle du préjudice – Une approche plus rigoureuse serait ici sans doute souhaitable. Mais elle ne devrait pas conduire à restreindre l'exigence du préjudice à un préjudice patrimonial dès lors que rien ne l'impose. Rémanence du lien très fort entre ces infractions et le dol civil, il ne s'agit que du préjudice au sens de préjudice réparable et la seule condition devant être vérifiée à ce titre est ce caractère. En matière de qualification judiciaire, il faut toutefois admettre que la solution serait pour beaucoup inchangée. Dès lors que le préjudice peut être patrimonial comme extra-patrimonial, il est grandement inhérent à la survenance du résultat redouté. Il est en effet difficilement concevable d'imaginer qu'une infraction puisse ne pas causer, au minimum, un préjudice extra-patrimonial. L'exigence du préjudice conduit théoriquement à exiger un degré supplémentaire dans l'atteinte, une individualisation de celle-ci ouvrant un droit à réparation, mais un degré en grande partie artificiel⁴⁶⁷. En pratique, il impose simplement

462. L. SAENKO, note sous Cass. crim., 28 janv. 2015, préc.

463. La différence de préjudice pourrait tenir au caractère strictement extra-patrimonial du préjudice résultant ici du dol. L'action attachée à la personne n'est en effet pas transmissible aux héritiers. Toutefois, il n'est pas certain ici que les dommages et intérêts puissent être considérés comme attachés à la personne et rien dans l'arrêt ne suggère une telle explication à la dissociation des préjudices. Par ailleurs, les héritiers ont obtenu au titre de la perte de chance le dédommagement des préjudices tant matériel que moral de la victime, ce qui contredit une telle lecture de l'arrêt.

464. L'autonomie du droit pénal par rapport au droit civil n'est pas nouvelle et permettrait sans doute d'expliquer ici la dissociation. Mais elle complexifie ici inutilement l'analyse des incriminations et crée une incohérence peu satisfaisante.

465. V. L. SAENKO, note sous Cass. crim., 28 janv. 2015, préc.

466. Regrettant l'inutilité de la condition tenant au préjudice au regard des solutions jurisprudentielles, C. MASCALA, Abus de confiance, *op. cit.*, n° 58 ; M.-L. LANTHIEZ, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », art. préc.

467. V. E. DREYER, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 448, n° 962.

de s'assurer que le résultat de l'infraction (atteinte à la propriété, à la personne, à la confiance publique) a bien été ressenti par la victime. De toute évidence, une telle exigence n'a que peu d'intérêt⁴⁶⁸, car l'individualisation de l'atteinte va de pair avec la constatation du résultat⁴⁶⁹. S'il participe de l'antijuridicité du comportement, c'est parce qu'il est le résultat de l'infraction, tel que ressenti par la victime, mais il faut admettre que sauf l'hypothèse où la victime fera elle-même état de l'absence de préjudice, cette exigence est incluse dans le résultat de l'infraction.

L'exigence d'une individualisation à travers la mention du préjudice se révèle donc essentiellement théorique et son utilité très résiduelle, si bien qu'il serait excessif d'y voir une circonstance constitutive. Il n'en est pas de même dans les cas où le législateur impose la vérification d'une pluralité d'atteintes. Dans ces hypothèses, l'une des atteintes accompagne le résultat de l'infraction et doit donc s'analyser comme une circonstance constitutive de l'élément antijuridique.

2. La pluralité d'atteintes

364. Hypothèses – Certaines infractions pour être caractérisées nécessitent une pluralité d'atteintes. Il ne s'agit pas ici de l'hypothèse du concours idéal de qualification dans laquelle un même comportement lésant deux valeurs distinctes pourra recevoir deux qualifications venant en cumul. Dans ce cas, le juge tire des conséquences juridiques – et discutables⁴⁷⁰ – du fait qu'un même acte puisse avoir été tendu vers la lésion de deux valeurs différentes. Ici, le cas qui nous intéresse plus précisément est autre. Il s'agit de l'hypothèse dans laquelle la pluralité d'atteintes est directement exigée par le texte d'incrimination et conditionne par conséquent la qualification judiciaire des faits. Le dédoublement peut être soit le fruit d'une circonstance aggravante (1), qui permettra alors de sanctionner le caractère doublement antijuridique du comportement, soit le fruit d'une surqualification (2).

a. Le dédoublement résultant d'une circonstance aggravante

365. Hypothèses – Il est relativement fréquent que l'atteinte portée à une valeur autre que celle protégée par l'infraction simple soit érigée en circonstance aggravante. Dans cette hypothèse, l'infraction aggravée ne caractérise pas une atteinte à une valeur, mais deux atteintes à deux valeurs différentes. L'appréciation de l'antijuridicité du comportement doit alors conduire

468. S'interrogeant sur l'intérêt de cette exigence, v. W. JEANDIDIER, *Droit pénal des affaires*, op. cit., p. 34, n° 28.

469. Ainsi, dans le cadre du faux, l'offense au « sentiment général de confiance dans les actes », résultat de l'infraction que Monsieur DONNEDIEU DE VABRES identifie comme le préjudice de droit H. DONNEDIEU DE VABRES, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, op. cit., p. 47, semble nécessairement être de nature à induire un préjudice au moins moral pour l'État.

470. V. *supra*, n° 201.

le juge à apprécier ces deux atteintes afin de qualifier l'infraction aggravée. Deux hypothèses peuvent être ici distinguées, bien qu'elles aboutissent à une même solution.

366. L'infraction comme circonstance aggravante d'une autre infraction : la résolution d'un concours réel – La première est celle où une infraction est érigée en circonstance aggravante d'une autre infraction. Tel est le cas du meurtre « qui précède, accompagne ou suit un autre crime »⁴⁷¹. Dans cette hypothèse, deux infractions distinctes se superposent. Elles n'entretiennent pas nécessairement de rapport causal dans le sens où l'une ne sert pas nécessairement la commission de l'autre, mais elles entretiennent une proximité temporelle qui les rend inséparables. Le juge devra alors parvenir à caractériser les éléments constitutifs de chacune des infractions à partir du comportement accompli par l'agent. Si l'une d'elles devient l'infraction principale, l'autre servant d'aggravation, ce n'est que par le choix du législateur qui impose la solution de résolution du concours réel d'infractions.

La résolution du conflit peut d'ailleurs sembler parfois surprenante au regard de la fonction expressive de la qualification. Comme le remarque Madame GALLARDO-GONGGRYP, une telle résolution conduit à ordonner les valeurs : la valeur représentée par la qualification absorbante prime la valeur représentée par la qualification absorbée⁴⁷². Or, dans certains cas, l'échelle des valeurs se trouve quelque peu bouleversée. C'est le cas notamment dans l'infraction de vol accompagné ou suivi de tortures et actes de barbarie⁴⁷³. La qualification de vol caractérisée par l'atteinte aux biens absorbe celle de tortures et actes de barbarie caractérisée par l'atteinte aux personnes.

367. Les autres circonstances aggravantes – La seconde hypothèse est celle dans laquelle l'atteinte à une autre valeur, sans être constitutive d'une seconde infraction, aggrave la sanction encourue. Dans ce cas, le comportement du délinquant vient lèse deux valeurs différentes. Tel sera le cas lorsque l'aggravation sera due à la qualité de la victime, à l'objet du vol⁴⁷⁴ etc. Toutes ces circonstances participent d'un dédoublement de la valeur protégée et, corrélativement, du caractère attentatoire du comportement.

Dans le premier cas comme dans le second, la question se pose de savoir si l'une des valeurs doit être considérée comme principale par rapport à l'autre. L'unité de l'infraction aggravée pourrait conduire à une réponse négative. En analysant le comportement sous son angle antijuridique, le juge constatera la pluralité d'atteintes résultant du comportement accompli. Du point de vue théorique toutefois, l'atteinte principale semble devoir rester celle de l'infraction

471. Code pén., art. 221-2.

472. E. GALLARDO-GONGGRYP, *La qualification pénale des faits*, th. préc., p. 376, n° 551.

473. Code pén., art. 311-10.

474. Lorsque l'objet, à raison de sa nature particulière (objet classé, découverte archéologique, bien culturel, etc.), fait l'objet d'une protection spécifique. *Ibid.*, art. 311-4-2.

simple parce que c'est elle qui, en premier lieu, sera déterminante dans le choix de qualification. La valeur atteinte à titre principal par le comportement reste donc celle de l'infraction simple, l'autre étant une circonstance de cette atteinte, une particularité l'accompagnant.

b. Le dédoublement résultant d'une surqualification

368. L'exemple de l'infraction de terrorisme – Une autre hypothèse dans laquelle le caractère attentatoire du comportement se dédouble mérite d'être envisagée. Il s'agit de certains cas de « surqualification »⁴⁷⁵. Certaines infractions (relativement rares) présentent en effet un caractère mixte, notamment parce qu'elles s'apparentent à des hypothèses d'aggravation érigées en infractions autonomes⁴⁷⁶.

Ces infractions sont à la fois matérielles au regard d'une première valeur qui doit être effectivement lésée, et à la fois formelles au regard d'une seconde valeur pour laquelle la lésion n'aura pas à être effective. Un exemple peut en être donné, relatif à l'infraction de terrorisme incriminée à l'article 421-1 du Code pénal. Sont visés divers comportements, constitutifs eux-mêmes d'infractions, et qui peuvent, à raison du contexte et de l'intention de leur auteur être qualifiés de terrorisme. L'article dispose ainsi que « constituent des actes de terrorisme, 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, les infractions suivantes »⁴⁷⁷. Sont alors énumérées diverses infractions : atteinte volontaire à la vie, à l'intégrité, vol, etc... L'infraction servant de base à la qualification d'acte terroriste devra donc en premier lieu être caractérisée⁴⁷⁸. C'est ensuite, à raison du contexte terroriste et du but poursuivi, que la qualification de terrorisme pourra être retenue⁴⁷⁹. Selon les textes d'incrimination et au regard de l'infraction support – celle constitutive de l'acte terroriste – c'est donc soit une atteinte effective qui est exigée, soit un comportement susceptible d'y conduire. Par exemple, pour les infractions d'atteintes à la vie qui sont visées par l'article 421-1⁴⁸⁰, une atteinte effective sera exigée pour le meurtre, tandis que l'attentat sera suffisant pour l'empoisonnement.

369. Doublement de l'atteinte – À ce premier caractère attentatoire s'en ajoute un second dès lors que l'entreprise doit avoir pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimida-

475. L'hypothèse visée ici est celle dans laquelle une infraction, en raison de son contexte, est susceptible de recevoir une qualification particulière.

476. Ces cas illustrent parfaitement le fait que les infractions aggravées peuvent et doivent s'analyser comme des infractions à part entière, possédant leurs propres éléments constitutifs.

477. Code pén., art. 412-1.

478. En ce sens, J. ALIX, *J. Cl. Pénal Code*, Terrorisme, 2015, n^{os} 21 et s.

479. *Ibid.*, n^o 122 et n^o 142. Monsieur MAYAUD intègre pour sa part la finalité terroriste dans le contexte terroriste. V. Y. MAYAUD, *Rép. dr. pén.*, Terrorisme, 2015, n^{os} 103 et s.

480. L'article vise de manière générale les atteintes volontaires à la vie (art. 421-1, 1^o), ce qui inclut donc le meurtre et l'empoisonnement. En ce sens, J. ALIX, *Terrorisme*, *op. cit.*, n^o 27.

tion ou la terreur⁴⁸¹. Cette précision confère à l'infraction de terrorisme un caractère formel. Le trouble grave à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur doit avoir été recherché, mais il n'a pas forcément à avoir été obtenu pour que la qualification puisse être retenue. L'incrimination de terrorisme présente donc un caractère hybride. Deux résultats redoutés différents peuvent être identifiés dans la caractérisation de cette infraction. Le premier est le résultat de l'infraction constitutive de l'acte terroriste, le second est l'atteinte à la paix publique, le trouble grave à l'ordre public. Selon le type d'infraction dont il est question, le premier devra ou non être vérifié. Le second, quant à lui, ne sera envisagé qu'à travers la causalité⁴⁸².

D'autres infractions présentent la même nature hybride. Il est possible, entre autres, de citer l'infraction de génocide⁴⁸³. Le texte, s'il ne vise pas des infractions mais des « actes », dispose que l'infraction est constituée par des actes portant atteinte à la vie, à l'intégrité, etc., accomplis en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe⁴⁸⁴. Cette infraction suppose donc une atteinte effective (par exemple à la vie), mais ne suppose pas que ces atteintes aient effectivement eu pour conséquence la destruction totale ou même partielle du groupe visé. Si cette destruction peut être considérée comme inhérente aux actes d'atteinte à la vie (la destruction partielle est alors vérifiée), certains actes, tels le transfert forcé d'enfants ou les mesures d'entrave des naissances⁴⁸⁵, peuvent ne pas entraîner immédiatement la destruction visée. Le résultat redouté par le législateur peut donc ne pas avoir atteint, sans toutefois que la qualification de génocide soit exclue.

370. L'infraction support, moyen de l'atteinte à la paix publique – Le dédoublement qui s'observe en matière de surqualification ne peut être traité parfaitement à l'identique des hypothèses classiques de circonstances aggravantes liées au caractère attentatoire du comportement. Dans l'infraction de terrorisme, par exemple, le « contexte terroriste »⁴⁸⁶ justifie tant un régime procédural dérogatoire, qu'une augmentation du quantum de la peine encourue⁴⁸⁷.

481. La rédaction retenue conduit à exiger la vérification de ce but au regard de l'entreprise terroriste et non de l'agent. V. *infra*, n° 440.

482. Il s'agira alors de s'assurer du fait que le comportement est de nature à causer un trouble grave à l'ordre public. Il faut toutefois relever que ce second résultat est relativement artificiel, car les infractions constitutives des actes terroristes engendrent par hypothèse un trouble à l'ordre public. C'est donc essentiellement la gravité du trouble et les moyens envisagés pour y parvenir qui pourront être discutés. Il faut ici préciser que le texte n'exige pas non plus que l'intimidation ou la terreur soit effective. Selon Madame ALIX, « ni le trouble, ni a fortiori l'intimidation ou la terreur n'ont à être constatés : ils demeurent cantonnés au stade d'une potentialité » J. ALIX, *Terrorisme, op. cit.*, n° 150.

483. Code pén., art. 211-1.

484. Ici, les actes énumérés « peuvent recevoir des qualifications d'infractions de droit commun », « mais ce qui fait entrer ces agissements dans le champs d'application de l'article 211-1 du Code pénal, c'est l'existence d'un « plan concerté ». A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial*, PUF, 2015, p. 23, n° 26.

485. Code pén., art. 211-1.

486. Y. MAYAUD, *Terrorisme, op. cit.*, n° 103.

487. L'aggravation de la peine est par ailleurs fonction de celle encourue au titre de l'infraction constitutive de l'acte de terrorisme. Code pén., art. 421-3.

Comme dans l'hypothèse des infractions aggravées supposant une dualité d'atteinte⁴⁸⁸, l'une d'elles peut ici être théoriquement regardée comme principale, l'autre l'accompagnant à titre de circonstance. Cependant, il n'est pas possible ici de raisonner totalement comme en matière de circonstance aggravante, car le contexte terroriste modifie trop fortement la perception du comportement accompli.

En effet, le terrorisme se définit principalement par l'atteinte particulièrement grave à l'ordre public et à la paix publique qu'une infraction est susceptible d'entraîner. L'acte terroriste, autrement dit l'infraction commise et qui servira de support à la qualification de terrorisme, ne peut pas ici être appréhendée comme principal. Il est, en quelque sorte, le moyen de l'infraction de terrorisme. L'acte accompli par l'agent n'a pas d'autonomie propre en la matière. Il réside entièrement dans la commission de l'infraction support. Le contexte terroriste vient donc certes modifier les éléments constitutifs de l'infraction support, comme en matière d'infraction aggravée⁴⁸⁹, mais les deux infractions entretiennent une relation causale : c'est par l'atteinte causée par l'infraction support que peut être réalisée l'atteinte grave à l'ordre public propre à l'infraction de terrorisme. La première est donc le moyen de la seconde.

Apprécier l'antijuridicité du comportement en vue de la qualification de terrorisme conduira donc le juge à apprécier le contexte dans lequel l'atteinte commise *via* l'infraction support est réalisée. C'est de cette analyse que pourra ressortir le caractère antijuridique du comportement au regard de les valeurs protégées que sont la paix publique et la Nation. L'infraction contre les personnes ou les biens devient, en raison du contexte, une infraction contre la Nation. Au regard de la qualification finale, c'est donc le résultat redouté, propre à l'infraction fin, qui constitue la donnée principale de l'élément antijuridique de ces infractions. L'atteinte réalisée par l'infraction moyen l'accompagne et la met en lumière. Elle est par conséquent une circonstance constitutive, à l'instar d'autres données.

488. Le terrorisme se rapproche de cette hypothèse et non de celle dans laquelle une infraction est aggravée par la commission d'une autre infraction, car ici il n'y a pas de concours réel d'infractions. Il ne s'agit pas de deux infractions différentes, mais d'une infraction recevant une qualification particulière en raison du contexte de sa commission.

489. Le fait doit être accompli dans un environnement matériel particulier, c'est-à-dire en relation avec une entreprise terroriste. De même, outre l'intention exigée pour caractériser celle-ci, le juge devra s'assurer que l'agent avait connaissance du contexte terroriste dans lequel s'inscrivait son acte. Plus précisément, « l'agent doit [...] comprendre la nature et la portée de son propre comportement, mais encore du contexte terroriste dans lequel il inscrit ce comportement. Et il doit avoir la volonté d'inscrire son acte dans ce contexte » J. ALIX, *Terrorisme*, *op. cit.*, n° 153. Quant à l'antijuridicité du comportement, on l'a vu, elle se dédouble elle aussi et le juge devra donc l'apprécier au regard du contexte terroriste.

B. Les autres circonstances constitutives de l'élément antijuridique

371. Précision des circonstances – Outre les cas de dédoublement de l'atteinte résultant – ou pouvant résulter – du comportement, la caractérisation de l'élément antijuridique pourra nécessiter un lien de causalité (1) ainsi qu'une circonstance tenant à la valeur protégée (2).

1. Le lien causalité, circonstance de l'atteinte

372. Annonce – L'importance de la causalité au regard de l'élément antijuridique a déjà été abordée dans le cadre des infractions formelles pour lesquelles elle se substitue à l'atteinte effective dans la caractérisation de la donnée principale de ce dernier. C'est donc ici plus spécifiquement l'importance du lien de causalité⁴⁹⁰ dans les infractions matérielles qui nous intéressera. Afin d'appréhender son rôle en la matière, il sera nécessaire de revenir sur son importance (a), ainsi que sur les atténuations de l'exigence du lien de causalité et leurs conséquences sur l'existence de l'élément antijuridique (b).

a. L'importance du lien causalité dans les infractions matérielles

373. Caractère consubstantiel du principe de causalité – N'est antijuridique que le comportement qui porte atteinte à une valeur. Cette affirmation contient en substance toute l'importance que peut prendre la causalité dans la caractérisation des infractions et, plus particulièrement, dans l'appréciation du caractère antijuridique du comportement. Le lien de causalité est fondamental en matière pénale car l'infraction dans ses dimensions objectives repose entièrement sur sa vérification. Elle donne au comportement son unité : « établir un lien de causalité permet [...] de relier les deux aspects objectifs d'une infraction matérielle : un comportement et le résultat. »⁴⁹¹ Comme cela a été vu, la causalité est toujours fondamentale en matière de qualification. Si l'exigence d'un lien de causalité concret est propre aux infractions matérielles, la causalité se retrouve aussi dans les infractions formelles⁴⁹².

Le principe de causalité apparaît donc comme une constante en matière d'infraction. Plus

490. Il faut dès à présent préciser que le lien de causalité présente divers aspects en droit pénal. Il peut en effet être apprécié sous un angle objectif (il s'agit alors de s'assurer que le résultat trouve bien sa cause dans le dommage) et sous un angle subjectif (il permet alors « la désignation matérielle du ou des personnes devant répondre de l'infraction »). P.-A. BON, *La causalité en droit pénal*, th. préc., p. 15, n° 40. V. égal. J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op. cit. : la causalité se dédouble entre celle reliant l'acte et le résultat et celle reliant l'infraction et le responsable.). Toutefois, le lien de causalité appréciée sous ce second angle renvoie à la notion d'imputabilité. Il a alors pour fonction la désignation du responsable et rejoint de ce fait l'opération d'imputation. Au regard de l'antijuridicité, c'est essentiellement l'aspect objectif qui intéresse, celui reliant le résultat aux faits accomplis.

491. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 574, n° 744.

492. *Supra*, n° 342.

précisément, il a pu être écrit que le principe de responsabilité n'existe pas sans la causalité⁴⁹³. Monsieur SAINT-PAU explique qu'elle lui est « consubstantielle »⁴⁹⁴ notamment parce qu'« on ne saurait admettre qu'un individu doive répondre d'un comportement qui n'est en rien dans la réalisation du mal que le législateur souhaite éviter par la menace de la répression pénale »⁴⁹⁵. Au titre de l'élément antijuridique, c'est donc ce lien que le juge devra vérifier. Il sera apprécié comme donnée principale pour les infractions formelles, et comme circonstance constitutive pour les infractions matérielles. Après avoir constaté la lésion, il lui faudra analyser les circonstances de cette lésion pour déterminer si celle-ci trouve sa cause dans le comportement accompli par l'agent.

374. Caractères du lien de causalité – Sans revenir de manière approfondie sur l'appréciation du lien de causalité, il convient de préciser que celui-ci est appréhendé en France⁴⁹⁶ en principe au regard de la théorie de la causalité adéquate⁴⁹⁷. Dans la majorité des cas, l'analyse du lien de causalité ne posera pas de difficulté. Il s'imposera de lui-même au regard des faits. Il sera donc établi le plus souvent par voie de présomption et ne fera l'objet d'une analyse que lorsqu'il sera discuté⁴⁹⁸.

Quant à ses caractères, le lien de causalité doit être certain⁴⁹⁹. Il n'a pas à être exclusif et peut être direct ou indirect. Quoi qu'il en soit, la rupture du lien de causalité entre les faits et le résultat fait obstacle à la caractérisation de l'élément antijuridique. Le comportement ne peut être regardé comme antijuridique s'il n'est pas la cause déterminante de la réalisation du résultat redouté par le législateur. En effet, la lésion d'une valeur n'est pas sanctionnée pour elle-même. Elle l'est parce qu'elle est la résultante d'un comportement grave. L'importance du lien de causalité est donc fondamentale et ne devrait pas, en principe, subir d'entorse.

493. Y. MAYAUD, « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? » in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, op. cit.

494. J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, op. cit.

495. *Ibid.* Ceci ne signifie pas pour autant que le lien de causalité soit le seul critère déterminant en matière de répression. Comme le relève Madame D'HAUTEVILLE, « l'intervention du droit pénal ne doit pas dépendre du seul lien de causalité ». A. D'HAUTEVILLE, « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civiles et pénales d'impudence » in *Le champ pénal, Mélanges offerts à Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 151. C'est pour cela d'ailleurs que la nécessité d'une incrimination dépend également de la gravité du comportement en cause. V. *supra*, n° 168.

496. En doctrine allemande, des hésitations similaires existent entre la théorie causalité adéquate et l'équivalence des conditions. V. M. FROMONT et H. JESCHECK, *Introduction au droit allemand*, op. cit., p. 268.

497. Encore que la théorie de l'équivalence des conditions ne soit pas totalement écartée par la loi du 10 juillet 2000, au contraire. Si cette loi semble consacrer la théorie de la causalité adéquate et plus précisément la théorie de la *causa proxima* (v. not. P. CONTE, « Le lampiste et la mort », *Gaz. Pal.* 2001, chron. n° 2), il a pu être relevé que « la théorie de l'équivalence des conditions continue à régir la causalité, dont elle préserve l'unité » (P. MORVAN, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 461).

498. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 575, n° 747.

499. Selon Monsieur DREYER, ce caractère est consubstantiel à la notion et « ne mérite pas d'en être distingué ». E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », *Dr. pén.* 2007, étude, n° 9.

b. Les hypothèses d'atténuation du lien de causalité

375. Généralités – Malgré son importance théorique, dans certaines hypothèses, la réalité du lien de causalité peut apparaître mise à mal. Deux cas soulèvent ici des interrogations. Le premier est relatif à l'hypothèse de la répression de l'auteur intellectuel d'un comportement. Le second est lui relatif à la causalité indirecte pour laquelle l'intensité du lien est moindre.

Le premier cas qui mérite d'être abordé est celui de la répression de l'auteur « moral »⁵⁰⁰ de l'infraction, parce qu'il y a dans cette hypothèse rupture du lien de causalité. La terminologie d'auteur moral permet de désigner, on le sait, celui qui provoque autrui à commettre une infraction. Deux cas doivent être distingués, selon la bonne ou mauvaise foi de l'auteur matériel.

376. Rupture du lien de causalité : la répression de l'auteur intellectuel – Dans le premier cas, l'auteur « matériel » des faits est de bonne foi. L'auteur « moral »⁵⁰¹ qui le pousse à accomplir le comportement infractionnel abuse alors de sa mauvaise compréhension de la situation ou de son incapacité à comprendre le caractère répréhensible des faits qu'on le pousse à commettre. L'élément matériel est donc accompli par une personne qui n'a pas réellement conscience de commettre une infraction. Il est traditionnellement admis que le problème se situe alors sur le terrain de l'imputabilité des faits à l'agent⁵⁰². Le défaut de conscience conduit ici à une impossibilité d'imputer les faits et, par conséquent, à écarter la responsabilité de l'auteur matériel. La répression se « déplace » alors sur la tête de l'auteur dit moral, celui ayant poussé autrui, en connaissance de cause, à la réalisation des faits.

Dans cette hypothèse, il y a donc des faits commis, mais ces faits ne peuvent être réprimés sur la tête de l'auteur matériel, celui-ci n'étant pas pénalement responsable, faute de pouvoir lui imputer l'infraction. Il s'opère alors en quelque sorte une dissociation de la dimension objective et de la dimension subjective de l'infraction⁵⁰³. L'élément matériel et l'élément antijuridique sont réalisés par une personne, tandis que l'élément moral se vérifie chez une seconde personne. C'est cette seconde personne qui va alors être déclarée responsable de l'infraction. Or, dans cette hypothèse, la lésion n'entretient pas de lien de causalité avec le comportement accompli par la personne déclarée responsable. Il y a ici une rupture du lien de causalité qui devrait rendre impossible la caractérisation de l'élément antijuridique. Certes, le comportement de

500. J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, 2003, PUAM.

501. La distinction entre l'auteur « matériel » et l'auteur « moral » est ancienne. ORTOLAN la faisait déjà et expliquait que le cas le plus fréquent était celui dans lequel l'auteur moral est aussi auteur matériel du délit. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 167, n° 412.

502. Il est toutefois plus exact dans cette hypothèse de considérer que c'est l'élément moral dans son entier qui fait défaut. V. *infra*, n°s 466 et s.

503. V. J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, th. préc., p. 239, n° 317, estimant notamment que l'élément matériel et l'élément moral doivent toujours pouvoir donner lieu à une analyse séparée et que l'élément matériel peut être neutre, autrement dit, détaché de l'élément moral. Une telle proposition conduit à nier totalement l'intégrité de l'infraction et est du reste contraire au principe de légalité.

provocation est subjectivement antijuridique en ce qu'il est moralement dirigé contre une valeur protégée par le droit pénal, mais il n'est pas objectivement antijuridique, car il ne cause pas matériellement le résultat. La répression de l'auteur moral, admise par la jurisprudence⁵⁰⁴, est donc particulièrement contestable. Elle s'explique par de pures considérations répressives⁵⁰⁵, mais revient à nier l'antijuridicité objective du comportement. La causalité n'est ici pas atténuée, elle est inexistante.

Sans avoir recours à l'élément antijuridique, la doctrine critique d'ailleurs parfois cette solution jurisprudentielle. La répression se fait ici au prix d'une réification de l'auteur matériel de bonne foi qui, outre un problème éthique fondamental⁵⁰⁶, est en contradiction avec le principe de légalité. En effet, « nier l'intervention de l'exécutant revient à déformer le texte d'incrimination en raisonnant par analogie »⁵⁰⁷. En outre, la dissociation des éléments qu'entraîne cette solution est choquante, parce qu'elle nie l'intégrité de l'infraction. Les comportements incriminés le sont de manière intègre, de sorte qu'il est difficilement concevable que leurs différents éléments puissent être accomplis de manière autonome par des agents différents. Enfin, l'élément antijuridique et l'importance qu'y prend le lien de causalité mettent d'autant plus en lumière l'impossibilité de qualifier judiciairement les faits dans une telle hypothèse.

377. Détournement du lien de causalité : la répression du complice comme auteur intellectuel – De même, la répression du provocateur comme auteur dans l'hypothèse où le tiers est de mauvaise foi se révèle incompatible avec l'exigence d'antijuridicité du comportement. La jurisprudence a, par exemple, admis la répression en qualité de coauteur d'un agent commercial et de son employeur dans l'hypothèse d'un abus de faiblesse commis par le premier sur ordre du second⁵⁰⁸. Cette solution relève d'une « volonté normative et gratuite »⁵⁰⁹ et n'emporte aucune conséquence pratique⁵¹⁰. Dans un tel cas, en effet, l'infraction principale est bien constituée en tous ses éléments. Le provocateur peut donc être poursuivi et sanctionné en qualité de complice⁵¹¹.

504. V. not. Cass. crim., 8 oct. 1996, *Bull. crim.*, n° 261 ; *Dr. pén.* 1997, comm. n° 45, obs. M. VÉRON.

505. Ici, la complicité ne peut être retenue faute de fait principal punissable, encore que dans l'hypothèse où seules les conditions d'imputation font défaut, la jurisprudence relative à la complicité permet la répression de l'auteur moral sur le terrain de la complicité. L'infraction est en effet alors caractérisée, mais n'est simplement pas imputable à son auteur.

506. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 580, n° 759. V. toutefois J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, th. préc., p. 245, n°s 322 et s.

507. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 581, n° 759. V. égal. du même auteur, « La causalité directe de l'infraction », art. préc. : « [...] la loi pénale ne permet pas de punir toutes les atteintes aux valeurs qu'elle protège ; toute participation à cette atteinte ne peut être prise en compte, au risque de faire de l'incrimination un simple prétexte, un alibi pour la répression. »

508. Cass. crim., 1^{er} fév. 2000, *Bull. crim.*, n° 52 ; *Dr. pén.* 2000, comm. n° 59, obs. J.-H. ROBERT.

509. J.-H. ROBERT obs. sur Cass. crim., 1^{er} fév. 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 59.

510. *Ibid.*

511. C'était d'ailleurs la solution adoptée par la Cour d'appel dans l'arrêt qui a donné lieu à cassation.

Au regard de l'élément antijuridique, cette solution est particulièrement problématique. La complicité présente en effet une antijuridicité qui, bien qu'atténuée, est propre⁵¹². Un lien de causalité doit en principe être vérifié en la matière, mais il porte sur le caractère causal du fait de complicité dans la réalisation de l'infraction principale⁵¹³. Ici, le lien de causalité entre l'atteinte à la valeur protégée est donc détourné. Au regard du comportement accompli par le complice, il n'est qu'indirect et plus précisément accessoire car participatif ou incitatif. L'analyse du lien de causalité devrait ici conduire à réprimer le comportement du commettant sur le terrain de la complicité⁵¹⁴, le préposé étant le seul auteur principal de l'infraction, car son comportement seul est en relation causale directe et principale avec le résultat de l'infraction.

378. Le cas particulier de l'auteur médiat – Reste tout de même l'hypothèse de l'auteur médiat, cas devant être distingué de celui de l'auteur moral⁵¹⁵. Ici, l'infraction n'est pas reprochée à celui qui réalise matériellement l'acte directement dommageable, mais à celui dont la faute se révèle être la cause déterminante du dommage⁵¹⁶. Tel est le cas du commettant (médecin, employeur...) se voyant reprocher l'atteinte réalisée par son préposé⁵¹⁷. Le lien causalité retenue en jurisprudence est alors considéré comme direct. L'on pourrait donc s'interroger ici sur une hypothèse de responsabilité du fait d'autrui ou de rupture du lien de causalité. Il semble en effet que comme dans l'hypothèse de l'auteur moral, l'auteur médiat se voit imputer un fait matériel et antijuridique qu'il n'a pas lui-même commis. L'hypothèse est ici néanmoins sensiblement différente parce que le comportement de l'agent entre matériellement en lien de causalité avec la réalisation du dommage. La faute commise par l'interne⁵¹⁸, ou celle du salarié ne fait que révéler la faute commise par le médecin ou l'employeur. Ici, le défaut d'attention ou l'omission se traduisent matériellement. Il ne s'agit pas alors d'une rupture du lien de causalité, mais de la recherche de la cause déterminante du dommage. La théorie de la causalité adéquate n'impose en effet pas celle de la *cause proxima*. Est antijuridique non pas le comportement en lien immédiat avec le dommage, mais celui qui le cause véritablement.

Si la répression de l'auteur médiat apparaît concevable au regard de l'antijuridicité, c'est

512. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 418, n° 667.

513. Sur l'exigence de la causalité en matière de causalité et les difficultés pouvant survenir, v. P. SALVAGE, « Le lien de causalité en matière de complicité », *RSC* 1981, p. 42, et *infra*, n° 486.

514. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 581, n° 760.

515. V. J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, th. préc., p. 234, n°s 312 et s.

516. Sur la responsabilité du subordonné dans ces hypothèses, V. MALABAT, « La responsabilité pénale du subordonné » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 681.

517. V. E. DREYER, « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », *RSC* 2004, p. 813. Comp. J.-C. SAINT-PAU, « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 2005, p. 134, s'agissant du chef d'entreprise qui pourrait être appréhendé comme auteur médiat de l'infraction commise par un auteur immédiat.

518. Cass. crim., 10 fév. 2009, *Bull. crim.*, n° 117 ; *RSC* 2009, p. 371, note Y. MAYAUD ; *AJ pén.* 2009, p. 224, obs. J.-R. DEMARCHI ; *RDSS* 2009, p. 696, note M. GUIGUE et M. TOULLIER.

toutefois sous réserve que le lien exigé ne soit pas détourné. La théorie de la causalité adéquate ne doit pas permettre de réprimer comme auteur direct celui qui n'a en réalité que permis la réalisation du dommage, ou celui dont le comportement n'apparaît pas en lien suffisant avec sa survenance. À cet égard, la responsabilité de l'employeur peut paraître parfois excessive. Si les faits commis par ses préposés peuvent être considérés comme révélant sa propre faute⁵¹⁹, le lien de causalité entre elle et le résultat dommageable doit continuer d'exister. En d'autres termes, il ne faut pas ici réprimer ce qui ne devrait être qu'une infraction obstacle (par exemple le manquement de l'employeur aux règles de sécurité)⁵²⁰ sur le terrain d'une infraction matérielle par une appréciation extensive – et donc contestable – de la causalité. Le comportement doit, en toute hypothèse, demeurer objectivement antijuridique.

379. Relativisation de l'intensité du lien de causalité en matière indirecte – Est-ce alors à dire que le caractère indirect de la causalité fait obstacle à la caractérisation de l'élément antijuridique ? Assurément non. Mais les caractéristiques du lien de causalité posées par les textes doivent guider la répression et la répartir entre les hypothèses de participation à l'infraction à titre principal ou accessoire. Le principe de légalité impose une telle solution. Rien ne s'oppose par contre à ce que l'intensité du lien de causalité puisse varier, dès lors toutefois que les textes de loi le prévoient. Il est ainsi possible que le comportement cause directement ou indirectement le dommage⁵²¹. L'antijuridicité apparaît moins marquée dans le second cas puisque le comportement n'est pas directement attentatoire à la valeur protégée. L'efficacité de la protection peut toutefois conduire le législateur à admettre un lien de causalité d'intensité inférieure⁵²², mais qui maintient l'exigence du pouvoir causal du comportement tant que la causalité demeure certaine.

519. V. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 426, n° 676. Madame LACAZE défend par ailleurs une idée d'imputation de l'injuste. Selon elle, le sujet actif de l'injuste peut ne pas être l'auteur matériel du comportement antijuridique. Il se voit alors « imputer » l'injuste. *Ibid.*, p. 429, n°s 680 et s. Cette idée n'est toutefois pas totalement satisfaisante, car elle relève trop d'une construction de l'infraction, en partie artificielle. Que la qualification puisse se faire par construction n'est pas contestable. Mais il s'agit toujours de « reconstituer » le comportement infractionnel, de lui rendre son intégrité et son homogénéité, non de construire l'infraction à partir d'éléments épars, vérifiés chez des individus différents. Si l'enjeu répressif peut conduire à ces solutions, l'équilibre auquel doit tendre le droit pénal et dont le principe de légalité et ses corollaires sont les garants ne peut lui s'en satisfaire. Toute atteinte aux valeurs essentielles n'a pas nécessairement vocation à trouver une réponse pénale.

520. E. DREYER, « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », art. préc.

521. L'on pense en la matière en premier lieu aux infractions non intentionnelles, mais le législateur a prévu pour certaines infractions que le comportement peut entretenir un lien de causalité indirect avec le résultat redouté. C'est le cas notamment pour les infractions de corruption passive et de trafic d'influence commise par des personnes exerçant une fonction publique : Code pén., art. 432-11.

522. Sans doute, dans ce cas, le comportement doit-il être marqué d'une certaine gravité pour que la répression demeure nécessaire et légitime. Le caractère indirect de l'antijuridicité du comportement est alors dans une certaine mesure compensé par sa gravité. L'article 121-3 répond en partie à cette idée : dans l'hypothèse d'une causalité indirecte, la faute exigée est d'une gravité supérieure (caractérisée ou délibérée). *Ibid.*, art. 121-3, al. 4. La gravité se traduit il est vrai davantage dans l'élément moral, mais elle vient tout de même compenser le caractère indirect de la causalité.

La difficulté en la matière est alors toutefois de définir la causalité indirecte. Si « la causalité crée le lien sans lequel la responsabilité deviendrait excessive »⁵²³, il est nécessaire que ce lien soit d'une intensité suffisante pour justifier la sanction pénale. Or, l'alinéa 4 de l'article 121-3, siège du lien de causalité indirect, est relativement obscur sur ce point et soulève des difficultés d'interprétation⁵²⁴. Tout d'abord, le critère utilisé pour déterminer la nature du lien de causalité peut être soit d'ordre spatio-temporel, soit fonction du caractère déterminant⁵²⁵. Si ce second critère est semble-t-il celui utilisé par la jurisprudence⁵²⁶, encore est-il nécessaire de déterminer jusqu'où il est possible de remonter dans l'enchaînement des faits en matière de causalité indirecte. En effet, si le comportement se révèle en relation trop indirecte avec le dommage, c'est à la fois l'antijuridicité du comportement et sa typicité qui devient douteuse⁵²⁷. Le lien de causalité doit donc rester réel même lorsqu'il est indirect et ne pas conduire à une dénaturation du comportement incriminé. À cette condition, il n'y a pas de rupture du lien de causalité et l'antijuridicité du comportement demeure objectivement caractérisée. Ce n'est que l'intensité du lien qui est alors affecté. Dès lors que les textes d'incrimination le prévoient, un lien indirect ne fait alors pas obstacle à la caractérisation de l'élément antijuridique.

La première circonstance constitutive de l'élément antijuridique ayant été envisagée, il convient désormais de s'intéresser à la seconde, relative à la circonstance tenant à la valeur protégée, parfois désignée sous le vocable de condition préalable.

2. La circonstance relative à la valeur protégée, circonstance du caractère attentatoire

380. L'objet de l'action infractionnelle – Les contours de la condition dite préalable ayant d'ores et déjà été précisés⁵²⁸, on se contentera ici de rappeler que seule la condition relative

523. E. DREYER, « La causalité directe de l'infraction », art. préc.

524. Sur la possibilité d'avoir en outre recours à la complicité en cas de causalité indirecte et pour une tentative de conciliation de l'article 121-3 avec les règles de la complicité, v. F. ROUSSEAU, « Complice ou auteur indirect d'une infraction non intentionnelle ? », *Dr. pén.* 2007, étude, n° 11.

525. V. Y. MAYAUD, « La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou « paramètre déterminant » ? », *RSC* 2002, p. 100.

526. En ce sens, *ibid.* V. Cass. Crim., 21 janv. 2014, *Bull. crim.*, n° 17 ; *RSC* 2014, p. 59, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2014, p. 1317, obs. P. CONTE.

527. Plus précisément, il y a alors une forme de dissociation entre le comportement que l'on reproche à l'agent et le résultat concret que l'on utilise à cette fin. Ainsi, le comportement reproché au décideur public tient davantage à une défaillance dans l'exercice de ses fonctions qu'à un comportement fautif attentatoire aux valeurs protégées, qu'il s'agisse de l'intégrité ou de la vie. Cette position peut être rapprochée de celle de Monsieur DREYER qui plaide en faveur d'incriminations autonomes pour les fautes commises par ces personnes. La variation du lien de causalité conduit selon lui à une contrariété avec le principe de légalité et, plus précisément, à un défaut de précision dans le comportement décrit. Ainsi relève-t-il que « le comportement reproché à un auteur direct n'est pas le même que le comportement reproché à un auteur indirect » et en conclue-t-il que la loi pénale doit « prendre en compte ce que le défaut d'autorité a de spécifique en incriminant distinctement celui qui n'est pas à la hauteur de ses fonctions ». E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 588, n° 769.

528. *Supra*, n° 287.

à la valeur protégée a été retenue. Elle est une émanation de la valeur protégée par le texte d'incrimination, autrement dit, il s'agit ici de la circonstance dans laquelle la valeur protégée prend corps. Elle représente cette valeur dans le monde réel et est par conséquent l'objet de l'action infractionnelle.

Dès lors, elle ne renvoie pas aux différentes données permettant de délimiter le champ de l'activité infractionnelle. Elle n'est que l'objet que le résultat va atteindre. Par exemple, les infractions contre les personnes auront toutes pour circonstance représentative de la valeur autrui. Les infractions ne pouvant être commises que contre certaines personnes auront, elles, pour circonstance le sujet actif présentant les particularités prévues par le texte. Les infractions contre les biens ayant pour objet la protection de la propriété auront toutes pour circonstance tenant à la valeur le caractère approprié du bien. De même encore lorsqu'un lieu particulier est mentionné et que ce lieu bénéficie *via* l'incrimination d'une protection particulière. Mais cette circonstance se limite à ce caractère, elle ne s'étend pas, par exemple, à la nature du bien, sauf lorsqu'un bien en particulier est protégé⁵²⁹. C'est donc simplement cette circonstance qu'il s'agira de vérifier, car c'est sur elle que le résultat va avoir un impact négatif. Il ne s'agit donc de vérifier l'existence de l'objet, non ses attributs, sauf lorsque ceux-ci, prévus par les textes révéleront une protection particulière. Cette position n'est pas de nature à remettre en cause les diversités pouvant exister au sein de cette circonstance. La valeur protégée pouvant varier, la circonstance la matérialisant le peut aussi.

381. L'absence de vérification supplémentaire – Analyser les circonstances de l'atteinte à la valeur protégée, c'est, avant tout, s'assurer que l'objet atteint par le comportement correspond bien à l'objet protégé par le texte. Cet objet n'est donc pas à proprement parler une particularité accompagnant la donnée principale. Il est plus exactement l'objet sur lequel est réalisée cette donnée. Mais sa vérification accompagnera bien la vérification de l'atteinte, de sorte qu'il est possible d'y voir une circonstance constitutive.

Dans la très grande majorité des cas, l'objet de l'atteinte n'appellera pas d'analyse particulière. Plus exactement, il ne sera pas vérifié en dehors de la vérification du résultat. La constatation de celui-ci emportera la constatation de l'objet. Dès lors qu'il ne s'agit ici que de s'assurer que la valeur protégée s'est effectivement concrétisée dans le monde réel, l'analyse de l'objet de l'infraction ne sera pas de nature à soulever de difficultés particulières. La seule hypothèse pouvant soulever une difficulté est celle bien connue de l'infraction impossible, justement lorsque l'objet de l'incrimination fera défaut dans les faits.

529. V. le cas précité du vol d'un bien classé ou protégé : Code pén., art. 311-4-2.

382. L'hypothèse de l'infraction impossible – Le problème de la répression de l'infraction impossible a été la source de débats fournis en doctrine, les auteurs ayant proposé des solutions différentes selon les causes de l'impossibilité⁵³⁰. La jurisprudence, quant à elle, semble aujourd'hui admettre la répression de l'infraction impossible dans toutes les hypothèses. Ainsi la Cour de cassation a-t-elle assimilé à l'infraction manquée l'infraction impossible dans le cas de coups mortels portés à une personne déjà morte⁵³¹.

Une partie de la doctrine demeure toutefois hostile à telle solution⁵³², notamment lorsque l'objet de l'infraction fait défaut. La justification tient le plus souvent à une conception objective de la tentative selon laquelle, pour pouvoir être tentée, l'infraction doit pouvoir être achevée. Comme l'affirmait déjà ROSSI, la notion de commencement d'exécution impose l'impunité, tant il est vrai qu'elle suppose « la possibilité d'atteindre le but par l'application plus ou moins prolongée du moyen »⁵³³. Plus largement, la répression de l'infraction impossible se révélerait contraire au principe de légalité, au moins lorsque cette impossibilité est de droit⁵³⁴. GARRAUD expliquait à ce sujet que « les éléments qui constituent le crime réalisé doivent se trouver, au moins en puissance, dans la tentative elle-même »⁵³⁵. Par conséquent, lorsque le délit est « légalement impossible » parce qu'un de ses éléments constitutifs n'existe pas et ne peut exister même sous forme de tentative, le comportement ne peut être réprimé⁵³⁶.

383. Conception objective et conception subjective – C'est en retenant une conception plus subjective de la tentative que la Cour de cassation a admis la répression même lorsque l'objet de l'infraction fait défaut. Il est à noter que cette conception subjective n'est évidemment pas totalement incompatible avec la fonction accordée à l'élément matériel. Au contraire, l'approche

530. Les auteurs ont longuement discuté les différentes hypothèses d'impossibilité, avec des conclusions différentes selon que l'impossibilité est de fait ou de droit, relative ou absolue. V. not. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 163, n°70. Révélateur de la complexité du débat, un changement de point de vue chez GARRAUD est à relever. Alors que dans la première édition de son *Traité*, l'auteur est fondamentalement opposé à la sanction du délit impossible lorsque l'impossibilité est absolue (du même auteur, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1^{ère} éd., *op. cit.*, p. 303, n° 182). Dans la seconde édition, il fait état du caractère choquant de l'impunité et préfère à la distinction impossibilité absolue et impossibilité relative la distinction impossibilité de droit et impossibilité de fait (du même auteur, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^{ème} éd., *op. cit.*, p. 394, n° 206), la première seule devant conduire à l'impunité. L'impossibilité de fait est quant à elle indépendante de la volonté de l'agent et permet donc la répression. *Ibid.*, p. 399, n° 209.

531. Cass. crim., 16 janv. 1986, *Bull. crim.*, n° 25 ; *D.* 1986, p. 265, note D. MAYER et C. GAZOUNAUD ; *D.* 1986, p. 265, note J. PRADEL ; *JCP* 1987, II, 20774, note G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 377, note J.-P. DOUCET ; *RSC* 1986, p. 839, obs. A. VITU ; *RSC* 1986, p. 849, obs. G. LEVASSEUR.

532. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 647, n° 512 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 193, n° 338 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 708, n° 944 ; B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 258, n° 398 ; M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 379, n°s 602 et s.

533. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, *op. cit.*, p. 311.

534. Sur la différence impossibilité de droit et impossibilité de fait, v. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 163, n° 70.

535. *Ibid.*, p. 168, n° 70.

536. *Ibid.*

subjective de cet élément pourrait aujourd'hui dicter cette solution. Appliquée à la tentative, la fonction de matérialisation de la volonté coupable prêtée à l'élément matériel semble justifier la répression de l'infraction impossible. Par hypothèse, le fait a été exécuté dans son intégralité, de sorte que la pensée coupable est bien révélée matériellement de façon suffisante pour permettre la répression. Dans une approche subjective, la tentative ne vient pas sanctionner le fait accompli par la criminalité de l'agent, « mais la criminalité de l'agent révélée par le fait accompli »⁵³⁷.

384. Compatibilité entre l'exigence d'antijuridicité et la répression en doctrine et jurisprudence allemande – Outre le caractère discutable d'une approche purement subjective de l'élément matériel, l'admission d'un élément antijuridique devrait imposer une autre solution, car le comportement est alors sanctionné en raison de l'atteinte à une valeur qu'il produit ou est susceptible de produire. Le fait n'est donc pas seulement le révélateur de la pensée coupable, il est aussi attentatoire à une valeur, ce qui en justifie la sanction. Pourtant, et malgré l'importance de l'élément antijuridique en droit pénal allemand, la jurisprudence allemande admet, elle aussi, la répression sur le terrain de la tentative⁵³⁸. L'hypothèse de l'infraction impossible a également conduit à des débats en Allemagne⁵³⁹, où l'importance de l'antijuridicité pourrait constituer un obstacle à la répression lorsque aucun bien juridique n'a effectivement été mis en danger⁵⁴⁰. Toutefois, la répression de l'infraction impossible faute de bien juridique concret sur le terrain de la tentative n'est pas totalement incompatible avec la manière dont est traitée l'antijuridicité en Allemagne. Une partie de la doctrine admet la distinction opérée par VON LISZT entre l'objet de l'action et le bien juridique. On se souvient en effet que VON LISZT appréhende abstraitement le bien juridique⁵⁴¹. Il n'est qu'une valeur et appartient pour lui au monde des idées. En tant que valeur abstraite, il ne peut donc pas faire l'objet d'une lésion. Par conséquent, la lésion résultant de l'infraction ne porte pas sur le bien juridique, valeur abstraite, mais sur l'objet concret de l'action (par exemple, la victime d'un meurtre). Dans l'hypothèse d'une infraction impossible, ce n'est donc pas le bien juridique qui fait défaut, mais simplement l'objet de l'action. Puisque l'antijuridicité est appréciée de manière abstraite, il est possible de considérer que le comportement dirigé contre une valeur (les coups portés à une personne que l'on croit vivante) est antijuridique même si le bien juridique n'a pas pris corps (la personne était déjà morte). En

537. *Ibid.*, p. 164, n° 70.

538. Le Tribunal d'Empire avait ainsi admis par un arrêt en date du 18 juin 1881 la répression d'un meurtre sur cadavre, la solution ayant été réitérée dans une autre hypothèse d'infraction impossible dans un arrêt de la Cour fédérale de justice du 14 mai 1995. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 395. Sur les conditions de répression de l'infraction impossible en tant que tentative, v. M. FROMONT et H. JESCHECK, *Introduction au droit allemand*, op. cit., p. 273, et N. HUSTIN-DENIES et D. SPIELMANN, *L'infraction inachevée en droit pénal comparé*, Bruylant, 1997, p. 85 et s.

539. V. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 393 et s.

540. Le Code pénal italien de 1889 s'opposait ainsi à la répression de l'infraction impossible. V. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 169, n° 70.

541. *Supra*, n° 313.

effet, et comme le relève Madame LACAZE, si le bien juridique n'est qu'une valeur idéale, il existe nécessairement dans le cadre de l'infraction impossible, quand bien même il n'y serait que purement abstrait⁵⁴².

385. Rejet de la virtualité de l'antijuridicité en matière de tentative – Dans le cadre d'une approche plus concrète de l'élément antijuridique, la solution est toutefois plus discutable. Cette solution prive en partie l'antijuridicité de son intérêt car ici, le comportement n'apparaît pas objectivement antijuridique. Les hypothèses d'impossibilité liées à l'objet de l'infraction devraient conduire à l'impunité de l'auteur en raison de l'absence totale d'antijuridicité concrète du comportement. Non seulement les faits ne conduisent pas au résultat redouté par le législateur, mais, en plus, ils ne sont pas dirigés contre la valeur concrète. Or, même si la tentative suppose une absence d'atteinte et plus largement de résultat légal⁵⁴³, l'infraction tentée devrait demeurer marquée d'une antijuridicité concrète. Rien ne permet en matière de tentative de basculer sur une antijuridicité purement abstraite et virtuelle. Elle reste sous-tendue par la même logique de protection des valeurs.

Dans l'hypothèse de la tentative, l'exigence d'un commencement d'exécution traduit le principe selon lequel la pensée criminelle doit s'être suffisamment manifestée, mais elle implique aussi que la réalisation de l'infraction en question ait été commencée. Tentative et infraction formelle présentent la même caractéristique de réprimer des comportements avant l'atteinte effective, à raison du pouvoir causal du comportement. Sans s'intéresser ici spécifiquement à la nature de la tentative, il est donc déjà possible d'affirmer que le comportement demeure sanctionné à raison de son antijuridicité. La tentative n'est pas sanctionnée pour elle-même. Même si elle peut s'analyser en infraction, elle n'a pas d'autonomie. Elle ne se définit que par rapport à une autre infraction dont elle emprunte les éléments constitutifs⁵⁴⁴. Il s'ensuit que comme l'infraction tentée, la tentative peut s'analyser à travers les trois éléments matériel, antijuridique et moral. Simplement, ces éléments – ou plus précisément les éléments objectifs – ne sont pas totalement caractérisés, ce qui fait obstacle à la répression de l'infraction consommée. La tentative – comme l'infraction tentée – possède donc un élément antijuridique qui doit s'être concrétisé⁵⁴⁵. Or, dans l'hypothèse où la matérialisation de la valeur protégée fait défaut, le comportement ne s'avère plus objectivement antijuridique. L'antijuridicité ne se révèle ni par le résultat de l'infraction qui, par hypothèse, n'a pas été atteint, ni par la circonstance matérialisant

542. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 195, n° 319. Monsieur WALTHER relève en outre que la conception de la tentative étant aujourd'hui mixte, en Allemagne comme en France, la volonté de l'auteur et la dangerosité de son comportement contribuent à justifier la répression sur le terrain de la tentative. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 393 et s.

543. Selon la distinction opérée par Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON.

544. V. *infra*, n° 489.

545. Dès lors qu'on ne s'en tient pas à une appréciation purement abstraite du bien juridique.

la valeur protégée qui fait ici défaut. L'antijuridicité n'est que virtuelle.

Admettre la répression sur le terrain de la tentative conduit donc à considérer que, contrairement à l'infraction consommée, l'infraction tentée peut n'être marquée que d'une antijuridicité virtuelle. La gravité du comportement est certes vérifiée. Toutefois, la gravité de ses conséquences, mesure de l'antijuridicité, ne l'est pas⁵⁴⁶. Elle rend alors douteuse la nécessité de la répression, tant au regard de l'élément antijuridique qu'au regard du principe de légalité. Admettre une antijuridicité virtuelle en matière de tentative conduit en effet à ouvrir trop largement le champ de la répression au détriment du principe de légalité. Dès lors que les infractions consommées supposent que les valeurs protégées aient pris corps dans le monde réel, il faut admettre que la tentative de ces mêmes infractions est conditionnée par la même concrétisation de la valeur. Le comportement ne peut être considéré, ni comme antijuridique, ni comme typique⁵⁴⁷ lorsque la circonstance tenant à la valeur protégée exigée par la loi fait défaut⁵⁴⁸.

386. Rapprochement de l'infraction putative – Enfin, admettre la répression de l'infraction impossible ne peut qu'ouvrir la voie à la répression de l'infraction putative. Si les deux hypothèses ne se recoupent pas parfaitement, elles intègrent des hypothèses similaires. En effet, l'infraction putative est celle qui n'existe que dans l'esprit de son auteur. Sa sanction n'est en principe pas possible, notamment parce qu'elle ne représente pas de réel danger social⁵⁴⁹. Or, le cas du meurtre sur cadavre n'existe que dans l'esprit de son auteur. Si l'antijuridicité peut n'être que virtuelle et déduite de la volonté de l'agent, rien ne s'oppose en principe à la répression de l'infraction impossible lorsque la valeur que l'auteur pense atteindre est effectivement une valeur protégée par le droit pénal. La répression ne se trouve alors pas encadrée par le principe d'antijuridicité mais, au contraire, justifiée par lui à raison d'une antijuridicité morale et virtuelle. Il s'agirait là d'un contournement du concept d'antijuridicité et de l'utilité du bien juridique qui, loin d'être pertinent, est dangereux et contraire à l'économie de ce principe et de bien d'autres de la matière.

387. L'impossibilité liée au moyen employé – Reste toutefois une difficulté relative aux cas où l'impossibilité ne réside pas dans le défaut de matérialisation de la valeur protégée,

546. Certains auteurs estiment que l'infraction impossible est une infraction commise, mais insusceptible de recevoir une qualification pénale. En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 645, n° 512. Sur ce point, v. égal. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., p. 166, n°s 195 et s.

547. Estimant que le comportement est bien antijuridique mais n'est par contre pas typique, v. toutefois M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 377, n° 599 et p. 379, 602.

548. V. E. DREYER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 708-709, n° 945, citant R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 647, n° 512 : « il faut rappeler en effet que : « la tentative, pour tomber sous le coup de la loi [...] doit constituer le commencement d'exécution d'un acte susceptible de recevoir en lui-même, s'il était consommé, une qualification pénale », ce à quoi l'absence de condition préalable s'oppose.

549. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit., p. 95.

mais dans le moyen employé. Le comportement peut-il être considéré comme objectivement antijuridique lorsque, par exemple, un individu tente d'empoisonner une personne avec une substance inoffensive ? Le cas se distingue très nettement de l'hypothèse dans laquelle la valeur protégée ne s'est pas matérialisée (cas du meurtre sur cadavre par exemple). Ici, l'antijuridicité n'est pas totalement virtuelle, elle prend son substrat dans la circonstance relative à la valeur qui est bien présente. En revanche, le pouvoir causal du comportement n'est absolument pas effectif si la substance administrée se révèle être inoffensive.

Il est tout d'abord à remarquer que le défaut de typicité existe alors comme dans le cas où la matérialisation de la valeur fait défaut. Par ailleurs, admettre des moyens inopérants au prétexte de la croyance erronée de l'auteur des faits en leur capacité à produire le résultat redouté conduirait là encore à admettre très largement la répression. *Quid*, en effet, de ce qui est parfois désigné comme une infraction « surnaturelle »⁵⁵⁰ ? Monsieur DREYER donne ici l'exemple d'une personne convaincue de posséder des pouvoirs magiques et déterminées à user de ceux-ci pour procéder à une interruption illégale de grossesse⁵⁵¹. Faut-il alors admettre que la volonté de l'auteur suffise à démontrer sa dangerosité, faute de pouvoir illustrer la dangerosité de l'acte accompli ? Ici encore, il nous faut conclure à l'absence de répression. Sans doute, le comportement peut-il être considéré comme subjectivement antijuridique en ce que l'auteur a la volonté de porter atteinte à une valeur. Reste qu'il n'est toutefois pas objectivement antijuridique, parce qu'il n'est objectivement pas dangereux pour la valeur protégée. La présence irréfutable d'un des éléments de l'infraction ne peut ici venir compenser l'absence d'un autre. L'infraction est sans doute moralement constituée, mais elle ne l'est ni matériellement (le moyen employé n'est pas le bon), ni antijuridiquement (le moyen n'est pas de nature à mettre produire le résultat redouté⁵⁵²). L'élément moral ne peut pallier l'absence des deux autres éléments, sauf à admettre une remise en cause complète du principe de légalité pénale⁵⁵³. L'aberration du procédé ne peut suffire à justifier une différence de traitement. Dès lors que le procédé employé est insusceptible de produire le résultat redouté, la répression pénale devrait être exclue.

À l'inverse, lorsque le moyen employé entre dans les prévisions légales et/ou est susceptible de produire le résultat redouté, la répression doit être possible sur le terrain de la tentative. Ainsi en est-il d'une substance effectivement mortifère, mais administrée en trop faible dose⁵⁵⁴,

550. V. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 709, n° 947.

551. *Ibid.*, p. 710, n° 947.

552. Ici, le pouvoir causal disparaît tout bonnement. Or, en matière de tentative d'infraction formelle, il devrait demeurer certain, bien que plus éloigné de la réalisation du résultat redouté. Le raisonnement s'opère alors en termes d'éventualité de survenance du résultat, ce qui ne se vérifie pas lorsque le moyen employé n'est pas de nature à le produire.

553. Du reste, comme le relève Monsieur DREYER, « le droit pénal n'aurait pas grand chose à y gagner ». Il s'agirait ici en un sens d'une « chasse aux sorcières ». E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 710, n° 947.

554. L'éventualité de réalisation du résultat existe alors.

de l'utilisation d'un couteau émoussé pour commettre un meurtre, etc. Dans ces hypothèses, certes, il n'y a pas d'atteinte à la valeur protégée à raison du moyen employé, mais le pouvoir éventuellement causal du comportement demeure suffisamment effectif pour justifier le recours au droit pénal. Ainsi entendu, l'élément antijuridique serait donc un précieux indicateur du caractère objectivement répréhensible du comportement (c'est-à-dire les limites de la répression de l'infraction manquée) et, par extension, du caractère objectivement nécessaire de la sanction pénale.

388. Transition – Les circonstances constitutives que sont la causalité et la circonstance relative à la valeur protégée ayant été envisagées, ainsi que les conséquences devant être attachées à leur inclusion dans l'élément antijuridique, il reste désormais à s'attacher au contexte de l'atteinte qui, s'il ne révèle pas l'antijuridicité du comportement, permet au contraire de contredire celle-ci.

§ 2. Les circonstances obstacles à la caractérisation de l'infraction sous son angle antijuridique

389. L'antijuridicité matérielle, fondement de la justification en Allemagne – En doctrine allemande, la théorie des faits justificatifs et l'antijuridicité sont étroitement liées. Le mécanisme de justification y est envisagé comme un mécanisme de pondération des biens juridiques⁵⁵⁵. Le principe est qu'en cas de conflit, le bien juridique de valeur inférieure doit être sacrifié si le bien de valeur supérieure ne peut être préservé qu'à ce prix⁵⁵⁶. L'antijuridicité matérielle est donc le siège de la justification⁵⁵⁷ ce qui emporte certaines conséquences. Dès lors que les faits justificatifs sont un conflit de valeurs et non un conflit de normes, il n'est pas nécessaire que ceux-ci soient expressément prévus par la loi⁵⁵⁸. Notamment, le consentement de la victime peut plus facilement être pris en compte comme élément de justification en

⁵⁵⁵. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 95 : « [...] le fondement théorique du mécanisme de la justification peut être trouvé en substance dans la mise en balance des biens juridiques protégés [...] ».

⁵⁵⁶. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 205, §32.

⁵⁵⁷. L'antijuridicité matérielle est présentée comme le fondement dogmatique de l'analyse allemande de la justification et a conduit à l'admission de la justification par l'état de nécessité, par une décision du Tribunal d'Empire du 11 mars 1927. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 78 et s. Le législateur allemand rattache également parfois expressément la justification à l'antijuridicité. Il est précisé qu'en cas de légitime défense ou d'état de nécessité, les faits « ne sont pas antijuridiques ». *Ibid.*, p. 95, citant le Code pénal allemand.

⁵⁵⁸. Le fondement antijuridique conduit à une admission beaucoup plus large des causes de justification en droit allemand qu'en droit français. Elles n'ont ainsi pas nécessairement une source légale. V. M. FROMONT et H. JESCHECK, *Introduction au droit allemand*, op. cit., p. 269.

Allemagne⁵⁵⁹ qu'en France où l'approche des faits justificatifs est légaliste.

Dès lors qu'est proposée la prise en compte d'un élément antijuridique, il semble naturel de rattacher comme en Allemagne le mécanisme de la justification à l'antijuridicité⁵⁶⁰, et ce, d'autant que la conception française de la justification repose aussi, au moins en partie, sur une mise en balance d'intérêts. Des obstacles à un tel rattachement existent toutefois (A), mais sans pour autant être de nature à s'y opposer totalement (B).

A. Les obstacles au rattachement de la justification à l'élément antijuridique

390. Une conception fortement légaliste – La première difficulté qui pourrait s'opposer au rattachement de la justification à l'élément antijuridique vient de la conception française. Différentes approches peuvent être trouvées en doctrine⁵⁶¹, mais, traditionnellement, il est admis que les faits justificatifs paralysent l'élément légal de l'infraction⁵⁶². En effet, la conception française de la justification est en premier lieu légaliste. Sur ce point, l'approche allemande se distingue assez nettement de l'approche française. Le législateur et une majorité de la doctrine française appréhendent la justification à travers un conflit de normes⁵⁶³, ce qui explique qu'ils soient traditionnellement rattachés à l'élément légal. Les faits justificatifs sont en principe prévus

559. Il est admis comme cause de justification extra-légale pour les infractions des biens individuels disponibles. X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand, Éléments pour une comparaison », *RSC* 2003, p. 259. La jurisprudence limite toutefois comme nous le verrons l'admission de ce fait justificatif dans certaines hypothèses.

560. D'autres hypothèses, telles l'amnistie ou les immunités, pourraient être rattachées en négatif à l'élément antijuridique et le sont parfois en doctrine (v. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 281, pour l'immunité). Elles seront toutefois exclues dès lors qu'elles ne font à proprement parler pas obstacle à la caractérisation de l'élément antijuridique. En effet, l'amnistie opère *a posteriori*. Elle ne fait pas disparaître l'antijuridicité du comportement, mais efface juste, par artifice, l'existence de l'infraction. Quant à l'immunité, elle fait simplement obstacle aux poursuites, mais n'affecte pas à proprement parler l'élément antijuridique. (V. par ex. Code pén., art. 311-12. L'article affirme : « Ne peut donner lieu à des poursuites pénales le vol commis [...] »).

561. L'on pense ici notamment aux auteurs admettant que la justification paralyse la qualification, position qui rejoint pour partie celle du rattachement à l'élément légal (A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 295 ; J. PRADEL, *Traité de droit pénal et de sciences criminelles comparées, op. cit.*, p. 315, n^{os} 337 et s.). Une autre approche, plus subjective, consiste à considérer que les faits justificatifs ont des conséquences sur l'élément moral, soit parce qu'ils consistent en un motif légitime (F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 196, n^{os} 149 et s., et M. REIX, *Le motif légitime en droit pénal, Contribution à la théorie générale de la justification*, 2012, Thèse, Bordeaux IV, p. 477, n^{os} 484 et s. Rapp. J.-P. GAGNIEUR, *Du motif légitime comme fait justificatif*, 1941, Blanquet, not. p. 13 et s., l'auteur se prononçant par ailleurs en faveur d'une admission du motif légitime comme fait justificatif (*ibid.* p. 102), soit parce qu'ils relèvent de la même logique que la contrainte (C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 152, n^o 144). Enfin, certains auteurs admettant un élément injuste, font dépendre la justification de lui : X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 179, n^{os} 200 et s. ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 250 ; J. LARGUIER, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 56 ; P. SALVAGE, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 61, n^o 108 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 273, n^o 230.

562. V. A. FLASQUIER, *L'état de nécessité en droit pénal, Contribution à la théorie générale des faits justificatifs*, 2003, Thèse, Montpellier, p. 166, n^{os} 363 et s., se prononçant notamment en faveur du rattachement négatif de l'état de nécessité à l'élément légal.

563. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 116, n^o 190.

par la loi⁵⁶⁴. Le conflit entre la loi d'incrimination et la loi de justification conduit à paralyser la première lorsque les conditions de la seconde sont vérifiées. Les faits justificatifs sont en outre prévus de manière étroite et soumis à des conditions strictes, ce qui, là encore, procède d'une approche essentiellement normative et légaliste de la justification⁵⁶⁵.

Ce type d'approche ne peut étonner, lorsque l'on sait que la conception française de l'infraction est elle-même légaliste. L'infraction est avant tout, en France, une « transgression de la loi »⁵⁶⁶. Il est dès lors tout à fait logique que les causes de justification trouvent leur source en France dans la loi ou, plus largement, dans une norme. De même que seul le législateur a le pouvoir d'incriminer les comportements qu'il juge contraire à l'ordre social, lui seul semble avoir le pouvoir de neutraliser la répression en rendant l'acte accompli légitime⁵⁶⁷. Traditionnellement, la justification est rattachée en doctrine à l'exercice d'un droit ou à l'accomplissement d'un devoir. ORTOLAN expliquait ainsi que « justifier c'est rendre juste ; il y a justification quand l'acte est démontré juste, conforme au droit »⁵⁶⁸. De manière relativement similaire, CUCHE définissait le fait justificatif comme « une circonstance qui enlève son caractère illégal à un acte dommageable volontaire qui, sans cette circonstance, devrait constituer une infraction, mais qui, avec cette circonstance apparaît comme l'exercice d'un droit ou l'accomplissement d'un devoir »⁵⁶⁹. Partant, il est possible de considérer que « le phénomène justificatif est la solution logique d'un conflit de loi »⁵⁷⁰. L'analyse française est ici encore très éloignée de l'analyse allemande, dans laquelle les faits justificatifs relèvent d'un conflit d'intérêts.

391. L'antijuridicité et le juste en doctrine allemande – En outre, la raison première⁵⁷¹ du rattachement de la justification à l'antijuridicité en Allemagne pourrait être un argument supplémentaire en défaveur d'une transposition de la solution en France. Il vient en effet du lien très fort unissant le concept d'antijuridicité au juste et au but du droit pénal. Dans la construction de VON LISZT, le droit dans son entier est dirigé vers un but de protection des intérêts vitaux de la société et le droit pénal est un outil de cette protection. Le juste et l'injuste dépendent donc de cet objectif. L'antijuridicité matérielle du comportement tient à sa contrariété avec le but du droit

564. Selon la distinction courante, les faits justificatifs généraux sont ceux énumérés aux articles 122-4 à 122-7. En ce sens, A. FLASQUIER, *L'état de nécessité en droit pénal*, th. préc., p. 139, n° 293.

565. X. PIN, « L'infraction juste » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585.

566. C'est ainsi que Monsieur MAYAUD la présente à travers l'intitulé de la deuxième partie de son ouvrage. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 171, n° 161. Elle est selon lui, une « fracture sociale ».

567. En ce sens et pour justifier l'absence de prise en compte du consentement de la victime comme cause de justification, P. SALVAGE, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699. V. égal. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., p. 194, n° 223, qui explique que la conception légaliste française s'oppose à l'admission du consentement comme fait justificatif, parce que la permission individuelle ne faire échec aux incriminations qui sont des normes d'ordre public.

568. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 465, n° 1085.

569. P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, op. cit., p. 53, n° 50.

570. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 559, n° 433.

571. D'un point de vue historique.

pénal de protection des intérêts essentiels érigés en biens juridiques. Elle disparaît par contre en cas de conformité avec ce but⁵⁷². Il existe donc un lien particulièrement ténu, quasi exclusif, entre le but de protection des biens juridiques et l'antijuridicité chez VON LISZT. Cette dernière n'est pas seulement un indice du juste et, par extension, de la nécessité de la répression en droit pénal allemand, elle en est la mesure⁵⁷³.

Certains auteurs français retiennent un raisonnement assez proche en expliquant la justification par l'utilité sociale du comportement justifié. Ainsi trouve-t-on dans l'ouvrage de Madame RASSAT l'explication selon laquelle, tout en ayant les apparences d'une infraction, un comportement peut ne pas être « antisocial » et « au contraire favorable aux intérêts de bien compris de la société »⁵⁷⁴, de sorte qu'il ne sera pas punissable. De manière plus parlante encore, Monsieur MAYAUD estime que lorsqu'un fait justificatif est vérifié « la responsabilité n'est pas, parce qu'elle ne recoupe plus l'objectif premier du droit pénal, qui est de sanctionner ce qui va à l'encontre des intérêts de la société »⁵⁷⁵.

392. Incohérence au regard de l'adaptation proposée – Or, une transposition pure et simple de l'antijuridicité en droit pénal français ne nous a semblé ni possible ni souhaitable⁵⁷⁶. L'antijuridicité a été retenue parce qu'elle met en lumière l'importance des conséquences du comportement dans l'appréciation de la nécessité de son incrimination, mais non au regard d'un but exclusif de protection, ce qui éloigne l'élément antijuridique tel qu'il a été proposé de l'élément allemand. La nécessité des incriminations, non plus que le juste, ne peut être appréciée au seul regard de la protection de valeurs jugées essentielles. L'appréciation de la nécessité d'une incrimination est également conditionnée par la gravité du comportement en cause, dont les conséquences attentatoires sur les valeurs protégées ne sont qu'un indice. C'est ce qui garantit le caractère subsidiaire de ce droit. Nécessité et antijuridicité ne se recoupent donc pas totalement. En outre, dès lors que l'accent a été mis sur le caractère attentatoire du comportement, il pourrait apparaître réducteur de rattacher la justification à l'élément antijuridique. Malgré tout, un tel rattachement demeure envisageable.

572. « [...] la lésion ou la mise en péril d'un intérêt juridique n'est matériellement illicite que si elle est en contradiction avec les buts de l'ordre juridique réglant la vie collective; cette lésion ou mise en péril est matériellement licite, même dirigée contre des intérêts juridiques protégés, lorsqu'elle répond à ces buts de l'ordre juridique et par suite de la vie collective elle-même, et dans la mesure où elle y répond. » F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 205-206, §32.

573. Cette explication reste partiellement utilisée par certains auteurs pour expliquer le mécanisme de justification. En ce sens, J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 224.

574. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 370, n° 316. V. égal. J.-Y. CHEVALLIER, « 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*, A. Pedone, 1980, p. 117.

575. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 421, n° 399.

576. *Supra*, n° 182.

B. Le rattachement de la justification à l'élément antijuridique

393. Justification et pondération d'intérêts – Malgré le fait que la justification par le but du droit pénal n'apparaisse pas tout à fait satisfaisante, le rattachement de la justification à l'élément antijuridique tel que nous le proposons est possible. Les faits justificatifs opéreraient alors en négatif sur lui, dès lors toutefois que leurs conditions auront été démontrées⁵⁷⁷. En Allemagne, certains auteurs expliquent la justification de manière légèrement différente et raisonnent aujourd'hui en termes de pondération d'intérêts⁵⁷⁸. Cette approche rejoint pour partie l'idée d'utilité sociale de l'acte, sans se confondre totalement avec elle. L'acte n'est pas forcément utile à la société, mais « la pesée des intérêts en présence »⁵⁷⁹ conduit à exclure la répression à raison des circonstances. Monsieur WALTHER affirme ainsi que « si l'on veut isoler un principe commun, il faudrait dire que tous les faits justificatifs ont comme objectif la juste régulation sociale de conflits d'intérêts par la mise en balance de biens juridiques protégés, concrétisation de l'antijuridicité matérielle »⁵⁸⁰. Or, malgré la conception légaliste, la pesée des intérêts en présence n'est pas étrangère à l'approche française de la justification, bien au contraire.

394. Une conception non exclusivement légaliste – Tout d'abord, il faut remarquer que l'idée selon laquelle la justification prend sa source dans la loi est incomplète. Elle n'est que la conséquence de la conception française de l'infraction et de la prépondérance de la loi en matière pénale, ajoutée au constat de l'intégration dans la loi des faits justificatifs⁵⁸¹. Comme le relèvent Messieurs MERLE et VITU, c'est à partir de l'analyse des hypothèses légales de justification que les auteurs ont déduit le fait que celle-ci prenait sa source dans l'accomplissement ou l'exercice d'un droit et, plus largement, qu'a été mise en évidence la règle selon laquelle la justification tient à un conflit de normes⁵⁸². Pour autant, s'il est souvent affirmé que la jurisprudence ne peut créer de toute pièce un fait justificatif⁵⁸³, ce principe n'a jamais été appliqué dans toute sa rigueur⁵⁸⁴. La Cour de cassation a pu admettre des cas de justifications non expressément prévus

577. Le caractère antijuridique du comportement se déduit de la conformité entre lui et l'incrimination. Invoquer un fait justificatif peut permettre de démontrer qu'à raison des circonstances, l'atteinte ne peut pas être regardée comme injuste. Il s'agit ici d'un moyen de défense, l'absence de fait justificatif étant présumée.

578. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 124.

579. L'expression est empruntée à Monsieur PIN : X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 190, n° 211.

580. J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 125.

581. En outre, l'approche purement légaliste ne permet pas à elle seule d'expliquer *pourquoi* la justification opère.

582. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 558, n° 433.

583. *Ibid.*, p. 558, n° 432 ; M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 371, n° 317.

584. La doctrine approuve d'ailleurs parfois les libertés prises par les juges et relève qu'une appréciation extensive des causes de justification ne peut être considérée comme contraire au principe de légalité dès lors que ce principe « assure la protection de la liberté individuelle et n'a donc pas à jouer contre les intérêts de la personne poursuivie ». M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 371, n° 317. Dans le même sens, P. BOUZAT et J. PINATEL, *Traité de droit pénal et de criminologie*, op. cit., p. 385, n° 279 ; R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 558, n° 432 ; J.-Y. CHEVALLIER, « 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*, op. cit.

par la loi, tel l'état de nécessité⁵⁸⁵. L'admission de ce fait justificatif s'inscrit parfaitement dans une démarche de pondération d'intérêts opposés⁵⁸⁶ dès lors qu'elle tient à la nécessité de la commission d'une infraction en vue de la sauvegarde d'un autre intérêt. Elle trouve en outre sa limite dans la proportionnalité des moyens employés au regard du danger. Toutes les atteintes ne peuvent donc être justifiées. Monsieur CHEVALIER écrit à ce propos que « la répression perd son fondement quand, sous l'empire de la nécessité, l'agent choisit de sauvegarder un bien dont la valeur est supérieure à la valeur du bien qu'il sacrifie, ou même à la rigueur un bien de valeur équivalente »⁵⁸⁷.

395. La prise en compte des intérêts en France – C'est ainsi en partant du constat selon lequel la justification trouve aussi sa source dans d'autres principes que la jurisprudence a pu étendre les hypothèses de justification à des cas non directement visés⁵⁸⁸. Or, sans aller jusqu'à affirmer l'utilité sociale de l'acte accompli, il est possible de constater que dans la majorité des hypothèses, la justification procède d'une mise en balance d'intérêts. L'on observe ainsi de manière relativement systématique deux intérêts en conflit dans les causes objectives de justification. Il s'agira de l'impératif de défense face à une atteinte ou un danger contre la protection de la valeur atteinte par l'infraction commise en réponse (vie, intégrité ...) dans le cas de la légitime défense ou de l'état de nécessité⁵⁸⁹; de l'exercice des droits de la défense contre le droit de propriété de l'employeur dans le fait justificatif spécial dégagé par la jurisprudence⁵⁹⁰; de la liberté d'expression et d'information contre l'honneur et la réputation dans le cas de l'*exceptio veritatis*⁵⁹¹; du respect de la loi ou du commandement de l'autorité légitime contre

585. J.-Y. CHEVALIER, « 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*, op. cit.

586. V. néanmoins G. ROUJOU DE BOUBÉE, « La théorie générale de la justification » in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, t. 30, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1982, p. 11, qui refuse de manière générale d'avoir recours à l'antijuridicité pour expliquer le mécanisme de la justification. S'agissant de l'état de nécessité, il écrit néanmoins que « toute loi à sa raison d'être. Lorsque cette raison disparaît, la loi s'efface naturellement ». Cependant, la cause de la disparition ne peut être trouvée que dans l'utilité sociale de l'acte. Or, elle-même semble devoir s'apprécier à l'issue d'une mise en balance des intérêts en présence.

587. J.-Y. CHEVALIER, « 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*, op. cit. L'estimation de la valeur des intérêts en présence peut toutefois apparaître pour partie hasardeuse. VON LISZT admettait d'ailleurs ici un risque d'arbitraire dans les décisions. F. VON LISZT, *Traité de droit pénal allemand*, op. cit., p. 207, §.32. Le contrôle de proportionnalité est à ce titre sans doute plus objectif et permet des solutions équivalentes.

588. En ce sens, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 559, n° 434. La légitime défense, l'ordre de la loi et le commandement de l'autorité légitime étaient prévus par le Code aux articles 327 et 328, mais ces causes de justification étaient légalement cantonnées aux infractions contre l'intégrité corporelle. Quant à l'état de nécessité, il n'était admis que dans des cas très particuliers. V. J.-Y. CHEVALIER, « 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*, op. cit.

589. V. C. DUPRAC, « La légitime défense, contours d'une notion de droit pénal » in *Légitimes défenses*, sous la dir. de R. KHERAD, LGDJ, 2006, p. 83.

590. V. not. J.-C. SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », *Dr. pén.* 2008, n° 17.

591. G. LEVASSEUR, « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 111.

les valeurs protégées par les incriminations⁵⁹². Le nouveau fait justificatif prévu à l'article 122-9 relève également de cette logique de pondération d'intérêts, dès lors qu'il est expressément prévu que « n'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause »⁵⁹³.

396. Proportionnalité et nécessité – En outre, la pesée des intérêts en présence à laquelle il est procédé est révélée par le double contrôle opéré dans la majorité des cas. Le premier tient à un contrôle de la stricte nécessité de la commission d'une infraction, le juge vérifiant que « l'agent n'avait pas d'autres choix »⁵⁹⁴. Le second à un contrôle de proportionnalité, notamment au regard des moyens employés.

La nécessité est ainsi une condition expresse de la légitime défense⁵⁹⁵, de l'état de nécessité⁵⁹⁶, de la révélation nécessaire d'un secret⁵⁹⁷, ainsi que de l'usage d'une arme par des fonctionnaires de police⁵⁹⁸. Elle est en outre exigée par la Cour de cassation dans certaines hypothèses relatives à l'autorisation de la loi⁵⁹⁹, dont l'application de l'article 73 du Code de procédure pénale donne un exemple⁶⁰⁰, ainsi que pour le fait justificatif spécial de droit de la défense en matière d'infraction contre les biens. L'exigence se retrouve alors dans la condition

592. Certains faits justificatifs spéciaux relèvent moins de cette logique, encore qu'il soit possible d'identifier deux intérêts opposés de manière relativement systématique. En effet, dans certains cas, il s'agit davantage pour le législateur de restreindre le champ d'application d'une incrimination que d'opérer une pesée d'intérêt. Ces hypothèses de restriction du champ d'application d'un texte ne recourent pas tout à fait la même logique que les faits justificatifs à proprement parler. L'on peut alors se demander si une telle qualification est réellement adaptée, car elle conduit à intégrer dans une même catégorie des mécanismes légèrement différents. Un exemple tient à l'infraction de discrimination dont le législateur a encadré négativement le champs d'application en prévoyant à l'article 225-3 du Code pénal que les dispositions de l'article 225-2 « ne sont pas applicables » dans toute une série d'hypothèses (comp. Code pén., art. 226-14, qui assez maladroitement intègre dans les exceptions l'autorisation ou l'ordre de la loi). Bien que la doctrine y voit des faits justificatifs spéciaux (v. not. M. DANTI-JUAN, *Rép. dr. pén.*, Discrimination, 2014, n° 47), il semblerait plus juste de n'y voir que des exceptions légales. La circulaire du 2 mars 2011 relative à la loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public (JORF n°0052 du 3 mars 2011 p. 4128) utilise d'ailleurs cette terminologie à propos des cas dans lesquels l'infraction de dissimulation du visage ne peut être sanctionnée. Monsieur GARÉ, dans son article dédié à cette incrimination les traite également bien plus comme des exceptions justifiées par l'impossibilité de généraliser totalement le texte, que comme des causes justificatives à proprement parler. T. GARÉ, « La dissimulation du visage dans l'espace public » in *La diversité du droit, mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, op. cit. Le comportement n'est pas justifié dans une pareille hypothèse, il n'entre simplement pas dans le champ d'application du texte. La qualification est paralysée *a priori* et non *a posteriori*.

593. Code pén., art. 122-9.

594. X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 207, n° 231.

595. Code pén., art. 122-5, qui vise « un acte commandé par la nécessité de la légitime défense ».

596. *Ibid.*, art. 122-7.

597. *Ibid.*

598. *Ibid.*, art. 122-4-1. V. égal. Code de sécurité intérieure, art. L.435-1 et D. GOETZ, « Principales mesures de la loi « Sécurité publique », *D. actualités* 2017, concernant les nouvelles dispositions applicables en la matière.

599. En ce sens, X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 194, n° 216. On en trouve trace également dans le commandement de l'autorité légitime : le caractère manifestement illégal de l'ordre fait disparaître la nécessité de s'y conformer.

600. L'article 73 du Code de proc. pén. prévoit que « dans les cas de crime flagrant ou de délit flagrant puni d'une peine d'emprisonnement, toute personne a qualité pour en appréhender l'auteur et le conduire devant l'officier de

selon laquelle les documents appréhendés doivent être « strictement nécessaires à l'exercice des droits de sa défense »⁶⁰¹. Quant à l'appréciation de la proportionnalité, elle entre en jeu pour les quatre faits justificatifs généraux prévus par le Code pénal⁶⁰² et se retrouve dans le cadre du commandement de l'autorité légitime⁶⁰³. Il en va de même pour l'ordre ou la permission de la loi⁶⁰⁴.

397. Caractère relatif des exceptions – Certains faits justificatifs ne nécessitent toutefois pas expressément ce double contrôle⁶⁰⁵. Ainsi en matière de droit de la défense, seule la nécessité semble exigée. Toutefois, et même si ce fait justificatif engage « le droit pénal général lui-même »⁶⁰⁶, il semble peu vraisemblable que ce fait justificatif puisse être admis hors tout contrôle de proportionnalité. Par exemple, au regard de la justification du vol, il apparaît difficilement concevable de le retenir dans des cas où les documents auraient été acquis avec l'usage de la violence. Son domaine semble devoir se limiter aux infractions contre les biens, commises sans violence (abus de confiance, vol, escroquerie), ce qui implique un raisonnement en termes de proportionnalité⁶⁰⁷.

L'*exceptio veritatis* se distingue elle aussi, dès lors qu'elle n'est textuellement conditionnée ni par l'exigence de nécessité ni par un quelconque contrôle de proportionnalité⁶⁰⁸. Reste que les

police judiciaire le plus proche ». L'usage de la force, par exemple, pourra être justifié à la condition toutefois qu'il soit « nécessaire et proportionné aux conditions de l'arrestation » Cass. crim., 13 avr. 2005, *Bull. crim.*, n° 131 ; *D.* 2005, p. 2029, note J.-L. LENNON ; *JCP* 2005, I, 165, obs. A. MARON ; *Dr. pén.* 2005, Comm. n° 117, obs. A. MARON ; *RSC* 2006, p. 419, note J. BUISSON. Comp. CA Douai, 9 juin 1988 ; *D.* 1991, p. 66, obs. G. AZIBERT, et Cass. crim., 26 mars 2006, *Bull. crim.*, n° 88 ; *D.* 2006, p. 2721, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE. De même, l'usage de la force par un policier ne sera justifié que si elle était nécessaire. V. Cass. crim., 19 oct. 1994 ; *Dr. pén.* 1995, p. 36, obs. M. VÉRON.

601. La solution, désormais classique, a été à nouveau rappelée récemment : Cass. soc., 15 mars 2015, *Bull.*, n° 68 ; *D.* 2015, chron. p. 871, obs. N. SABOTIER ; *AJ pén.* 2015, p. 316, obs. D. BRACH-THIEL.

602. C'est en outre ce qui justifie que la légitime défense ne puisse être retenue pour justifier un homicide volontaire en réponse à une atteinte contre les biens (Code pén., art. 122-5, alinéa 1). L'admission de la légitime défense face à une atteinte contre les biens se conçoit totalement, mais la valeur vie conserve sa primauté sur la valeur bien.

603. En ce sens, X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 194, n° 216.

604. En ce sens, *ibid.*

605. La bonne foi pourrait entrer dans ces exceptions. Toutefois, l'admission de la bonne foi comme fait justificatif est problématique. Si elle est parfois présentée comme un tel dans le cas des infractions douanières, elle est d'avantage un moyen de renverser la présomption de mauvaise foi existant en la matière et ne s'apparente donc pas à un fait justificatif. Plus problématique est le cas de la bonne foi en matière de diffamation, car ses conditions d'admission sont si strictes qu'il ne s'agit pas parfaitement d'un renversement de la présomption existant en la matière. Reste qu'y voir un fait justificatif est excessif. Certes, la présomption en matière de diffamation est si sévère qu'elle conduit à une modification de la nature de l'infraction, mais la bonne foi reste un moyen de renversement de la présomption (sur ce point, v. *infra*, n° 423), non à une hypothèse de justification. En ce sens, B. DE LAMY, « La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami », *D.* 1998, p. 499. *Contra*, P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation, notion et rôle » in *Mélanges offerts à A. Chavanne, op. cit.*

606. J.-P. DOUCET, « Les droits de la défense, faits justificatifs méconnus », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 595.

607. Pour une étude générale des droits de la défense comme fait justificatif et des limites de son admission, v. *ibid.*, et Y. MAYAUD, « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale » in *Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges offerts à R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 295.

608. Loi du 29 juil. 1881, art. 35.

strictes conditions dans lesquelles la preuve de la vérité peut être rapportée induisent clairement une pesée d'intérêts. Refuser que la preuve de la vérité puisse être rapportée lorsque les faits sont relatifs à la vie privée⁶⁰⁹, n'est-ce pas, admettre que la vie privée prime sur la liberté d'expression ?

398. Absence d'antijuridicité et disparition de la nécessité de la répression – Légaliste en ce que la source première de la justification est la loi, celle-ci n'en est donc pas moins fortement imprégnée d'une logique de pondération d'intérêts et de valeurs. Or, cette pondération trouve assez naturellement sa place dans un élément antijuridique tourné vers le caractère attentatoire du comportement. En effet, à raison des circonstances qui entourent la réalisation du fait et de l'atteinte, ses conséquences n'apparaissent plus comme un marqueur objectif de sa gravité et de son caractère répréhensible. Au contraire, au regard de la nécessité du comportement accompli⁶¹⁰ et/ou du fait qu'il se révèle, *in fine*, juste, la nécessité de la répression devient douteuse. Il est alors possible de considérer que la justification opère en négatif sur l'élément antijuridique, faisant obstacle à la qualification judiciaire des faits. Les effets sont plus larges qu'une simple absence de responsabilité. Le comportement ne peut être pénalement qualifié parce que l'infraction n'est pas caractérisée faute d'être antijuridique.

399. Une admission limitée des faits justificatifs extra-légaux – Faut-il alors admettre comme en Allemagne que tout comportement nécessaire ou juste à raison de la pesée des intérêts en présence puisse être justifié, même en l'absence de texte ? L'un des apports fondamentaux de l'antijuridicité est de permettre d'expliquer le mécanisme de la justification, mais également de permettre l'admission de faits justificatifs extra-légaux. Une réponse mitigée à la question posée s'impose. Tout comme les autres éléments, la caractérisation de l'élément antijuridique relève de l'appréciation du juge. Or, l'infraction nécessaire est sans doute un indice fort de l'absence de nécessité de la répression et, donc, de disparition de l'injuste. Les récents débats autour de la légitime défense⁶¹¹ donnent en outre à la problématique une résonance particulière, débats auxquels s'ajoute un arrêt récent de la Cour de cassation à l'occasion duquel il a été jugé qu'à raison des circonstances (agissements s'inscrivant dans le cadre d'une enquête sérieuse, destinée à servir un débat d'intérêt général), des faits d'escroquerie ne pouvaient être sanctionnés. En l'espèce, elle opère clairement une pondération d'intérêts puisqu'elle estime que la sanction

609. Loi du 29 juil. 1881, art. 35.

610. Pour une proposition de prise en compte de l'infraction nécessaire dans la justification, v. X. PIN, « L'infraction juste » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, *op. cit.*

611. V. C. FLEURIOT, « Femmes battues : « il ne faut pas créer un régime de légitime défense différée », *D. actualité* 2016, ainsi que le projet de loi relatif à la sécurité publique adopté en première lecture au Sénat le 24 janvier 2017 traitant notamment de l'usage des armes par les policiers.

constituerait « une ingérence disproportionnée dans l'exercice de la liberté d'expression »⁶¹².

Malgré cette décision, il faut souligner qu'en principe, la conception légaliste française devrait imposer que l'appréciation négative de l'élément antijuridique soit encadrée par la loi. Les textes d'incriminations s'imposent au juge et si la pondération d'intérêts et la stricte nécessité du comportement peuvent être un indice d'une absence de nécessité de la répression⁶¹³, cet indice doit – toujours en principe – être entériné et conforté par la loi. La marge de manœuvre que s'accorde le juge en la matière est conforme à la conception matérielle de l'antijuridicité. Mais elle devrait rester encadrée afin que l'appréciation de l'antijuridicité ne devienne pas une source d'arbitraire, privant au reste d'intérêt le strict encadrement des faits justificatifs légaux.

Cette problématique rejoint par ailleurs la problématique récurrente relative au consentement. Une atteinte à l'intégrité physique peut être justifiée par le consentement de la victime en matière de sport de combat, d'opérations chirurgicales, de pratiques sadomasochistes⁶¹⁴, etc. Pourtant, le consentement ne peut être rattaché dans ces hypothèses à aucun fait justificatif général prévu par la loi⁶¹⁵. Si la conception légaliste française ne peut expliquer parfaitement ici l'absence de répression, la théorie allemande, elle, le peut⁶¹⁶. La nécessité de protection du bien juridique disparaît avec le consentement de la personne⁶¹⁷. Il y est donc un fait justificatif lorsque le bien juridique protégé par l'incrimination en cause est un bien disponible⁶¹⁸. Le principe connaît toutefois certaines limites tenant aux droits fondamentaux et à la notion de bonnes mœurs⁶¹⁹.

Il semble difficile aujourd'hui d'occulter le caractère justificatif que peut avoir en certaines

612. Cass. crim., 26 oct. 2016, *Bull. crim.*, n° 15-83.774, à paraître ; *RSC* 2016, p. 767, obs. H. MATSOPOULOU ; *Légipresse* 2017, comm. n° 346, note H. LECLERC.

613. La nécessité pourrait s'apprécier notamment au regard de l'urgence : X. PIN, « L'infraction juste » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert, op. cit.*

614. L'arrêt du 17 février 2005 rendu par la CEDH consacre le droit d'entretenir des relations sexuelles même violentes. En l'espèce, la victime avait cessé de consentir, ce qui justifiait, outre l'extrême violence des faits, la condamnation. CEDH, 17 fév. 2005, *Bull. crim.*, n° 42758/98 et 45558/99 ; *RTD civ.* 2005, p. 341, obs. J.-P. MARGUÉNAUD. *Adde* : M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973, et X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal, Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, p. 83.

615. Encore qu'il soit dans certains cas possible de le rattacher à l'autorisation de la loi. X. PIN, *Le consentement en matière pénale*, th. préc., p. 230, n° 261 : le consentement justificatif « est une modalité particulière de la justification par autorisation de la loi, au sens de l'article 121-4 ». Mais, dans le cas des pratiques sadomasochistes, il faudra alors voir dans la liberté sexuelle (qui au demeurant n'est pas formellement consacrée) une autorisation légale, ce qui est pour le moins artificiel.

616. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 251.

617. *Ibid.*, p. 279.

618. X. PIN, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », art. préc.

619. *Ibid.* Selon Monsieur PIN, le critère du raisonnable devrait conduire à réprimer les comportements choquants pour le plus grand nombre, avec en outre une ultime limite objective tenant à la dignité humaine. Du même auteur, « L'infraction juste » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert, op. cit.* Dans les faits ayant donné lieu à l'arrêt K.A. et A.D. c/ Belgique, la condamnation serait donc justifiée également au regard de l'extrême gravité des atteintes subies par la victime.

hypothèses le consentement⁶²⁰. La Cour de cassation s'octroie un pouvoir de plus en plus large dans l'appréciation de la nécessité de la répression, notamment sous l'influence de la Cour européenne des Droits de l'Homme. Il a été remarqué que cette dernière n'impose « pas seulement au juge pénal un contrôle de légalité consistant à vérifier la conformité d'une incrimination aux principes européens, mais également un contrôle de nécessité consistant à vérifier la proportionnalité d'une condamnation pénale au regard des droits consacrés par la Convention. Dans cette perspective, la Convention européenne des droits de l'homme participe au renouvellement des causes de justification. Au côté des faits justificatifs internes et traditionnels, apparaissent des causes de justification qui consistent à apprécier, en fonction de critères pragmatiques, la proportionnalité entre une condamnation pénale et le respect d'un droit fondamental : liberté d'expression ; droit au procès équitable... »⁶²¹ Cet élargissement va sans doute dans le sens d'une prise en compte de l'antijuridicité dans sa dimension matérielle et est, à ce titre, à approuver. Encore reste-t-il quelques incohérences. Par exemple, comment expliquer que le caractère involontaire du résultat obtenu puisse être de nature à faire obstacle à l'admission de la légitime défense ? Si le raisonnement opère par pondération d'intérêts (et rien ne justifierait que les faits justificatifs légaux soient soumis à une autre approche, d'autant que la loi ne fait pas de l'intention du résultat une condition de la légitime défense), la seule intention du comportement intéresse, peu importe que le résultat finalement obtenu ait dépassé les prévisions de l'agent⁶²².

Quoiqu'il en soit, il est certain que la mise en balance des intérêts peut être un indice fort de l'absence de nécessité de la répression et doit, dans une certaine mesure pouvoir être pris en compte par le juge, même sans texte⁶²³. Tel serait le cas lorsque l'intérêt atteint par le

620. Monsieur PIN relève à ce titre que les auteurs s'opposant à l'admission du consentement comme fait justificatif doivent admettre « un nombre grandissant d'atténuations ou d'exceptions ». X. PIN, « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal », art. préc.

621. J.-C. SAINT-PAU, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », art. préc. Comp. plus spécialement sur l'effet justificatif de l'art. 10 de la CEDH, du même auteur, « Obs. sous Cass. crim., 12 juin 2007 et CEDH, 7 juin 2007 », *RPDP* 2008, n° 116.

622. La doctrine critique assez majoritairement la solution jurisprudentielle voulant que le résultat ait été voulu. V. not. J. PRADEL, *Principes de droit criminel*, op. cit., p. 200, n° 222 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 269-270. À ce sujet, un arrêt récent peut être perçu comme un assouplissement, la Cour de cassation ayant affirmé que la légitime défense pouvait être retenue dès lors « qu'il n'existait pas de disproportion entre l'agression et les moyens de défense employés, peu important à cet égard le résultat de l'action ». Cass. crim., 17 janv. 2017, n° 15-86.481, à paraître ; *D. actualité* 2017, obs. C. BENELLI-DE BÉNAZÉ. Dans cette espèce, un homme c'était défendu en parant les coups de son adversaire, provoquant sa chute. Or, celle-ci avait eu pour conséquence la tétraplégie de l'agresseur. L'arrêt ne consacre pas (loin de là) l'admission de la légitime défense lorsque l'infraction commise est finalement involontaire, car dans le cas des violences volontaires, seule l'atteinte à l'intégrité doit avoir été voulue, sans égard au dommage final. Toutefois, il apparaît clairement qu'ici le dommage avait très largement dépassé les prévisions de l'agent, dont il n'était même pas certain qu'il est eu l'intention de porter un coup à son adversaire. Par ailleurs, la généralité de l'attendu selon lequel le résultat de l'action importe peu mérite d'être relevé.

623. En faveur d'une admission très large du consentement comme fait justificatif, v. toutefois R. DOUBLIER, « Le consentement de la victime » in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 188. Selon lui, il serait souhaitable qu'« une conciliation intervienne qui, laissant à l'État ses

comportement est disponible et lorsque l'atteinte reste de faible gravité. La préservation des libertés individuelles impose dans une certaine mesure cette solution et une stricte appréciation des intérêts en présence est de nature à permettre l'établissement d'un équilibre. Mais cette prise en compte ne peut être totalement libre, sauf à ouvrir la porte à l'arbitraire⁶²⁴. Le droit allemand encadre d'ailleurs l'admission des faits justificatifs extra-légaux. Le légalisme français pêche sans doute parfois par sa rigidité, mais il est aussi le gage d'une certaine égalité de traitement qu'est de nature à mettre à mal le développement des faits justificatifs extra-légaux. L'antijuridicité dans sa dimension matérielle donne un fondement et une justification à l'impossibilité de qualifier le comportement en présence d'un fait justificatif, mais il n'est pas certain qu'une admission large des causes de justifications *ultra legem* soit véritablement souhaitable. Ici comme ailleurs un équilibre doit être trouvé par l'enrichissement des deux conceptions, ce qui n'emporte pas forcément l'abandon total de notre approche légaliste.

* *
*

400. Conclusion du Chapitre 2 – Second angle d'analyse permettant la qualification des faits d'un point de vue objectif, l'élément antijuridique conduit à apprécier les conséquences du comportement et, plus particulièrement, son caractère attentatoire. Inspiré de l'analyse allemande, cet élément aurait pu avoir pour donnée principale le résultat légal de l'infraction. L'antijuridicité aurait alors variée entre un premier degré de mise en danger et un second degré de lésion, selon le résultat légal fixé par le législateur. Cette approche n'a toutefois pas été celle suivie pour deux raisons. La première tient au caractère difficilement réductible des infractions formelles à des infractions de mise en danger. La seconde tient au caractère peu praticable de la notion de mise en danger comme seuil minimal de l'antijuridicité. Subjective, elle ne permet ni d'encadrer suffisamment la répression, ni de résoudre toutes les difficultés relatives à la consommation de certaines infractions formelles. C'est donc à partir du résultat redouté par le législateur qu'il a été proposé de raisonner. Ce résultat est une constante en matière d'incrimination, bien que sa vérification par le juge ne soit pas toujours requise. Il demeure malgré tout déterminant, parce que textuellement, le comportement doit tendre à sa réalisation. Formellement exigé pour les infractions matérielles, il conduit à s'intéresser au pouvoir causal du comportement dans le cas des infractions formelles. Le recours à la causalité présente

pouvoirs d'action, restituée à l'individu, dans toute la mesure du possible, la responsabilité des décisions qu'il a volontairement prises ».

624. Remarquant qu'à « un jugement légal abstrait opéré *a priori* se substitue donc un jugement de valeur prétorien concret réalisé *a posteriori* », Monsieur SAINT-PAU s'interroge en ses termes : « Plus flexible, le droit pénal restera-t-il cependant prévisible ? » J.-C. SAINT-PAU, « Obs. sous Cass. crim., 12 juin 2007 et CEDH, 7 juin 2007 », art. préc.

ici l'avantage de permettre de déterminer plus finement le moment de consommation de ces infractions. Seules les infractions obstacles, qu'elles soient déterminées ou indéterminées, sont structurellement indifférentes au résultat redouté et n'entretiennent pas de pouvoir causal avec lui. Attentatoires aux libertés individuelles, ses incriminations apparaissent de nécessité douteuse au regard des conséquences du comportement. L'élément antijuridique permet ici de mettre en lumière l'anormalité de ces incriminations, qui ne répondent pas totalement aux principes de la matière. L'absence de caractère attentatoire ne suffit certes pas à remettre en cause leur nécessité, mais il devrait être compensé par un degré supérieur de gravité du comportement, ce qui n'est pas toujours le cas. Les infractions formalistes en donnent d'ailleurs un exemple topique. En réalité, ces incriminations présentent des éléments constitutifs atrophiés, aussi bien d'ailleurs du point de vue objectif que subjectif.

* *
*

401. Conclusion du Titre 1 – Dans sa dimension objective, l'infraction est composée de deux éléments complémentaires tenant à la matérialité et l'antijuridicité. Leur proximité conduit à certaines difficultés de délimitation de chacun, mais il a été possible d'identifier pour chaque élément une donnée principale et fondamentale, ainsi que des circonstances l'accompagnant.

À titre principal, l'élément matériel est composé du fait marquant l'achèvement de l'exécution de l'infraction. La caractérisation de ce fait pourra nécessiter un exercice de reconstruction par le juge, expliquant la possible prise en compte de différentes données pour le caractériser. Son étude a été l'occasion de revenir sur les variations qu'il est susceptible de connaître, notamment dans son intensité. Quant aux circonstances l'accompagnant, elles sont diverses. Les textes contiennent parfois une multitude de précisions relatives au cadre, à la qualité de l'agent, ou encore au moyen employé⁶²⁵. Dès lors qu'elles sont mentionnées dans les textes d'incrimination, leur vérification sera indispensable, conformément au principe de légalité.

Quant à l'élément antijuridique, c'est une approche concrète qui a été choisie. Il s'agit pour le juge d'apprécier le comportement au regard de ses suites, afin de parfaire la qualification. L'identification de la donnée principale a toutefois soulevé certaines difficultés. Les différences de conception entre la France et l'Allemagne ne rendent pas possible une transposition parfaite qui, par ailleurs, n'est pas forcément souhaitable. Parmi les différents résultats identifiés par la doctrine, c'est le résultat redouté qui a été retenu. Plus objectif que la notion de mise en danger,

625. Celui-ci n'est qu'une circonstance constitutive lorsqu'il ne constitue pas le fait principal. Dans ce dernier cas, il est la donnée principale de l'élément, comme dans l'hypothèse des fausses infractions complexes.

il permet de fixer de manière plus stricte le seuil théorique de l'illicéité du comportement. Ce résultat a permis d'insister sur l'anomalie structurelle des infractions obstacles, éloignées à la fois temporellement et causalement du résultat redouté.

Les deux éléments objectifs de l'infraction ayant été envisagés, il faut désormais s'attacher à l'étude de l'infraction sous son angle subjectif.

Titre II

L'élément subjectif de l'infraction

402. Une problématique empiétant sur les contours de la responsabilité – Les problématiques soulevées par la dimension subjective de l'infraction sont nombreuses, notamment en raison du caractère ambigu de l'élément moral. La volonté étant celle de l'agent, la doctrine a longtemps été hésitante quant à son rattachement parfait à l'infraction. Si nous avons pu voir que ce rattachement s'imposait dès lors que l'infraction ne peut être qu'un comportement volontaire¹, une difficulté demeure. Elle est relative aux contours de l'infraction et à la place des conditions d'imputabilité dans le schéma de la responsabilité pénale. La problématique dépasse le strict cadre de la première pour empiéter sur le lien qu'elle entretient avec la seconde. En effet, dans l'approche majoritaire certaines données subjectives sont détachées de l'infraction pour dépendre directement de sa conséquence. Analyser de l'infraction sous son angle subjectif implique par conséquent une approche plus large, qui intègre les problématiques liées au lien entre infraction et responsabilité. Non seulement la détermination de la structure de l'infraction en dépend, mais encore la conception retenue de l'élément moral éclaire la notion de responsabilité pénale.

403. Imputabilité et élément psychologique – À l'heure actuelle, la doctrine majoritaire considère les conditions d'imputation comme des conditions extérieures à l'infraction. À ce titre, elles conditionneraient directement la responsabilité et non son fait générateur. Les conséquences de cette approche sont importantes quant à la notion d'infraction, et notamment pour l'élément moral qui se trouve réduit à la portion congrue. Pour cette raison – entre autres – le rattachement des conditions d'imputabilité à la responsabilité plutôt qu'à l'infraction est discutable. Certes, il repose sur un courant jurisprudentiel ayant permis la répression de comportements commis par des personnes pour lesquelles ces conditions n'étaient pas vérifiées,

1. V. *supra*, n^{os} 220 et s.

mais il n'en demeure pas moins qu'il conduit à se contenter d'une approche très abstraite de la volonté et, par suite, à priver d'effectivité sa vérification lors de la qualification judiciaire. Les conditions d'imputabilité ne pouvant pas, selon nous, être détachées de l'appréciation de la volonté, il apparaît plus opportun de réunir au sein de l'infraction les données psychologiques, dans un élément qui en porte le nom. C'est par conséquent une approche large de la dimension subjective de l'infraction qui sera proposée, approche dans laquelle toutes les données liées à la psychologie de l'agent se trouvent réunies au sein de l'élément psychologique².

Cette conception de l'élément psychologique entraîne deux conséquences majeures. La première est de rattacher les causes subjectives d'irresponsabilité directement à l'infraction : elles sont des obstacles à la qualification pénale des faits. La seconde est de priver la responsabilité de toute condition propre, hormis l'infraction. Celle-ci est son principal fait générateur et lorsqu'elle est caractérisée, la réponse pénale présente une certaine automaticité. Est-ce alors à dire que les deux notions seraient confondues ? Ce n'est pas certain, car si la responsabilité est la conséquence immédiate de la qualification pénale des faits, elle est aussi la conséquence d'autres actes pénalement répréhensibles. La réunification des conditions psychologiques au sein de l'infraction a donc des conséquences importantes sur la perception de la responsabilité, mais elle n'entraîne pas pour autant une confusion des notions.

L'on voit donc que l'analyse de l'infraction sous son angle subjectif conduit dans un premier temps à s'attacher à la composition de l'élément psychologique (**Chapitre 1**), puis, dans un second temps, à s'attarder sur les conséquences de la réunion des données psychologiques dans la structure infractionnelle (**Chapitre 2**).

2. La terminologie d'élément psychologique sera retenue pour cette raison, car plus large que celle d'élément moral et plus à même de recouvrir l'ensemble des données psychologiques.

Chapitre 1

L'élément psychologique de l'infraction

404. Un élément complexe – L'élément psychologique est sans aucun doute le plus difficile à appréhender des éléments, mais aussi le plus fondamental. Le plus difficile à appréhender, d'abord, en raison du fait que son étude théorique en France est tardive³, malgré sa grande complexité. Il fait appel à différents concepts, particulièrement malaisés à délimiter théoriquement et à définir. Les terminologies varient d'un auteur à l'autre, de même que la consistance précise de l'élément. Le plus fondamental, ensuite, parce que cet élément, témoigne à la fois « de l'option d'un système répressif »⁴ et permet à la fois de parfaire la qualification judiciaire des faits. On sait qu'un même fait matériel et antijuridique peut aboutir à de multiples qualifications. La volonté de l'agent sera alors déterminante dans le choix définitif. C'est en ce sens que l'élément psychologique guide et achève celle-ci⁵.

405. Un élément composite – Dans son contenu, l'élément psychologique de l'infraction conduit à apprécier la volonté de l'auteur des faits parce qu'elle est, en un sens, la mesure de sa culpabilité. Cette exigence de volonté ne soulève pas réellement de problème, bien qu'elle appelle certaines précisions, notamment quant aux différents degrés pouvant être exigés selon les incriminations. Mais ce qui importe plus particulièrement, c'est de parvenir à déterminer ce que l'on entend lorsque l'on affirme que le comportement doit être apprécié sous un angle subjectif pour pouvoir être qualifié. L'analyse de l'infraction sous cet angle appelle-t-elle simplement une analyse abstraite de la volonté ayant sous-tendue le comportement, ou conduit-elle à s'intéresser à la perception qu'a eu l'agent de son acte, celle-ci devant correspondre à la perception décelable dans le texte ou qui découle logiquement de l'analyse du comportement décrit dans ce dernier ?

3. Les ouvrages de l'Ancien droit ne contiennent pas d'analyse approfondie de la volonté exigée.

4. B. MERCADAL, « Recherche sur l'intention en droit pénal », art. préc., s'agissant plus particulièrement de l'importance de l'intention dans le système répressif. L'auteur précise qu'elle « est sa coloration, l'expression de son éthique » et « permet de mesurer son degré de sévérité ».

5. A. DEMICHEL, « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, p. 213 : « Il semble que cet élément puisse être le lien qui existe entre la volonté de l'auteur d'un acte et la nocivité de cet acte, qui constitue en quelque sorte le vécu subjectif de l'élément matériel et qui permet de passer de cet élément matériel à la qualification légale. »

L'on devine déjà que c'est cette seconde approche qui sera privilégiée parce qu'elle seule donne à la définition de l'infraction comme comportement humain tout son sens. Il s'ensuit que l'analyse de l'infraction sous son angle subjectif imposera différentes vérifications, et qu'à la volonté, composante décisive de l'élément psychologique (**Section 1**), s'ajouteront les circonstances l'accompagnant (**Section 2**), et dont l'existence est tout aussi fondamentale à la qualification pénale du comportement.

Section 1 – La volonté, composante décisive de l'élément psychologique

406. Volonté et caractérisation de la volonté – Lorsque l'on s'intéresse à l'élément moral, la première condition qui vient à l'esprit est sans doute celle relative au dol général, soit la volonté d'accomplir l'infraction telle qu'incriminée⁶. Ce dernier n'est pourtant pas la donnée principale de l'élément psychologique, et ce pour deux raisons. La première tient au fait que le dol, classiquement opposé à la faute, est une particularité des seules infractions intentionnelles. Malgré son nom, il n'a donc pas d'aspect général et systématique. La seconde tient à la définition du dol général qui est entièrement dirigée vers la violation de la loi. Héritage de la conception légaliste française de l'infraction, cette définition est relativement théorique et artificielle. Si elle recèle une part considérable d'indications quant aux données intégrant l'élément psychologique, ce n'est pas à partir d'elle qu'il sera possible d'en déterminer la donnée principale. C'est au contraire à partir de l'exigence minimale commune à toutes les infractions que sera précisée la teneur de cet élément : l'exigence d'un comportement volontaire. La volonté apparaît donc comme la donnée principale de l'élément psychologique, donnée qui connaît des variations dans son intensité selon les exigences légales. Reste que si elle est primordiale, immatérielle et abstraite, sa vérification peut poser problème. En la matière, les juges auront souvent recours à des déductions et des présomptions. Une telle tendance n'apparaît pas fondamentalement choquante au regard de l'intégrité de l'infraction et de la conception proposée des éléments dès lors, du moins, qu'elle n'emporte ni une dispense totale d'analyse du comportement sous son angle subjectif, ni une modification de la nature de l'infraction.

À l'étude de la volonté, constante en matière infractionnelle (**I**), suivra celle de sa caractérisation (**II**).

6. V. *infra*, n° 408.

§ 1. L'exigence constante de la volonté

407. Volonté et variations de la volonté – L'identification de la donnée principale peut poser problème en raison de la très grande diversité des incriminations et des éléments psychologiques correspondants. La volonté exigée varie en effet sensiblement selon les différents textes et la nature précise des infractions considérées. Toutefois, dès lors que l'on fait abstraction de l'opposition traditionnelle entre la *culpa* et le *dolus*, une systématisation apparaît possible autour de l'exigence générale de volonté. Constante en matière infractionnelle, elle connaît simplement des variations dans son intensité. Il n'apparaît donc pas opportun de raisonner à partir de l'opposition traditionnelle qui est un obstacle à la systématisation (A). Il suffit de constater que la volonté est toujours exigée et est susceptible de varier selon les exigences légales (B). L'analyse du comportement sous son angle subjectif réside donc avant tout dans l'appréciation de la volonté et de son intensité.

A. L'opposition *culpa* et *dolus*, obstacle à la systématisation

408. De la faute et du dol – Historiquement, l'étude de la dimension subjective de l'infraction s'organisait autour d'une opposition fondamentale entre les infractions involontaires caractérisées par une faute (*culpa*) et les infractions volontaires caractérisées par un dol. L'opposition est ancienne. Elle était déjà exposée par MUYART DE VOUGLANS qui distinguait les infractions commises dans le dessein de nuire, de celles commises sans un tel dessein⁷. L'exigence de la complémentarité entre le fait et la volonté se traduisait concrètement soit par la nécessité d'un comportement fautif, soit par celle d'un comportement dolosif, c'est-à-dire accompli avec une intention malveillante. La faute y apparaissait donc comme le degré le plus faible de l'élément psychologique.

Toutefois, l'opposition ne permet pas de préciser efficacement la teneur de l'élément psychologique pour deux raisons. La première tient à l'ambivalence de la terminologie de faute. En effet, la faute peut être considérée comme une notion tout à fait générale sous-tendant l'élément psychologique dans son ensemble⁸, mais l'affirmation ne peut suffire dès lors qu'« en réalité il y a faute toutes les fois que nous avons failli à un devoir, que ce soit sans intention ou, à plus forte raison, avec intention d'y faillir, et c'est précisément ce que nous exprimons dans notre

7. P.-F. MUYART DE VOUGLANS, *Institutes au droit criminel*, op. cit., p. 6. Cette présentation est directement héritée du droit romain et se retrouve dans le *Digeste*. V. J. ORTOLAN, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 8^{ème} éd., t. 3, Henri Plon, 1870, p. 354, n° 1635.

8. Ainsi, il est possible de considérer que cet élément est systématiquement constitué par une faute. En ce sens, G. LEVASSEUR, « Étude de l'élément moral de l'infraction » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie*, Travaux du colloque de science criminelle, Toulouse, op. cit.

langue française, où nous avons consacré comme termes techniques, en droit pénal et pour tous les cas, les mots coupable, culpabilité, sans distinguer s'il s'agit de délits non intentionnels ou de délits intentionnels. »⁹. En outre, la notion de faute en droit pénal est floue. Parce que certaines infractions non intentionnelles se définissent essentiellement par elle, elle intègre parfois dans le langage des juristes des considérations matérielles et intellectuelles.

La seconde raison qui justifie de ne pas partir de cette opposition est qu'elle repose sur une définition particulière du premier qui n'est pas totalement convaincante. L'opposition *culpa/dolus* tient en grande partie au fait que les infractions intentionnelles, à l'inverse de celles commises par imprudence, sont des comportements accomplis avec la volonté de violer la loi. Le dol n'est plus défini de manière générale comme une intention de nuire, comme il pouvait l'être chez MUYART DE VOUGLANS. Il est, communément, une violation volontaire de la loi. Si l'on s'en tient à la définition la plus courante qui est celle de GARÇON, le dol général consiste « à savoir que l'acte qu'on va commettre est défendu et à vouloir cependant le commettre »¹⁰. L'on voit alors l'importance toute particulière que prend la violation voulue de la loi : la volonté du comportement accompli n'est appréhendée que par la volonté d'accomplir le comportement sanctionné. C'est cette volonté qui était décisive pour GARRAUD¹¹ et elle le reste dans la plupart des définitions proposées dans les ouvrages. Ainsi, pour Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, le dol général renvoie à la volonté tendue vers la violation de la loi pénale¹². Pour Monsieur PRADEL il tient à la connaissance de l'interdit et à la volonté de le transgresser malgré tout¹³. Et de manière similaire, Monsieur PIN y voit « l'intention de violer la loi pénale ou d'enfreindre l'interdit pénal »¹⁴.

409. Le double artifice du dol général – Deux critiques peuvent être faites à cette approche. La première tient à l'artifice sur lequel elle repose. Car finalement, la volonté de violer la loi est fondamentalement indifférente à la qualification du comportement. Sans doute, la connaissance de la loi est-elle importante. Toutefois, celle-ci est présumée¹⁵ et la présomption est particulièrement difficile à renverser¹⁶. Au demeurant, il est quelque peu abstrait et artificiel

9. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 151, n° 381.

10. E. GARÇON, *Code pénal annoté*, *op. cit.*, t. 1, note ss art. 1, p. 8, n° 81. Cette définition est régulièrement reprise dans les manuels. V. entre autres B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 251, n° 280.

11. En ce sens, R. GRIFFON, *De l'intention en droit pénal*, th. préc., p. 82. GARRAUD écrit en effet, à propos plus généralement de l'intention, qu'elle « consiste [...] dans la conscience, chez l'agent, qu'il accomplit l'acte comme délit ». R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 182, n° 80.

12. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 217, n° 380.

13. J. PRADEL, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 454, n° 554.

14. X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 181, n° 187. V. égal. Y. MAYAUD, « La volonté à la lumière du nouveau code pénal » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 203, pour qui le dol général consiste en une « adhésion » à l'acte.

15. Certains auteurs voient d'ailleurs dans la connaissance de la loi davantage une fiction qu'une présomption. C. HARDOUIN-LE GOFF, « Les fictions légales en droit pénal », *Dr. pén.* 2009, étude, p. 1.

16. Il s'agit dans ce cas de prouver une erreur de droit, selon les conditions de l'article 122-3.

de concevoir la volonté exigée au titre du dol général comme une volonté de violer la loi, au détriment d'une volonté dirigée vers le comportement accompli. Si celle-ci existe, elle n'a pas réellement à être vérifiée par le juge et est, quoi qu'il en soit, impliquée nécessairement par l'adjonction de la présomption de connaissance de la loi et la vérification du caractère volontaire de l'acte. Elle n'est que d'une importance pratique – et théorique¹⁷ – très accessoire. Le problème du caractère artificiel du dol général vient en partie de cette approche légaliste dont il est pourtant possible de s'affranchir. La caractérisation de l'infraction présuppose, certes, une connaissance de la loi (il s'agit là du reflet du principe de légalité sur l'élément psychologique de l'infraction), mais la volonté ne sera que dans certains cas une simple volonté de violer celle-ci. Cette hypothèse se rencontre essentiellement pour les infractions techniques de simple violation d'une obligation légale ou réglementaire¹⁸. Mais de manière générale, et au regard de l'exercice de qualification, la volonté de violer la loi n'est pas effectivement prise en compte et elle n'a pas d'importance significative. D'ailleurs, Messieurs MERLE et VITU, écrivaient que la définition du dol général donnée par GARÇON ne pouvait être comprise que comme impliquant « un rapport de concordance entre les faits tels que les a compris l'agent et les faits décrits par la loi »¹⁹, l'agent étant moralement coupable « lorsque les actes matériels dont il a conscience coïncident avec ceux qui sont pénalement incriminés »²⁰. C'est en réalité la volonté de commettre l'acte, et, selon les infractions, la volonté tendue vers l'obtention du résultat, qui est véritablement déterminante, tant du point de vue théorique que pratique²¹. C'est cette volonté qui constitue la donnée principale des infractions intentionnelles parce que c'est elle qui conditionne la qualification et permet de la parfaire. La connaissance de la loi est davantage une circonstance qui accompagne la volonté de l'acte. Si elle participe bien de l'existence de l'infraction, elle ne relève pas à proprement parler de la volonté²².

La seconde critique – qui était déjà sous-jacente à la première – tient quant à elle à l'artifice auquel conduit la définition. Car la violation volontaire de la loi n'a jamais à être vérifiée. La présomption de connaissance de la loi conduit finalement, au regard de la définition proposée, à

17. Elle permet toutefois d'expliquer l'ampleur et l'étendue de la volonté. Dès lors que l'agent doit avoir voulu accomplir le comportement tel qu'il est décrit dans les textes, il doit avoir eu connaissance de toutes les circonstances prévues par le texte au moment de l'accomplissement des faits. V. *infra*, n° 436.

18. Il s'observe alors une atrophie discutable de l'élément psychologique car la connaissance de la loi étant présumée, la violation sera, par extension, regardée comme volontaire. V. *infra*, n° 433.

19. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 730, n° 580. Comp. R. MERLE, « La culpabilité devant les sciences humaines et sociales, Rapport de synthèse présenté au Colloque international du cinquantième de l'Institut de criminologie et de sciences pénales de Toulouse », *RSC* 1976, p. 29.

20. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 730, n° 580.

21. Au soutien de cette position, il est possible de renvoyer à l'étude de Monsieur HOSNI consacrée à l'erreur de droit et qui explique qu'en Allemagne, d'après la théorie dite de la culpabilité, « la place systématique de la connaissance de la loi n'est nullement au sein de l'intention criminelle. Cette intention se contente d'une connaissance des faits constitutifs de l'infraction et d'une volonté dirigées vers ces faits. C'est alors « une intention de fait ». N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1999, p. 711.

22. Une partie de la doctrine allemande adopte un raisonnement relativement similaire. *Ibid.*

s'affranchir de toute vérification positive. Par le constat du fait qu'un individu a agi, présomption faite de la connaissance de la loi, l'infraction est du même coup caractérisée objectivement et subjectivement, l'accent n'étant pas concrètement mis sur la volonté du comportement. Le dol général n'appelle donc pas de constatation particulière et la culpabilité de l'agent ne dépend que de données présumées²³ : l'imputabilité de l'acte et la connaissance de la loi²⁴.

Aussi ne peut-on que rejoindre Monsieur DANA lorsqu'il constatait qu'« ainsi perçue, l'intention perd nécessairement toute spécificité. Elle ne rend plus compte de telle ou telle forme de culpabilité. Elle répond de la définition même de la notion d'infraction, située dans un système légaliste. »²⁵ Le concept de dol général n'est en effet pas utile en l'état et c'est donc à partir du degré minimum exigé en matière infractionnelle qu'il nous faut raisonner.

410. Imputabilité et volonté, constantes en matière infractionnelle – En réalité, en matière infractionnelle, il existe deux constantes d'ordre intellectuel. La première tient à l'imputabilité, ou plus précisément aux données qui la conditionnent, la seconde tient à la volonté. La responsabilité pénale ne se conçoit pas si l'agent ayant commis les faits ne possédait pas certaines qualités psychologiques. Il s'agit là des conditions d'imputabilité de l'infraction. Par ailleurs, tout comportement pénal, en application du principe de complémentarité, présente forcément une donnée morale qui ne saurait se réduire aux seules capacités psychiques de l'agent²⁶. Elle tient, au minimum, au caractère volontaire du comportement accompli²⁷, caractère exigé y compris en matière non intentionnelle²⁸. Aux fins de systématisation, c'est par conséquent

23. Le débat est d'ailleurs ancien : VILLEY estimait déjà que dans la majorité des cas, l'infraction est constituée par la seule volonté, entendue comme faculté de vouloir et, donc, limitée à l'imputabilité. La définition de la volonté faisait l'objet de débats nourris entre les partisans d'une exigence positive (volonté de l'acte au minimum) et les auteurs cantonnant l'exigence de volonté aux conditions d'imputabilité, estimant, en conséquence, que l'infraction n'est pas constituée que dans des cas d'erreur. Les échanges entre VILLEY et LE SELLEUR à *La France judiciaire* illustrent parfaitement les oppositions en la matière. V. E. VILLEY, « De l'intention en matière pénale », art. préc., et du même auteur, « De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale », art. préc., et A.-F. LE SEYLLIER, « De l'intention en matière pénale », *La France judiciaire* 1876, p. 111. V. égal. A. GILARDIN, *Étude philosophique sur le droit de punir*, op. cit., p. 86, qui s'interrogeait en ces termes : « Qu'est-ce donc que cette révérendissime sentence des légistes, que tout délit se compose nécessairement du fait et de l'intention ? Un piège la plupart du temps. » Selon lui, toutes les infractions ne nécessitent pas de vérifier une intention, la violation consciente de la loi, présumée, étant suffisante.

24. En ce sens, C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 462, n° 466. Comp. R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, 1952, Recueil Sirey, p. 142, n° 166 : « En réalité, dans la doctrine classique la notion d'intention a été vidée de son contenu. Telle qu'elle est reçue, cette notion n'ajoute rien ; que l'intention soit requise ou non, le résultat est toujours le même : l'infraction existe dès qu'elle est matériellement réalisée, sauf à l'auteur de s'en justifier. » Il en conclut que le dol général est une notion « inutile » et « factice ». *Ibid.*, p. 148, n° 174.

25. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 462, n° 466. Monsieur DANA se prononce en faveur d'une valorisation du dol spécial, détaché de la présomption de connaissance de la loi. Il tiendrait à une intention de nuire ou de porter atteinte à la valeur protégée. *Ibid.*, p. 475, n°s 481 et s.

26. Sous réserve toutefois du problème posé par les contraventions. V. *infra*, n°s 429 et s.

27. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 88.

28. C'est la raison pour laquelle la distinction ne se fait pas entre les infractions volontaires ou non, mais entre les infractions intentionnelles ou non. *Ibid.*, p. 69. GARRAUD l'expliquait déjà, refusant la distinction entre le dol et la

dans ces deux exigences communes à toutes les infractions qu'il serait possible d'identifier la donnée principale de l'élément psychologique. Plus précisément, c'est vers la volonté qu'il faut se tourner, dès lors que l'imputabilité se révèle davantage être un prérequis à la responsabilité. Là encore, ses conditions ne font pas l'objet d'une vérification effective : présumées, le Ministère public n'a pas à démontrer leurs existences²⁹. Prise dans son ensemble, elle est un contexte psychique préalable et ne peut par conséquent être la donnée principale de l'élément psychologique.

Par contre, la volonté, elle, doit, théoriquement, être toujours vérifiée, y compris en matière non intentionnelle³⁰, et quand bien même son existence pourra se déduire de l'examen des faits. Sans pour autant être réductible à une simple conscience³¹, la notion conduit fort simplement à exiger que le comportement soit voulu³² : il s'agit de la volonté d'accomplissement du fait, quelque soit sa nature, celle-ci pouvant prendre différentes formes selon le type d'infraction considéré.

B. Les variations de la volonté

411. Identification des degrés – Si la volonté est une constante, l'élément psychologique, comme les autres éléments, est dépendant des prévisions légales. Différents degrés de volonté peuvent donc être exigés selon les incriminations. Il s'agira tout d'abord d'identifier ces différents degrés (1), avant de s'intéresser au problème particulier posé par la catégorie des infractions formelles (2).

1. Les degrés de la volonté

412. De la volonté à l'intention – aux termes de l'article 121-3 du Code pénal, la volonté peut aller d'une faute de simple négligence à une intention³³. Le premier degré de volonté – en

faute et préférant distinguer dans la faute les cas où celle-ci est intentionnelle des cas où elle est non intentionnelle : « On comprend par ces explications en quoi consiste la volonté quand elle est opposée à l'intention, et comment la volonté peut exister là où l'intention fait défaut. ». R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale*, op. cit., p. 182, n° 80.

29. V. not. G. LEVASSEUR, « Étude de l'élément moral de l'infraction » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Travaux du colloque de science criminelle, Toulouse*, op. cit. Ceci justifie, pour l'auteur, un transfert des conséquences de l'élément moral au chapitre de la responsabilité.

30. GARRAUD affirmait déjà : « La faute n'est pas un défaut de volonté, mais un défaut de prévoyance. » R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 182, n° 80.

31. Celle-ci dépend de l'imputabilité. En ce sens, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 236, n° 220.

32. En tant que « faculté de déterminer librement ses actes en fonction de motifs rationnels » (*Encyclopédie Larousse*, v° volonté. Comp. *Dictionnaire de l'Académie française* : « Qui se fait sans contrainte, de pure volonté. »), la volonté apparaît très intimement liée aux conditions d'imputabilité qui tiennent justement traditionnellement aux capacités intellectuelles de l'agent et, donc, à sa capacité de comprendre et à sa liberté de vouloir (v. *infra*, n° 449). Ce n'est que par artifice que l'on parvient à dissocier les deux. Toutefois, la liberté peut être perçue comme un préalable de la volonté, centrée elle sur l'adhésion au fait accompli.

33. Y. MAYAUD, « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, chron. p. 37.

un sens le seuil minimal pouvant aboutir à une responsabilité pénale – tient donc à la faute non intentionnelle³⁴, elle-même connaissant divers degrés³⁵. Sous son angle moral, la faute sera une négligence ou une imprudence³⁶, mais qui se traduira forcément dans un comportement volontaire. En d'autres termes, le fait à l'origine du dommage est toujours voulu, bien que les conséquences qui en résultent ne l'aient elles pas été. À proprement parler, la volonté n'est donc une donnée suffisante que pour les infractions non intentionnelles. Pour les autres, elle devra toujours être d'un degré supérieur, à savoir une intention, qui est plus précisément la volonté tendue vers un résultat particulier³⁷. Elle implique donc à la fois le caractère volontaire du fait accompli et la recherche d'une conséquence particulière, tenant dans la majeure partie des cas à l'atteinte³⁸. La question peut alors se poser de savoir s'il s'agit d'une intention au sens propre, ou si une simple conscience du résultat suffit³⁹. La volonté de l'acte, associée à la conscience de la possibilité du résultat, caractérise en réalité un degré intermédiaire de volonté. Il s'agit alors d'un dol éventuel, caractérisé par l'admission du risque. Mais de manière générale, c'est une volonté du résultat qui devra être vérifiée pour les infractions intentionnelles. Pour les infractions matérielles, la solution s'imposerait théoriquement par un parallélisme entre la dimension objective de l'infraction et sa dimension subjective. L'exigence matérielle du résultat s'imprime (sauf précision légale) sur l'élément psychologique de l'infraction. Le résultat peut être abstrait, mais la volonté n'en demeure pas moins, en principe, tendue vers lui. En pratique, toutefois, les deux peuvent être difficilement différenciables, tant volonté et intention sont intimement mêlées. Elles le seront tout d'abord pour certaines infractions dans lesquelles

34. Refusant toutefois que l'on puisse faire relever la faute et le dol d'une doctrine commune, L. JIMENEZ DE ASUA, « Les problèmes modernes de la culpabilité » in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 147. Rapp. E. DESCHEEMAEKER, « La dualité des torts en droit français, Délits, quasi-délits et la notion de faute », *RTD civ.* 2010, p. 435.

35. A. PONSEILLE, « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC* 2003, p. 79.

36. Code pén., art. 121-3. Elle variera entre une faute ordinaire de négligence et une faute délibérée, *praeter-intentionnelle*.

37. V. entre autres E. VILLEY, « De l'intention en matière pénale », art. préc., étant précisé que l'auteur en retient une approche critique.

38. La recherche d'un résultat particulier est parfois désignée sous le vocable de « dol spécial ». Toutefois, le concept de dol spécial est fort peu praticable à raison des divergences doctrinales dans sa compréhension. Pour certains auteurs, il ne tient qu'à la volonté tendue vers le résultat (v. not. I. MOINE-DUPUIS, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », *D.* 2001, p. 2144 ; J. PRADEL, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 458, n° 560 : « Dans le dol général, il y a volonté de l'acte alors que dans le dol spécial, il y a en outre volonté d'un résultat »). Mais il peut être aussi entendu comme l'exigence d'une intention particulière ou d'un résultat déterminé, en plus du dol général (v. not. B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 251, n° 280 ; M. BENILLOUCHE, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction, plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 529). Pour d'autres enfin, il tient à l'exigence d'un mobile particulier (X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 184, n° 189 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 219, n° 384, ou Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 269, n° 253).

39. Le problème a été particulièrement étudié en Allemagne, où différentes théories ont été proposées. Certaines d'entre elles sont exposées par Monsieur GRIFFON dans sa thèse, *De l'intention en droit pénal*, th. préc., p. 27 et s. V. égal. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 69 et p. 86 et s., sur la théorie du risque antérieur consenti.

le fait et le résultat sont presque confondus. Dans ce cas, il n'y a pas à proprement parler de vérification d'une volonté tendue vers le résultat. Celle-ci est en un sens impliquée par le caractère volontaire du comportement. En outre, de manière générale il ne s'agit pas véritablement de deux vérifications consécutives. Par exemple, l'intention de faire mal caractérisant l'infraction de violences volontaires⁴⁰, présuppose le caractère volontaire des coups portés, de même que les coups portés volontairement ne se conçoivent pas sans une intention de faire mal. C'est la raison pour laquelle il serait ici artificiel de concevoir l'intention par une adjonction de deux éléments de volonté. Elle ne devrait être envisagée que comme un degré de cette dernière. L'idée selon laquelle le dol spécial –entendu comme une intention particulière– viendrait s'ajouter au dol général⁴¹ est caricaturale. Il ne s'agit en réalité que d'un degré supérieur exigé par le législateur, mais non de l'adjonction de deux données psychologiques distinctes. Ainsi, pour le meurtre, il ne s'agit pas réellement de vérifier que les coups ont été portés volontairement (dol général) *et* avec l'intention de tuer (dol spécial). Il s'agit de vérifier que les coups ont été portés *dans* l'intention de tuer. Dans l'affirmative, il s'agira d'un meurtre⁴², dans la négative, de violences volontaires et, s'il s'avère que le fait n'était pas intentionnel, de blessures involontaires. La Cour de cassation ne raisonne d'ailleurs pas en termes d'adjonction lorsqu'elle déduit de la localisation des coups l'*animus necandi*⁴³. Elle constate, au regard du comportement accompli, l'intention homicide dans sa globalité, ce qui emporte le caractère volontaire du moyen employé.

413. Le but poursuivi, degré de l'élément psychologique – Le même raisonnement peut en outre être tenu s'agissant de la poursuite d'un but particulier. Par exemple, l'article 322-14 du Code pénal incrimine « le fait de communiquer ou de divulguer une fausse information dans le but de faire croire qu'une destruction, une dégradation ou une détérioration dangereuse pour les personnes va être ou a été commise ». Le but poursuivi (faire croire à) doit être impérativement vérifié par le juge. Il est une donnée indispensable à la caractérisation de l'élément psychologique⁴⁴, parce que le but poursuivi, dans tous les cas où la loi le spécifie « devient le critère de la répression et fixe sa limite »⁴⁵. Ce n'est pas pour autant qu'il est véritablement distinct de

40. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 383, n° 341. Le dommage effectivement subi, bien qu'indispensable à la détermination du texte applicable, n'a toutefois pas à être recherché. La symétrie entre la dimension objective et la dimension subjective est relative.

41. En ce sens, v. entre autres A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 210.

42. L'on ne peut donc retenir cumulativement les violences et l'homicide, même en cas de pluralité de coups, parce que l'intention est unique et dirigée vers le résultat de mort.

43. V. *infra*, n° 419.

44. Le principe a toujours été admis par les tribunaux, même s'il n'a pas été toujours appliqué avec toute la rigueur que le principe de légalité impose. Pour une affirmation ancienne du principe et une critique des hypothèses dans lesquelles les tribunaux ont pu se contenter d'une simple volonté, v. M. LABORDE-LACOSTE, « Le but de l'agent, élément constitutif de l'infraction dans la législation, la doctrine et la jurisprudence française », *RIDP* 1926, p. 125.

45. *Ibid.*

la volonté exigée⁴⁶ (ici volonté de divulguer des informations), ni qu'il conduise à une double vérification. L'existence du but (faire croire à une fausse information) induit nécessairement le caractère volontaire du fait matériel (révélation volontaire d'une information que l'on sait fausse)⁴⁷. Le mobile, ou l'intention particulière exigée, n'est pas ici surabondant⁴⁸. Elle oriente simplement la vérification de la volonté vers une donnée particulière. L'adjonction d'un dol général et d'un dol spécial dans ces hypothèses a sans doute une vertu didactique, mais elle ne correspond pas à la réalité, dans laquelle intention et volonté sont interdépendantes⁴⁹. Elle est une transcription discutable des différents degrés de volonté pouvant être exigés selon les incriminations par l'exigence de conditions additionnelles. Le raisonnement en termes de degrés se révèle en réalité plus praticable : le caractère simplement volontaire du fait est caractéristique des infractions non intentionnelles, l'intention, qu'elle soit générale ou spécifiée dans le texte, est, elle, caractéristique des infractions intentionnelles. Elle portera en principe sur le fait matériel (caractère volontaire) comme sur le résultat (intention).

414. Les degrés intermédiaires : le dol éventuel et le dol dépassé – Entre ces deux degrés de volonté, des degrés intermédiaires peuvent tout de même être identifiés. Il s'agit de ce que la doctrine désigne parfois sous le vocable de dol dépassé et de dol éventuel⁵⁰. Le premier repose sur une dissociation entre l'intention de l'agent (le résultat voulu) et le résultat obtenu. Pour les infractions concernées, c'est donc bien une intention qui est exigée par les textes d'incrimination, mais une intention portant sur un résultat moins grave que celui obtenu. Quant au deuxième, il est caractéristique des infractions de risque et permet d'expliquer que l'agent ait à subir les conséquences du comportement malgré le fait qu'il ne les a pas recherchées. Il repose sur la volonté de l'acte accompli et la nécessaire conscience des conséquences pouvant en résulter, l'idée étant que l'agent qui accomplit volontairement un comportement dangereux a conscience des risques qu'il représente et doit en accepter les conséquences. Le dol éventuel repose donc sur l'acceptation du risque de survenance du résultat. La construction permet d'expliquer la volonté exigée pour certaines infractions de mise en danger, qui présentent

46. *Contra ibid.* : c'est « une condition distincte soit de l'intention proprement dite, soit des moyens frauduleux ».

47. Et inversement, la révélation volontaire en connaissance de cause d'une information permet d'établir le but poursuivi par l'agent.

48. La chose se vérifie pour toutes les infractions pour lesquelles un but particulier est exigé. Ainsi, le but poursuivi tenant à déterminer une personne à contracter un mariage présuppose le caractère volontaire des manœuvres employées (Code pén., art. 222-14-4), le but relatif à l'obtention d'un acte de nature sexuelle présuppose que les pressions exercées aient été volontaires (*ibid.*, art. 222-33), ou encore le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne présuppose-t-il du fait que le prélèvement de gamètes a été consenti en connaissance de cause (*ibid.*, art. 511-1).

49. Il est toutefois à noter que d'un point de vue procédurale, la mention d'une intention particulière ou d'un mobile spécifique fait devant la Cour d'assises l'objet d'une question spécifique. H. ANGEVIN, *La pratique de la Cour d'assises, op. cit.*, p. 324, n° 799 et p. 326, n° 801.

50. V. not. J. CEDRAS, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.* 1995, p. 18.

assurément un degré de culpabilité supplémentaire par rapport aux simples comportements imprudents. Elle doit néanmoins être cantonnée à ces infractions-là⁵¹, car l'idée d'acceptation du risque est en partie théorique. Il reste que pour elles, il sera en principe nécessaire de s'assurer que le caractère volontaire de l'acte va jusqu'à la conscience de ses conséquences et qu'il y a donc acceptation de celles-ci. La problématique du dol éventuel et de la question de la vérification ou non de la conscience du risque rejoignent en réalité pour beaucoup le problème de l'intention exigée pour les infractions formelles et, ce, d'autant plus qu'il est caractéristique de certaines d'entre elles.

2. *L'intention exigée dans les infractions formelles*

415. Un raisonnement par symétrie – Le débat relatif à l'intention exigée dans les infractions formelles découle d'une compréhension parfaitement symétrique des différentes dimensions de l'infraction. Traditionnellement, il est exigé une concordance parfaite entre la dimension objective et la dimension subjective du comportement, en raison de la définition proposée du dol général. L'agent devant avoir voulu le comportement tel qu'incriminé, son intention doit être dirigée vers l'ensemble des éléments prévus par le texte et tels que prévus par le texte. Que les infractions matérielles supposent une intention entendue comme la recherche du résultat redouté se conçoit facilement dès lors que l'on admet qu'une telle symétrie existe. L'infraction matérielle étant un fait dirigé vers un résultat particulier, sous l'angle subjectif, c'est donc l'intention dirigée vers ce même résultat qui est exigée. Le cas des infractions formelles par contre est plus problématique. Dès lors que le comportement n'a objectivement pas à produire le résultat redouté par le législateur, la question se pose de savoir si l'agent doit ou non avoir une volonté tendue vers lui. Dans certains cas, l'intention sera exigée par le biais de la prise en compte du but⁵², si bien que la question de l'intention ne se posera pas. Elle est d'ores et déjà résolue dans les textes. Mais pour d'autres infractions, l'élément psychologique n'est pas précisé, ce qui conduit à des incertitudes. Essentiellement théorique, la problématique a eu un retentissement particulier dans le cas de l'affaire du sang contaminé à l'occasion de laquelle la Cour de cassation a affirmé que le crime d'empoisonnement suppose « 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 »⁵³.

51. V. toutefois J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 64 et s., faisant une application plus générale de cette approche et estimant que pour beaucoup d'infractions de résultat, l'agent doit avoir conscience d'un rapport plus ou moins possible de causalité, autrement dit, de la possibilité de survenance du résultat.

52. V. par ex. pour l'infraction de clonage reproductif, Code pén., art. 214-2, et la plupart des crimes et délits de guerre (art. 461-1 et s.)

53. Cass. crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.*, n° 127 ; D. 2004, p. 1620, note D. REBUT ; D. 2004, Somm. p. 2751, obs. S. MIRABAIL ; D. 2005, p. 195, note A. PROTHAIS ; JCP 2003, II, 10121, note M.-L. RASSAT ; *Dr. pén.* 2003, Comm.

416. Le problème spécifique posé par l'empoisonnement – Déjà, avant les arrêts de 2003 et 1998, deux approches de l'empoisonnement s'opposaient, certains auteurs rejetant l'exigence d'un dol spécial, tandis que d'autres en faisaient au contraire une donnée indispensable⁵⁴. La solution a donc donné lieu à un débat important et à des critiques virulentes de la part d'une partie de la doctrine. Pour certains, la solution relative au caractère indispensable de l'*animus necandi* est critiquable dès lors que « l'intention criminelle [...] constitue au plan psychologique le strict reflet de l'élément matériel de l'infraction »⁵⁵. Par conséquent, « en application du rapport de concordance, de correspondance ou d'adéquation entre l'élément matériel et l'élément moral, il faut rationnellement conclure que les deux intentions criminelles sont distinctes »⁵⁶. Si l'on raisonne en termes de symétrie, la solution s'impose évidemment.

Pour autant, l'affirmation peut être tempérée si l'on raisonne à partir du résultat redouté par le législateur. Adoptant un raisonnement dirigé vers ce résultat, des auteurs avaient pu faire remarquer que l'empoisonnement était fondé sur une logique de mort⁵⁷ et non sur une logique de risque⁵⁸. Et en effet, l'incrimination est dans son entier dirigée vers le résultat mortel. Que le législateur ne tienne pas compte de la survenance ou non de ce résultat ne change rien au fait que le comportement doit tendre matériellement, de manière directe et certaine, à lui. Le caractère mortifère des substances ne laisse aucun doute quant au rapport de causalité exigé. La mort est la suite logique de l'infraction, quand bien même elle n'intégrerait pas la dimension objective de l'incrimination. Ce pouvoir causal du comportement s'imprime sur l'élément psychologique qui est sous-tendu par la même logique de mort.

D'ailleurs, le texte d'incrimination exige que l'agent ait attenté à la vie d'autrui⁵⁹. Si, comme l'affirmait ORTOLAN, attenter n'est rien d'autre que tenter⁶⁰, il n'est absolument pas illogique d'exiger que le comportement soit psychologiquement tendu vers le résultat redouté⁶¹.

p. 97, obs. M. VÉRON ; RSC 2003, p. 781, obs. Y. MAYAUD. *Adde.* V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc. Et précédemment, Cass. crim., 2 juil. 1998, *Bull. crim.*, n° 211 ; D. 1998, p. 457, note J. PRADEL ; D. 2000, somm. p. 26, obs. Y. MAYAUD ; JCP 1998, II, 10132, note M.-L. RASSAT ; JCP 1999, I, 112, obs. M. VÉRON ; RSC 1999, p. 98, obs. Y. MAYAUD. *Adde.* A. PROTHAIS, « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », D. 1998, chron. p. 334, et du même auteur, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », D. 2001, chron. p. 2053.

54. V. Y. MAYAUD, « L'empoisonnement, une logique de mort. (À propos de l'affaire du sang contaminé) », RSC 1995, chron. p. 347, faisant état de cette opposition doctrinale.

55. V. MALABAT et J.-C. SAINT-PAU, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », art. préc.

56. *Ibid.* Comp. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 57, n° 81.

57. Y. MAYAUD, « L'empoisonnement, une logique de mort », art. préc. : « le crime s'inscrit dans une logique de mort à laquelle adhère nécessairement l'auteur du comportement. »

58. En ce sens, D. MAYER, « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », D. 1994, p. 325 : « si le procédé tendant à donner la mort est ainsi stigmatisé c'est forcément parce qu'intrinsèquement il comporte plus qu'un risque ou une probabilité. »

59. Code pén., art. 221-5.

60. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal, op. cit.*, p. 444, n° 1036.

61. La tentative est l'exemple type de l'absence de symétrie parfaite entre la dimension objective et la dimension subjective. Ici, par hypothèse, le résultat doit ne pas s'être produit. Il doit pourtant avoir été recherché.

La symétrie dimension objective/dimension subjective n'est pas parfaite, mais elle n'est pas non plus totalement rompue. Le pouvoir nécessairement causal du comportement existe aussi bien d'un point de vue objectif que subjectif. Objectivement, le comportement doit tendre à la mort. Il le doit donc aussi subjectivement, car ce n'est finalement que de l'aléa dans la réalisation du résultat dont le législateur n'a pas entendu tenir compte. Ce n'est donc, nous semble-t-il, pas seulement un problème de démonstration de l'intention homicide qui se pose ici⁶². La simple conscience du risque de mort ne suffit pas, non plus que la connaissance du caractère mortifère. Mais, ici comme ailleurs, l'administration en connaissance de cause d'une substance que l'on sait mortifère est un indicateur de l'intention homicide, tant il est vrai que la dissociation entre l'intention d'empoisonner et l'intention de tuer apparaît artificielle⁶³. Il reste que l'intention homicide est indispensable : les infractions d'administration de substances nuisibles et d'empoisonnement ne se distinguent pas seulement par la nature de la substance administrée. Elles se distinguent également par leurs éléments psychologiques, l'une étant tendue vers l'atteinte à l'intégrité physique, l'autre vers l'atteinte à la vie. Dès lors qu'objectivement, le comportement devra tendre de manière certaine au résultat, l'intention au sens propre semble devoir être vérifiée par le juge lors de la qualification des faits.

417. Éventualité du résultat redouté et conscience du risque – Par contre, lorsque dans sa dimension objective est incriminée une probabilité de survenance du résultat ou une éventualité, il est logique de raisonner également d'un point de vue subjectif en termes d'éventualité. Une simple volonté de l'acte associée à la conscience ou connaissance de l'éventualité du résultat devrait suffire.

Il faut ici aller plus loin et empiéter sur la catégorie plus particulière des infractions obstacles, pour lesquelles un comportement est incriminé à raison du risque de réalisation d'une infraction qu'il fait peser. Pour certaines de ces infractions, l'élément moral est particulièrement atrophié et l'accomplissement du comportement en connaissance de cause suffit (port d'armes ou infractions routières). Mais pour les infractions de mise en danger, la question mérite des approfondissements. Ces infractions de mise en danger ne présentent-elles pas forcément un caractère *praeter* intentionnel ? En d'autres termes, le comportement est volontaire (violation

62. Certains auteurs, se prononçant en faveur de l'*animus necandi*, raisonnent en termes de preuve de l'intention. Celle-ci devrait exister, mais n'aurait pas à être démontrée en plus de la connaissance du caractère mortifère de la substance. V. par ex. Y. MAYAUD, « L'empoisonnement, une logique de mort », art. préc. : « en raison du caractère formel de l'infraction, c'est de manière incidente que la preuve en est faite. N'étant pas élément de l'infraction, l'intention homicide n'a pas à être démontrée. Cependant, parce qu'elle est implicitement contenue dans ce qui participe de la criminalité du comportement, elle est indissociable de la connaissance du caractère mortifère des substances administrées. ». Comp. D. MAYER, « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », art. préc. : « l'administration d'une substance dont on connaît le pouvoir mortel est révélatrice d'une intention d'empoisonner ».

63. *Ibid.* Comme le relève l'auteur, il ne faut pas raisonner en termes de risque, mais en termes de certitude du caractère mortifère.

délibérée d'une règle de prudence ou de sécurité, délaissement d'une personne que l'on sait vulnérable, etc.), mais ne doit-il pas l'être avec la conscience du danger qu'il fait peser? Par exemple, dans l'incrimination de risques causés à autrui⁶⁴, la question se pose de savoir si la seule violation délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence suffit ou s'il faut, en plus, caractériser la conscience (hypothèse de dol éventuel), voire même la connaissance du risque causé⁶⁵. Dans un arrêt en date du 16 février 1999, la Cour de cassation avait pu apporter une première précision en affirmant qu'il n'était pas nécessaire « de constater que l'auteur du délit avait eu connaissance de la nature du risque particulier effectivement causé par son manquement »⁶⁶. C'était là exclure de l'élément psychologique la connaissance exacte⁶⁷ du risque causé. Mais la solution laissait en suspend la question de la conscience du risque⁶⁸. Or, par un second arrêt, la Cour de cassation semble avoir limité l'élément psychologique au seul caractère délibéré de la violation en affirmant que « l'élément intentionnel de l'infraction résulte du caractère manifestement délibéré de la violation d'une obligation particulière de prudence ou de sécurité imposée par la loi ou le règlement, de nature à causer un risque immédiat de mort ou de blessures graves à autrui »⁶⁹. Dans cette espèce, deux surfeurs avaient déclenché une avalanche en pratiquant le surf sur une piste interdite par un arrêté municipal. Par la solution apportée, la Cour concentre l'élément « intentionnel »⁷⁰ sur le caractère délibéré de la violation, alors même qu'en l'espèce, les demandeurs invoquaient justement l'absence de conscience du risque causé.

Il reste que comme cela a été remarqué, la Cour n'a pas pris « directement position sur cette question »⁷¹. Si elle se contente du caractère volontaire et délibéré de la violation, elle ne répond pas expressément à la question de la conscience du risque. Deux approches sont alors possibles. Soit l'on considère qu'en violant délibérément la norme l'agent aurait dû avoir conscience du

64. Pour un exposé des différentes approches possibles de l'élément psychologique de l'infraction de risques causés à autrui, v. M. PUECH, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, p. 153.

65. Sur cette question, v. not. V. MALABAT, « Le délit dit de « mise en danger », la lettre et l'esprit », art. préc.

66. Cass. crim., 16 fév. 1999, *Bull. crim.*, n° 24 ; *RSC* 1999, p. 581, obs. Y. MAYAUD ; *D.* 2000, p. 9, note E. CERF ; *Dr. pén.* 1999, p. 82, obs. M. VÉRON ; *RSC* 1999, p. 808, obs. B. BOULOC ; *RSC* 1999, p. 837, obs. G. GIUDICELLI-DELAGÉ.

67. La Cour de cassation vise le risque « particulier ».

68. B. BOULOC, « Délit de mise en danger. Élément intentionnel », obs. sur Cass. crim., 9 mars 1999, *RSC* 1999, p. 808 : « C'est dire que le délit de mise en danger, s'il ne requiert pas, à l'évidence, la volonté d'obtenir un résultat, suppose quand même une conscience d'un danger et l'espoir qu'il ne se réalisera pas nécessairement. »

69. Cass. crim., 9 mars 1999, *Bull. crim.*, n° 34 ; *D.* 2000, p. 81, note M.-C. SORDINO et A. PONSEILLE ; *D.* 2000, p. 227, obs. J. MOULY ; *JCP* 1999, II, 10188, note J.-M. DO CARMO SILVA ; *RSC* 1999, p. 581, obs. Y. MAYAUD ; *RSC* 1999, p. 808, obs. B. BOULOC.

70. Des auteurs ont critiqué l'imprécision de la Cour en la matière, car si l'infraction suppose un élément moral, elle ne suppose pas au sens propre un élément intentionnel. B. BOULOC, « Délit de mise en danger. Élément intentionnel », obs. sur Cass. crim., 9 mars 1999, préc. ; M.-C. SORDINO et A. PONSEILLE, « Un skieur averti en vaut deux : une décision qui risque de « faire boule de neige », note sous Cass. crim., 9 mars 1999, *D.* 2000, p. 81.

71. M.-C. SORDINO et A. PONSEILLE, « Un skieur averti en vaut deux : une décision qui risque de « faire boule de neige », note sous Cass. crim., 9 mars 1999, préc.

risque créé, ce qui rejoindrait la logique de la faute caractérisée pour laquelle la conscience du risque n'a pas à être démontrée dès lors que l'agent « ne pouvait [l']ignorer »⁷². Soit l'on considère que la conscience du danger est nécessaire, mais que la démonstration de la violation manifestement délibérée emporte finalement celle de la conscience du danger⁷³. Comme en matière d'empoisonnement, la volonté de l'acte serait alors un indicateur de la conscience ou de la recherche du résultat. Cette seconde position n'est pas totalement exclue à la lecture de l'arrêt du 9 mars 1999, dans lequel la Cour de cassation reprend les circonstances factuelles (récidive de l'un des deux surfeurs, signalement par les services météorologiques le jour des premiers faits d'un risque maximum d'avalanche, caractère expérimenté des deux individus), ce qui laisse supposer, au minimum, que les agents auraient dû avoir conscience du danger, mais ce qui peut également permettre de démontrer que les agents ne pouvaient pas ne pas avoir conscience du risque. Cette seconde solution, si elle n'est pas la plus évidente à la lecture de la solution, serait la plus logique. Elle permettrait une certaine cohérence dans le traitement des différents comportements pénalement sanctionnés, qu'ils soient de nature formelle ou obstacle⁷⁴. L'infraction ne peut se concevoir comme psychologiquement tendue vers l'atteinte à l'intégrité, mais, dès lors qu'objectivement elle tend à une éventualité de survenance de ce résultat (risque), elle devrait psychologiquement intégrer cette éventualité à travers la conscience du danger pouvant résulter de la violation manifestement délibérée. L'incrimination présente un caractère obstacle dès lors que le comportement est incriminé en vue de prévenir et empêcher la réalisation future d'une infraction non intentionnelle. Il s'ensuit que le lien de causalité est déplacé entre le comportement accompli et la possibilité de réalisation d'une infraction⁷⁵. Mais d'un point de vue psychologique, le comportement restant volontaire, il devrait intégrer la conscience de cette possibilité. Le dol éventuel devrait donc impliquer la conscience du risque – mais non nécessairement la connaissance exacte du danger –, celle-ci pouvant se déduire de l'ensemble des circonstances factuelles. Par cette violation, l'agent « prend délibérément un risque dont il ne veut pas la réalisation »⁷⁶. En violant une obligation particulière, l'agent accepte ce dernier

72. Pour une position plus nuancée, v. toutefois G. GIUDICELLI-DELAGE, « Faute caractérisée et prévision du risque », obs. sur Cass. crim., 11 fév. 2003, *RSC* 2003, p. 801.

73. Se rapprochant de cette option, sans l'admettre totalement, v. M.-C. SORDINO et A. PONSEILLE, « Un skieur averti en vaut deux : une décision qui risque de « faire boule de neige », note sous Cass. crim., 9 mars 1999, préc. : « En réalité, l'enjeu est probatoire : le texte facilite la preuve de l'élément moral puisqu'il suffit de démontrer que la violation de l'obligation est délibérée pour en déduire, éventuellement, mais pas nécessairement, la conscience du risque. » Dans le même sens, V. MALABAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 135-136, n° 242.

74. Il est en effet incohérent que la Cour de cassation puisse estimer que l'infraction d'empoisonnement exige une intention parce qu'elle est sous-tendue par la logique de mort qui est le résultat redouté mais considérer par ailleurs que le résultat redouté en matière de risques causés est totalement étranger à sa constitution psychologique.

75. V. *infra*, n° 483.

76. J. CEDRAS, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », art. préc.

et, par extension, la possibilité de sa réalisation⁷⁷.

Pour conclure, en matière d'infractions formelles et obstacles, il est possible de considérer que la donnée principale de l'élément psychologique devrait varier selon le degré de pouvoir causal du comportement exigé d'un point de vue objectif. En cas de certitude de réalisation du résultat redouté, l'élément psychologique sera une intention au sens propre, alors qu'en cas de probabilité ou d'éventualité, il ne sera qu'une conscience de la possibilité de sa survenance. Reste la difficulté générale en la matière de démonstration de l'intention. Sa constatation ne peut en effet être faite qu'à partir de la dimension objective du comportement, ce qui pourrait conduire à une différence probatoire majeure entre la composante objective et la composante subjective de l'infraction, les éléments de la seconde n'ayant pas à être prouvés. Il n'en est pourtant rien, car c'est à partir de l'observation du comportement accompli sous un angle subjectif que pourra être constatée – et par suite caractérisée – la volonté ou l'intention de l'auteur.

§ 2. La caractérisation de la volonté

418. Le recours aux présomptions en matière d'élément psychologique – La caractérisation de l'élément psychologique soulève des difficultés. Parce qu'il invite à s'intéresser à la pensée de l'agent, la preuve des différentes données qui le composent est mal aisée. Pourtant, ces données doivent en principe pouvoir être démontrées par le Ministère public pour que le comportement puisse recevoir une qualification pénale. À défaut, l'infraction ne pourra pas être caractérisée.

L'on perçoit alors la difficulté, car le recours à des preuves tangibles en la matière est illusoire. En réalité, ce n'est que de l'observation du comportement accompli que pourra être induite la volonté ou l'intention de l'auteur. La preuve des composantes de l'élément psychologique ne peut donc être directe et c'est par un mécanisme de présomptions que le comportement pourra être qualifié dans sa dimension subjective. Ces présomptions sont en premier lieu des présomptions dites du fait de l'homme. Elles rejoignent totalement l'idée selon laquelle il s'agit d'induire de l'analyse du comportement sous son angle subjectif la volonté de son auteur. Mais les présomptions peuvent prendre une importance tout autre en opérant parfois un déplacement contestable de l'objet de la preuve, ou encore un déplacement de la charge de la preuve. Dans un cas comme dans l'autre ces présomptions deviennent problématiques parce qu'elles conduisent à une dénaturation des infractions et, plus précisément, de la teneur de leurs éléments

77. Une difficulté tient alors à l'absorption de la qualification en cas de réalisation du dommage. Dans ce cas, la qualification retenue est de nature non intentionnelle. Toutefois, en cas de faute délibérée, il est possible de considérer que le dol est toujours éventuel, ce qui justifie l'aggravation de la répression. Mais ce dol éventuel est impliqué par la violation manifestement délibérée d'une norme de sécurité ou de prudence.

psychologiques.

Il en découle que si dans le premier cas le recours aux présomptions n'est pas problématique en ce qu'il conduit simplement à une preuve par induction de l'intention (A), dans le second cas, les présomptions mises en place sont discutables parce qu'elles affectent l'obligation de caractérisation de la volonté (B).

A. La preuve de l'intention par induction

419. Le recours aux présomptions dites du fait de l'homme – La démonstration de la volonté ou de l'intention n'est pas concevable par la preuve directe. Il s'agit ici de « fouiller dans la conscience humaine, dont les sens externes de l'observateur ne peuvent pénétrer les profondeurs; dont l'instruction seule, tirée des faits du dehors, peut aider à reconnaître les secrets. Or, l'inquisiteur ne paraît guère pouvoir s'attacher qu'à la démonstration des caractères extérieurs du crime [...] »⁷⁸. Par conséquent, « dans la plupart des cas, c'est à l'aide de présomptions et par voie d'induction que l'intentionnalité se constate »⁷⁹. La caractérisation de la volonté ne semble donc pouvoir se faire que par la preuve indirecte⁸⁰, raison pour laquelle les auteurs évoquent ici souvent des présomptions du fait de l'homme⁸¹. L'objet de la preuve est déplacé, car c'est à partir de l'analyse du fait accompli et, plus largement, du comportement dans sa globalité, que pourra être induite la volonté ayant animé l'agent⁸².

La Cour de cassation admet parfaitement la logique de tels mécanismes. Le meurtre en donne un excellent exemple, pour lequel elle admet une présomption d'*animus necandi*. Ainsi a-t-elle pu reprocher à une cour d'appel de ne pas s'être expliquée « sur le caractère volontaire de l'acte de tirer avec l'arme à feu sur la victime, lequel constituerait une présomption sérieuse d'un fait criminel »⁸³. L'intention homicide pourra ainsi s'induire du caractère volontaire des coups portés dans une région vitale⁸⁴ ou de leur force⁸⁵. L'utilisation de présomption n'est

78. C. J. A. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle*, op. cit., p. 157.

79. *Ibid.* Comp. J. CHEVALIER, *Cours de droit civil approfondi*, op. cit., p. 80 : « Ce déplacement de la preuve constitue le raisonnement par présomption. C'est ainsi que seront toujours établis les faits psychologiques, les intentions parce qu'ils sont insusceptibles de constatation directe [...] ».

80. En matière de preuve indirecte, le juge doit faire un choix parmi les différentes interprétations possibles des indices, ce qui donne naissance à une présomption. V. R. DECOTTIGNIES, *Les présomptions en droit privé*, th. préc., p. 304.

81. V. G. LEVASSEUR obs. sur Cass. crim., 9 janv. 1990, *RSC* 1990, p. 337, citant Monsieur VÉRON.

82. En ce sens, J.-L. MOURALIS, *Rép. dr. civ.*, Preuve, 2011, n° 665.

83. Cass. crim., 2 oct. 1996, *Bull. crim.*, n° 342 ; *RSC* 1997, p. 108, obs. Y. MAYAUD. La solution est ancienne : Cass. crim., 13 juin 1931, *Bull. crim.*, n° 169 ; Cass. crim., 20 oct. 1955, *Bull. crim.*, n° 415 ; Cass. crim., 6 oct. 1956, *Bull. crim.*, n° 708.

84. Cass. crim., 5 fév. 1957, *Bull. crim.*, n° 110 ; Cass. crim., 18 juin 1991, n° 91-82.033 ; *RSC* 1992, p. 73, obs. G. LEVASSEUR ; *Dr. pén.* 1991, 277, obs. M. VÉRON ; Cass. crim., 6 janv. 1993 ; *RSC* 1993, p. 773, obs. G. LEVASSEUR.

85. Cass. crim., 9 janv. 1990, *Bull. crim.*, n° 15 ; *RSC* 1990, p. 337, obs. G. LEVASSEUR.

d'ailleurs pas limitée au cas du meurtre⁸⁶, bien que ce soit à cette occasion qu'elle s'observe le plus fréquemment.

420. Une caractérisation par les faits – Les circonstances factuelles sont ici autant d'indices objectifs de la volonté ou de l'intention de l'agent⁸⁷. Les présomptions ne sont que l'expression d'un raisonnement par induction qui s'impose naturellement en matière infractionnelle. L'autonomie des éléments n'est que théorique. L'admettre concrètement reviendrait à nier leur interdépendance et l'intégrité de l'infraction. La qualification pénale des faits s'opère à partir du comportement, dont il est tiré différentes conclusions selon l'angle d'analyse en question. Pour cette raison, il semble pour partie excessif de voir dans les mécanismes mis en place une présomption d'élément psychologique. Celui-ci, en tant qu'angle d'analyse du comportement, ne peut pas à proprement parler être présumé. Il conduit simplement le juge à apprécier le comportement d'un point de vue subjectif, c'est-à-dire à tirer des conclusions quant à la volonté de l'agent à partir de l'analyse du comportement. La volonté ne se constate pas, « elle « s'apprécie », s'induit des circonstances de fait qui la rendent vraisemblable »⁸⁸. Des constatations matérielles peuvent donc être tirées des conséquences, tant pour la caractérisation de l'infraction dans ses dimensions objectives que pour la caractérisation de l'infraction dans sa dimension subjective. Si la volonté tend à être présumée par la preuve du fait, c'est parce qu'elle ne peut être démontrée qu'à travers eux, à l'occasion de l'analyse du comportement sous son angle subjectif.

À l'inverse, il est des hypothèses dans lesquelles la volonté fait l'objet de présomptions bien plus vigoureuses et bien plus problématiques en ce qu'elles ne reposent pas simplement sur « un raisonnement tendant à la révélation de la vérité [...] d'une façon indirecte »⁸⁹.

B. Les présomptions affectant l'obligation de caractérisation de la volonté

421. Problèmes relatifs aux présomptions de volonté – Si le raisonnement inductif est de l'essence même de l'élément psychologique, il est possible d'observer certaines hypothèses dans lesquelles la volonté de l'agent sera présumée de manière bien plus problématique. La volonté et l'intention ne sont pas systématiquement vérifiées de manière positive par le juge.

86. De nombreux délits se sont ainsi vus dotés de ce qui a pu être qualifié d'une « présomption de malignité jusqu'à preuve contraire ». P. MIMIN, « L'intention et le mobile » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin, op. cit.* Par exemple, dans les délits de non-justification de ressources, il sera présumé la connaissance de l'origine des fonds. En ce sens, M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 1005, n° 945.

87. Sur le lien entre l'indice et la présomption et leur assimilation, v. C. J. A. MITTERMAIER, *Traité de la preuve en matière criminelle, op. cit.*, p. 427 et s.

88. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 181, n° 221.

89. F. TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2015, p. 484, n° 582, définissant ainsi les présomptions du fait de l'homme.

Dans certaines hypothèses, le juge se trouve dispensé de l'analyse du comportement sous son angle subjectif par le jeu de présomptions, le plus souvent judiciaires, particulièrement sévères. Ces présomptions sont problématiques parce que, selon les hypothèses, soit elles entraînent une dénaturation des infractions (1) en opérant un glissement du terrain intentionnel vers le terrain non intentionnel, soit parce qu'elles aboutissent, *in fine*, à dispenser totalement le juge d'une analyse du comportement sous son angle subjectif (2).

1. La dénaturation de l'infraction par le recours aux présomptions

422. Double hypothèse – Deux types de présomptions relativement problématiques peuvent être rencontrés. Les premières sont relatives à un inversement de la charge de la preuve (a), les secondes sont des cas particulièrement sévères de déplacement de l'objet de la preuve (b). Si ces deux types de présomptions ne participent pas totalement de la même logique⁹⁰, elles conduisent en pratique, dans un cas comme dans l'autre, à un glissement dans la nature de l'infraction.

a. Les présomptions par inversement de la charge de la preuve

423. Diffamation et présomption jurisprudentielle de mauvaise foi – Une première série de présomptions portant sur l'intention peut être identifiée et tient à un inversement de la charge de la preuve. Les infractions de diffamation et d'injure en fournissent une illustration. Pour ces deux infractions réprimées à l'article 29 de loi de 1881 (alinéa 1 et 2), la jurisprudence a dégagé l'existence d'une présomption de mauvaise foi⁹¹. En matière d'injure, il s'agit essentiellement d'un simple raisonnement inductif, tant il peut être considéré comme certain que celui qui profère des injures par voie écrite veut porter atteinte à l'honneur de celui qui en est la victime⁹². À l'inverse, en matière de diffamation, il est véritablement possible de parler de présomption par inversement de la charge de la preuve. En effet, l'établissement du caractère diffamatoire des propos émis suffit pour la jurisprudence, sans qu'il soit besoin de constater en sus la mauvaise foi du diffamateur⁹³ qui est alors présumée⁹⁴. La solution pourrait

90. *Ibid.*, p. 480, n^{os} 580 et s.

91. Madame RASSAT explique à ce titre que la jurisprudence fonde cette présomption sur l'article 35 *bis* de la même loi. Cet article prévoit une présomption légale de mauvaise foi en cas de reproduction d'un propos déjà jugé diffamatoire. L'extension de la présomption à des propos diffamatoires émis pour la première fois est néanmoins contestable car elle fait naître selon l'auteur un risque de modification de l'infraction vers une infraction de négligence. V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 586, n^o 535.

92. Cette infraction, tout comme la diffamation n'implique pas d'intention de nuire. *Ibid.*

93. Cass. crim., 23 déc. 1968, n^o 67-93.252. La Cour de cassation estime en outre que cette présomption n'est pas contraire à la CESDH dès lors qu'il est possible de rapporter la preuve de sa bonne foi.

94. Il ne s'agit toutefois pas réellement d'une présomption par déplacement de l'objet de la preuve, car ici l'intention n'est pas induite de la matérialité du comportement. La constatation de la dimension objective de l'infraction emporte un inversement de la charge de la preuve. Ce sera au prévenu de démontrer sa bonne foi.

se comprendre : « comment une personne peut-elle, par exemple, dire faussement d'une autre qu'elle a un lourd passé pénal sans avoir nécessairement conscience d'atteindre son honneur et par conséquent de la diffamer ? »⁹⁵ La connaissance de la fausseté du fait semble emporter la démonstration de la mauvaise foi du prévenu, encore qu'il soit possible ici d'objecter que la conscience n'implique pas nécessairement l'intention. Il s'agirait donc de se contenter du simple caractère volontaire de la révélation.

424. Sévérité et effets de la présomption – Toutefois, la présomption se révèle bien plus large, car il ne s'agit pas simplement de déduire de la connaissance de la fausseté du fait une intention particulière. Elle tient tout simplement à un inversement de la charge de la preuve. En effet, de manière constante, la jurisprudence estime non seulement que les imputations diffamatoires sont faites avec l'intention de nuire, mais en plus qu'elles sont faites en connaissance de la fausseté du fait. Autrement dit, la caractérisation de l'infraction sous ses angles objectifs suffit et ce sera au prévenu de rapporter la preuve de l'absence de mauvaise foi de sa part. Et il sera particulièrement difficile de renverser la présomption établie. La Cour n'admet en effet le renversement de la présomption pesant sur le diffamateur que par un fait justificatif de bonne foi. La solution est particulièrement étonnante tant un fait justificatif de bonne foi est difficilement concevable. Non seulement il semble peu compatible avec l'économie habituelle des éléments constitutifs de presumer ainsi la mauvaise foi, mais encore, renverser la présomption de mauvaise foi en rapportant la preuve de sa bonne foi devrait tout simplement conduire à admettre que l'élément moral de l'infraction fait défaut, non que cette infraction se trouve justifiée⁹⁶. La qualification de fait justificatif est erronée⁹⁷, mais elle illustre parfaitement l'ambiguïté qui entoure la présomption de mauvaise foi dans la diffamation. Celle-ci est à ce point forte qu'elle conduit en réalité à dispenser le juge d'apprécier l'infraction sous son angle subjectif.

En outre, la preuve de la bonne foi est soumise à quatre conditions cumulatives tenant à la sincérité de l'intéressé, à l'existence d'un but légitime, au fait que l'imputation litigieuse soit proportionnée au but poursuivi et enfin à une obligation de prudence⁹⁸. La Cour de cassation a

95. P. CONTE, « La bonne foi en matière de diffamation, notion et rôle » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, *op. cit.*

96. V. B. DE LAMY, « La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami », art. préc., s'étonnant pour sa part de ce qu'un fait justificatif puisse neutraliser l'élément psychologique alors qu'il devrait agir sur l'élément légal.

97. V. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 589, n° 535 : « ce qu'il y a de plus grave, dans cette jurisprudence, est qu'elle commet une erreur fondamentale de qualification, pourtant non critiquée par la doctrine. La jurisprudence qualifie, en effet, la preuve de la bonne foi de fait justificatif, ce qui est, à l'évidence, faux puisqu'il ne s'agit que de la preuve d'une absence d'élément moral de l'infraction ». Opérant toutefois une différence entre la bonne foi en tant que fait justificatif et la bonne foi comme absence d'élément moral. P. CONTE, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 295, n° 419, et du même auteur, « La bonne foi en matière de diffamation, notion et rôle » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, *op. cit.*

98. Sur ces conditions, v. B. DE LAMY, « La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami », art. préc.

ainsi jugé que la bonne foi n'est pas constituée par la croyance dans l'exactitude des faits allégués et l'absence d'animosité personnelle. Sont exigées en outre prudence et circonspection⁹⁹. Cette double exigence fait alors tendre l'infraction vers la matière non intentionnelle. Une telle solution étonne donc, car la croyance dans l'exactitude des faits et l'absence d'animosité conduisent nécessairement à douter de la réalité de l'existence d'une intention coupable. Dès lors, elle est en contradiction avec le caractère nécessairement intentionnel de l'infraction. La prudence relève d'une logique de faute, non d'intention. Le cumul des conditions exigées au titre de la bonne foi illustre la sévérité de la présomption qui dépasse la seule induction du caractère diffamatoire des propos une intention de porter atteinte à l'honneur. Ici, la mauvaise foi est acquise et il ne s'agit pas de déduire un fait inconnu d'un fait connu.

La sévérité de la solution est pour cette raison contestable. Non seulement l'exercice de qualification se trouve amputé d'une de ses composantes essentielles dès lors que les juges n'auront pas à s'assurer de l'existence de l'élément psychologique, mais encore la nature intentionnelle de l'infraction est-elle grandement relativisée¹⁰⁰.

425. Une présomption similaire en matière de contrefaçon – Or, ce type de mécanisme ne se rencontre pas qu'en matière de diffamation. On le retrouve de manière similaire dans l'infraction de contrefaçon en matière littéraire et artistique¹⁰¹, où une présomption de mauvaise foi similaire a été dégagée par la jurisprudence. Pour cette incrimination, les textes incriminant la contrefaçon se contentent d'en préciser la matérialité¹⁰², si bien que la question a pu se poser de son caractère strictement matériel. Il reste que la doctrine s'est très tôt accordée sur le caractère volontaire de cette infraction, l'article 121-3 du Code pénal imposant au demeurant désormais cette solution¹⁰³. Aux termes de l'article L.335-2 du Code de la propriété littéraire et artistique, la contrefaçon résulte de « toute édition d'écrits, de composition musicale, de dessin, de peinture ou de toute autre production, imprimée ou gravée en entier ou en partie, au mépris des lois et règlements relatifs à la propriété des auteurs ». D'un point de vue moral, l'infraction se caractérise en conséquence par « la volonté d'exploiter une œuvre protégée »¹⁰⁴. L'élément psychologique implique de ce fait la connaissance du caractère protégé de l'œuvre, mais surtout l'intention de l'exploiter. Or, cette intention peut être déduite de la matérialité du comportement : l'édition d'une œuvre ou sa reproduction laisserait présumer une volonté d'exploitation. En

99. Cass. crim., 3 juin 1975, *Bull. crim.*, n° 142.

100. Madame RASSAT conteste à ce titre la modification de la nature de l'infraction que la présomption induit. M.-L. RASSAT, *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, p. 589, n° 535.

101. Code de propr. intell., art. L.335-2.

102. En ce sens, S. DURRANDE, « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau code pénal », *RSC* 1999, p. 319.

103. *Ibid.* ; E. DREYER, *J. Cl. PLA*, fasc. 1610, Contrefaçon, 2014 : plus précisément, la solution s'impose par le jeu combiné de l'article 121-3 du Code pénal et par l'article 339 de la loi n°92-1336 du 16 déc. 1992.

104. S. DURRANDE, « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau code pénal », art. préc.

outre, l'article 111-1 du même code dispose de l'exclusivité, mais aussi de l'opposabilité à tous du droit de propriété incorporelle de l'auteur sur son œuvre¹⁰⁵. Il contient en creux une présomption de connaissance des droits d'autrui, d'où il a pu être déduit en jurisprudence une présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon¹⁰⁶. La présomption de mauvaise foi s'imposerait en la matière, car celui qui reproduit ou représente sans autorisation une œuvre contrefaite a pleinement conscience d'opérer en violation des droits du propriétaire et donc d'agir frauduleusement¹⁰⁷.

Si la présomption de mauvaise foi peut sembler identique à celle valant en matière de diffamation, elle ne l'est en réalité pas totalement, pour être encore plus sévère. En effet, dans les deux cas, le prévenu ne pourra se dégager de la responsabilité qu'en rapportant la preuve de sa bonne foi. Toutefois, en matière de diffamation, la bonne foi à démontrer s'entend de manière objective en ce qu'elle renvoie à l'idée de loyauté¹⁰⁸. Sa preuve est très strictement encadrée, mais la personne prévenue de diffamation pourra tenter de démontrer qu'elle s'est comportée de manière loyale¹⁰⁹. À l'inverse, la bonne foi dont il faudra rapporter la preuve en cas de contrefaçon s'entend de manière subjective, c'est-à-dire qu'elle renvoie à la croyance erronée en l'existence d'une situation juridique régulière¹¹⁰. En d'autres termes, elle renvoie à l'hypothèse générale de l'erreur¹¹¹ : en cas de contrefaçon, la présomption de mauvaise foi ne cédera que devant la preuve d'une erreur, de droit ou de fait. En principe, elle reste réfragable. Néanmoins, la preuve de la bonne foi sera particulièrement malaisée à rapporter pour deux raisons. Tout d'abord, l'erreur de droit est très strictement encadrée, ce qui rendra presque impossible sa démonstration¹¹². Ensuite, quant à l'erreur de fait, elle se heurtera à la présomption de connaissance des droits, qui dresse un obstacle difficilement surmontable à son admission¹¹³. Le prévenu devra démontrer qu'il n'avait pas conscience de l'atteinte portée aux droits du titulaire ; qu'il a commis une erreur légitime, excusable¹¹⁴.

105. Code de propr. intell., art. L.111-1 : « L'auteur d'une œuvre de l'esprit jouit sur cette œuvre, du seul fait de sa création, d'un droit de propriété incorporelle exclusif et opposable à tous. »

106. Cette présomption, bien que non expressément prévue par la loi se rattache donc à l'article L.111-1. En ce sens, E. DREYER, *Contrefaçon, op. cit.* Tout en étant une construction prétorienne, elle se trouve ainsi rattachée de manière quelque peu artificielle à un fondement légal.

107. En ce sens, P. BOUZAT, « La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon littéraire et artistique », *RIDA* 1972, p. 171.

108. Sur la distinction entre la bonne foi en sa dimension objective et sa dimension subjective, v. R. VOUIN, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, 1939, LGDJ, p. 34, n^{os} 24 et s., et J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, 2015, Institut Universitaire Varenne, p. 12-13, n^o 10.

109. J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, th. préc., p. 154, n^o 244.

110. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v^o Bonne foi. V. égal. J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, th. préc., p. 12-13, n^o 10.

111. A. DECOCQ, « Rapport général » in *La bonne foi, Travaux de l'association H. Capitant*, t. XLIII, Litec, 1992, p. 365.

112. V. *infra*, n^o 468.

113. En ce sens, S. DURRANDE, « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau code pénal », art. préc.

114. V. J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, th. préc., p. 156, n^o 249.

426. Conséquence de la présomption sur la nature de l'infraction – Le caractère indispensable de la volonté se trouve donc partiellement nié par l'inversement de la charge de la preuve. Peu importe, d'ailleurs, « l'existence d'indices venant accréditer, ou non, le principe de cette mauvaise foi »¹¹⁵, puisqu'il ne s'agit pas d'un déplacement de l'objet de la preuve, mais d'un inversement pur et simple. En outre, comme en matière de diffamation, en limitant la bonne foi à la démonstration d'une erreur excusable, la jurisprudence encourage une relativisation du caractère intentionnel de l'infraction de contrefaçon. En effet, ce qui est reproché n'est pas tant un acte volontaire de contrefaçon que l'absence de diligences. Comme le relève Monsieur DREYER, « le dénominateur commun à tous les acteurs de la contrefaçon semble être leur absence de diligence pour s'assurer qu'ils n'étaient pas en train, quel que soit le fait matériel reproché, de s'approprier l'œuvre d'autrui, une telle absence de vérification s'appréciant bien entendu de façon plus ou moins sévère suivant le rôle joué par chacun »¹¹⁶. L'auteur de la contrefaçon aurait dû avoir conscience des droits du titulaire de l'œuvre contrefaite, ou, tout du moins, aurait dû s'informer des éventuels droits existant dessus. Ce n'est qu'en démontrant qu'il a été particulièrement diligent que le prévenu pourra renverser la présomption de mauvaise foi par la démonstration du caractère excusable de son erreur.

Peut-être ne faut-il pas exagérer l'importance de la présomption de mauvaise foi¹¹⁷, d'autant que les juges la relèvent le plus souvent à l'encontre de l'auteur de la contrefaçon¹¹⁸. Mais la présomption dénature la consistance de la volonté exigée. Dès lors que l'absence de diligences permet de retenir la mauvaise foi de l'individu, l'infraction perd son caractère intentionnel au profit de l'idée de faute¹¹⁹. Ce glissement a d'ailleurs conduit des auteurs à proposer une distinction entre une infraction de contrefaçon véritablement intentionnelle et une infraction de contrefaçon par négligence¹²⁰.

La présomption joue ici un rôle considérable et particulièrement néfaste. L'effacement qu'elle permet de la caractérisation du comportement sous son angle subjectif affecte de manière fort contestable la nature intentionnelle de l'infraction réprimée. La contrefaçon, infraction nécessairement intentionnelle, ne devrait être caractérisée que pour des comportements inten-

115. E. DREYER, *Contrefaçon, op. cit.*

116. *Ibid.*

117. En ce sens, A. LUCAS, J.-H. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd., Lexisnexis, 2012, p. 878, n° 1082. Rapp. P.-Y. GAUTIER, *Propriété littéraire et artistique*, 10^{ème} éd., PUF, 2017, p. 816, n° 760.

118. Dans la très grande majorité des cas, le juge fait en effet état de la présomption tout en confortant sa position par des indices de la mauvaise foi du prévenu. En ce sens, E. DREYER, *Contrefaçon, op. cit.* ; A. LUCAS, J.-H. LUCAS et A. LUCAS-SCHLOETTER, *Traité de la propriété littéraire et artistique, op. cit.*, p. 878, n° 1082.

119. V. P. BOUZAT, « La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon littéraire et artistique », art. préc. : « la grande portée donnée à la présomption de mauvaise foi aboutit à faire de la contrefaçon plus une infraction de simple négligence qu'une infraction intentionnelle ». Dans le même sens, E. DREYER, *Contrefaçon, op. cit.*

120. *Ibid.*, et J. GROFFE, *La bonne foi en droit d'auteur*, th. préc., p. 158-159, n^{os} 253 et s.

tionnels, sans pouvoir s'étendre à des faits de négligence. Lorsqu'elle aboutit à une modification du caractère intentionnel d'une infraction, la présomption relative à la donnée principale de l'élément psychologique entre en conflit évident avec le principe de légalité. Particulièrement critiquable, le phénomène s'observe pourtant aussi dans le cas de présomptions judiciaires par déplacement de l'objet de la preuve.

b. Les présomptions par déplacement de l'objet de la preuve

427. Généralité du phénomène – Les présomptions par déplacement de l'objet de la preuve¹²¹ sont également parfois l'occasion de dénaturations. Le phénomène peut être observé en droit pénal des affaires. L'intention s'induit logiquement des circonstances et de la constatation objective des faits¹²². De telles présomptions sont au reste expressément admises et encouragées par le droit européen. Des directives communautaires ont ainsi précisé qu'en matière de blanchiment, l'intention peut être établie « sur la base de circonstances de faits objectifs »¹²³. En soi, il n'y a rien de contestable à la mise en place de présomptions d'intention, d'autant que, lorsque l'intention s'induit simplement de l'analyse des faits, elle se trouve établie. Pour autant, en droit pénal des affaires, le même glissement de la matière intentionnelle à la matière non intentionnelle a été observé¹²⁴. A été critiquée une tendance vers l'admission du dol éventuel, soit l'assimilation de « la faute lourde non intentionnelle au dol »¹²⁵.

De même, en matière d'infractions contre les biens, la Cour de cassation semble trop souvent se contenter d'une faute. S'agissant de l'escroquerie, il a ainsi été jugé que « l'absence de bonne foi pourra résulter de l'impossibilité pour le prévenu de ne pas se douter de l'origine suspecte des fonds »¹²⁶. La solution a été appliquée de la même manière au recel. Dans l'espèce qui a donné lieu à un arrêt en date du 27 juin 2012, un homme avait fait l'acquisition à l'occasion d'un vide-grenier d'un scooter à un prix modeste. Or, le vendeur n'avait pas été en mesure de lui remettre les documents en règle. En cause d'appel, les juges avaient jugés que l'attention du prévenu, compte tenu de son âge, aurait dû être attirée sur ces circonstances douteuses. Un pourvoi avait été formé par l'acheteur qui invoquait l'absence de vérification de l'élément moral

121. Il s'agit alors de présomptions du fait de l'homme.

122. Sur ce point, v. Y. MULLER-LAGARDE, « La bonne foi : « Peau de chagrin » du droit pénal des affaires », *Gaz. Pal.* 2009, p. 26.

123. Directive n° 91/308/CEE du 10 juin 1991 relative à la prévention et à l'utilisation du système financier aux fins de blanchiment de capitaux et article 1C de la directive no 2001/97/CE du 4 déc. 2001 modifiant la directive préc.

124. R. MERLE, « L'évolution du droit pénal français contemporain », *D.* 1977, chron. p. 303 ; Y. MULLER-LAGARDE, « La bonne foi : « Peau de chagrin » du droit pénal des affaires », art. préc. ; W. JEANDIDIER, « L'élément moral des infractions d'affaire ou l'art de la métamorphose » in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 369.

125. R. MERLE, « L'évolution du droit pénal français contemporain », art. préc.

126. Cass. crim., 31 janv. 2007, n° 05-85.886 ; *D.* 2007, p. 1843, note B. BOULOC ; *Rev. société* 2007, p. 351, note H. MATSOPOULOU ; *RTD com.* 2007, p. 617, obs. B. BOULOC.

du délit de recel par les juges du fond. Celui-ci est cependant rejeté par la Cour de cassation, pour qui la cour d'appel a « sans insuffisance ni contradiction, caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable »¹²⁷.

S'il est vrai que, dans cet arrêt, les circonstances étaient particulièrement douteuses, il est à noter que la vérification de l'intention y est négative. Il n'est pas affirmé que les faits laissaient présumer l'élément psychologique, ni qu'ils s'en induisaient la volonté de leur auteur. Il est jugé que l'attention de l'acheteur « aurait dû être attirée » par les conditions douteuses de son acquisition. En d'autres termes, les juges n'ont pas vérifié que l'acheteur avait bien conscience de l'origine frauduleuse du bien ; ils se sont contentés d'estimer qu'il ne devait pas ne pas en avoir conscience. De l'affirmation selon laquelle l'agent ne pouvait pas ignorer l'origine d'un bien¹²⁸, l'on glisse alors vers l'idée selon laquelle l'agent aurait dû avoir conscience de cette origine. Une telle solution aboutie par suite à sanctionner l'absence de diligences en matière de recel, bien plus que la volonté de receler. Comme il a pu l'être relevé, l'expression employée par les juges contient tout au plus l'affirmation de « l'existence d'un simple dol éventuel, inassimilable au dol général »¹²⁹.

428. De « l'ignorance interdite » – Il s'ensuit qu'en matière de recel – comme en matière d'infractions d'affaires – un glissement s'observe d'une théorie de la connaissance obligée (*l'agent ne pouvait pas ne pas savoir*¹³⁰) vers une théorie de « l'ignorance interdite »¹³¹ (*l'auteur n'aurait pas dû ignorer que*¹³²). Un tel glissement est critiquable à deux titres. Tout d'abord, si la preuve contraire est concevable dans le premier cas, elle l'est bien moins dans le second, où seule pourra être admise la preuve de la bonne foi en sa dimension subjective. Autrement dit, est seule concevable un renversement de la présomption par la démonstration d'une erreur excusable. En outre, là encore, sous couvert d'une présomption d'intention, la jurisprudence permet en réalité une modification de la nature de ces infractions qui se teintent d'une simple négligence blâmable. Sont alors sanctionnés sous la même incrimination des comportements véritablement volontaires et des comportements simplement négligents.

Outre le caractère condamnable de cette théorie de « l'ignorance interdite » qui entre en contradiction évidente avec le principe de légalité¹³³, le caractère indispensable de la

127. Cass. crim., 27 juin 2012, *Bull. crim.*, n° 11-86.555 ; *Gaz. Pal.* 2012, n° 36, obs. S. DETRAZ.

128. La solution est fréquente en matière de recel. V. par ex. Cass. crim., 5 mai 1993, n° 91-83.101 ; RSC 1994, p. 340, obs. P. BOUZAT.

129. S. DETRAZ obs. sur Cass. crim., 27 juin 2012, *Gaz. Pal.* 2012, n° 36.

130. Pour une critique de cette tendance et de la présomption de responsabilité qu'elle contient, v. B. BOULOC note sous Cass. crim., 31 janv. 2007, *D.* 2007, p. 1843.

131. Ces expressions sont not. utilisées par Madame MULLER-LAGARDE, « La bonne foi : « peau de chagrin » du droit pénal des affaires », art. préc.

132. *Ibid.*

133. Le champ des incriminations se trouve considérablement élargi par ces pratiques.

caractérisation des faits sous leur élément psychologique est particulièrement affaibli par ce qui dépasse de beaucoup le domaine de la présomption. La donnée principale de l'élément psychologique exigée théoriquement par le texte d'incrimination ne fait absolument plus l'objet d'une vérification positive, si bien que l'on peut s'interroger sur son caractère strictement indispensable. La jurisprudence est donc à la fois contraire à la légalité et à l'économie des éléments constitutifs. Elle nie l'exigence de typicité et remet de ce fait en cause l'utilité des éléments dans la caractérisation de l'infraction. Mais plus problématique encore est le cas de la présomption irréfutable de volonté, dont une au moins peut être identifiée en matière pénale.

2. La dispense d'analyse subjective du comportement : la présomption irréfutable en matière contraventionnelle

429. Une possible spécificité probatoire – Outre les présomptions qui, non seulement affectent l'obligation de vérification de la volonté de l'agent, mais aussi opèrent un glissement dans la teneur de la volonté vérifiée, il existe une hypothèse de présomption dispensant totalement le juge d'analyser le comportement sous son angle subjectif. Elle se rencontre en matière contraventionnelle. Pour cette catégorie d'infractions, il est possible d'hésiter entre une spécificité structurelle et une spécificité probatoire¹³⁴. Malgré des désaccords, une partie de la doctrine se prononce en faveur de la seconde approche¹³⁵. Les contraventions étant, pour le législateur, des infractions¹³⁶, elles doivent répondre à la complémentarité de principe. Or, en la matière, il a toujours été admis que la dimension subjective n'a pas à être vérifiée par le juge. Plus, le défaut d'intention ne fait pas obstacle à la qualification des faits¹³⁷, non plus que la bonne

134. V. not. et F. CHABAS, « La notion de contravention », *RSC* 1969, p. 1 et p. 281, revenant sur les deux approches retenues en doctrine. Pour une troisième catégorie d'auteurs, la faute serait incluse dans les faits contraventionnels. En d'autres termes, elle résulterait de la contravention à la loi. En ce sens, R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, th. préc., p. 14, n° 14, et R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 582, n° 515. Mais il faut admettre, comme le souligne Monsieur MERLE, qu'une telle solution ne résout rien car toute infraction contient un acte en contradiction d'une loi. Selon lui, donc, cette position reviendrait à nier le concept d'intention. P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, th. préc., p. 126, n° 123.

135. B. BOULOC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 241, n° 266 ; F. DESPORTES et F. LE GUNEHÉC, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 69, n° 113 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 219, n° 193 ; C. AMBROISE-CASTÉROT, *Présomption d'innocence, op. cit.* ; A. DECOCQ, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 226, qui relève par ailleurs que la présomption est l'opinion « classique » en doctrine et cite l'opinion de Monsieur GARÇON. Estimant néanmoins que les contraventions sont « sans connotation morale », v. X. PIN, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 41, n° 35. Dans le même sens, J. PRADEL, *Traité de droit pénal et de sciences criminelles comparées, op. cit.*, p. 271, n° 283.

136. Elles sont visées par l'article 111-1 comme des infractions. Par ailleurs, il a pu être remarqué qu'elles donnent lieu à l'application de sanctions pénales et relèvent des juridictions pénales. S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Litec, 2011, p. 39.

137. La solution est constante en jurisprudence depuis le XIX^{ème} siècle. V. not. Cass. crim., 6 déc. 1867, *Bull. crim.*, n° 248 : « Qu'en concluant de ces faits que le prévenu n'avait pas eu l'intention de tirer sur cette pièce de gibier, l'arrêt attaqué a admis une excuse arbitraire, donné à l'acquittement de X... une base illégale et violé les

foi du contrevenant¹³⁸. La Cour de cassation affirme en effet « qu'en matière de contravention, il suffit, en principe, pour l'application de la loi pénale, que le fait punissable soit matériellement constaté ; que dès lors l'excuse tirée de la bonne foi n'est pas de nature à faire disparaître la contravention »¹³⁹.

Ancienne, la solution est d'ailleurs consacrée par l'article 121-3 qui n'affirme le principe de l'intention que pour les crimes et les délits. Pour les contraventions, à l'inverse, il est simplement précisé qu'« il n'y a point de contravention en cas de force majeure »¹⁴⁰. De cette simple précision, il résulterait une spécificité procédurale. En raison de l'objet de ce type d'infraction et de la faible peine associée¹⁴¹, la preuve de la volonté n'aurait pas à être rapportée en matière contraventionnelle, celle-ci étant présumée par l'article 121-3¹⁴² de manière quasi irréfragable¹⁴³.

430. Une évidente spécificité structurelle – En réalité, il est possible de douter de cette spécificité procédurale. Bien plus qu'il ne semble admettre une présomption de volonté, l'article

dispositions des divers articles ci-dessus visé ». V. égal. Cass. crim., 16 nov. 1976, *Bull. crim.*, n° 325 ; Cass. crim., 1^{er} mars 1994, n° 93-83.709. Et s'agissant d'un délit matériel, Cass. crim., 27 mai 1959, *Bull. crim.*, n° 279.

138. Une exception existe néanmoins pour les infractions douanières pour lesquelles la bonne foi est constitutive d'un fait justificatif en matière délictuelle comme contraventionnelle : Cass. crim., 20 fév. 1997, *Bull. crim.*, n° 73 ; *RTD com.* 1997, p. 694, obs. B. BOULOC. Selon Monsieur BOULOC, la Cour de cassation reconnaît implicitement « que les contraventions comportent un élément moral, même si celui-ci fait l'objet d'une présomption favorable à l'accusation ». Néanmoins, et outre le fait qu'il est étonnant de qualifier l'absence d'intention de fait justificatif, l'attendu demeure circonstancié au cas des infractions douanières pour lesquelles le principe est admis depuis 1988 (Cass. crim., 28 nov. 1988, *Bull. crim.*, n° 399) et une loi du 8 juillet 1987 levant l'interdiction en matière douanière, pour le contrevenant, de rapporter la preuve de sa bonne foi. La solution n'a jamais été généralisée depuis lors. Sur les infractions douanières et l'admission progressive d'un élément moral dans leur caractérisation, v. P. DE GUARDIA, « L'élément intentionnel dans les infractions douanières », art. préc.

139. Cass. crim., 16 nov. 1976, *Bull. crim.*, n° 325. En l'espèce, était invoquée une erreur de fait, qui avait d'ailleurs été retenue par la cour d'appel.

140. Code pén., art. 121-3, al. 5.

141. LEVASSEUR relève ainsi que les contraventions ont pour particularité d'avoir dans l'opinion publique « le caractère d'une faute vénielle », dont le châtement, de faible gravité, n'entraîne aucune déconsidération à l'égard du condamné. G. LEVASSEUR, « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *D.* 1959, p. 121. C'est en outre la faiblesse des peines qui justifie en la matière la possibilité de cumul de sanctions (Code pén., art. 132-7). En ce sens, G. QUERO, « Le cumul des contraventions et ses problèmes », *Gaz. Pal.* 1976, doct. p. 284.

142. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 303, n° 371.

143. C. AMBROISE-CASTÉROT, Présomption d'innocence, *op. cit.*, n° 45 : « La faute est alors tout simplement présumée, de manière quasi irréfragable ». La seule possibilité légalement prévue étant la force majeure, la présomption de volonté semble donc pouvoir être renversée dans ce cas particulier. Le Conseil constitutionnel s'oppose pourtant en apparence à une telle présomption. Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC ; *AJDA* 2011, p. 1097, note D. GINOCCHI ; *D.* 2011, chron., p. 1162, chron. P. BONFILS ; *D.* 2012, p. 1638, obs. V. BERNAUD et N. JACQUINOT ; *AJCT* 2011, étude, p. 182, obs. J.-D. DREYFUS ; *Constitutions* 2011, p. 223, obs. A. DARSONVILLE ; *Constitutions* 2011, chron., p. 581, chron. V. TCHEN ; *RSC* 2011, chron., p. 728, chron. C. LAZERGES ; *RSC* 2011, étude, p. 789, note M.-A. GRANGER ; *RSC* 2012, p. 227, obs. B. DE LAMY : « le législateur ne saurait instituer de présomption de culpabilité en matière répressive ; [...] toutefois, à titre exceptionnel, de telles présomptions peuvent être établies, notamment en matière contraventionnelle, dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable ». Toutefois, dans cette hypothèse, c'est davantage à l'admission de cas de responsabilité du fait d'autrui que le Conseil s'est opposé. En effet, selon lui, la loi, « en permettant de punir le représentant légal à raison d'une infraction commise par le mineur, a pour effet d'instituer, à l'encontre du représentant légal, une présomption irréfragable de culpabilité ». Comp. Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

121-3 en son alinéa 5 affirme la spécificité de la « faute » contraventionnelle (s'il est possible ici de parler de « faute »), qui n'a à être ni intentionnelle, ni volontaire¹⁴⁴. C'est au demeurant ce que semble suggérer le législateur lorsqu'il qualifie dans la Circulaire du 14 mai 1993 la contravention d'infraction matérielle¹⁴⁵. Celle-ci peut être constituée, selon ses termes, « même en l'absence de faute »¹⁴⁶. Le fait, dès lors qu'il contrevient à la loi, constitue l'infraction, sans qu'il soit besoin de s'interroger sur la faute de son auteur¹⁴⁷.

Le recours à la présomption irréfragable permet de maintenir le principe de l'importance de la volonté¹⁴⁸, mais sans doute au prix d'un artifice. Une telle présomption relève bien plus du domaine de la fiction¹⁴⁹ que de celui de la présomption¹⁵⁰ : « Parce que cette règle exclut la preuve contraire [...], elle conduit à attacher l'effet produit au seul fait connu. Autrement dit, la présomption irréfragable réalise une réduction du nombre des conditions déterminant l'application d'une solution donnée »¹⁵¹. Par conséquent, que l'on raisonne en termes de spécificité structurelle ou de spécificité probatoire, le résultat est inchangé. En matière de contravention, par principe, le juge est totalement dispensé d'analyser le comportement sous son angle subjectif.

431. L'importance résiduelle des données subjectives – Les données subjectives ne sont certes pas totalement ignorées en la matière, en ce que l'infraction ne sera pas caractérisée en cas de force majeure. Par ailleurs, la doctrine s'accorde à considérer que l'absence des conditions

144. V. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, *op. cit.*, p. 29, où il est expliqué que cette précision a pour but de « mettre en évidence le caractère particulier de la faute contraventionnelle ».

145. Dans la circulaire préc. il est ainsi affirmé que les contraventions demeurent les seules « infractions matérielles » subsistant en droit pénal. Sur les infractions matérielles demeurant toutefois en droit européen. V. R. BOUSCANT, « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *RTD eur.* 2000, p. 67.

146. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, *op. cit.*, p. 29. C'est par conséquent ce qu'admet le Conseil d'État, qui affirme expressément « que les contraventions constituent, sauf dispositions contraires, des infractions matérielles ne comportant pas d'élément intentionnel » CE, 9 et 10^{ème} sous-sections réunies, 16 juil. 2008, *Recueil Lebon* ; *RTD com.* 2008, p. 750, obs. F. POLLAUD-DULIAN ; *CCE* 2008, comm. 111, obs. C. CARON.

147. Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE l'affirmaient déjà : la contravention n'est constituée que par « le seul fait matériel » A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, t. 6, p. 286. La responsabilité a ainsi pu être qualifiée en la matière de « causale » par M. HAURIOU note sous CE, 8 mai 1896, *S.* 1897, 3, p. 113. Néanmoins, HAURIOU pousse particulièrement loin le raisonnement, ce qui lui a valu de très nombreuses critiques de la part de la doctrine. Il estime en effet que pour les contraventions, contrairement à l'ordre de fait établi par les règles de police, « il n'est pas besoin [qu'elles] proviennent d'une volonté responsable ». Ainsi, selon lui, la répression serait possible même en présence d'une cause de non imputabilité.

148. Admettant avoir cédé à la tentation de la généralisation en la matière, G. LEVASSEUR, « Étude de l'élément moral de l'infraction » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Travaux du colloque de science criminelle, Toulouse, op. cit.*

149. La fiction s'oppose à la réalité et, plus particulièrement, à la réalité juridique. C. PERELMAN, « Présomptions et fictions en droit, Essai de synthèse » in *Les présomptions et les fictions en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, 1974, p. 339.

150. En ce sens, G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., p. 12, n° 3, et A.-M. LEROYER, *Les fictions juridiques*, 1995, Thèse, Paris II, p. 204. Pour une position plus nuancée, C. HARDOUIN-LE GOFF, « Les fictions légales en droit pénal », art. préc.

151. G. WICKER, *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, th. préc., p. 12, n° 3.2.

d'imputabilité fait également obstacle à la caractérisation de l'infraction¹⁵². C'est tout de même restreindre la composante subjective de l'infraction à sa plus simple expression¹⁵³, d'autant qu'en tant que cause d'irresponsabilité, la force majeure est un moyen de défense. Plus largement, les conditions d'imputabilité ne font pas l'objet d'une vérification effective¹⁵⁴, si bien qu'il est souvent admis qu'elles font également l'objet d'une présomption. La caractérisation des contraventions se passe donc totalement d'une analyse du comportement sous son angle subjectif. La seule matérialité des faits est ici suffisante pour engager la responsabilité de leur auteur, sans qu'il soit besoin d'envisager le comportement ni sous son angle subjectif ni sous son angle antijuridique.

432. Une double spécificité structurelle – Les contraventions présentent donc une particularité dans leur qualification qui est elle-même la résultante de cette double spécificité structurelle¹⁵⁵ : ces infractions sont dépourvues à la fois de composante intellectuelle et de composante antijuridique. Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE le relevaient déjà : « Parmi les actions punissables il n'existe qu'une seule distinction qui soit vraie, parce qu'elle est puisée dans leur nature. En effet, les unes prennent leur criminalité dans la moralité du fait, dans l'intention de l'agent : on les appelle crimes ou délits. Les autres ne sont que des infractions matérielles à des prohibitions ou à des prescriptions de la loi ; elles existent par le seul fait de la perpétration ou de l'omission et indépendamment de l'intention de l'agent. Ce sont les contraventions »¹⁵⁶. On retrouve dans cette distinction deux critères discriminants qui font la spécificité des contraventions : l'absence totale de prise en compte de la volonté et l'absence de caractère attentatoire du comportement (les contraventions ne sont que des infractions à des prescriptions légales). En effet, contrairement aux crimes et aux délits, les contraventions n'ont vocation qu'à assurer une discipline collective et à régler la vie en communauté¹⁵⁷. Leur punition ne vient pas

152. V. not. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 306, n° 291. V. toutefois Cass. crim., 20 juin 2000, n° 99-86.984, affirmant que « seule la force majeure [est] de nature à supprimer l'infraction ». Elle ne statuait néanmoins pas sur un cas de défaut d'une des conditions de l'imputabilité.

153. Si l'on rattache les conditions d'imputabilité à la responsabilité et non à l'infraction, la composante subjective des contraventions est du reste totalement absente.

154. Il n'existe ainsi aucune obligation pour les juges de se prononcer sur les capacités intellectuelles de l'agent. La vérification du caractère volontaire ou intentionnel du comportement accompli suffit. Même en matière criminelle, la Cour de cassation estime qu'« aucune disposition du code de procédure pénale ne fait obligation au juge d'instruction d'ordonner, dans le cadre d'une information ouverte en matière criminelle, une expertise psychiatrique ou psychologique ». Cass. crim., 24 août 2016, n° 16-83.546. C'est donc, en principe, à l'accusé qu'il revient d'en faire la demande.

155. Pour les autres spécificités des contraventions par rapport aux crimes et délits, v. S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, op. cit.

156. A. CHAUVEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, op. cit., cité par S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, op. cit.

157. En ce sens, P. MERLE, *Les présomptions légales en droit pénal*, th. préc., p. 128, n° 125, reprenant sur ce point la position de Monsieur LÉGAL (A. LÉGAL, « La responsabilité sans faute » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, Cujas, 1965, p. 129). Dans le même sens,

réellement sanctionner une atteinte à un intérêt protégé¹⁵⁸, raison pour laquelle la contravention a un caractère « purement matériel qui revient à faire fi des nuances d'ordre psychologique ou moral »¹⁵⁹.

L'intérêt de la distinction proposée par Messieurs CHAUVEAU et HÉLIE est donc d'insister sur la double spécificité structurelle de cette catégorie. Par ailleurs, les critères utilisés dans la distinction faite par les auteurs permettent de nuancer l'opposition entre les délits et crimes d'une part et les contraventions d'autre part. L'opposition n'est en effet pas aussi marquée. S'il est vrai que les contraventions sont en règle générale des comportements essentiellement attentatoires à l'ordre public et dénués de dimension psychologique, la catégorie est particulièrement hétérogène¹⁶⁰. Certains délits ayant été disqualifiés en contraventions, les textes font selon les cas ou non état d'une atteinte et d'une intention particulière. L'exemple le plus typique réside dans le délit de violences volontaires ayant entraîné une incapacité totale de travail inférieure à huit jours¹⁶¹. Cette infraction, bien qu'elle relève aujourd'hui de la catégorie des contraventions, n'en est pas moins aux termes de la loi une infraction intentionnelle. Pour ce type de contraventions, la qualification suivra le schéma classique. Le caractère volontaire étant légalement précisé, il devra impérativement être vérifié et prouvé par le Ministère public pour que la condamnation soit légale¹⁶². Il en va de même du caractère attentatoire¹⁶³. La double spécificité structurelle ne vaut donc que pour une partie d'entre elles.

433. Une nature infractionnelle douteuse – Cette double spécificité a conduit certains auteurs à douter du caractère véritablement infractionnel des contraventions et à l'opportunité de les maintenir dans le champ du droit pénal¹⁶⁴. Dans certains pays, dont l'Allemagne, l'Italie ou les Pays-Bas, les contraventions font d'ailleurs l'objet d'une répression administrative. Les doutes sont d'autant plus importants quant à la nature des contraventions qu'elles ne suivent

Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 309, n° 294. Pour une analyse critique de cette spécificité, v. égal. P. HEITZMANN, *De la notion de contravention*, 1938, Nancy, Société d'impressions typographiques, p. 29 et s.

158. Les contraventions sont « des infractions à la discipline sociale plutôt que des atteintes aux valeurs essentielles de la société ». S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes, op. cit.*

159. Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 310, n° 294.

160. F. CHABAS, « La notion de contravention », art. préc. V. égal. P. HEITZMANN, *De la notion de contravention*, th. préc., et A. LÉGAL, « La responsabilité sans faute » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin, op. cit.*

161. Code pén., art. R.625-1. V. not. C. COURTIN, *Rép. dr. pén.*, Contravention, 2010.

162. En ce sens, E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 169, n° 203.

163. Même en l'absence d'ITT, l'atteinte à l'intégrité doit être vérifiée.

164. Certains auteurs estiment en effet envisageable le recours à une procédure administrative pour ce type de contraventions, à l'image de l'Allemagne. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 93 ; W. JEANDIDIER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 216, n° 190. V. égal. S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes, op. cit.* Monsieur DETRAZ relève qu'il serait alors nécessaire d'opérer un tri dans les incriminations des contraventions afin de déterminer l'ampleur de la dépénalisation et de déterminer l'organe compétent pour connaître des contraventions dépénalisées.

pas totalement le même régime que les crimes et les délits, notamment en matière de cumul des sanctions¹⁶⁵. Au moins pour les contraventions dont la qualification ne dépend que de la matérialité des faits, les sortir du domaine pénal permettrait à la fois à restaurer la cohérence du droit pénal et d'accroître l'efficacité de la répression¹⁶⁶.

Il est par ailleurs intéressant de relever que ces spécificités structurelles ne sont pas propres aux contraventions. On les retrouve également dans certaines infractions dites formalistes où le seul résultat redouté par le législateur tient à la violation de la norme et où l'appréciation de l'intention n'a pas à intervenir dans l'exercice de qualification. En effet, la Cour de cassation admet en la matière que la constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique l'intention de commettre l'infraction¹⁶⁷. Elle relativise ce faisant l'obligation pour les juges de caractériser les faits au regard de l'intention de l'agent. Ici aussi, le comportement n'aura pas à être analysé sous son angle subjectif. Dès lors que la connaissance de la loi est présumée, sa violation ne peut être faite qu'en connaissance de cause, si bien qu'il n'est pas nécessaire de s'attacher à apprécier la perception que l'agent a pu avoir de son acte. Ces comportements présentent donc la même structure matérielle que les contraventions¹⁶⁸.

Sans revenir sur la problématique de la classification tripartite des infractions¹⁶⁹ et sans prétendre trancher le difficile débat relatif à la dépénalisation des contraventions et des infractions techniques, il faut donc constater ici que la structure de ces comportements rend leur nature infractionnelle douteuse. Leurs caractérisations ne suivent pas le schéma classique, ni sous l'angle antijuridique, ni sous l'angle psychologique, que le juge est totalement dispensé d'apprécier. Pour ces comportements, ce n'est pas seulement la donnée principale de l'élément psychologique qui fait défaut. Plus largement, la qualification se fera indépendamment d'une

165. Ainsi, le Code pénal (art. 132-7) prévoit expressément et de manière dérogatoire la possibilité du cumul des sanctions. Ce principe a conduit à une inquiétude au sein de la doctrine en raison du caractère exorbitant que pouvait prendre le cumul et ce d'autant plus que la jurisprudence a, dans un premier temps, admis la qualification de plusieurs contraventions même en cas de faute unique avant d'opérer un revirement. V. J.-C. FOURGOUX, « Infractions contre l'ordre économique », *RSC* 1984, p. 755, et J. SALVAIRE, « Le cumul idéal de contraventions », *JCP* 1960, I, 1588. En outre, les contraventions ne peuvent faire l'objet ni d'une tentative ni de complicité (hormis par instigation). V. S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, op. cit.

166. *Ibid.* V. égal. J.-H. ROBERT, « Pour une restauration de la contravention de police » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 161.

167. V. par ex. Cass. crim., 16 juin 2009, n° 08-87 ; 911, cité par S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, op. cit. Comp. Cass. crim., 25 mai 1994, n° 93-85.158 ; D. 1995, p. 366, obs. J.-H. ROBERT ; D. 1995, p. 97, obs. B. BOULOC.

168. Pour cette raison, Monsieur ROBERT estime que « ce droit devrait retourner dans le berceau où il naquit, le domaine des contraventions ». J.-H. ROBERT, « Pour une restauration de la contravention de police » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, op. cit. Comp. S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, op. cit., qui s'interroge sur l'opportunité d'étendre une éventuelle dépénalisation à ces infractions.

169. Les deux problématiques sont intimement liées. Toutefois, certaines contraventions présentant tous les attributs des infractions, la division semble devoir demeurer.

prise en compte de la psychologie de l'agent. La seule hypothèse dans laquelle des données d'ordre psychologique seront envisagées sera celle où est invoquée l'absence d'une des conditions relatives à l'imputabilité des faits.

C'est d'ailleurs désormais sur ces conditions qu'il convient de s'attarder et, plus largement, sur les circonstances constitutives de la volonté dont elles relèvent.

Section 2 – Les circonstances de la volonté

434. Identification des circonstances – Plus encore que pour les autres angles d'analyse, il peut sembler artificiel de scinder la dimension psychologique en une donnée principale et des circonstances la particularisant. Comme l'affirmait Monsieur PAGEAUD, « il est arbitraire et artificiel de séparer, dans une conduite humaine, chacune des facultés intellectuelles ou mentales d'un individu »¹⁷⁰. L'intention ou la volonté ne peuvent s'apprécier que dans leur ensemble. D'un point de vue plus théorique et dans un objectif didactique, il faut toutefois remarquer que le constat de la volonté ou de l'intention n'est pas suffisant. L'exigence de volonté est générale : elle ne porte pas seulement sur le fait principal, mais se propage à tout le comportement. L'élément psychologique inclus donc, pour les infractions intentionnelles, outre l'intention proprement dite, la connaissance du contexte factuel et antijuridique dans lequel vient se dérouler le fait. Le plus souvent, le constat de l'intention fait à l'occasion de l'analyse du comportement sous son angle subjectif emportera le constat de la connaissance du contexte factuel, de sorte que les deux seront indissociables. Mais s'il peut paraître artificiel de séparer l'intention de la connaissance des autres circonstances, il n'en reste pas moins que théoriquement, cette connaissance est indispensable et s'ajoute à l'intention proprement dite. Elle peut donc être analysée en circonstances constitutives, devant être vérifiée par le juge.

Par ailleurs, analyser le comportement sous son angle subjectif, c'est s'intéresser à la perception qu'a eue l'agent de son acte, afin de voir si elle correspond à une qualification légale. C'est donc de manière concrète qu'il convient d'apprécier cette perception et non détachée de son contexte. Il est vrai, toutefois, que la volonté retenue lors de qualification des faits repose sur un certain nombre d'hypothèses, considérées comme acquises par le juge. Elles tiennent aux capacités intellectuelles de l'agent et à son libre arbitre, ainsi qu'à la connaissance de l'illégalité de son comportement. Bien que considérées comme acquises et donc non systématiquement vérifiées, ce sont ces hypothèses qui rendent la volonté coupable et, par conséquent, punissable.

170. P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », art. préc.

Elles ne peuvent donc pas être séparées du comportement. Sans elles, la volonté est abstraite et la répression n'apparaît pas justifiée. Elles forment par conséquent une autre série de circonstances constitutives, qui ont la particularité de ne pas devoir être forcément vérifiées par le juge. Elles sont présumées, de sorte que l'exercice de qualification se concentrera essentiellement sur la volonté ou l'intention de l'auteur des faits. Elles restent néanmoins indispensables pour que la perception qu'a eue l'agent de son acte soit similaire à la perception attendue pour caractériser l'infraction. Ces hypothèses, ou prémisses, tenues pour acquises par le juge forment donc une série de circonstances constitutives, qui, à l'inverse de celles devant être vérifiées (I), seront présumées (II).

§ 1. Les circonstances constitutives donnant lieu à une vérification

435. Circonstances constitutives et connaissance – Le caractère volontaire du comportement ne s'apprécie pas seulement au regard de l'intention de commettre les faits. L'élément psychologique porte également sur les autres circonstances, qu'elles soient factuelles ou antijuridiques. La connaissance de ces circonstances s'ajoute donc à l'intention (A), étant précisé qu'ici comme pour les autres éléments, les circonstances aggravantes peuvent modifier dans certains cas la consistance de l'élément psychologique de l'infraction simple. Selon les cas, l'influence des circonstances aggravantes sur l'élément subjectif sera toutefois variable (B).

A. La connaissance des circonstances objectives

436. De la symétrie entre la dimension objective et la dimension subjective – Comme cela a déjà évoqué, la doctrine considère qu'il existe une certaine symétrie entre la dimension objective et la dimension subjective de l'infraction. Pour que l'élément psychologique soit caractérisé, il ne suffit donc pas que le fait en lui-même soit intentionnel. L'intention se propage aux autres circonstances exigées par les textes. Dans l'approche traditionnelle, cette règle résulte de la définition du dol général selon laquelle l'agent doit avoir voulu accomplir le comportement décrit par la loi. Il doit donc avoir, au minimum, connaissance ou conscience des différentes circonstances¹⁷¹ qui accompagnent le fait. Il en résulterait un véritable « parallélisme »¹⁷² entre la composition de la dimension objective de l'infraction et la composition de sa dimension subjective.

171. En ce sens, J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 99 : l'intention « englobe nécessairement la connaissance des faits extérieurs quels qu'ils soient ». Dans le même sens, R. GRIFFON, *De l'intention en droit pénal*, th. préc., p. 121. S'agissant des faits externes autres que l'activité matérielle, Monsieur THÉVENON estime par contre qu'il faut alors parler de conscience et non de volonté. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 96.

172. *Ibid.*, not. p. 147.

Si une certaine symétrie entre la dimension objective et la dimension subjective existe indéniablement, la justification par le recours à une définition legaliste du dol général n'est pas satisfaisante. Est-ce réellement parce que l'agent a voulu violer la loi et accomplir le comportement décrit que la concordance doit exister ? La justification de la symétrie ne peut être trouvée dans un tel artifice. Elle est par contre partiellement confortée par l'article 121-3. Selon cet article, « il n'y a point de crime ou de délit sans intention *de le commettre* »¹⁷³. Cette rédaction suggère donc que l'intention doit porter sur le comportement tel que décrit dans l'incrimination. Pour autant, la symétrie ne ressort que partiellement de ce texte, car tout dépend de ce qui est visé par l'expression « crime ou délit ». Est-ce le crime ou le délit décrit (infraction description), ou celui commis (infraction action) ? Dans le premier cas, l'article 121-3 est une consécration pure et simple de la définition strictement legaliste du dol général. Dans le second, il impose plus simplement que les faits aient été commis intentionnellement. À bien y réfléchir, l'opposition n'est en définitive peut-être pas si fondamentale qu'il y paraît. Car peu importe, en réalité, que l'agent ait eu connaissance des différentes exigences du texte d'incrimination ou, plus généralement, qu'il ait entendu violer le texte en accomplissant exactement le comportement prévu. Ce qui est exigé en revanche en vue de la qualification, c'est une corrélation parfaite entre le comportement accompli et le comportement décrit, cette corrélation étant aussi bien intellectuelle que matérielle et antijuridique. La perception qu'a eue l'agent de son acte doit donc correspondre à la perception qui résulte du texte d'incrimination, de sorte que le caractère volontaire se propage aux différentes circonstances constitutives du comportement. Ne pas avoir une conception legaliste de la volonté ne remet donc pas en cause le principe car le comportement accompli par l'agent doit être voulu dans sa globalité et sa complexité. Ce n'est qu'à cette condition qu'il correspondra objectivement et subjectivement au comportement incriminé. Le caractère intentionnel se propage à l'ensemble de celui-ci, décrit comme accompli, si bien qu'il est possible sur ce point de rejoindre la conception legaliste du dol général impliquant que « l'agent a voulu l'acte avec toutes ses particularités »¹⁷⁴.

L'élément psychologique ne se cantonne donc pas à la volonté de l'acte, mais implique une conscience du contexte factuel dans lequel vient se dérouler l'infraction. Il s'ensuit notamment que l'agent devra avoir connaissance de la condition relative à la valeur protégée¹⁷⁵ et des différentes circonstances¹⁷⁶. De même, la volonté ne porte en principe pas seulement sur le

173. Code pén., art. 121-3. Nous soulignons.

174. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 85, n° 131.

175. En ce sens, mais s'agissant plus largement de la condition dite préalable, B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 317, n° 579.

176. Notamment, l'agent devra avoir conscience des circonstances de lieu, de qualité du sujet, ou plus largement des différentes circonstances factuelles. S'agissant plus spécifiquement des circonstances aggravantes, v. *infra*, n° 438.

fait principal, mais s'étend au moyen employé. C'est le comportement, dans son ensemble, qui doit être intentionnel, ce qui implique que l'intention porte sur toutes les circonstances prévues par les textes.

437. Le caractère indissociable de l'intention – La question se pose alors de savoir si cette connaissance du contexte factuel et antijuridique est une circonstance venant s'adjoindre à la volonté du fait principal ou si elle dépend de cette volonté parce qu'elle s'y incorpore. Théoriquement, il est tout à fait possible de considérer que, outre la volonté d'accomplissement du fait ou l'intention, il est nécessaire de vérifier que cette volonté s'accompagne de la connaissance du contexte dans lequel le comportement prend place. Autrement dit, il s'agit pour le juge, dans l'exercice de qualification, non seulement de s'assurer que le comportement était voulu et éventuellement intentionnel, mais aussi de la connaissance par l'agent des différentes circonstances constitutives. Cette approche répond parfaitement à l'exercice de qualification par comparaison. Toutefois, l'analyse du comportement sous son angle subjectif présente une spécificité qui impliquera que, dans beaucoup de cas, la constatation de l'intention sera indissociable de la connaissance du contexte. La solution n'est pas choquante dès lors que cette connaissance n'est pas douteuse. L'intention est un tout, outre le fait qu'elle ne peut faire l'objet de preuves tangibles. Sa vérification ne peut donner réellement lieu à un exercice de comparaison, condition par condition. C'est donc, le plus souvent, l'élément psychologique dans sa globalité qui sera constaté, emportant l'affirmation de l'intention et de la connaissance du contexte. Celle-ci sera au demeurant également déduite des constatations objectives. Ainsi, l'intention de tuer par empoisonnement ne se conçoit pas sans la connaissance du caractère mortifère de la substance, de même que l'évasion ne peut être intentionnelle qu'avec la connaissance de la qualité de détenu¹⁷⁷. Dans beaucoup d'hypothèses, c'est donc l'intention dans son ensemble qui sera constatée, ce qui ne signifie pas pour autant que la connaissance du contexte soit indifférente.

B. L'influence variable des circonstances aggravantes

438. L'admission limitée de la connaissance des circonstances aggravantes objectives – Par ailleurs, la connaissance du contexte factuel se propage en principe aussi aux circonstances aggravantes. Le cas des infractions aggravées imposera par conséquent le plus souvent une vérification supplémentaire quant à l'intention de l'agent, par rapport à la consistance de l'infraction simple. L'intention exigée au titre de l'infraction simple se retrouvera toujours dans l'infraction aggravée, mais elle sera dans beaucoup de cas complétée. La première question qui se pose ici est de savoir si l'agent doit vouloir l'infraction aggravée, ou au moins, s'il doit avoir

177. Code pén., art. 434-27.

conscience de commettre une infraction particulièrement grave. Dans certaines hypothèses, la question sera assez facile à résoudre, ne serait-ce que parce qu'elle se déduira des exigences légales.

Mais le cas des circonstances aggravantes objectives est relativement problématique, qu'elles soient relatives à une exigence matérielle ou à une exigence relevant de l'antijuridique. La question se pose alors de savoir si la connaissance de l'existence de la circonstance aggravante intègre celle du contexte factuel. *A priori*, une réponse positive s'impose dès lors que l'on se prononce en faveur de l'analyse de l'infraction aggravée comme une infraction autonome. Dans le cas des infractions intentionnelles, la circonstance aggravante s'intègre au comportement et devrait le modifier aussi bien objectivement que subjectivement¹⁷⁸. Celles tenant à l'âge ou à la qualité de la victime devraient donc être connues de l'agent. L'argument se trouve renforcé par le fait que la circonstance aggravante vient ici sanctionner une dualité d'atteinte. Le comportement apparaît d'autant plus blâmable qu'il est dirigé contre une personne ou une catégorie de personnes, ou commis en raison de la qualité particulière de la victime. Il s'agit alors de la prise en compte des mobiles. Lorsque c'est à ce titre que l'infraction est aggravée, il est évident que la circonstance aggravante devra être connue de l'auteur. Elle devra même avoir été déterminante du comportement. Dans les autres cas, la solution la plus satisfaisante semble également être celle selon laquelle la connaissance du contexte s'étend aux circonstances aggravantes. La qualité de la victime ou la nature particulière du bien venant modifier la qualification, elles devraient être connues de l'auteur de l'infraction lors de la commission¹⁷⁹.

Deux arguments s'opposent toutefois à cette solution. La première tient au fait que le législateur a parfois précisé expressément que la qualité devait être connue de l'auteur des faits ou apparente. Dans le cas du meurtre, par exemple, la connaissance de la qualité de la victime est exigée lorsque l'infraction est commise sur une personne d'une particulière vulnérabilité ou sur magistrat, un juré, un avocat, un officier public ou ministériel, etc.¹⁸⁰ Or, si cette précision n'est faite que pour certaines circonstances, c'est selon toute vraisemblance que l'aggravation sera retenue dans tous les autres cas indépendamment d'une quelconque connaissance chez l'auteur des faits¹⁸¹. Par ailleurs, la jurisprudence semble se contenter de la constatation objective de la circonstance aggravante en l'absence de précision légale. Monsieur THÉVENON le constatait déjà¹⁸² et Madame DE JACOBET DE NOMBEL relève également que « la

178. En ce sens, C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 130, n^{os} 129 et s.

179. À l'inverse, l'argument ne vaut pas en matière non intentionnelle. *Ibid.*, p. 100, n^{os} 151 et s.

180. Code pén., art. 221-4, 3^o et 4^o.

181. En ce sens, P. CONTE, *Droit pénal spécial*, op. cit., p. 42, n^o 58. L'auteur estime toutefois que la solution contraire serait préférable.

182. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 103. Selon lui, il conviendrait pourtant « de n'appliquer les circonstances aggravantes qu'à chacun des auteurs ou des complices

jurisprudence n'a [...] jamais exigé une connaissance des circonstances aggravantes. Bien au contraire, elle considère en ce qui concerne le complice, que celui-ci en répond quand bien même il les aurait ignorées »¹⁸³. La connaissance des circonstances objectives n'est donc pas de principe et n'aura pas à être vérifiée dans tous les cas. De manière regrettable, l'élément psychologique de l'infraction aggravée n'intégrera pas systématiquement cette donnée en tant que circonstance de l'intention de l'infraction principale.

439. L'exigence d'une circonstance intellectuelle supplémentaire : les circonstances aggravantes subjectives – À l'inverse, pour les circonstances aggravantes d'ordre subjectif, une vérification supplémentaire sera toujours nécessaire et ne se traduira pas par une simple connaissance. La préméditation ou le mobile, par exemple, doivent être expressément constatés lors de la qualification de l'infraction aggravée. Il s'agit alors d'une volonté particulière qui vient s'ajouter à l'intention de commettre l'infraction principale. Elle la particularise et justifie l'aggravation de la répression. Ces circonstances particulières devront donc être vérifiées, parce qu'elles conditionnent la qualification aggravée. Tout comme l'intention et la connaissance du contexte factuel, elles seront constatées à partir du comportement accompli. Selon la Cour de cassation, c'est plus précisément dans « les faits qui ont accompagné l'acte de l'auteur principal » que devra être recherchée la circonstance de préméditation. Quant au mobile, le législateur a parfois prévu les conditions matérielles permettant de constater son existence. Par exemple, le mobile discriminatoire devra être révélé à travers des propos, des écrits, des images, des objets ou des actes¹⁸⁴, la circonstance aggravante s'imprimant alors sur les différents éléments de l'infraction.

Par ailleurs, certaines circonstances aggravantes donneront lieu véritablement à une double vérification, l'intention étant pour ainsi dire dédoublée. Ainsi, lorsque la circonstance tiendra à la réalisation d'une action particulière, celle-ci devra nécessairement être intentionnelle. Le vol accompagné d'un acte de violences ou de destruction¹⁸⁵ ne peut être qualifié de vol aggravé que si l'agent avait l'intention de commettre l'acte de violences ou de destruction qui a accompagné celui de vol. En effet, il « forme l'une des modalités du comportement d'ensemble qui constitue l'infraction aggravée »¹⁸⁶. L'intention relative à l'infraction principale (ici le vol) doit donc se doubler d'une intention relative à la circonstance aggravante qui en est la circonstance constitutive, parce qu'elle se trouve absorbée par la qualification de vol. Le raisonnement sera le même dans l'hypothèse d'un concours complet d'infractions. Lorsque le meurtre est aggravé à raison de

qui en ont eu connaissance ». *Ibid.*, p. 111.

183. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 85-86, n° 132.

184. Code pén., art. 132-76.

185. *Ibid.*, art. 311-4.

186. C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 85, n° 131.

la commission d'un autre crime, deux infractions distinctes doivent être caractérisées dans leur totalité, la qualification de meurtre absorbant l'autre qualification (qui pourra au demeurant être un autre meurtre¹⁸⁷). Le législateur ayant lui-même réglé le conflit de qualifications, il faut alors considérer que l'infraction érigée en circonstance aggravante de l'autre vient la particulariser, ses différentes composantes devenant, *a posteriori*, des circonstances constitutives intégrées aux différents éléments constitutifs de l'infraction aggravée.

440. Le cas particulier de la surqualification – Le même raisonnement doit par ailleurs être tenu en cas de surqualification. L'hypothèse de la surqualification a déjà été abordée¹⁸⁸. Il s'agit d'une forme particulière d'aggravation de certaines infractions à raison du contexte dans lequel elles prennent place. Il ne s'agit pas ici de la résolution d'un concours réel, mais d'une circonstance dont la gravité et la dualité d'atteinte qu'elle engendre entraînent un changement complet de qualification. Que ce soit en matière de terrorisme¹⁸⁹ ou de génocide¹⁹⁰, une infraction moyen est commise en vue de causer une atteinte, soit à la Nation, soit à l'espèce humaine. Il y a donc une infraction support, commise intentionnellement¹⁹¹, et qui s'insère dans une entreprise plus large, soit terroriste, soit de destruction d'un groupe de personnes. Les incriminations tendent donc à la prise en compte des mobiles, encore que ne soit expressément exigé qu'une relation causale entre l'infraction moyen et le but poursuivi. L'article 421-1 du Code pénal se contente de la commission de l'infraction en relation intentionnelle avec l'entreprise terroriste, tandis que l'article 211-1 du même code exige que l'infraction soit accomplie en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction d'un groupe. La qualification de terrorisme ou de génocide nécessite donc que soit vérifiée une relation intentionnelle et causale entre l'infraction accomplie et l'entreprise plus large dans laquelle elle s'insère. Il n'est pas nécessaire, par contre, que l'agent ait eu à proprement parler un mobile terroriste ou génocidaire¹⁹². En effet, le but visé à l'article 421-1 de trouble grave à l'ordre public par l'intimidation ou la terreur et textuellement celui de l'entreprise. C'est donc à son encontre qu'il doit être vérifié¹⁹³ et non à l'encontre de l'individu ayant commis l'infraction moyen. La Cour de cassation a eu l'occasion de le rappeler récemment : « Attendu que c'est à tort que, pour écarter la circonstance de terrorisme, l'arrêt retient que [...] les agissements reprochés aux mis en examens n'ont pas

187. *Ibid.*, p. 72, n° 113.

188. *V. supra*, n° 368.

189. Code pén., art. 421-1.

190. *Ibid.*, art. 211-1.

191. Toutes les infractions visées dans les articles sont évidemment intentionnelles, ce qui s'impose dès lors qu'elles sont commises avec un mobile particulier.

192. *Contra*, A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 844, n° 1171, identifiant un dol spécial en matière de terrorisme.

193. En ce sens, J. ALIX, *Terrorisme, op. cit.*, n°s 145 et s.

de finalité terroriste »¹⁹⁴. La solution peut être approuvée dès lors que cette finalité terroriste ne concerne que l'entreprise terroriste, mais non nécessairement l'infraction commise. Toutefois, elle présente par certains aspects un caractère trop général. Il est certain que le texte ne fait état que du but poursuivi par l'entreprise terroriste, de sorte qu'il n'est pas nécessaire que l'agent ait lui aussi poursuivi ce but. Le législateur se contente d'une relation intentionnelle entre le comportement commis et l'entreprise. Plus précisément, il est prévu que l'infraction doit être « intentionnellement en relation avec une entreprise [terroriste] »¹⁹⁵, ce qui suggère une causalité objective et subjective. En d'autres termes, l'agent doit avoir au minimum conscience de la finalité terroriste de l'entreprise et inscrire dans une certaine mesure son infraction dans cette entreprise. Le raisonnement peut être transposé au génocide, infraction pour laquelle le Code pénal exige que ce soit le plan concerté qui tende à la destruction totale ou partielle d'un groupe. Au regard de l'individu, il ne s'agira donc que de s'assurer qu'il avait conscience d'accomplir son infraction dans un cadre particulier.

En toute logique, cette connaissance du but de l'entreprise terroriste ou du plan concerté pourrait s'analyser comme une circonstance constitutive de l'intention de l'agent de commettre une infraction contre les personnes – ou les biens s'agissant du terrorisme. Néanmoins, celle-ci est le moyen de l'infraction de terrorisme ou de génocide. Si la finalité terroriste n'a pas été démontrée, l'intention d'accomplir l'acte en relation avec l'entreprise terroriste doit, elle, être certaine. Au regard de la qualification finale, c'est donc cette relation intentionnelle particulière qui est prise en compte et qui justifie la peine. La qualification de terrorisme absorbe la qualification de l'infraction moyen. L'intention exigée à titre principal est donc la commission de l'infraction moyen en relation intentionnelle avec l'entreprise terroriste. Elle absorbe l'intention caractéristique de cette dernière, qui peut être regardée comme sa circonstance. C'est au regard de la surqualification qu'il faut raisonner et, dans ce prisme, l'accomplissement des faits en relation causale avec l'entreprise terroriste se révèle être la donnée fondamentale permettant la qualification, de même que la qualification de vol aggravé par des violences volontaires absorbe la qualification de violences. Quoi qu'il en soit, ces deux composantes de l'élément psychologique devront être vérifiées par le juge pour que la qualification puisse être retenue.

À côté des différentes circonstances constitutives faisant l'objet d'une vérification effective, coexistent par ailleurs d'autres circonstances qui seront tenues pour acquises par le juge et qui ne feront donc pas l'objet de vérifications, sauf si leur absence est invoquée comme moyen de défense. Ce sont ces circonstances qu'il s'agit désormais d'envisager.

194. Cass. crim., 10 janv. 2017, n° 16-84.596, à paraître ; *AJ pén.* 2017, p. 79, note J. ALIX.

195. Code pén., art. 421-1.

§ 2. Les circonstances constitutives donnant lieu à présomption

441. Circonstances d'imputabilité et connaissance de la loi – Les circonstances constitutives considérées comme acquises et ne faisant pas l'objet d'une vérification effective sont de divers ordres. La première d'entre elle tient à la connaissance de la loi, tandis que les autres renvoient au contexte psychologique dans lequel prend place la volonté ou l'intention. La doctrine traite néanmoins depuis longtemps à part ce contexte. Les circonstances tenant à la capacité de comprendre et à la liberté dépendraient de l'imputabilité de l'infraction et se rattacheraient à la responsabilité de l'auteur de l'infraction. Le comportement resterait volontaire et, donc, constitutif d'une infraction même en l'absence de l'une de ces conditions. Cette solution, confortée par certaines décisions jurisprudentielles, est pourtant contestable. Non seulement elle conduit à une scission dans l'appréciation de la volonté, mais encore repose-t-elle sur un artifice. En effet, l'idée même d'imputation est une fiction, qui ne présente pas de réelle utilité, tant il peut sembler excessif de détacher ainsi totalement la question des capacités intellectuelles de l'agent de l'appréciation de sa volonté. Les circonstances d'imputabilité sont intimement liées à elle, de sorte qu'elles peuvent s'analyser en circonstances constitutives. Elles sont un prérequis de la volonté, et tenues pour acquise par le juge lors de la qualification.

Les circonstances constitutives faisant l'objet d'une présomption se partagent entre la connaissance de la loi d'une part (**A**) et les circonstances d'imputabilité d'autre part (**B**).

A. La connaissance de la loi

442. L'importance de la connaissance de la loi – Une première circonstance constitutive faisant l'objet d'une présomption a déjà pu être identifiée. Elle tient à la connaissance de la loi et a déjà été abordée, pour être exclue de la donnée principale vérifiée lors de l'analyse subjective du comportement¹⁹⁶. Elle n'intègre pas à proprement parler la volonté, qui restera punissable même en l'absence d'intention ou de conscience de violer la loi. Pour autant, la connaissance de la loi n'est pas totalement indifférente. L'infraction, surtout dans sa conception française, est une violation de celle-ci de sorte qu'elle semble devoir être au minimum consciente.

443. La présomption de connaissance de la loi – Cette particularité de l'élément psychologique et qui accompagne l'intention est toutefois considérée comme acquise, par hypothèse. Elle ne sera pas vérifiée par le juge, pour être présumée. Les raisons de cette présomption ont été suffisamment développées pour qu'il ne soit pas nécessaire de s'y attarder¹⁹⁷. Synthétiquement,

196. V. *supra*, n° 409.

197. V. entre autres, N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », art. préc. ; A. FRANÇON, « L'erreur en droit pénal » in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI,

elles tiennent à la nécessaire connaissance de l'illicéité du comportement pour les infractions les plus communes¹⁹⁸, ainsi qu'à la cohérence du système pour les autres infractions, et notamment pour les infractions plus techniques. Ce sont ces mêmes raisons qui justifient la force de la présomption en la matière, qui a longtemps eu un caractère irréfragable¹⁹⁹. L'erreur dans la connaissance de l'illicéité du comportement n'était pas admise dans l'ancien Code pénal et ne l'est que de manière très stricte aujourd'hui. On comprend parfaitement la rigueur en la matière, tant les dangers d'une admission trop large sont évidents. Admettre l'absence de responsabilité à raison d'une ignorance du droit en vigueur reviendrait à « ouvrir toute grande une porte qui permettrait tous les abus et bien des fraudes »²⁰⁰. Par conséquent, si le Code pénal a admis qu'une erreur sur le droit puisse être invoquée en renversement de la présomption de connaissance de la loi, ce n'est qu'à la condition que l'erreur invoquée ait été invincible²⁰¹.

Outre cette première circonstance constitutive présumée, d'autres données intellectuelles seront considérées comme acquises par le juge. Il s'agit des circonstances aujourd'hui rattachées à l'imputabilité.

B. Les circonstances d'imputabilité

444. Préalable : précisions terminologiques – À titre liminaire, il est nécessaire de préciser qu'une difficulté d'ordre terminologique se rencontre lorsqu'on analyse les différentes données psychologiques relatives à la responsabilité. Elle tient à une utilisation parfois différente d'un auteur à l'autre des termes. Ainsi, la culpabilité peut s'entendre de la décision de responsabilité appliquée à une personne déterminée²⁰², ou renvoyer à la dimension fautive (intellectuelle ou non) de l'infraction (*culpa* la faute)²⁰³. Dans ce dernier cas, elle est une condition de la responsabilité²⁰⁴, mais aussi de l'infraction, dès lors que l'on en retient une

Dalloz, 1956, p. 228 ; S. PLAWSKI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1962, p. 445.

198. Il s'agit des infractions relevant du droit naturel (N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », art. préc.) ou de celles qui rejoignent la morale (A. FRANÇON, « L'erreur en droit pénal » in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, *op. cit.*).

199. GARRAUD expliquait ainsi que ni l'ignorance pure et simple de la loi, ni l'erreur de droit – soit la mauvaise compréhension de la loi – ne pouvaient être admises comme excuses. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 188, n° 82.

200. J.-P. DOUCET, « Une discussion sur l'erreur de droit », *RSC* 1962, p. 497.

201. Sur l'erreur de droit et ses conséquences, v. *infra*, n° 468.

202. Il s'agit de l'état de la personne ayant adopté le comportement physique et mental décrit par le texte d'incrimination. J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 190. Comp. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 507, n° 449. Elle est, comme la responsabilité, une conséquence de la caractérisation de l'infraction en tous ses éléments.

203. Sur les distinctions en la matière et l'absence de consensus, v. not. J. VIDAL, « La conception française de la culpabilité » in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 24, Université des sciences sociales de Toulouse, 1976, p. 45.

204. En ce sens, R. OTTENHOF, « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Archives de politique criminelle* 2000, t. 22, p. 71, qui y ajoute l'imputabilité.

approche subjective²⁰⁵. L'imputabilité – ou du moins ses conditions – et la culpabilité sont alors indéniablement « deux composantes de la responsabilité pénale »²⁰⁶. Même si les termes ne sont parfois pas toujours interprétés de manière identique, le principe qui sous-tend cette affirmation est acquis. La question qui se pose reste néanmoins de savoir à quel titre les conditions d'imputabilité sont des composantes de la responsabilité. Le sont-elles directement et indépendamment, ou le sont-elles parce qu'elles conditionnent, en amont, l'infraction ? La doctrine majoritaire penche en faveur de la première solution en rattachant ces conditions à la seule responsabilité et plus précisément au mécanisme d'imputation (subjective) de l'infraction. Ce mécanisme se révèle pourtant grandement artificiel. La cohérence de l'analyse gagnerait à sa remise en cause et à son abandon, les conditions traditionnellement associées à l'imputabilité trouvant bien plus logiquement leurs places dans la structure infractionnelle.

445. Commission et imputation – L'idée d'imputation induit schématiquement, dans sa présentation, l'idée que l'on caractérise dans un premier temps une infraction puis, dans un second temps, qu'elle soit mise au compte de son auteur, autrement dit, qu'elle lui soit imputée. L'imputation est alors double : elle est en premier lieu objective (désignation de la personne soupçonnée comme auteur de l'infraction) et en second lieu subjective (capacité de l'auteur à répondre de l'infraction commise). Dans sa première composante, l'imputation ne soulève pas réellement de difficultés, puisqu'il ne s'agit que de s'assurer que la personne soupçonnée est bien celle qui a commis les faits. Dans sa seconde composante, au contraire, le mécanisme peut apparaître plus artificiel, car il s'agit de déterminer si l'infraction commise peut être mise au compte de l'agent. L'idée est ancienne. On la trouve exposée et développée dans les ouvrages d'ORTOLAN ou de ROSSI. Elle présente un inconvénient majeur, celui de ne plus considérer l'infraction comme commise. La notion d'imputation, en sa dimension subjective, prend en effet le pas sur la notion de commission qui devrait pourtant régir la matière²⁰⁷. De manière générale, l'infraction devrait être considérée comme commise par son auteur (1) et non imputée à lui. L'imputation de l'infraction (2) ne se conçoit réellement que dans un cas particulier dans lequel une personne morale, reconnue responsable des faits, n'est pourtant pas celle qui les a personnellement accomplis²⁰⁸.

205. La culpabilité est alors liée au caractère fautif de l'acte et, donc, liée à l'élément moral ou psychologique. R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, op. cit., p. 162, n° 247 ; P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 216, n° 376.

206. J. LÉAUTÉ, « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », *D.* 1981, chron. p. 295.

207. En ce sens, L. SAENKO, « Brèves réflexions sur la catégorie des infractions « attitrées », art. préc.

208. Il s'agit là de l'hypothèse de la responsabilité pénale des personnes morales. Il faut dès à présent préciser que pour certains auteurs, l'organe ou le représentant est la personne morale, de sorte qu'elle « commet personnellement les infractions par l'intermédiaire de ses organes ou représentants ». J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, sous la dir. de P. CONTE et al., Litec,

1. L'infraction commise

446. Annonce – Afin de comprendre le mécanisme d'imputation et les motifs pouvant conduire à le critiquer, il est nécessaire de commencer par l'exposer à travers l'approche majoritaire (a), avant d'en contester le bien-fondé (b).

a. L'approche majoritaire de l'imputation

447. L'imputation et ses conditions dans le schéma de la responsabilité – L'explication du mécanisme de l'imputation (α), sera suivie de l'analyse de la place actuelle de ses conditions dans le schéma général de la responsabilité pénale (β).

α . Le mécanisme d'imputation

448. Définitions – Il convient au préalable de préciser qu'imputabilité et imputation ne sont pas totalement synonymes. L'imputabilité renvoie à la possibilité d'imputer²⁰⁹ et aux données qui la conditionnent, tandis que l'imputation désigne le mécanisme tenant à imputer à la personne un comportement²¹⁰. La distinction entre les deux ne doit toutefois pas être exagérée dès lors que le raisonnement en terme d'imputabilité n'a de sens que si l'on admet l'imputation du comportement à la personne. Et inversement, l'imputation ne sera possible qu'une fois vérifiées les conditions propres à l'imputabilité. Les deux participent donc de la même logique²¹¹ : il s'agit de vérifier les conditions relatives à l'imputabilité parce qu'elles sont indispensables à l'imputation de l'infraction.

Cela étant précisé, il convient de définir le mécanisme d'imputation. ORTOLAN et ROSSI font partie des premiers auteurs à avoir consacré d'amples développements à l'imputabilité. Le terme d'imputabilité vient chez ROSSI de la nécessité de pouvoir imputer à son auteur le fait à l'origine du mal²¹². Le droit pénal sanctionnant les actions spontanées des êtres intelligents et libres²¹³, certaines capacités intellectuelles minimums doivent être vérifiées chez l'agent au moment de la

2003, p. 71, n° 125. Toutefois, parce que le texte fait expressément état d'un cas d'imputation, il pourrait sembler excessif d'affirmer que la personne morale a commis les infractions.

209. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 98, n° 220 : l'« imputabilité [est une] idée abstraite, qui, en cette qualité d'abstraction, ne se peut exactement définir ; en quelque sorte, possibilité d'imputer ».

210. V. égal. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 11, n° 7 : les deux termes relèvent d'un même concept, mais l'imputabilité renvoie à un état, tandis que l'imputation renvoie à une action. Comp. E. DREYER, « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? », *Gaz. Pal.* 2015, n° 307, p. 24, mais évoquant l'imputation de la responsabilité : « C'est l'attribution de la responsabilité de l'infraction soit sur une base naturelle qui évoque essentiellement la causalité (l'infraction est attribuée à l'auteur des actes matériels d'exécution), soit sur une base artificielle en respectant les choix du législateur ».

211. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 98, n° 220 ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 9, n° 6 et s.

212. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., p. 22.

213. *Ibid.*, p. 106.

commission des faits pour que l'on puisse lui en faire supporter les conséquences. L'imputabilité se double par ailleurs d'un mécanisme dit d'imputation qui consiste, selon la célèbre présentation d'ORTOLAN, à mettre l'acte au compte de la personne²¹⁴. Ce dernier explique que chaque membre du corps social possède un compte sur lequel nos actions sont portées, en mal ou en bien. L'imputabilité consiste à mettre l'action sur ce compte – en mal s'agissant d'une infraction²¹⁵ –, le compte devant alors être réglé et l'agent devant répondre de son acte²¹⁶. Chez ORTOLAN, l'imputabilité se caractérise par une absence de degré et n'est pas susceptible de variations. Sa vérification est soit positive, impliquant alors la responsabilité de l'agent, soit négative, excluant alors toute responsabilité²¹⁷. L'imputabilité recouvre donc communément deux dimensions²¹⁸ : tout d'abord, elle impose que soient vérifiées les conditions de l'imputabilité, puis, dans un second temps, que soit effectuée l'imputation du fait à l'agent. Beaucoup d'auteurs procèdent pour cette raison à une distinction entre deux types d'imputabilités, l'une tenant à la personne, l'autre tenant à l'acte.

449. Les conditions de l'imputabilité – Quant aux conditions exigées pour pouvoir imputer le comportement à son auteur, elles tiennent aux capacités intellectuelles de l'individu. Bien que les présentations soient parfois variables, il ressort d'une analyse globale deux conditions permettant de retenir la responsabilité de l'auteur des faits. Majoritairement et schématiquement, l'imputabilité impliquera une faculté de comprendre – intelligence, discernement – et une liberté de vouloir²¹⁹. Cette présentation était celle de ROSSI²²⁰. Quelques variations peuvent tout de même être relevées et certains auteurs, à la suite d'ORTOLAN, mettront davantage en avant la raison morale de l'agent dans une approche plus large de l'intelligence. La raison morale est en effet plus large que cette dernière, car elle implique une conscience du juste et de l'injuste²²¹. Outre cette conscience, l'imputabilité suppose une possibilité de choix entre le défendu et

214. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 98, n° 220. ROSSI définit ce mécanisme comme la déclaration d'imputabilité appliquée à un acte déterminé comme étant d'un individu désigné. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., p. 106.

215. L'imputation pourra tout de même être faite à bien en cas de fait justificatif rendant alors l'acte légitime. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 172, n° 428.

216. *Ibid.*, p. 99, n° 222.

217. ORTOLAN distingue par cette spécificité l'imputabilité de la culpabilité dont elle relève. Alors que la culpabilité se mesure, la faute pouvant être plus ou moins grave, l'imputabilité n'a elle pas de degrés. *Ibid.*, p. 101, n° 225 – dans le même sens, R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 165, n° 76.

218. *Contra*, R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 612 et s. : en définissant l'imputabilité comme la mise de l'action au compte de l'individu, les auteurs procéderaient à une confusion avec la culpabilité rendant la notion d'imputabilité inutile. Celle-ci doit être considérée comme désignant seule « l'exigence chez l'auteur d'une volonté libre et d'une intelligence lucide ».

219. V. not. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 73, n° 70.

220. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit., p. 104 : l'imputabilité comprend l'intelligence et la liberté.

221. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 98, n° 220.

le permis²²², possibilité garantie par l'autre condition tenant à la liberté. « Imputer un fait à quelqu'un, c'est donc affirmer qu'il en est en premier lieu la cause efficiente, et en second lieu la cause éclairée sur la justice ou l'injustice de ce fait. La première condition de l'imputabilité c'est la liberté; et la seconde c'est la raison morale, ou la connaissance du juste ou de l'injuste de l'action. »²²³

Les présentations varient légèrement autour de ces différentes exigences. Ainsi, dans la suite de la présentation de ROSSI, Messieurs MERLE et VITU font de l'intelligence et de la liberté les conditions de l'imputabilité²²⁴, tandis que des auteurs comme VILLEY se situeront davantage dans la lignée de la pensée d'ORTOLAN en exigeant la liberté et la raison morale²²⁵. Dans le prolongement de l'idée de connaissance du juste et de l'injuste, GARRAUD exige pour sa part la conscience et le discernement²²⁶ tandis que chez Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, les conditions tiendront toujours au discernement, doublé cette fois de la volonté et de la liberté²²⁷.

Si l'accent peut être mis sur une condition ou une autre selon les auteurs, il ressort toujours des analyses l'idée générale selon laquelle l'imputabilité s'apprécie eu égard à la capacité de discernement de l'agent prise sous un double angle : sa capacité à comprendre (discernement au sens étroit) et à vouloir (liberté).

β. La place de l'imputabilité dans le schéma de la responsabilité

450. Le rattachement des conditions d'imputabilité à l'élément psychologique : position minoritaire – La difficulté relative aux données conditionnant l'imputation des faits a toujours été de parvenir à les situer dans le schéma de la responsabilité pénale. ORTOLAN retenait une approche en partie objective de l'infraction²²⁸. L'opposition utilisée par lui tenant au fait et à l'agent, si bien qu'il rattachait fort logiquement l'imputabilité à l'étude du sujet actif. Cette approche conduisait, certes, à ne pas traiter les conditions d'imputation dans le strict cadre du

222. Comp. J. LÉAUTÉ, « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », art. préc. : c'est dans la possibilité préalable d'opter entre le défendu et le permis que se situe, pour lui, l'imputabilité.

223. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 100, n° 222.

224. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 612, n° 544. Dans le même sens, W. JEANDIDIER, *Droit pénal général*, op. cit., p. 375, n° 340.

225. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit., p. 108.

226. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 165, n^{os} 76 et s. La même présentation est faite dans l'ouvrage de Messieurs GARRAUD et LABORDE-LACOSTE, à la seule nuance que conscience et discernement sont les conditions de l'imputabilité par le truchement de la responsabilité. P. GARRAUD et M. LABORDE-LACOSTE, *Précis élémentaire de droit pénal*, op. cit., p. 61.

227. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 200, n° 349. Dans un sens similaire, Madame TULKENS et Monsieur VAN DE KERCHOVE exigent quant à eux la conscience et la volonté : F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, op. cit., p. 234. Plus en marge, car estimant que la liberté relève de l'élément moral, Monsieur ROUSSEAU met pour sa part en avant la conscience infrafractionnelle, renvoyant à l'idée de conscience morale, et une condition morale tenant « à l'exigence d'un état d'esprit anti-social ou immoral ». V. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 42, n^{os} 30 et s. et p. 199, n° 172.

228. V. *supra*, n° 229.

délit, mais elle ne conduisait pas pour autant à dissocier volonté – ou intention – et conditions d'imputabilité. En effet, pour ORTOLAN, la culpabilité, prise au sens de faute morale, implique au préalable vérifiées l'imputabilité et l'intention de l'agent²²⁹. L'imputabilité apparaît, dans cette présentation, intimement liée à ses capacités intellectuelles, mais aussi à la volonté en ce qu'elle en est en quelque sorte le premier stade : à la capacité de vouloir l'acte suit la volonté d'accomplissement. C'est ce même lien entre imputabilité et volonté qui ressort de façon encore plus explicite de l'ouvrage de VILLEY qui, à la suite d'ORTOLAN, a consacré d'importants développements à la notion. La pensée de VILLEY est particulièrement intéressante dès lors qu'il retient pour sa part un découpage de l'infraction en deux éléments constitutifs. Or, VILLEY lie expressément les conditions d'imputation à l'élément intentionnel²³⁰. Lorsqu'il traite de cet élément, l'auteur introduit ainsi ses développements : « la loi est un commandement ; le commandement suppose la liberté chez celui auquel il s'adresse »²³¹ et traite alors des conditions de l'imputabilité. Dans ces conditions, figure l'intelligence, au sens de raison morale, la volonté libre, mais aussi l'intention²³².

Cette tendance à inclure l'imputabilité à l'infraction n'est pas nouvelle. Déjà, ROSSI, lorsqu'il envisageait l'imputabilité, la liait à l'infraction dès lors que celle-ci se trouvait étudiée dans un Livre 2 consacré au délit²³³. Cette approche fut aussi celle de LAINÉ, pour qui l'élément moral impliquait, en premier lieu, que le fait soit imputable à l'agent²³⁴. De même, dans l'ouvrage de GARRAUD, l'élément moral correspond à l'étude des conditions de la culpabilité²³⁵, l'une de ces conditions étant la vérification de l'imputabilité²³⁶. Plus récemment, une telle analyse a pu être retenue par Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON, qui rattachent explicitement l'imputabilité à l'élément moral²³⁷, refusant par ce choix d'en faire une condition de la seule responsabilité²³⁸. Cette position faisant de l'imputabilité une composante de l'élément moral est aujourd'hui minoritaire, mais elle reste tout de même partagée par une partie de

229. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 101, n° 227 et p. 109, n°s 255 et 256.

230. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit., p. 107 et s., encore faut-il préciser que VILLEY a une approche très restrictive de l'intention, ce qui s'explique par la faible importance que VILLEY accorde à cette dernière et à la volonté de l'acte et à l'intention. V. du même auteur, « De l'intention en matière pénale », art. préc.

231. E. VILLEY, *Précis d'un cours de droit criminel*, op. cit., p. 107.

232. *Ibid.*, p. 118.

233. V. P. ROSSI, *Traité de droit pénal*, op. cit.

234. A. LAINÉ, *Traité élémentaire de droit criminel*, op. cit., p. 138 : l'auteur assimile l'élément moral à la culpabilité et traite de l'imputabilité à l'occasion de l'étude de l'élément moral de l'infraction.

235. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 106, n° 76 : « Rechercher si l'auteur du délit est en *faute* [en italique dans le texte] relativement au fait qui lui est reproché, c'est étudier la *moralité* [en italique dans le texte] du délit. De là est venu l'usage de désigner, sous le nom d'élément moral du délit, l'ensemble des conditions de la culpabilité. »

236. *Ibid.*, p. 106, n°s 76 et s. Ainsi, pour GARRAUD en cas de non-imputabilité, la culpabilité disparaît.

237. L'imputabilité étant distinguée de l'imputation matérielle, P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 200, n° 349.

238. *Ibid.*

la doctrine. Retiennent ainsi l'imputabilité comme composante de l'élément moral Monsieur VOUIN²³⁹, Monsieur PAGEAUD²⁴⁰, Monsieur DÉCIMA²⁴¹, Monsieur VAN DE KERCHOVE et Madame TULKENS en droit belge²⁴².

451. Le rattachement des conditions d'imputation au délinquant : position majoritaire – Majoritairement, néanmoins, les conditions d'imputabilité font dans les manuels l'objet de développements en marge de l'infraction. Elles ne dépendraient donc pas tant de sa constitution interne que de l'agent. La fracture dans la présentation fut initiée par CUCHE, soucieux de concilier une analyse subjective de la responsabilité pénale et l'analyse de l'infraction à travers ses éléments²⁴³. La notion d'imputabilité, telle que présentée par ORTOLAN est précieuse, car elle s'insère dans une analyse mettant en valeur l'importance et la considération que le droit pénal doit réserver à la personne du délinquant. Dans son ouvrage, CUCHE retient une approche assez proche, mais moins objective, en optant pour une analyse de l'infraction à travers trois éléments, à laquelle il adjoint une étude du délinquant. L'étude de l'infraction intègre par conséquent les données subjectives liées à la volonté. Mais toutes les données psychologiques ne sont pas reliées à l'infraction. Le titre traitant de l'infraction est suivi d'un second portant pour sa part sur « le délinquant », à l'occasion duquel l'auteur envisage notamment le jeune âge et la démence comme obstacles à la répression de l'acte²⁴⁴, obstacles similaires à ceux que l'on vise aujourd'hui sous le vocable de causes de non-imputabilité.

La présentation est devenue classique : la tendance visant à envisager l'imputabilité à l'occasion de l'étude de la personne punissable est aujourd'hui très majoritaire en doctrine²⁴⁵. Le schéma adopté est alors le suivant : l'infraction fait l'objet d'une première étude construite autour des éléments matériel et moral²⁴⁶, étude à laquelle fait suite celle du délinquant et de sa

239. R. VOUIN, *Manuel de droit criminel*, op. cit., p. 161, n^{os} 246 et s.

240. P.-A. PAGEAUD, « La notion d'intention en droit pénal », art. préc.

241. O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, th. préc., p. 157, n^o 266 : « L'élément moral de l'incrimination possède par principe deux composantes que sont l'imputabilité et la faute ». Des thèses récentes se prononcent en faveur de la réintégration des conditions d'imputation à la structure infractionnelle. V. P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 193, n^o 443.

242. F. TULKENS et M. VAN DE KERCHOVE, *Introduction au droit pénal*, op. cit., p. 234. De manière plus nuancée, v. égal. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., not. p. 262, n^{os} 252 et s. Pour ce dernier auteur, l'imputabilité est nécessairement une condition de l'infraction, celle-ci devant se définir comme une action humaine imputable – *ibid.*, p. 23, n^o 20. Néanmoins, l'auteur conteste l'analyse en terme d'éléments constitutifs et, par suite, le lien entre l'imputabilité et le seul élément moral. Selon lui, le découpage de l'infraction en éléments doit pouvoir être dépassé car il n'est qu'une étape dans l'effort de synthèse : l'infraction devrait pouvoir être considérée comme une entité indivisible. *Ibid.*, p. 58, n^{os} 56 et s. Si l'auteur rejette les éléments constitutifs, son analyse intègre néanmoins l'imputabilité à la structure interne de l'infraction et entre dans sa définition. La portée de cette position se trouve néanmoins nuancée par l'assimilation faite entre infraction et responsabilité (*ibid.*, p. 273, n^o 264).

243. Sur l'effort de conciliation fait par CUCHE des deux analyses concurrentes, v. J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

244. P. CUCHE, *Précis de droit criminel*, op. cit., p. 81, n^o 84.

245. Pour une analyse de cette tendance, v. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 35, n^o 28.

246. Auxquels s'ajoutent l'étude des autres éléments éventuellement retenus par chaque auteur.

responsabilité. La solution qui prévaut est donc celle du caractère externe de l'imputabilité par rapport à l'infraction²⁴⁷. Parfois liée à la culpabilité²⁴⁸, celle-ci est alors très majoritairement considérée comme une condition de la responsabilité²⁴⁹, au sein de laquelle elle trouverait naturellement sa place²⁵⁰.

Il en résulte que, schématiquement, la responsabilité comprendrait deux exercices successifs : tout d'abord la qualification d'une infraction composée d'éléments, puis son imputation, à travers la vérification des conditions de l'imputabilité²⁵¹. Cette approche est d'ailleurs confortée par certaines solutions jurisprudentielles qui admettent qu'une infraction puisse être caractérisée et faire l'objet d'une complicité punissable même lorsque l'auteur ne disposait pas de toutes ses facultés intellectuelles au moment des faits²⁵². Or, si les conditions d'imputation étaient indispensables à la caractérisation de l'infraction, la complicité ne pourrait être retenue, faute de fait principal de nature infractionnelle²⁵³. L'absence d'imputabilité laisse donc subsister le caractère infractionnel de l'action²⁵⁴. Pour autant, la position de la jurisprudence en la matière n'est pas si claire. Tout d'abord, certaines solutions rendues sous l'empire de l'ancien Code pénal pourrait s'expliquer par la rédaction de l'article 60 consacré à la complicité, qui ne visait pas systématiquement le crime ou le délit mais, dans ses alinéas 2 et 3, uniquement « l'action ». La

247. Cette approche est celle soutenue par Monsieur ROUSSEAU dans sa thèse, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc.

248. V. not. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 100, n° 223. La responsabilité est présentée chez ORTOLAN comme la conséquence directe et immédiate de l'imputabilité : elle lui est si directement liée que les deux notions tendent à se confondre et à être synonymes. *Ibid.* L'imputabilité ne peut alors pas être une condition de la responsabilité et est présentée comme une condition de la culpabilité. Pour une appréciation similaire, v. E. DASKALAKIS, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, op. cit., p. 14-15, et J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, op. cit., p. 286. *Contra*, F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 13, n° 8 : l'imputation ayant pu être analysée comme une composante de la responsabilité, les deux notions ne peuvent, par définition, pas être identiques.

249. En ce sens, C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 35, n° 28.

250. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 60, n°s 54 et s. ; P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. préc., p. 129, n°s 111 et s. et p. 221, n° 227. *Adde.* du même auteur, « Retour sur l'imputabilité » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, op. cit.

251. Le caractère successif se déduit du fait que l'infraction subsiste même en cas de cause de non imputabilité. La caractérisation de l'infraction est donc indépendante des conditions d'imputabilité, ce qui suggère qu'elle est vérifiée en premier lieu pour être par la suite imputée à son auteur. S'interrogeant sur le point de savoir si l'imputabilité est un avant ou un après et constatant pour les partisans de l'extériorité de l'imputabilité, l'infraction est caractérisée, puis qu'il est procédé « dans un second temps seulement [à] son rattachement à un individu », P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 193, n° 443.

252. V. not. Cass. crim., 21 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 203 ; RSC 1993, p. 100, obs. G. LEVASSEUR ; D. 1992, p. 153, obs. J. LE CALVEZ.

253. La jurisprudence, comme la doctrine majoritaire, sont opposées à une telle solution. V. J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 20^{ème} éd., Dalloz, 2016, p. 500.

254. B. BOULOC, obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, préc. (l'arrêt commenté portait néanmoins sur une espèce dans laquelle l'intention de l'auteur de l'infraction principale n'était pas certaine. Elle dépassait de ce fait la seule question de l'imputabilité.). V. égal. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », RSC 1995, p. 475, approuvant la solution selon laquelle l'acte demeure punissable en cas de cause de non imputabilité et peut dès lors faire l'objet d'une complicité punissable.

solution aurait donc pu être dépendante du type de complicité²⁵⁵. Ensuite, dans certains arrêts, et notamment dans celui du 8 octobre 2003, la Cour de cassation s'est clairement contentée d'un fait objectivement punissable²⁵⁶. Peu importe, dans cette optique, que l'infraction soit effectivement punie, ou même qu'elle soit vérifiée en tous ses éléments : la matérialité de l'acte pourra servir de support à la complicité²⁵⁷. La solution, frontalement contraire à la lettre de l'article 121-7, ne peut dans cet arrêt s'expliquer par l'extériorité des conditions d'imputabilité, ce qui rend incertaine l'analyse de la jurisprudence en la matière. Enfin, le célèbre arrêt Laboube pourrait être utilisé en faveur du maintien des conditions d'imputation au sein de la structure infractionnelle. Dans cet arrêt, la Cour de cassation affirmait que « toute infraction [...] suppose que son auteur ait agi avec intelligence et volonté »²⁵⁸. Un mineur, âgé de six ans au moment des faits, n'ayant pas le minimum de raison nécessaire pour comprendre la nature et la portée de l'acte qu'on lui reproche, ne peut donc se voir reprocher l'infraction commise. Plus précisément, la Cour de cassation présente comme un principe général du droit que l'infraction suppose que son auteur ait agi avec intelligence. Elle ne se prononce pas expressément sur la localisation des conditions de l'imputabilité dans le schéma de la responsabilité, mais semble tout de même en faire une condition de l'infraction²⁵⁹, bien plus que de la responsabilité dès lors que selon ses termes, c'est bel et bien la première qui suppose que son auteur ait agi avec intelligence.

La position inverse s'est pourtant imposée en doctrine et semble avoir les faveurs de législateur, pour qui l'infraction commise par un dément n'en est pas moins parfaitement caractérisée²⁶⁰. Elle repose pourtant sur un artifice et sur une déformation de la responsabilité, raison pour laquelle elle devrait être rejetée.

b. L'artifice de l'approche majoritaire

452. Double remise en cause – Les inconvénients majeurs de l'approche majoritaire (α) nous conduisent à une remise en cause tant du mécanisme d'imputation que de l'extériorité des conditions d'imputabilité par rapport à la structure infractionnelle. Est donc proposée une réunification des données psychologiques au sein de l'élément psychologique (β)

255. V. J. LE CALVEZ, obs. sur Cass. crim., 21 mai 1990, préc. *Contra*, G. LEVASSEUR, obs. sur Cass. crim., 21 mai 1990, préc.

256. V. égal. Cass. crim., 15 déc. 2004, n° 03-87.827 ; *Dr. pén.* 2005, Comm. n° 79, obs. J.-H. ROBERT.

257. V. not. B. DE LAMY, « La culpabilité du complice est autonome ou les méandres de la criminalité d'emprunt », obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, préc.

258. Cass. crim., 13 déc. 1956, *Bull. crim.*, n° 840 ; *D.* 1957, p. 349, note M. PATIN. Sur cet arrêt et ses suites, v. également X. PIN, « Les âges du mineur, réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.* 2012, p. 5, et C. LAZERGES, « Fallait-il modifier l'ordonnance numéro 45-174 du 2 février 1945 ? », *RSC* 2003, p. 172, et C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 92, n° 87, et J. PRADEL et A. VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., p. 675.

259. En ce sens, P. BONFILS, « Le discernement en droit pénal » in *Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 97.

260. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, op. cit., p. 32.

α. Les inconvénients de l'approche majoritaire

453. Remarque préalable – Le mécanisme d'imputation s'est imposé en doctrine et n'est que très rarement discuté dans son fondement. Il repose sur un principe difficilement contestable selon lequel l'infraction, pour être réprimée, doit avoir été commise de manière consciente et voulue. L'idée qui sous-tend l'imputation n'est pas réfutable. La responsabilité pénale ne peut être purement mécanique, de sorte que le principe s'est imposé très tôt²⁶¹. Ce n'est donc pas le principe qu'il exprime qu'il s'agit de discuter ici, mais la manière dont il est retranscrit et appliqué. Le mécanisme d'imputation suppose de prendre un comportement et de l'imputer à une personne. Plus précisément, la responsabilité étant la conséquence de la caractérisation de l'infraction, il suppose de prendre l'infraction, déjà caractérisée, et de la mettre au compte de celui qui l'a commise. L'idée pourrait se concevoir, car le constat premier et celui des faits, constat suivi de l'identification du coupable et de la vérification de ce qu'il les a commis et doit donc en répondre. Mais l'imputation, dans sa composante subjective, ne suit pas tout à fait cette logique, dès lors que ce n'est pas le comportement, objectivement constaté, qu'il s'agit d'imputer. Il s'agit véritablement, pour la doctrine et la jurisprudence, de caractériser une infraction en son élément matériel et moral (ce qui suppose, dans la majorité des cas, que l'auteur soit identifié), puis d'en rendre une personne responsable. Il s'ensuit que l'imputation se décline sous deux angles : le premier est matériel et est relatif à l'identification de l'agent comme étant à l'origine des faits. Le second est intellectuel et est relatif au fait de savoir si l'infraction peut être mise au compte de celui qui l'a accomplie²⁶². L'infraction semble alors naître hors de la personne pour venir ensuite sur lui, à l'issue de l'opération d'imputation.

454. Un rattachement contestable de l'infraction préalablement caractérisée – C'est cette idée de déplacement de l'infraction sur la tête de l'agent qu'il s'agit de discuter. Le droit pénal a connu un mouvement de subjectivation. L'agent se trouve au cœur de la répression et l'approche subjective de l'infraction n'est plus véritablement discutée²⁶³. Mais n'est-ce pas fondamentalement paradoxal de définir l'infraction comme un comportement – donc, par hypothèse humain – et de percevoir l'élément matériel comme une expression tangible de la

261. V. *supra*, n° 30.

262. Il est ainsi possible de distinguer l'imputabilité physique de l'imputabilité morale (P. JOURDAIN, « Retour sur l'imputabilité » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, *op. cit.*, et du même auteur, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. préc., p. 6, n°s 4 et s.) ou encore l'imputabilité de l'imputation matérielle (P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 200, n° 349). Tirant les conséquences de cette dualité, Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON estiment ainsi que seule l'imputabilité de la personne peut relever de l'élément moral, l'imputabilité matérielle lui étant quant à elle extérieure. Pour une autre distinction, v. R. LEGROS, *L'élément moral dans les infractions*, th. préc., p. 46, n° 49, qui fait pour sa part une distinction entre imputabilité de la faute (lien causal entre la faute et l'agent) et imputabilité de l'infraction (imputabilité du fait au prévenu).

263. Seuls de rares auteurs la retiennent. V. *supra*, n° 227.

volonté coupable de son auteur et, dans le même temps, de considérer que l'infraction naît et est caractérisée en dehors de l'agent ? Qu'elle existe ou peut exister indépendamment de lui comme entité autonome pour lui être ensuite rattachée ? En tant que comportement humain, l'infraction ne devrait pas pouvoir être détachée de son auteur ni caractérisée indépendamment de lui. Elle n'existe qu'à travers lui. Si « la responsabilité naît hors du sujet responsable »²⁶⁴ et « vient sur lui parce qu'il se trouve engagé dans des circonstances qui l'engendrent »²⁶⁵, l'infraction elle est commise par l'agent et ne saurait naître hors de lui²⁶⁶. Le fait de pouvoir lui reprocher les faits relève de la logique même de la responsabilité et est conditionné par la vérification qu'il a bien commis une infraction, autrement dit, par la qualification pénale des faits sur sa tête. Au reste, l'idée selon laquelle l'infraction naîtrait hors de l'agent conduirait à admettre que l'infraction puisse être caractérisée de manière totalement abstraite, sans que soit vraiment prise en compte la perception par l'agent de son acte, ce qui ne peut être le cas. Elle n'est pas imputée à un individu, elle est commise par lui²⁶⁷, raison pour laquelle il peut en être déclaré responsable. D'ailleurs, la dualité du mécanisme d'imputation rejoint la dualité dans la caractérisation de l'infraction. Cela ne saurait étonner. Il s'agit de savoir si une infraction a été commise par une personne en particulier. L'idée de commission englobe les deux aspects de l'imputation. La qualification du comportement implique donc de s'assurer que la personne soupçonnée est bien l'auteur des faits et que ces faits sont bien objectivement et subjectivement constitutifs d'une infraction. La responsabilité pénale prend sa source dans la commission d'une infraction, non dans son imputation qui est un mécanisme virtuel et, par suite, artificiel. Monsieur SAENKO écrit d'ailleurs à ce sujet, que la catégorie des infractions attitrées²⁶⁸ présente l'intérêt de recentrer « le processus de constitution sur l'origine de l'infraction (c'est-à-dire l'auteur), au lieu de voir en elle une source de responsabilité préexistante qu'il s'agirait, après coup, de raccrocher (d'imputer, donc) à une personne. Cette approche très rustique de l'infraction nous paraît être la bonne dans la mesure où, pour les personnes physiques à tout le moins, l'infraction ne sera jamais imputable à quelqu'un d'autre qu'à son auteur – c'est là une conséquence directe du principe de personnalité de la responsabilité pénale. »²⁶⁹ Le principe est ancien et se prolonge

264. P. FAUCONNET, *La responsabilité, op. cit.*, p. 104.

265. *Ibid.*

266. FAUCONNET raisonne pour sa part en termes d'imputation, l'infraction devant être mise sur le compte de son auteur. *Ibid.*, p. 106.

267. Ainsi serait-il opportun « de supplanter la (fausse) notion d'imputation de l'infraction pour revenir à la (vraie) notion de commission. » L. SAENKO, « Brèves réflexions sur la catégorie des infractions « attitrées », art. préc.

268. Infractions ne pouvant être commises que par certaines personnes visées dans les textes d'incrimination.

269. L. SAENKO, « Brèves réflexions sur la catégorie des infractions « attitrées », art. préc. V. égal. du même auteur, « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén.* 2009, étude, p. 14 : « la qualité de l'auteur ou, du moins, son existence étant une condition de l'infraction, le quoi ne saurait être déterminé avant le qui. [...] Pour les personnes physiques, la question de l'imputation ne se pose donc pas car, *ipso facto*, l'infraction n'est imputable qu'à la personne qui la commet, c'est-à-dire qui la tente ou la consomme. »

dans le principe de personnalité des peines : en matière de crime, la règle générale veut qu'« il n'y a que celui qui l'a commis qui doit en porter la peine »²⁷⁰. La responsabilité pénale est, en principe, la conséquence de l'accomplissement d'un comportement susceptible de recevoir une qualification pénale. Elle n'est pas la conséquence de l'imputation d'une infraction²⁷¹, elle est la conséquence de sa commission. L'article 121-4 répute d'ailleurs auteur celui qui « commet les faits incriminés », non celui qui se voit imputer ces faits ou, plus largement, une infraction préalablement caractérisée. En réalité, l'imputation, au sens de rattachement, de mise au compte, n'a de sens que lorsqu'il s'agit de faire supporter à une personne les conséquences d'une infraction qu'elle n'a pas elle-même commise, autrement dit dans les cas où le principe de responsabilité du fait personnel connaît un aménagement.

455. La scission problématique de la volonté résultant de l'imputation – Par ailleurs, le mécanisme d'imputation, tel qu'il est traditionnellement admis, engendre une scission dans l'appréciation des données psychologiques. En effet, dès lors que l'infraction est constituée selon l'approche doctrinale majoritaire par la réunion d'un élément matériel et d'un élément moral, une partie au moins des considérations psychologiques relèvera du second élément. La capacité de comprendre et de vouloir conditionne donc la seule imputation, tandis que la volonté conditionne elle la caractérisation de l'infraction. L'intention ou la volonté n'est alors pas envisagée comme un tout, elle se trouve disloquée en deux phases d'appréciations, l'analyse de la volonté – qu'elle aille ou non jusqu'à l'intention – précédant paradoxalement l'analyse de la capacité de vouloir²⁷².

Or, la division en deux phases implique, au moins dans sa présentation, une scission temporelle de l'étude de la psychologie de l'agent, scission apparaissant d'autant plus artificielle que l'on vérifiera d'abord l'existence de l'infraction – et donc la concordance de la volonté de l'agent avec l'élément psychologique prévu par le texte d'incrimination – puis la possibilité d'imputer l'infraction à son auteur afin de l'en déclarer responsable²⁷³. C'est à ce second

270. Jousse, *Traité de la Justice criminelle de France*, 1771, t. III, p. 687, cité par S. FROSSARD, « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 703.

271. V. néanmoins la position développée par Monsieur LAGOUTTE dans sa thèse et exposée dans un article paru au *RSC* selon laquelle « tout fait générateur doit faire l'objet d'une attribution à un responsable ». J. LAGOUTTE, « Les conditions de la responsabilité en droit privé. Éléments pour une théorie générale de la responsabilité juridique », *RSC* 2013, p. 991.

272. De nombreux ouvrages procèdent à une analyse partagée entre l'infraction envisagée à travers ses éléments et la responsabilité ou le délinquant, et cette présentation impliquera toujours une scission des données d'ordre psychologique (v. entre autres, X. PIN, *Droit pénal général*, *op. cit.* ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.* ; H. DONNEDIEU DE VABRES, *Précis de droit criminel*, *op. cit.* ; F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc.).

273. V. toutefois E. DREYER, « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? », art. préc. : « l'imputabilité est une question qui s'envisage en principe avant, et non après, celle de l'infraction : à l'égard des personnes physiques, il ne sert à rien de vérifier si les faits sont constitutifs d'une infraction lorsqu'ils ne sont pas imputables à leur auteur. Cela n'a aucun sens car en l'absence de volonté libre et

stade qu'est théoriquement appréciée la capacité qu'a pu avoir l'auteur de l'acte d'apprécier la portée de ses actes et d'adopter un comportement qu'il sait infractionnel. Les conditions d'imputation étant présumées, dans la plupart des cas, la seconde phase (celle de déclaration de la responsabilité) ne fera pas l'objet de vérifications surabondantes. Même ce recours à la présomption illustre l'artifice du mécanisme qui ne sert finalement qu'à contourner les règles légales dans des hypothèses de complicité, pour lesquelles il est indispensable de parvenir à caractériser une infraction. Des auteurs ont certes pu soutenir le bien-fondé de cette dualité temporelle : pour pouvoir être responsable, il faudrait au préalable qu'existe une infraction à imputer²⁷⁴. Mais en réalité, la responsabilité n'est que la conséquence de la vérification de ce que l'agent a effectivement commis un comportement, pénalement qualifiable. D'ailleurs, toute l'ambiguïté du mécanisme tient dans ce paradoxe qui veut que l'imputabilité soit effectuée *a posteriori*, une fois l'infraction caractérisée en tous ses éléments, alors que ses conditions sont un préalable à la volonté. Cette logique ne suggère-t-elle pas en réalité une dissociation entre les conditions d'imputabilité (présumées) et le mécanisme d'imputation, les premières ne relevant pas tout à fait du second²⁷⁵? L'artifice de la construction est visible, raison pour laquelle le raisonnement en termes de commission apparaît plus convaincant. L'analyse du comportement sous son angle subjectif ne saurait conduire à se contenter de ce que le comportement matériel révèle de la volonté de son auteur. Cette analyse aboutit en fait à admettre dans un premier temps que l'agent a voulu l'acte et éventuellement son résultat puis, alors que l'infraction est caractérisée dans son entier, à s'interroger sur la capacité de cette même personne à vouloir l'acte

éclairée, on ne peut caractériser d'intention ou de relâchement d'attention ». Si la logique implique un tel ordre, l'idée de mise au compte suggère l'inverse dès lors du moins que c'est l'infraction qu'il s'agit d'imputer et non pas simplement le comportement objectif. Monsieur DREYER relève d'ailleurs que « l'imputabilité n'est débattue qu'*a posteriori* compte tenu de la présomption d'intelligence et de volonté pesant sur eux ».

274. V. not. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 245. V. égal. P. FAUCONNET, *La responsabilité, op. cit.*, p. 346 et s. : il y aurait deux étapes dans la responsabilité. La première tient à une responsabilité objective, sorte de pré-jugement : on désigne quelqu'un comme responsable, et c'est parce qu'il est désigné que l'on va ensuite vérifier son état mental. Si l'on découvre alors des conditions d'irresponsabilité, la sanction ou l'incrimination en sera modifiée. Il y aurait ainsi « un mélange de deux responsabilités », « l'une a sa source dans le crime et l'autre dans le patient ». *Ibid.*, p. 348.

275. L'ambiguïté est en partie liée à la distinction des conditions d'imputabilité du mécanisme d'imputation. Certains auteurs procèdent à cette distinction, voyant dans le second un mécanisme matériel. Mais d'autres on une acception large de l'imputation qui englobe les conditions d'imputabilité. V. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 9, n° 6. La première approche, seule, est compatible avec le caractère préalable de ces conditions, mais elle a pour désavantage de séparer totalement, y compris dans le temps, l'imputabilité de l'imputation. Or, rien ne justifie de séparer ainsi deux concepts qui relèvent d'une même logique et de conférer au deux termes un sens différents. En ce sens, *ibid.*, p. 9, n° 7. En outre, il semble qu'elle rejoigne le concept de commission : les capacités intellectuelles de l'agent étant vérifiées en amont (donc, on le suppose, à l'occasion de l'analyse du comportement sous son angle subjectif), la personne de l'auteur est déjà identifiée. Il s'agit alors de savoir si elle a commis une infraction et le mécanisme d'imputation apparaît superflu, car aucun rattachement n'est nécessaire dès lors que l'on a constaté que l'agent a commis volontairement des faits constitutifs d'une infraction. Seule la déclaration de responsabilité suit ce constat.

accompli²⁷⁶. Mais peut-on vraiment admettre de retenir l'intention alors même que l'agent se trouvait dans une situation lui ôtant sa capacité de vouloir ? La solution est problématique. Elle conduit à avoir une approche mécanique et abstraite de la volonté²⁷⁷, si bien que l'extériorité de l'imputabilité vide d'intérêt l'analyse du comportement sous son angle subjectif. La question n'est plus tant de savoir qu'elle perception l'agent a eu de son comportement ou s'il a voulu commettre l'infraction. D'ailleurs, la question relative à la culpabilité de l'agent semble intégrer celle de sa capacité à avoir compris et voulu le comportement. La question posée aux jurés en matière criminelle peut être rédigée en ces termes : l'accusé est-il *coupable* d'avoir *commis* tel fait, ce qui implique « non seulement que cet accusé a matériellement commis l'infraction qui lui est imputée, mais encore que sa volonté de la commettre était libre »²⁷⁸

Pourtant, l'acte volontaire devrait s'entendre comme un acte choisi. La volonté implique une certaine adhésion psychologique au fait accompli. Temporellement, l'appréciation de la volonté de l'auteur de l'acte devrait suivre ou être concomitante à la vérification de sa capacité de vouloir l'acte et de l'apprécier en tant que comportement infractionnel. Ne semble-t-il pas acquis que « la conscience [est] un préalable à toute infraction »²⁷⁹ ? Elle conditionne la volonté. Le fait que les conditions d'imputation soient présumées traduit du reste cette logique : la constatation du caractère volontaire présuppose ou devrait emporter celle de la capacité de l'agent à avoir pu le comprendre²⁸⁰. Le rattachement *a posteriori* des conditions d'imputabilité à la responsabilité inverse donc le mécanisme et le dénature.

β. La réunion des données psychologiques

456. Proposition : la réintégration des conditions dites d'imputabilité à l'élément psychologique – L'engouement en faveur du mécanisme d'imputation et sa revendication en tant

276. En ce sens, P. JOURDAIN, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, th. préc., p. 137, n° 119 : « un vol n'en est pas moins un vol s'il est accompli par un fou ».

277. À ce titre, il a pu être fait état de « l'anéantissement de l'élément moral de l'infraction » : P. CAZALBOU, *Étude des infractions de conséquence*, th. préc., p. 195, n° 445. Quant à Monsieur DREYER, il évoque une « pétition de principe » : E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 769, cité par l'auteur. Surtout lorsque la volonté ou l'intention sera elle-même présumée, il faut bien constater que l'analyse du comportement sous son angle subjectif ne sera qu'illusoire.

278. H. ANGEVIN, *La pratique de la Cour d'assises*, *op. cit.*, p. 324, n° 799. Monsieur ANGEVIN remarque par ailleurs que « le Code de procédure pénale, en sa rédaction issue de la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, a prévu des questions particulières sur l'existence d'une cause d'irresponsabilité pénale. Le mot coupable ne doit, par exception, pas figurer dans la question principale lorsqu'est posée une question relative à une cause d'irresponsabilité pénale ». Du même auteur, *Cour d'assises – Questions*, *op. cit.*, n° 83.

279. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 237, n° 220. Monsieur MAYAUD refuse néanmoins que la conscience intègre la définition de l'intention et procède à une appréciation distincte de l'élément moral et de l'imputabilité.

280. En pratique, l'état d'esprit de l'agent ne s'apprécie-t-il pas dans sa totalité, soit à l'occasion de l'examen de la volonté, soit à l'occasion de l'examen des capacités psychiques de l'agent, sans qu'il ne soit fait une double appréciation, si bien que selon l'angle choisi, l'examen de l'un absorbera l'examen de l'autre ?

que concept autonome opèrent au détriment de la dimension subjective de l'infraction. Or, la responsabilité pénale n'est qu'une réponse²⁸¹ venant en sanction d'un acte. C'est donc sa cause, son fait générateur qui se doit d'être apprécié subjectivement. Par ailleurs, l'analyse du comportement sous son angle subjectif ne devrait pas simplement conduire à s'intéresser à la volonté révélée par le fait, mais à la perception de l'agent. L'unité conceptuelle de l'infraction et sa définition comme un comportement humain conduisent par conséquent à une double remise en cause, à la fois du mécanisme même d'imputation et du rattachement de ses conditions à la responsabilité. La capacité de comprendre et de vouloir le comportement s'intègre à l'élément psychologique parce que la volonté ne devrait pas pouvoir être retenue si elle n'est pas libre et consciente. « Dire de l'agent qu'il est en faute, qu'il est coupable : 1° c'est donc affirmer qu'il est dans un état psychique lui assurant la possibilité de se comporter normalement, de se déterminer par les règles de la conduite sociale ; 2° c'est affirmer en même temps que l'agent a connu la signification antisociale de sa conduite, ou bien qu'il aurait pu et dû la connaître. »²⁸² L'analyse du comportement sous son angle subjectif doit donc conduire le juge à apprécier la volonté de l'agent mais non indépendamment de sa liberté et de sa capacité de discernement²⁸³.

Il serait vain d'essayer de dénommer précisément les différentes circonstances de l'imputabilité. Les variations et subtilités des analyses sont nombreuses. Elles se rejoignent néanmoins sur deux grandes idées. La première tient à la liberté de l'agent ou à son libre arbitre. La volonté doit être libre, soit non contrainte²⁸⁴. La seconde tient à la capacité de discernement de l'agent, qui intègre sa capacité de comprendre, mais aussi une forme de conscience morale²⁸⁵. Ces données sont indissociables, selon nous, de la volonté. Le caractère volontaire ou intentionnel de l'acte ne peut être retenu dans la caractérisation d'une infraction que s'il s'accompagne d'elles. Ces dernières étant le contexte de la première et la particularisant en lui donnant son

281. C'est, pour ORTOLAN, l'obligation de répondre de quelque chose. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 100, n° 223. Il s'agit là du sens étymologique de la responsabilité. V. M. VILLEY, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit, La responsabilité* 1977, t. 22, p. 45. Initialement, le sens de *respondere* était de se tenir garant, se porter caution. Sur ce point, v. égal. G. VINEY, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit* 1990, t. 35, p. 275, et J. ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., PUF, 2013, p. 482.

282. R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 179, n° 77.

283. Quand bien même ce second aspect pourrait être présumé. L'argument de la présomption existant en la matière a parfois été utilisée au soutien du caractère non constitutif des conditions d'imputabilité (G. LEVASSEUR, « Étude de l'élément moral de l'infraction » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Travaux du colloque de science criminelle, Toulouse*, op. cit. V. égal. P. BONFILS, « Le discernement en droit pénal » in *Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges offerts à Raymond Gassin*, op. cit., faisant état de l'argument de LEVASSEUR). Toutefois, il est à remarquer que la connaissance de la loi est aussi présumée. Pourtant, personne n'envisage de la sortir de la structure infractionnelle ou de la séparer de la volonté. L'argument n'est en réalité utilisé que pour l'imputabilité et sans doute pas pour les bonnes raisons.

284. Que la liberté soit rattachée à l'imputabilité ou à la culpabilité (entendue comme la faute), elle demeure en tout état de cause un prérequis.

285. V. F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 42, n°s 30 et s. et p. 199, n° 172. V. égal. Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, op. cit., p. 483, n° 451.

caractère coupable et répréhensible, il est possible – théoriquement – d'y voir des circonstances constitutives de la volonté, encore qu'en pratique, les deux semblent devoir s'apprécier ensemble.

457. Les obstacles à la solution proposée – Certes, le traitement des causes subjectives d'irresponsabilité semble incompatible avec une telle proposition. En effet, le législateur n'a pas opéré de distinction entre les deux catégories, pourtant classiquement admises en doctrine. Au contraire, il semble que le législateur ait entendu remettre en cause la distinction en traitant ensemble toutes les situations susceptibles de faire obstacle à la responsabilité²⁸⁶. Or, en axant la répression sur le délinquant²⁸⁷, il pourrait sembler que le législateur ait entendu s'éloigner d'une problématique de caractérisation de l'infraction. D'ailleurs, dans la Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau Code pénal, il est précisé s'agissant de l'irresponsabilité pour trouble psychique ou neuropsychique que l'expression « il n'y a ni crime ni délit » anciennement employée à l'article 64 avait été abandonnée pour montrer « que cette cause d'irresponsabilité et également prévue en matière contraventionnelle et qu'elle ne supprime pas l'existence de l'infraction »²⁸⁸. C'était donc affirmer à l'article 121-3 l'importance de la volonté, mais d'une volonté abstraite et indifférente aux capacités intellectuelles de l'agent. Le législateur donnait raison, sur ce point, à la doctrine majoritaire qui voyait dans les conditions d'imputabilité des conditions de la seule responsabilité. En outre, l'indifférence des conditions d'imputabilité sur la structure infractionnelle semble avoir été renforcée par la loi du 25 février 2008, instaurant une procédure de jugement des personnes irresponsables en vertu de l'article 122-1 du Code pénal. La nouvelle procédure permet en effet de juger une personne atteinte d'un trouble psychique ou neuropsychique au moment des faits et de l'en déclarer auteur. Pour autant, la personne demeure irresponsable, de sorte que seules des mesures de sûreté pourront être prononcées²⁸⁹. La mise en place de cette procédure a pu être analysée comme « la relégation de l'imputabilité (du moins

286. Monsieur PRADEL évoquait au sujet de l'avant projet de révision du Code pénal une volonté de destruction de la distinction entre les causes objectives et subjectives en les mettant toutes sur le même plan. J. PRADEL, « L'avant projet de révision du code pénal », *D.* 1977, chron. p. 115. Reprenant l'argument, Monsieur LEPOINTE faisait quant à lui état d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs. E. LEPOINTE, « De l'impunité et la non punissabilité, À propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.* 1978, chron. p. 225. *Adde.* du même auteur, « Justifié, donc irresponsable, Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, chron. p. 247.

287. Citant l'avant-projet définitif de code pénal (Doc. fr., 1978, Comm., p. 45), Monsieur LEPOINTE rappelle « que les membres de la commission de 1974 exprimaient l'opinion que la distinction traditionnelle entre les faits justificatifs et ce qu'ils décrivaient comme des « causes d'irresponsabilité subjective » n'avait plus de raison d'être, « dès lors que la répression était axée sur la personne du délinquant et qu'il convenait [...] d'examiner sa position personnelle au regard des causes d'irresponsabilité ». *Ibid.*

288. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal, op. cit.*, p. 32.

289. Sur la procédure applicable et les mesures pouvant être prononcées, v. H. MATSOPOULOU, « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux », art. préc., et du même auteur, « L'application des « peines », puis des « mesures de sûreté », aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences, (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009) », *Dr. pén.* 2010, étude, n° 4, concernant plus spécifiquement les difficultés de qualifications des sanctions en cause.

en cas de trouble mental) au rang de simple condition de la responsabilité pénale, de sorte que son absence n'est plus déterminante de l'innocence de l'individu »²⁹⁰. Par extension, il semble donc que les conditions de l'imputabilité (ou au moins celle tenant au discernement) ne soient nullement exigées au titre de la caractérisation de l'infraction²⁹¹. La juridiction devra en effet se prononcer sur la commission des faits et, donc, *a priori*, sur l'infraction commise. Seule la déclaration de responsabilité demeure impossible.

458. Relativisation – Toutefois, les textes ne disposent pas expressément de la survie de l'infraction, non plus qu'ils ne donnent la raison de l'irresponsabilité. La précision n'est contenue que dans la circulaire. Loin d'en relativiser l'importance, il faut ici constater qu'il n'existe pas d'obstacle absolu à la solution proposée. Que la responsabilité disparaisse est une chose, mais la raison de sa disparition devrait résider dans un obstacle à la caractérisation de l'infraction. D'ailleurs, l'uniformisation des causes d'irresponsabilité aurait dû, si elle avait été appliquée dans sa globalité, conduire à la remise en cause de l'effet des faits justificatifs sur l'existence de l'infraction. Or, et comme l'avait prédit Monsieur PRADEL²⁹², la distinction est demeurée. Il est toujours admis que les causes objectives opèrent *in rem*. Elles font disparaître totalement l'infraction, de sorte que ni la complicité ni la coaction ne sont en principe possible²⁹³. Par ailleurs, dans la majorité des cas, elles entraînent également une irresponsabilité civile²⁹⁴. À l'inverse, les causes subjectives peuvent faire l'objet d'une complicité ou d'une coaction et laissent subsister la responsabilité civile de l'auteur de l'infraction²⁹⁵. Rien, dans le Code, ne fait obstacle à cette solution et il serait donc possible de considérer que toutes les causes d'irresponsabilité ont pour effet en amont de faire obstacle à la qualification du comportement.

Même la procédure applicable en cas de trouble psychique ou neuropsychique ne fait pas totalement obstacle à cette solution. Il est intéressant de remarquer que les textes du Code de procédure pénale relatifs à celle-ci ne font jamais état ni de l'infraction, ni du crime, ni du

290. S. DETRAZ, « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 873.

291. *Ibid.*

292. J. PRADEL, « L'avant projet de révision du code pénal », art. préc.

293. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel, op. cit.*, p. 562-563, n° 438. Pour une application de l'effet *in rem* des faits justificatifs par une chambre d'instruction dans un cas de complicité, v. l'arrêt rendu par la Chambre de l'instruction de la cour d'appel de Grenoble, du 14 mai 2014 et l'arrêt rendu par la Cour de cassation dans la même affaire qui confirme implicitement l'effet *in rem*. En effet, la Cour de cassation casse l'arrêt au motif que « les agissements ainsi analysés comprenaient des modalités de mise en œuvre susceptibles de constituer des atteintes involontaires à l'intégrité d'autrui » : Cass. crim., 27 oct. 2015, n° 14-84.952.

294. Sur le principe et ses exceptions, v. *infra*, n° 477.

295. V. *infra*, n°s 473 et s.

délict. Il est systématiquement – et classiquement²⁹⁶ – fait mention des faits commis²⁹⁷, mais non de l'infraction commise²⁹⁸. En effet, « la loi du 25 février 2008 omet [...], pour rendre le nouveau statut d'irresponsable pénalement opérationnel en toute occasion, de régler le problème de l'incidence du trouble mental sur la constitution de l'infraction pénale »²⁹⁹. Antérieurement à la loi de 2008, la déclaration d'irresponsabilité intervenait en amont, avant qu'un tribunal ne soit saisi. L'irresponsabilité s'accompagnait donc de l'absence de qualification des faits sur la tête de la personne atteinte du trouble³⁰⁰. Si une infraction demeurait et pouvait servir de support à un acte de complicité, ce n'était qu'à l'état de qualification objective, abstraite et désincarnée, la volonté étant constatée sans égard à ses spécificités. On peut se demander si la solution ne reste pas la même aujourd'hui. La personne pourra être jugée et reconnue auteur des faits, forme d'imputation objective ou « matérielle »³⁰¹, mais la qualification n'est pas parfaite car elle fait partiellement abstraction de la dimension subjective du comportement. Il est possible de n'y voir qu'un diminutif de qualification, abstraite et, pour partie, objective³⁰², qui permet de reconnaître comme auteur des faits une personne qui n'en sera pour autant pas tenue responsable³⁰³. La position emporte certes des conséquences qui sont d'ailleurs générales pour toutes les causes subjectives d'irresponsabilité, et dont il s'agira de préciser l'ampleur³⁰⁴. Pour l'heure, il s'agit de constater que si des obstacles à l'analyse proposée existent, une conciliation reste possible et permettrait de gommer certains artifices de l'approche actuelle en recentrant l'analyse sur

296. Cette rédaction est sans doute liée à une volonté d'uniformité entre les différentes procédures, mais elle reste intéressante à relever dans ce cas particulier pour lequel, justement, la question de la commission d'une infraction se pose.

297. Code de proc. pén., art. 706-133 : en cas d'irresponsabilité fondée sur l'article 122-1, le tribunal correctionnel déclare « que la personne a commis les faits qui lui étaient reprochés ». Les autres textes renvoient également à la commission des faits : *ibid.* art. 706-122 et 349-1. Les textes relatifs aux mesures de sûreté qui pourront être prononcées en cas de déclaration d'irresponsabilité visent eux bien les infractions.

298. Il est d'ailleurs intéressant de remarquer que l'article 349-1 relatif à la procédure devant la Cour d'assises vaut pour toutes les causes d'irresponsabilité, qu'elles soient objectives ou subjectives. Dans tous les cas, les jurés devront répondre à une première question relative à la commission des faits (« L'accusé a-t-il commis tel fait ? »), puis à une seconde relative à la cause d'irresponsabilité (« 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... ? »). La déclaration relative à la commission des faits n'emporte donc pas systématiquement reconnaissance de l'existence d'une infraction.

299. 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.

300. Depuis la loi Perben II, le juge d'instruction devait néanmoins se prononcer sur l'existence de « charges suffisantes établissant que l'intéressé a commis les faits qui lui sont reprochés ». Code de proc. pén. art. 177, al. 2, anciennement.

301. J. PRADEL, « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000.

302. Monsieur DETRAZ évoque des « faits objectivement infractionnels » ou la « culpabilité matérielle », tout en relevant qu'ici, la volonté est vérifiée, seule les conditions d'imputabilité font défaut. 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.

303. Le statut d'« irresponsable pénalement » se situe ainsi selon Monsieur DETRAZ « à mi-chemin entre ceux de coupable et d'innocent ». *Ibid.*

304. V. *infra*, n° 473.

l'infraction commise et non sur l'infraction imputée. La bonne compréhension de l'élément psychologique n'en serait que facilitée. Ce n'est que dans certaines hypothèses résiduelles que le mécanisme d'imputation aura vocation à opérer et encore n'emportera-t-il pas de déplacement de l'appréciation des données subjectives à un stade ultérieur à la caractérisation de l'infraction.

2. L'infraction imputée

459. Les hypothèses exclues du mécanisme d'imputation – Dès lors que l'on raisonne en termes de commission, le mécanisme d'imputation semble devoir devenir tout à fait résiduel. Il n'est utile que dans l'hypothèse où une personne se voit imputer (rattacher) une infraction caractérisée en tous ses éléments alors qu'elle ne la pas personnellement commise. Par conséquent, plusieurs hypothèses pour lesquelles l'on pourrait être tenté de raisonner en matière d'imputation sont à exclure.

Tout d'abord, il convient d'exclure les exceptions au principe de personnalité des peines dès lors qu'elles ne conduisent pas à l'imputation d'une infraction. L'une d'elles se rencontre par exemple en matière d'infractions routières. L'article L.121-3 du Code de la route prévoit ainsi que « le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est redevable pécuniairement de l'amende encourue pour [certaines] infractions »³⁰⁵ au Code de la route. Ici, s'il y a bien entorse au principe de personnalité des peines, il n'y a pas imputation de l'infraction commise par autrui dès lors que ce même article précise expressément en son alinéa 2 que « la personne déclarée redevable en application des dispositions du présent article n'est pas responsable pénalement de l'infraction ». Il ne s'agit donc pas ici d'un cas d'imputation³⁰⁶. Celui qui subit la peine n'est simplement pas l'auteur de l'infraction³⁰⁷.

Par ailleurs, le cas de la responsabilité du chef d'entreprise et, plus largement, de l'auteur médiateur, doivent également être exclus des hypothèses d'imputation. En effet, le chef d'entreprise

305. Code de la route, art. L.121-3.

306. À l'inverse, il serait possible de voir dans les dispositions de l'article L.121-2 une hypothèse d'imputation. Selon cet article, « le titulaire du certificat d'immatriculation du véhicule est responsable pécuniairement des infractions à la réglementation sur le stationnement des véhicules ou sur l'acquiescement des péages pour lesquelles seule une peine d'amende est encourue, à moins qu'il n'établisse l'existence d'un événement de force majeure ou qu'il ne fournisse des renseignements permettant d'identifier l'auteur véritable de l'infraction. » Il est toutefois possible ici d'hésiter entre une présomption de culpabilité (en ce sens, S. DETRAZ, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes, op. cit.*) et un réel mécanisme d'imputation. Il s'agit ici d'une responsabilité à raison de contraventions, de sorte qu'il n'y a pas tout à fait caractérisation d'une infraction en tous ses éléments, puis imputation de l'infraction à une personne. Il y a plus précisément la constatation d'un fait et la désignation, par voie de présomption de la personne responsable.

307. Pour une autre hypothèse, v. l'article L. 4741-2 du Code du travail qui « permet au tribunal, compte tenu des circonstances de fait et des conditions de travail de l'intéressé, de mettre à la charge de l'employeur le paiement total ou partiel des amendes et des frais de justice prononcés contre un préposé qui a provoqué la mort ou des blessures en commettant une infraction à la législation du travail. » J.-P. CÉRÉ, *Rép. dr. pén.*, Peine (nature et prononcé), 2008, n° 23.

se voit reprocher sa propre faute³⁰⁸, mais ne se voit pas imputer une infraction³⁰⁹. Il commet indirectement l'atteinte, mais se voit reprocher sa propre infraction, dont les éléments constitutifs seront vérifiés sur sa tête³¹⁰. Encore faut-il relever que certaines hypothèses tendent au contraire bien plus vers des cas d'imputation d'une infraction commise par un auteur immédiat. Ainsi en est-il lorsque la Cour de cassation admet la responsabilité d'un chef d'entreprise pour une infraction intentionnelle à laquelle il n'a pas directement et personnellement pris part³¹¹. En principe, le respect de l'article 121-1 devrait conduire à caractériser la participation du chef d'entreprise à la commission de l'infraction. Reste que ces exceptions mises à part et de manière générale, c'est à raison de son fait personnel et, donc, de l'infraction personnellement commise que l'auteur médiat engage sa responsabilité. La souplesse de la Cour de cassation dans la caractérisation des fautes ne suffit pas à basculer ici dans un mécanisme d'imputation d'une infraction, non personnellement commises.

De même en est-il pour le cas de l'auteur moral. Il ne s'agit pas ici non plus de lui imputer une infraction d'ores et déjà caractérisée en tous ses éléments. Au mieux, lui impute-t-on le fait matériel accompli par un autre – l'auteur matériel, réifié³¹². Mais par hypothèse, c'est sur sa tête que sera vérifiée l'intention coupable. Dans ces deux dernières hypothèses, les agents commettent personnellement une infraction, dont ils sont par ailleurs tenus pour responsable. Il n'y a donc pas besoin de passer par un mécanisme d'imputation. L'infraction doit simplement être caractérisée en tous ses éléments à leur égard.

460. L'hypothèse de responsabilité en « cascade » et l'absence d'imputation – À l'inverse, une hypothèse relativement proche de la responsabilité de l'auteur médiat soulève davantage de difficultés. Il s'agit du mécanisme de responsabilité en cascade mis en place en matière d'infractions commises par voie de presse. S'agissant des infractions prévues par la loi du 29 juillet 1881 et commises par cette voie, un mode particulier de responsabilité est prévue qui déroge au droit commun. « L'article 42 de la loi sur la presse établit une hiérarchie dans l'imputation de ces infractions : il place, dans le rôle d'auteur principal, l'éditeur ou, s'il

308. F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *RSC* 2010, p. 804 : « la responsabilité pénale du dirigeant demeure une responsabilité fondée sur une faute personnelle du dirigeant ».

309. « On en déduira qu'il y avait dès l'origine responsabilité pour faute et que cette faute était et reste propre au chef d'entreprise, seul le fait matériel étant en quelque sorte « emprunté » au subordonné. » A. COEURET, « La responsabilité en droit pénal du travail, Continuité et rupture », *RSC* 1992, p. 475.

310. Encore ici pourrait-on nuancer le propos, tant la faute est dans ces hypothèses systématiquement retenue. Le constat du « défaut de surveillance ne sera le plus souvent qu'une référence purement formelle » A. DEMICHEL, « Le droit pénal en marche arrière », art. préc. L'on tend alors à une responsabilité du fait d'autrui, sous couvert de la caractérisation d'une faute personnelle. Il n'en demeure pas moins que l'infraction reprochée au commettant est bien une infraction personnellement commise, caractérisée par sa propre faute.

311. V. not. crim. 6 oct. 1955 : *Bull. crim.*, n° 38 ; 28 févr. 1956 : *JCP* 1956, II, 9304, note R. DE LESTANG ; Crim ; 17 oct. 1967 : *Bull. crim.*, n° 250 ; 6 mai 1996 : *Dr. pén.* 1996, comm. n° 261 (1er arrêt), note J.-H. ROBERT ; 28 oct. 1998 : *Bull. crim.*, n° 281., cités par F. ROUSSEAU, « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », art. préc.

312. Pour une critique de la solution jurisprudentielle, v. *supra*, n° 375.

s'agit d'un périodique, le directeur de la publication qui doit s'être déclaré au procureur de la République (L. 29 juill. 1881, art. 6 à 9) ; si ce personnage est inconnu ou ne s'est pas déclaré, le rédacteur du texte délictueux est l'auteur de l'infraction et si lui-même est inconnu, il est suppléé par l'imprimeur dont le nom doit être inscrit sur tous les imprimés (L. 29 juill. 1881, art. 2) [...]. »³¹³. Ainsi appréhendée, la responsabilité semble liée au fait d'autrui (l'auteur par exemple de propos diffamatoires), de sorte qu'il s'agirait de l'imputation à l'éditeur ou au directeur de publication de l'infraction commise par un tiers³¹⁴. Reste que dès lors que l'on admet que c'est par la publication que se consomment les infractions, le raisonnement par imputation n'est plus possible. Or, il est admis que « les infractions en cause se consomment par la publication de sorte que la rédaction de l'écrit ou la réalisation de l'interview à publier ne sauraient en elles-mêmes matérialiser l'infraction »³¹⁵. Il est alors possible de considérer que la responsabilité de l'éditeur ou du directeur de publication est liée à l'obligation de surveillance pesant sur lui³¹⁶. En effet, « est en cause, non le fait matériel de publication, mais la décision de publier prise par une personne tenue de vérifier que les droits des tiers ne sont pas injustement lésés. »³¹⁷ À s'en tenir à ce raisonnement, il s'agit alors de reprocher au directeur de publication ou à l'éditeur son comportement personnel, de sorte qu'il n'est plus possible de raisonner par imputation³¹⁸. Il s'agit de l'infraction commise par lui en autorisant la publication d'un document portant atteinte aux droits d'un tiers³¹⁹. Reste toutefois que la Cour de cassation admet en la matière une présomption d'intention ayant un caractère irréfragable³²⁰, ce qui pose la question de l'existence d'une responsabilité de plein droit³²¹.

313. J.-H. ROBERT, *J. Cl. Pénal Code*, art. 121-7, fasc. 20, Complicité, 2015, n° 84.

314. Monsieur DREYER relève que bien souvent, on ne voit « dans cette « cascade » qu'un mécanisme spécifique d'imputation de la responsabilité ». E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2011, p. 232, n° 455.

315. J. BOSSAN, *J. Cl. Pénal Code*, fasc. 3050, Responsabilité pénale en cascade dans la presse écrite et l'édition, 2015, n° 46.

316. *Ibid.*, n° 47 : « Les auteurs de premier rang sont responsables de plein droit à raison de l'obligation de surveillance qu'implique leur fonction. » Des auteurs critiquent toutefois cette approche, car cette obligation de surveillance est en pratique souvent illusoire. Évoquant cette difficulté, v. not. E. DREYER, « L'auteur de l'infraction de presse : auteur naturel ou artificiel ? », *Dr. pén.* 2008, étude, n° 9 : « Le responsable éditorial est le plus souvent incapable de contrôler l'ensemble de ce qui est publié sous son nom. En pratique, c'est rarement lui qui prend la décision de transmettre un message diffamatoire, injurieux ou provocant au public. »

317. E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, *op. cit.*, p. 246, n° 486.

318. Toutefois, les responsabilités par défaut prévues à l'article en question reposent elles sur un mécanisme d'imputation et une responsabilité du fait d'autrui. Il a néanmoins pu être souligné que « l'importance de cette responsabilité « en cascade » ne doit pas être exagérée car elle n'est jamais mise en œuvre : c'est un bel exemple de disposition efficace sans être effective ». E. DREYER, « L'auteur de l'infraction de presse : auteur naturel ou artificiel ? », art. préc.

319. Approuvant ce raisonnement, v. J. BOSSAN, Responsabilité pénale en cascade dans la presse écrite et l'édition, *op. cit.*, n°s 46 et s. Raisonant à l'inverse par imputation participative, F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 386, n° 290.

320. E. DREYER, *Responsabilités civile et pénale des médias*, *op. cit.*, p. 246, n° 486.

321. *Ibid.*, p. 247, n° 489, citant Cass. crim. 29 nov. 1994, *Bull. crim.*, n° 384. Quoiqu'il en soit, la présomption d'intention conduit là encore à une modification de la nature de l'infraction. L'on reproche davantage à l'éditeur ou

461. Difficulté : les hypothèses d'imputation « collective » – Un autre cas pourrait également soulever quelques difficultés. Il est relatif à certaines hypothèses de participation criminelle, pour lesquelles une sorte d'imputation collective semble se dessiner³²². En premier lieu, un cas d'imputation collective, exploité par Monsieur MANACORDA³²³, peut être observé en droit pénal international. Il s'agit du délit d'appartenance à un groupe criminel³²⁴ retenu par les juges à Nuremberg et « inspiré de la notion anglo-américaine de conspiracy »³²⁵. Il s'agit, dans le cas où des personnes agissent « de concert dans un but commun », d'admettre que les crimes commis par l'un puissent engager la responsabilité de tous les membres du groupe, en qualité de coauteurs³²⁶. Nous sommes donc bien ici face à une hypothèse d'imputation collective, justifiée par le but criminel commun, d'une infraction caractérisée à l'égard d'un des membres du groupe. Madame DELMAS-MARTY relève toutefois que la pratique a été critiquée en raison des atteintes au principe de légalité qu'elle engendre et qu'elle n'est pas admise par le Statut de Rome³²⁷, ce qui devrait s'opposer à l'avenir à une telle imputation collective³²⁸.

On retrouve par ailleurs un mécanisme quelque peu similaire en droit pénal français en matière de complicité dite corespective³²⁹. Dans le cas de la scène unique de violences, la Cour de cassation admet de retenir la responsabilité des différents protagonistes à raison de la qualification pénale « correspondant aux blessures les plus graves »³³⁰. Les différents participants à la scène de violences se voient donc reprocher la même infraction, en raison de la difficulté de déterminer le rôle de chacun dans la réalisation du dommage³³¹. L'infraction, caractérisée au regard des blessures les plus graves, semble donc imputée collectivement à

au directeur de publication un défaut de surveillance de sa part, qu'une intention coupable. *Ibid.* : « La présomption est ainsi justifiée : le fait de laisser paraître est assimilé au fait de vouloir l'atteinte. L'éditeur et le directeur de la publication ne peuvent pas dire qu'ils ne savaient pas puisqu'ils avaient précisément pour fonction de vérifier. »

322. Certaines infractions, tel le génocide, se prêtent à cette idée d'imputation collective (V. R. PARIZOT, « Stefano Manacorda, Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale », *RSC* 2009, p. 713, présentant l'ouvrage de S. MANACORDA). La responsabilité reste néanmoins fondée sur la démonstration d'une participation active (directe ou indirecte) au génocide.

323. *Ibid.*

324. Plus largement, les Tribunaux pénaux *ad hoc* ont utilisé la notion d'entreprise criminelle conjointe. M. DELMAS-MARTY, *Les Forces imaginantes du droit (IV), Vers une communauté de valeurs*, Éditions du seuil, 2011, p. 107-108.

325. *Ibid.*, p. 107.

326. *Ibid.*, p. 108.

327. *Ibid.*, p. 109.

328. Sur les nouvelles formulations retenues par la suite, *ibid.*, p. 109 et s.

329. Pour une critique de cette théorie, v. E. BARON, *La coaction en droit pénal*, 2012, Thèse, Bordeaux IV, p. 132, n^{os} 148 et s.

330. F. ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective, Aspects de droit civil et de droit pénal », *D.* 2011, p. 1983.

331. Encore que la Cour de cassation applique parfois cette théorie dans des hypothèses dans lesquelles les rôles pourraient être identifiés. *Ibid.* : « [...] en matière de violences collectives, la jurisprudence n'hésite pas à apprécier globalement les faits, alors même qu'elle serait en mesure de déterminer les faits accomplis par chacun des coauteurs au cours de la scène collective de violence » et l'arrêt cité par l'auteur.

l'ensemble des participants³³². Néanmoins, il ne semble pas qu'il s'agisse ici réellement d'une application du mécanisme d'imputation³³³. La qualification sera en effet partagée par tous les participants, mais à condition de pouvoir démontrer un fait de participation volontaire³³⁴. Dans les différents cas où un dommage peut être reproché aux différentes personnes ayant participé à sa réalisation, la jurisprudence met en place ce qui a été qualifié de « mécanisme de présomption de causalité tiré d'un fait collectif »³³⁵. Pour autant, il ne s'agit pas ici d'une hypothèse de responsabilité collective³³⁶, non plus que d'imputation collective. Tout au plus impute-t-on un résultat à l'ensemble des participants, mais par simple application des règles de complicité. En d'autres termes, c'est à raison du fait commis de participation que les différents protagonistes se voient sanctionnés pour un même résultat. La responsabilité est conditionnée par l'existence d'un fait personnel de participation aux violences et d'une volonté de s'y associer³³⁷, mais sans qu'il s'agisse d'imputer à l'ensemble des participants une même infraction. Comme dans toutes les hypothèses de complicité, la responsabilité résulte du fait de participation personnellement commis par l'agent. Il ne peut en effet s'agir ici d'un mécanisme d'imputation, car le complice commet son propre fait générateur de responsabilité³³⁸. Ce n'est que par assimilation qu'il se voit puni comme auteur³³⁹, mais il ne se voit en aucun cas imputer des faits qu'il n'a pas lui-même commis³⁴⁰.

462. La responsabilité pénale des personnes morales, hypothèse résiduelle d'imputation – Les hypothèses non caractéristiques de cas d'imputation ayant été écartées, il faut désormais se pencher sur les situations dans lesquelles il sera véritablement procédé à l'imputation d'une infraction. En réalité, une seule hypothèse demeure et est relative à la responsabilité pénale des personnes morales, où un mécanisme d'imputation est expressément prévu³⁴¹. Le

332. Sans évoquer d'imputation collective, Monsieur ROUSSEAU écrit qu'en cas de scène unique de violences, il est procédé à une appréciation globale des faits et à une imputation de la qualification « à l'ensemble des participants à la scène collective ». *Ibid.*

333. *Contra, ibid.*

334. V. J.-C. SAINT-PAU, « Les causalités dans la théorie de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert, op. cit.*, qui évoque « un fait personnel de participation ».

335. F. ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective », art. préc. Les auteurs raisonnent majoritairement à partir d'un problème causal.

336. En ce sens, E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc., p. 123, n° 136.

337. Quand bien même le dommage final n'aurait pas été recherché, la participation doit, elle, rester volontaire. À défaut, la complicité corespective (qui implique vérifiées les conditions de la complicité, donc le caractère volontaire de la participation) ne serait pas concevable.

338. Plus généralement, sur l'absence d'imputabilité en matière de complicité, v. *infra*, n° 485.

339. Code pén., art. 121-6.

340. V. égal. *infra*, n° 485.

341. Les fondements particuliers de la responsabilité pénale des personnes morales et le mode original d'imputation purement matériel a conduit un auteur à soutenir une dualité de responsabilité pénale. L'une subjective et pour ainsi dire traditionnelle est la responsabilité pénale des personnes physiques. L'autre serait une responsabilité objective, applicable aux personnes morales. N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, 2009, Thèse, Bordeaux IV, not. p. 401, n°s 372 et s. Toutefois, l'infraction devant (théoriquement) être qualifiée en tous ses éléments pour que

Code pénal dispose en la matière que les personnes morales sont responsables « des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants »³⁴². Cet article décrit ce faisant un mécanisme parfait d'imputation³⁴³ : il vise les infractions « commises [...] par leurs organes ou représentants », dont il s'agit de rendre responsable la personne morale³⁴⁴. Le texte impose donc un raisonnement en deux temps. Dans le premier, l'infraction doit être caractérisée en tous ses éléments, dans le second, elle doit être imputée à la personne morale, parce qu'elle a été commise pour son compte³⁴⁵.

Il ne saurait s'agir de revenir ici sur les multiples controverses et débats relatifs à l'admission ou aux conditions de la responsabilité pénale des personnes morales, mais simplement d'analyser le mode de responsabilité dont il s'agit. La difficulté en la matière est que la personne morale, être « désincarné »³⁴⁶, ne peut pas commettre, à proprement parler, d'infraction. Elle ne le peut pas matériellement à titre personnel³⁴⁷ et elle ne le peut pas intellectuellement. Par conséquent, il ne s'agit ni d'une hypothèse de responsabilité pour l'infraction personnellement commise par la personne morale³⁴⁸, ni d'une hypothèse de participation. L'infraction commise « pour

la responsabilité de la personne morale puisse être engagée, il n'est pas certain qu'il s'agisse d'une responsabilité objective. Par contre, il est indéniable qu'elle repose sur un mécanisme tout à fait original qui aboutit à imputer à une personne l'infraction commise par un tiers.

342. Code pén., art. 121-2.

343. Pour des positions plus nuancées, v. E. DREYER, « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? », art. préc. ; J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, op. cit.

344. V. P. MORVAN, « La personne morale maltraitée par le droit pénal » in *Le Bicentenaire du code pénal*, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 171.

345. Sur le sens à donner à cette expression, v. H. MATSOPOULOU, *Rép. dr. soc.*, Responsabilité pénale des personnes morales, 2002, n° 33. Cette précision conduit à exclure une hypothèse de responsabilité du fait d'autrui. Selon Monsieur SAINT-PAU, il n'y a donc « pas dérogation, mais adaptation du principe de responsabilité du fait personnel ». J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, op. cit., n° 124. La personne morale ne pouvant pas, matériellement et psychologiquement, commettre une infraction, elle ne le fait que par l'intermédiaire d'un de ses organes ou représentants.

346. *Ibid.*, n° 125, et F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », *CJEG* 2000, p. 426.

347. Pour une position plus nuancée, J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, op. cit., n° 135 : l'activité de la personne physique peut s'analyser comme celle de la personne morale par la fiction de la représentation.

348. Des auteurs ont pu proposer une double hypothèse de responsabilité. Soit la responsabilité pénale des personnes morales serait liée à un cas de représentation, soit elle serait une responsabilité directe et personnelle à raison de sa faute diffuse. V. *ibid.*, n° 150. Comp. J.-Y. MARÉCHAL, « Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales », *JCP* 2009, I, 249. Sur la capacité pénale de la personne morale, v. égal. H. DUMONT, « Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit pénal ?, Conclusion », *RSC* 2012, p. 109. Dans ce cas, la personne morale serait auteur, au même titre que l'auteur physique. Revenant égal. sur le débat, E. DREYER, « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? », art. préc. Toutefois, il n'est pas certain que le législateur ait entendu faire de l'auteur visé à l'article 121-4 un auteur aussi bien physique que moral. V. J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », *RSC* 2012, p. 19. À défaut, l'admission d'une responsabilité pénale des personnes morales par représentation n'aurait pas été véritablement nécessaire car une assimilation des deux « catégories » d'auteurs aurait été suffisante. Elle apparaît en outre d'autant moins nécessaire si l'on admet que l'organe ou le représentant sont la personne morale (J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, op. cit., n° 124). Dans ce cas, ne sommes-nous pas tout simplement

le compte de » ne correspond pas à une idée de participation à l'infraction, ni par aide ou assistance, ni par instigation. Il s'agit ici d'une hypothèse de « commission » d'une infraction par l'intermédiaire de l'un de ses organes ou représentants. Il semble donc bien, dans ce cas précis, que l'on soit face à un mécanisme d'imputation, à proprement parler³⁴⁹, dès lors que la personne morale est reconnue responsable d'une infraction qui peut lui être rattachée. Que l'on raisonne en termes de représentation³⁵⁰ ou en termes de responsabilité indirecte ou par ricochet³⁵¹ change finalement assez peu la solution. Comme le relève Monsieur SAINT-PAU, ce n'est que par une fiction dans la « technique d'imputation de l'infraction »³⁵² que l'on peut raisonner en termes de représentation. Cela permet, sans doute, de contourner certaines difficultés. Mais le raisonnement prend toujours sa source dans l'imputation directe à la personne morale de l'infraction commise par un intermédiaire, l'organe ou le représentant. L'on demeure donc dans un raisonnement par rattachement. Reste qu'ici, on se détache du cas « classique » d'imputation ou, tout du moins, des conditions qui en font la particularité. Il ne s'agira en effet que de s'assurer de la personnalité juridique de la personne morale, qu'elle soit de droit public³⁵³ ou de droit privé, mais bien entendu pas de conditions relatives à des capacités de comprendre et de vouloir qui ne sauraient se concevoir dans ce cas-là. C'est en fait ici que l'on voit le mécanisme d'imputation dans sa plus pure expression, qui ne consiste pas à vérifier qu'une personne est coupable de l'infraction, mais que l'infraction commise peut être causalement rattachée à cette personne, malgré l'absence d'activité concrète de sa part. Et c'est par la condition de l'infraction commise « pour le compte » de la personne morale que ce rapport causal sera vérifié³⁵⁴.

463. Imputation et caractérisation de l'infraction – Dès lors que l'on raisonne en termes d'imputation, l'infraction doit en principe être caractérisée avant de pouvoir être imputée. La

systématiquement dans le champ de l'article 121-4 (v. L. SAENKO, « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales », art. préc.) (est auteur de l'infraction celui qui commet les faits), qui ne précise pas la catégorie juridique de l'auteur ? Pourquoi l'assimilation de l'organe ou du représentant ne va-t-elle pas jusqu'à son terme, c'est-à-dire jusqu'à effacer l'idée même de représentation ?

349. Raisonnant en termes d'imputation, H. MATSOPOULOU, « La présomption d'imputation d'une infraction commise au sein de l'entreprise à la personne morale », note sous Cass. crim., 25 juin 2008, *Rev. société* 2008, p. 873 : le fait que l'infraction doive être commise pour le compte de la société « signifie que, avant de condamner une personne morale pour une infraction déterminée, les organes ou représentants, ayant commis celle-ci, doivent nécessairement être identifiés ». En d'autres termes, l'infraction doit pouvoir être caractérisée en tous ses éléments, aussi bien matériel que psychologique.

350. J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, op. cit., not. n° 125 ; H. DUMONT, « Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit pénal ? », art. préc. ; J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », art. préc.

351. F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », art. préc.

352. J.-C. SAINT-PAU, « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, op. cit., n° 125.

353. Sur les personnes de droit public pouvant engager leur responsabilité pénale, H. MATSOPOULOU, *Responsabilité pénale des personnes morales*, op. cit., n° 12.

354. Ce qui exclut de la responsabilité pénale des personnes morales les infractions commises dans le but exclusif de la personne physique les ayant commises (viol, meurtre etc.)

lettre de l'article 121-2 du Code pénal impose au demeurant cette solution, en évoquant l'infraction commise. Bien qu'elle soit accomplie par un organe ou représentant, la personne morale se voit imputer l'infraction commise par un « autre ». Il s'ensuit que l'infraction doit en principe être caractérisée en tous ses éléments, avant de pouvoir être imputée à la personne morale. Cette exigence a soulevé des difficultés d'interprétation, notamment parce que le texte n'imposerait pas expressément d'identifier la personne physique, organe ou représentant³⁵⁵. Il exige tout de même une infraction « commise », ce qui en principe ne peut se concevoir sans identification de son auteur³⁵⁶, celle-ci étant au moins indispensable à l'analyse du comportement accompli par l'agent sous un angle subjectif.

Si l'on raisonne au regard du mécanisme d'imputation, deux difficultés majeures surviennent alors. La première tient au fait que l'infraction peut être commise par un organe de la personne morale. Or, si le représentant est, *a priori*, une personne physique, l'organe peut pour sa part être un organe collectif. La difficulté vient alors de ce que le droit pénal français ne connaît pas de cas de responsabilité collective³⁵⁷. D'ailleurs, l'infraction commise par un organe collégial ne relève pas de cette logique dès lors que la responsabilité pénale de l'organe n'implique pas la responsabilité pénale de ses membres. Il faut donc admettre ici une fiction. L'organe, comme entité, commet l'infraction, sans qu'il s'agisse ici d'une hypothèse d'imputation. Par conséquent, les éléments seront vérifiés sur sa tête³⁵⁸.

La deuxième difficulté tient à la vérification de l'élément psychologique et se dédouble. Car si la dimension matérielle de l'infraction peut aisément être constatée et imputée à la personne morale, la vérification de son élément psychologique nécessite, en toute logique, que l'intention ou la volonté puisse être vérifiée chez son ou ses auteurs³⁵⁹. De là deux problématiques. La

355. En ce sens, F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », art. préc. Il est prévu assez largement dans la Circulaire générale présentant le Code pénal que « la responsabilité pénale de la personne morale pourra être engagée, alors même que n'aura pas été établie la responsabilité pénale d'une personne physique », notamment dans le cas où les infractions seront commises par des organes collectifs. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, *op. cit.*, p. 25.

356. « Traditionnellement, parce que justement l'organe est essentiel au mécanisme de l'imputation [...], la responsabilité pénale d'une personne morale ne saurait être engagée sans qu'il ne soit identifié [...]. » L. SAENKO, « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales », art. préc.

357. Proposant une « responsabilité collective, fondée sur la faute d'entreprise » en matière de droit pénal de l'environnement, v. A. NIETO MARTIN, « Éléments pour un droit international pénal de l'environnement », *RSC* 2012, p. 69.

358. Ce qui permet une dissociation de la responsabilité de l'organe et de ses membres. *A contrario*, l'imputation impliquant une infraction caractérisée, l'on voit mal ce qui s'opposerait à la responsabilité individuelle de chacun de ses membres.

359. V. H. MATSOPOULOU, « La présomption d'imputation d'une infraction commise au sein de l'entreprise à la personne morale », note sous Cass. crim., 25 juin 2008, préc.

première tient à la caractérisation de l'intention³⁶⁰ de l'organe en cas d'organe collégial³⁶¹, la seconde tient à l'hypothèse de l'anonymat de l'auteur des faits, faits que l'on entend imputer à la personne morale. Dans ce cas, sauf à recourir à une présomption de culpabilité de l'organe ou du représentant, il ne sera pas possible de retenir la responsabilité de la personne morale, faute d'avoir pu caractériser une infraction sous tous ses angles et, notamment, sous son angle subjectif. La jurisprudence a beaucoup hésité en la matière, entre une « présomption de commission »³⁶² des faits par un organe ou un représentant et l'obligation pour les juges de vérifier que les faits étaient bien l'œuvre d'un organe ou d'un représentant de la personne morale. Si elle a pu admettre assez largement la présomption de commission³⁶³, elle semble aujourd'hui revenir à une vérification plus stricte de l'infraction commise³⁶⁴. Fondamentalement discutable en ce qu'elle ne permet pas une analyse positive et concrète du comportement sous son angle subjectif³⁶⁵, une telle présomption de commission n'en est pas moins utilisée en d'autres domaines. Ainsi, en matière de complicité, la responsabilité du complice peut-elle être retenue, quand bien même l'auteur des faits principaux n'aurait pas été poursuivi ou identifié³⁶⁶. Dans

360. Plus largement, et de manière générale, l'idée il est difficilement concevable que la personne morale ne puisse « ni réaliser les éléments matériels d'une infraction [ou] commettre une faute ». C. MOULOUNGUI, « L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales », *RTD com.* 1994, p. 441.

361. Faut-il alors vérifier la volonté chez chacun de ses participants ? La doctrine majoritaire ne le pense pas dès lors que la responsabilité pénale de la personne morale n'implique pas nécessairement la responsabilité pénale de chacun des membres de l'organe.

362. L. SAENKO, « Responsabilité pénale des personnes morales. Identification de l'organe ou du représentant. Mise en examen », obs. sur Cass. crim., 12 avr. 2016, *RTD com.* 2016, p. 563.

363. Elle a ainsi pu admettre une telle présomption de commission tant pour des infractions non intentionnelles qu'intentionnelles. En faveur de l'admission de la présomption, v. entre autres Cass. crim., 25 juin 2008, *Bull. crim.*, n° 167 ; *Rev. société* 2008, p. 873, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2009, pan. p. 1723, obs. C. MASCALA ; *Dr. pén.* 2008, p. 140, obs. M. VÉRON, pour une infraction intentionnelle (faux) et récemment Cass. crim., 18 juin 2013, *Bull. crim.*, n° 144 ; *D. actualité* 2013, obs. D. LE DREVO ; *RSC* 2014, p. 807, obs. Y. MAYAUD ; *Gaz. Pal.* 2016, p. 26, obs. E. DREYER. Inversement, exigeant une identification de l'organe ou du représentant, Cass. crim., 11 avr. 2012, *Bull. crim.*, n° 94 ; *D.* 2012, p. 1381, note J.-C. SAINT-PAU ; *D.* 2012, pan. p. 1698, obs. C. MASCALA ; *RSC* 2012, p. 375, obs. Y. MAYAUD ; *RSC* 2012, p. 377, obs. A. CERF-HOLLENDER ; *Rev. société* 2012, p. 52, note H. MATSOPOULOU ; *AJ pén.* 2012, p. 415, obs. B. BOULOC ; *Procédures* 2012, n° 189, obs. A.-S. CHAVENT-LECLÈRE ; *Rev. pénit.* 2012, p. 698, obs. F. CHOPIN, et plus récemment, Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-81.484 ; *D.* 2016, pan. p. 2424, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ pén.* 2016, p. 381, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; Cass. crim., 6 sept. 2016, n° 14-85.205. *Adde.* Cass. crim., 12 avr. 2016, n° 15-86.169 ; *RTD com.* 2016, p. 563, obs. L. SAENKO ; *D.* 2016, pan. p. 2424, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE.

364. Une question prioritaire de constitutionnalité avait d'ailleurs été posée à ce sujet, mais la Cour de cassation s'était opposée à son renvoi au motif que l'argumentaire, « sous le couvert de la prétendue imprécision des dispositions critiquées, tend en réalité à contester l'application qu'en fait la Cour de cassation ; qu'elle ne satisfait pas dès lors aux exigences du texte constitutionnel [article 61-1 de la Constitution] ». Cass. crim., 11 juin 2010, n° 09-87.884 ; *JCP G.* 2010, II, 1030, note J.-H. ROBERT ; *JCP G.* 2010, II, 1031, note H. MATSOPOULOU ; *D.* 2010, pan. p. 2732, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *RSC* 2011, p. 177, note B. DE LAMY.

365. Madame MATSOPOULOU évoque à ce sujet une atteinte à l'interprétation stricte de la loi pénale et au principe de la présomption d'innocence. H. MATSOPOULOU, « La présomption d'imputation d'une infraction commise au sein de l'entreprise à la personne morale », note sous Cass. crim., 25 juin 2008, préc., et du même auteur, « Responsabilité pénale des personnes morales et infractions du droit pénal des affaires » in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, sous la dir. de M. DAURY-FAUVEAU et M. BENILLOUCHE, PUF, 2009, p. 81.

366. La solution est acquise, qui veut que « la circonstance que les auteurs principaux d'un délit sont restés inconnus et n'ont pu être poursuivis ne saurait exonérer les complices de leur responsabilité pénale dès lors que

ce cas, il n'existe pas d'infraction punissable. Tout juste sa commission, et donc l'existence d'un fait principal punissable, est-elle présumée. La présomption de commission apparaît pour partie contraire à la lettre des textes, que ce soit en matière de complicité ou de responsabilité pénale des personnes morales, parce qu'elle conduit à une appréciation totalement abstraite et désincarnée de l'élément psychologique. L'on peut donc se satisfaire de ce que la Cour de cassation tende à abandonner ce terrain, au moins dans le cas de la responsabilité pénale des personnes morales. Mais d'un point de vue purement théorique, que la présomption de commission soit admise ou non, il s'agit dans tous les cas d'un mécanisme réel d'imputation d'une infraction. Dans le meilleur des cas, l'infraction est caractérisée en tous ses éléments dans la personne de l'organe ou du représentant identifié, puis imputée à la personne morale. Dans le pire des cas, l'infraction est présumée commise par un organe ou un représentant, puis, de la même manière, imputée à la personne morale. Il reste que dès lors que l'on raisonne en matière d'imputation, les responsabilités sont essentiellement additives³⁶⁷. Si les débats parlementaires n'allaient pas en ce sens³⁶⁸, la lettre du texte, elle, le suggère. C'est peut-être un des défauts du recours au mécanisme d'imputation. Il implique une infraction caractérisée en tous ses éléments et, donc, la responsabilité pénale de son auteur direct³⁶⁹. L'on voit mal, alors, au nom de quoi l'auteur de l'infraction pourrait s'affranchir de sa responsabilité³⁷⁰. Le seul cas serait celui de la faute simple en relation causale indirecte avec le dommage, réglé par le législateur. L'article 121-3 s'oppose alors à la responsabilité de la personne physique, mais non à celle de la personne morale. Ici, la solution légale est totalement contradictoire³⁷¹. Aucune infraction ne pourra être caractérisée dans cette hypothèse à l'encontre de l'auteur indirect, la nature de

les constatations souveraines des juges du fond établissent l'existence d'un fait principal punissable. » Cass. crim., 3 mars 1959, *Bull. crim.*, n° 145 ; Cass. crim., 18 nov. 1976, *Bull. crim.*, n° 332 ; Cass. Crim., 28 mai 1990, *Bull. crim.*, n° 214 ; *RSC* 1991, p. 346, obs. G. LEVASSEUR. Pour une application récente de l'admission de la complicité alors que l'auteur principal n'avait pu être identifié, v. Cass. crim., 28 janv. 2014, n° 12-88.175 ; *Dr. pén.* 2014, comm. p. 35, obs. M. VÉRON.

367. Critiquant cette conséquence chez les auteurs raisonnant en termes de responsabilité par ricochet, v. J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », art. préc.

368. *Ibid.*

369. Hors le cas de l'organe pour lequel la responsabilité collective ne se conçoit pas.

370. Seul le principe *non bis in idem* pourrait s'opposer à une condamnation du dirigeant comme auteur de l'infraction et comme représentant de la personne morale. Toutefois, la jurisprudence n'apparaît pas favorable à une telle solution, dès lors que n'est pas jugé contraire au principe susnommé le cumul de sanctions fiscales à l'encontre d'une société et pénale à l'encontre de son dirigeant. Pour un arrêt récent, Cass. Crim., 6 déc. 2017, n° 16-81.857, à paraître ; *D. actualité* 2017, obs. W. AZOULAY. La Cour de justice de l'Union européenne a d'ailleurs affirmé récemment à ce sujet que le principe « ne peut, en tout état de cause, pas être méconnu si ce n'est pas la même personne qui a été sanctionnée plus d'une fois pour un même comportement illicite ». CJUE, 5 avr. 2017, n° C-217/15, n° 19.

371. En ce sens, J. CONSIGLI, « La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation », *RSC* 2014, p. 297. Selon Madame TRICOT, c'est justement avec la théorie de la représentation qu'une telle « indépendance des culpabilités des personnes physiques et des personnes morales prend alors tout son sens. » J. TRICOT, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », art. préc.

la causalité excluant la caractérisation de l'infraction³⁷². Pourtant, l'article 121-3 n'exclut que la responsabilité pénale de la personne physique, et non celle de la personne morale qui, à en croire les débats parlementaires³⁷³, pourrait être engagée. Il s'agit donc dans cette hypothèse d'une fiction, permettant d'imputer à la personne morale une infraction, bien qu'elle ne puisse objectivement pas être caractérisée³⁷⁴.

La responsabilité pénale des personnes morales se révèle donc être la seule hypothèse dans laquelle il est procédé à proprement parler à une imputation d'une infraction antérieurement caractérisée. Dans tous les autres cas, l'imputation comme mode de liaison entre l'infraction et son auteur s'avère inutile et contestable. C'est en termes de commission qu'il convient de raisonner. La question ne devrait pas être de savoir si une infraction existe abstraitement et virtuellement. Elle ne peut qu'être de savoir si une infraction a été commise. Il s'ensuit que l'infraction est inséparable de son auteur et que le comportement ne peut être apprécié sans égard à lui.

* *
*

464. Conclusion du Chapitre 1 – L'étude de l'élément psychologique en a montré les nombreuses particularités. L'intégrité de l'intention rend difficile sa décomposition. En pratique, l'élément psychologique sera apprécié dans son ensemble, la vérification de l'intention emportant logiquement le constat de la connaissance du contexte accompagnant la réalisation des faits. En outre, elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'une preuve directe et c'est au regard du comportement que pourra être démontrée l'intention. Son analyse sous un angle subjectif permettra au juge de faire différentes constatations et de parfaire la qualification selon la perception qu'a eue l'agent de son acte.

Théoriquement, néanmoins, il reste possible de distinguer différentes données au sein de l'élément psychologique. La donnée principale tient fort logiquement à la volonté, qui est une constante en matière infractionnelle. Exigée pour toutes les infractions, son intensité connaît des variations. Selon les incriminations, une simple faute sera exigée, tandis que pour les

372. L'article 121-3 vise expressément le crime ou le délit.

373. En ce sens, F. DESPORTES, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », art. préc. ; J. CONSIGLI, « La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation », art. préc.

374. L'incohérence législative, maintes fois relevée, n'en est pour autant toujours pas corrigée. Elle est d'autant plus problématique qu'elle encourage le débat entre l'admission de la faute diffuse (la personne morale *est* l'auteur de l'infraction, fusse par représentation) et le raisonnement par imputation que la lettre de 121-2 suggère, mais qui ne peut être appliqué dans toute sa logique dans le cas d'une faute simple en relation causale indirecte avec le dommage.

infractions intentionnelles, il s'agira d'une intention proprement dite, soit d'une volonté dirigée vers un résultat particulier. Le raisonnement en termes de degrés de volonté est apparu plus convaincant et plus réaliste que la distinction parfois opérée entre la faute et le dol, celui-ci pouvant être général ou spécial. Il le rejoint en grande partie, mais en s'affranchissant de la définition trop legaliste du dol général qui veut que l'intention soit dirigée vers la violation de la loi. Cette définition est artificielle et éloignée de la démarche pratique. Il est en effet indifférent que l'individu ait entendu violer la loi et accomplir précisément le comportement que celle-ci incriminait. L'infraction n'est sans doute pas tant la volonté d'enfreindre la loi, que la volonté d'accomplir un comportement que l'on sait pourtant (ou que l'on devrait savoir) interdit. L'enjeu est de savoir si le comportement accompli tombe sous le coup d'une incrimination, ce qui implique de s'assurer que la perception qu'a eue l'agent de son acte correspond bien à celle résultant du texte d'incrimination.

Cette approche ne remet pas en cause la symétrie existant entre la dimension objective et la dimension subjective de l'infraction, mais elle en induit une compréhension différente. Dans l'approche traditionnelle, l'agent doit avoir eu connaissance des différentes circonstances parce qu'il devait savoir que ces différentes circonstances étaient prévues par la loi. Lorsque l'on se détache de l'approche legaliste, la symétrie demeure, mais pour une autre raison. L'agent doit avoir eu une perception et une compréhension de son comportement conforme en tout point au comportement type décrit dans l'incrimination. Cette parfaite compréhension n'est donc possible que si l'individu a eu connaissance du contexte dans lequel s'est inscrit son fait. L'intention n'a de sens et ne correspond au type qu'accompagnée de la connaissance des différentes circonstances objectives.

La question s'est alors également posée de savoir si cette identité de perception supposait que l'agent ait eu une parfaite maîtrise de ses facultés intellectuelles. L'incrimination permet de décrire un comportement type, commis par une personne se trouvant dans des circonstances « normales ». C'est ce comportement qui se trouve sanctionné. Dès lors, la concordance entre la perception que doit avoir l'agent de son acte et la perception concrète qu'a eu l'agent de son acte ne s'entend-elle pas forcément d'une perception libre et consciente ? La liberté et la capacité de discernement sont des prérequis en matière de responsabilité pénale, mais ils sont aujourd'hui très majoritairement rattachés à la seule volonté. L'infraction existerait donc indépendamment d'eux. Le défaut majeur de cette approche est de s'en tenir à une appréciation abstraite et désincarnée de la volonté. L'infraction n'est pas envisagée comme commise par l'individu, elle lui est imputée. C'est cette idée de déplacement qui suggère que l'infraction naîtrait hors de l'homme pour lui être par la suite rattachée que nous avons critiquée. Le raisonnement en termes de commission est en effet apparu plus réaliste et le plus à même de redonner à l'idée de

volonté coupable tout son sens. Il implique une réintégration de la prise en compte des conditions d'imputabilité dans l'exercice de qualification. En d'autres termes, il implique la réintégration des conditions d'imputabilité à l'élément psychologique.

Les conséquences quant aux effets des causes subjectives de non-culpabilité ne peuvent alors plus être de faire simplement obstacle à la responsabilité de l'individu. C'est la caractérisation de l'infraction qui est paralysée par l'absence d'une volonté libre et consciente. Cette réintégration des circonstances de liberté et de discernement au sein de l'élément psychologique a des conséquences bien évidemment quant à la structure de l'infraction, mais elle en a aussi quant à la compréhension de la responsabilité. Celle-ci, n'ayant plus d'autre condition d'existence que l'infraction, ne se confond-elle pas en réalité avec elle ?

Chapitre 2

Les conséquences de la réunion des données psychologiques sur la notion de responsabilité

465. Des conséquences en lien avec la responsabilité – La réunion des différentes données psychologiques au sein de l'élément du même nom emporte certaines conséquences. Celles-ci sont de deux ordres. Elles tiennent en premier lieu à l'effet des causes subjectives d'irresponsabilité. Dès lors que les circonstances de liberté et de discernement sont intégrées à la structure infractionnelle, les causes subjectives d'irresponsabilité qui agissent en négatif sur elles ne peuvent plus avoir un effet cantonné à la responsabilité. Elles influent en amont, sur la culpabilité et sur la caractérisation de l'infraction sous son angle subjectif.

Par ailleurs, la réintégration des conditions d'imputabilité au sein de la structure infractionnelle conduit à vider la responsabilité de toute condition propre, autre que l'infraction. Elle ne dépend alors que de la caractérisation de cette dernière pour en être la conséquence directe et immédiate. Infraction et responsabilité ne sont-elles dès lors pas qu'une seule et même notion ? Une réponse négative s'impose. Malgré l'absence de conditions spécifiques à la responsabilité, la confusion entre le fait générateur et ses suites ne doit pas être faite. La responsabilité et l'infraction ne répondent pas tout à fait de la même logique dès lors que l'une est la conséquence de l'autre. En outre, il n'est pas certain que la responsabilité pénale ait pour fait générateur unique l'infraction. En effet, la doctrine est très majoritairement réticente à admettre que la complicité posséderait une nature infractionnelle. Cet acte pénalement répréhensible, une fois qualifié, donne pour autant lieu à une déclaration de responsabilité. Si la complicité ne devait effectivement pas être une infraction, infraction et responsabilité ne pourraient logiquement être confondues, la seconde ayant plusieurs types de faits générateurs. Or, tel est bien le cas. La complicité repose sur une théorie particulière et présente par ailleurs une structure qui s'éloigne par certains aspects de celle de l'infraction telle qu'elle a été dégagée.

La réunion des données psychologiques au sein de l'infraction impose donc de repenser l'influence que peuvent avoir les causes de non-culpabilité (**Section 1**), mais aussi de s'intéresser aux conséquences de cette réunion sur la compréhension de la responsabilité. Si elle peut, à

première vue, conduire à une confusion entre responsabilité et infraction, les deux notions demeurent en réalité bien distinctes (**Section 2**).

Section 1 – L'influence des causes de non-culpabilité

466. Effet et conséquences – Le rattachement des circonstances de liberté et de discernement à l'infraction conduit à repenser le mécanisme d'irresponsabilité dans l'hypothèse où est invoquée une cause subjective de non-culpabilité. En effet, ces causes ne peuvent plus être perçues comme faisant simplement obstacle à l'imputation de l'infraction et, par extension, à la responsabilité de son auteur. Leur effet est plus général. Il se situe en amont et tient à une paralysie de la caractérisation de l'infraction (**I**), à l'instar de l'effet des causes objectives. Un tel effet n'est pas sans conséquences, car les causes subjectives d'irresponsabilité laissent subsister l'existence de l'infraction dans l'approche traditionnelle (**II**).

§ 1. Un obstacle à la caractérisation de l'infraction

467. Diversité des causes de non-culpabilité – L'approche théorique traditionnelle des causes d'irresponsabilité veut que celles-ci se partagent entre les causes objectives et les causes subjectives. Les premières, également appelées faits justificatifs, ont déjà été abordées³⁷⁵ et paralysent la caractérisation de l'infraction en opérant en négatif sur l'élément légal, l'élément injuste ou l'élément antijuridique, selon les auteurs. Les secondes, également appelées causes de non-imputabilité, ne font en principe pas obstacle à la caractérisation de l'infraction dès lors que les conditions d'imputabilité lui sont extérieures. Ces causes peuvent être ramenées à trois : le trouble psychique ou neuropsychique³⁷⁶, l'état de contrainte³⁷⁷, et l'erreur³⁷⁸, encore que l'influence de l'erreur, qu'elle soit de droit ou de fait, ne fait pas l'objet d'un consensus. Cette difficulté illustre d'ailleurs les incertitudes en la matière. Car si certains auteurs font de ces deux types d'erreur – ou de l'une d'entre elles – des obstacles à l'imputation de l'infraction³⁷⁹, il est aussi possible de considérer qu'elles font, l'une comme l'autre, obstacle à la vérification de la

375. V. *supra*, n°391.

376. Code pén., art. 122-1.

377. *Ibid.*, art. 122-2.

378. Le Code pénal ne vise que l'erreur de droit (*ibid.*, art. 122-3), mais l'erreur de fait a aussi pour conséquence de faire disparaître la responsabilité.

379. Contestant la distinction entre l'erreur de droit et l'erreur de fait, Monsieur PUECH estime que l'erreur ne s'entend que de l'erreur de droit et serait, au moins s'agissant de l'erreur invincible, une cause de non-imputabilité. M. PUECH, « L'erreur en droit pénal » in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1982 t. 30, 1981, p. 65. Voyant également dans l'erreur de droit une cause de non-imputabilité,

volonté, telle que prévue par le texte et permettant de caractériser l'infraction.

Quoi qu'il en soit, les causes subjectives d'irresponsabilité n'influent pas toutes sur la même donnée de l'élément psychologique et peuvent être réunies en deux catégories. La première est relative à l'erreur et, plus précisément, à l'erreur de droit. La seconde est plus large et intègre le trouble psychique ou neuropsychique ainsi que la contrainte. Dans un cas comme dans l'autre, elles révèlent l'absence de l'une des circonstances accompagnant la volonté et permettront de renverser les présomptions existantes. Mais là où la première révélera un défaut de connaissance de la loi (A), les secondes révéleront soit une absence de liberté, soit un défaut de discernement (B).

A. L'erreur sur le droit, ou le renversement de la présomption de connaissance de la loi

468. L'erreur invincible – La connaissance de la loi intègre certes l'élément psychologique, mais tout en faisant l'objet d'une présomption particulièrement forte. Il ne serait pas envisageable d'en admettre un renversement trop facile ou trop systématique. Si le législateur en a fait dans le nouveau Code pénal une présomption réfragable, il a par conséquent encadré très strictement la possibilité de rapporter la preuve contraire. aux termes de l'article 122-3, n'est pas pénalement responsable « la personne qui justifie avoir cru, par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter, pouvoir légitimement accomplir l'acte ».

Bien que l'erreur de droit soit prévue dans le Code à la suite des autres causes subjectives d'irresponsabilité et soit parfois considérée en doctrine comme une cause de non-imputabilité, elle n'influe pas de la même manière que ces autres causes sur la qualification pénale du comportement³⁸⁰. C'est à la circonstance de connaissance de la loi qu'elle vient faire obstacle. Elle se distingue en cela de l'erreur de fait³⁸¹, qui elle affecte la donnée principale de l'élément psychologique par l'effet de la disparition de la connaissance d'une circonstance objective³⁸². Il faut par ailleurs préciser que l'article est général, de sorte qu'il peut être invoqué en principe pour toutes les infractions. La doctrine fait néanmoins parfois remarquer que l'erreur sur le droit

Y. MAYAUD, « L'erreur en droit pénal » in *L'erreur*, sous la dir. de J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER, Cahier des sciences morales et politiques, 2007, p. 125.

380. Sur son admission très restrictive, J. HERRMANN, « Quel avenir pour l'erreur sur le droit ? », *Dr. pén.* 2016, n° 3.

381. *Contra*, M. PUECH, « L'erreur en droit pénal » in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, *op. cit.* Des auteurs ont pu s'opposer à la distinction dès lors que toutes les erreurs auraient une dimension juridique. La distinction mérite toutefois d'être maintenue car l'erreur portant sur la légalité du comportement accompli ne relève pas de la même logique que l'erreur sur la bonne appréhension des faits. Elles ne relèvent d'ailleurs pas du même régime.

382. V. *infra*, n° 470.

ne se conçoit que dans le cas des infractions intentionnelles³⁸³. Les infractions par imprudence reposant sur l'idée de faute sont *a priori* indifférentes à l'existence d'une erreur. Toutefois, pour les incriminations reposant sur un dol éventuel, l'erreur sur le droit devrait pouvoir être invoquée utilement. En matière de faute délibérée, elle peut donc se concevoir, encore que les conditions très strictes de son admission rendent l'hypothèse peu probable. Il n'en demeure pas moins que théoriquement, la connaissance de l'obligation est présumée et qu'il devrait être possible pour un prévenu de rapporter la preuve d'une erreur en la matière, ce qui aurait au demeurant des conséquences quant à l'appréciation du caractère manifestement délibéré de la violation.

Par ailleurs, l'article n'apporte pas de précisions quant au type d'erreur admissible. Toute erreur sur le droit devrait donc pouvoir être invoquée. Toutefois, les débats parlementaires ne font état que de deux cas : le premier est relatif au défaut de publication du texte, le second, à l'information erronée fournie par l'autorité administrative préalablement à l'acte³⁸⁴. L'hypothèse de défaut de publication se rencontrera très rarement. Un tel défaut déplace d'ailleurs en principe le débat sur une question d'application du texte, mais sans que se pose la question de l'erreur sur le droit. Il ne s'agirait donc que de l'hypothèse dans laquelle les textes renvoient « à des annexes comportant des spécifications techniques. C'est le défaut de ces annexes qui pourrait justifier l'erreur de droit »³⁸⁵. Quant à l'information erronée, elle fait l'objet d'une interprétation très stricte en jurisprudence. L'avis donné par un maire, ou une note de l'administration des douanes³⁸⁶, parce qu'ils ne sont que des avis, ne sont ainsi pas des « informations » susceptibles d'engendrer une erreur sur le droit³⁸⁷.

C'est en outre une démarche active qui est attendue de la part des justiciables, sur lesquels pèse une obligation de s'informer³⁸⁸. La passivité est exclusive de l'erreur de droit, car l'ignorance de la loi ne saurait être une excuse³⁸⁹. La jurisprudence impose donc au citoyen « un

383. J.-P. DOUCET, « Une discussion sur l'erreur de droit », art. préc. *Contra*, N. HOSNI, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », art. préc.

384. *Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal*, *op. cit.*, p. 33.

385. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 662, n° 686.

386. Cass. crim., 15 oct. 2002, n° 01-87.640 ; *Dr. pén.* 2003, n° 25, obs. J.-H. ROBERT ; *Dr. pén.* 2003, n° 31, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2003, p. 343, obs. J.-H. ROBERT, et Cass. crim., 20 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 19 ; *D. actualité* 2015, obs. C. FONTEIX ; *D.* 2015, pan. p. 2465, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ pén.* 2015, p. 142, obs. M.-C. SORDINO ; *RSC* 2015, p. 639, obs. E. FORTIS ; *Dr. soc.* 2015, chron. p. 629, obs. R. SALOMON ; *RTD com.* 2015, p. 395, obs. B. BOULOC ; *Dr. pén.* 2015, n° 32, obs. M. VÉRON, cités par E. FORTIS, « Causes d'irresponsabilité pénale. Erreur sur le droit », obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *RSC* 2015, p. 639.

387. En ce sens, *ibid.*

388. Pour une application récente, Cass. crim., 20 janv. 2015, *Bull. crim.*, n° 19 ; *D. actualité* 2015, obs. C. FONTEIX ; *D.* 2015, pan. p. 2465, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *AJ pén.* 2015, p. 142, obs. M.-C. SORDINO ; *RSC* 2015, p. 639, obs. E. FORTIS ; *Dr. soc.* 2015, chron. p. 629, obs. R. SALOMON ; *RTD com.* 2015, p. 395, obs. B. BOULOC ; *Dr. pén.* 2015, n° 32, obs. M. VÉRON. Dans cet arrêt, un chef d'entreprise de nationalité allemande avait été condamné pour travail dissimulé. Il invoquait sa croyance erronée en une identité de législation entre la France et l'Allemagne. La Cour de cassation approuve la cour d'appel de ne pas avoir retenue l'erreur dès lors que le prévenu pouvait solliciter l'avis de l'inspection du travail quant à l'étendue de ses obligations.

389. Hors le cas de défaut de publication. GARRAUD expliquait déjà que celui qui, ne s'informant pas, commet sans le savoir une infraction, ne peut se prévaloir de son ignorance car celle-ci est nécessairement fautive. R. GARRAUD,

minimum d'effort dans l'obtention d'informations concernant l'existence ou l'interprétation de la règle applicable. Il ne saurait dès lors être question d'exonérer un prévenu de sa responsabilité pénale si, au préalable, il ne s'est pas renseigné »³⁹⁰. Actif, le comportement doit par ailleurs l'être à double titre, car toute information erronée ne permet pas une exonération de responsabilité. Pour certaines d'entre elles³⁹¹, le prévenu doit également mettre en doute les réponses qui lui sont apportées ; « s'interroger sur la pertinence des renseignements, en l'occurrence faux, que l'on a obtenus »³⁹². C'est en réalité plus précisément une erreur provoquée qui semble être exigée en la matière.

469. De la présomption de connaissance de la loi à une obligation de connaissance –

Ce très strict encadrement de l'erreur sur le droit donne des indications quant à la circonstance psychologique de connaissance de la loi. Non seulement elle reste présumée, mais encore ne cède-t-elle pas devant la seule ignorance du droit. C'est ainsi une obligation de connaissance de la loi qui pèse sur le justiciable³⁹³. Si cette circonstance accompagne en principe la volonté, elle ne fera donc l'objet d'aucune vérification par le juge. Lorsque l'erreur invincible sera démontrée, elle disparaîtra, faisant ainsi échec à la caractérisation de l'infraction. Le comportement demeure dans cette hypothèse parfaitement volontaire. Par suite, ce n'est pas directement la donnée principale de l'élément psychologique qui est affectée par la démonstration de l'erreur, bien que la bonne foi fasse disparaître le caractère répréhensible et coupable du comportement.

470. Erreur de fait et disparition de l'intention –

Le cas de l'erreur de droit se distingue sur ce point de l'erreur de fait qui « s'analyse en une méprise sur la matérialité de l'acte accompli »³⁹⁴, de sorte qu'elle « supprime le dol général »³⁹⁵. Cette erreur, à l'inverse de l'erreur sur le droit, porte véritablement sur les faits et le comportement accompli³⁹⁶. L'affirmation doit toutefois être précisée à la fois pour comprendre l'effet de l'erreur et les types d'erreurs admissibles. S'agissant du second point, il faut dès à présent mentionner que pour être admise,

Précis de droit criminel, 11^{ème} éd., *op. cit.*, p. 188, n° 81. L'ignorance de la loi se distingue donc de l'erreur sur le droit.

390. E. FORTIS, « Causes d'irresponsabilité pénale. Erreur sur le droit », obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, préc.

391. Ainsi en va-t-il pour les informations données par un professionnel du droit, ou contenues dans des instructions ministérielles. Elles ne suffisent pas à établir « le caractère invincible de l'erreur ». E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 236, n° 292, citant, Cass. crim., 7 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 5 ; *JCP G.* 2004, II, 10060, note C. POMART, et Cass. crim., 9 nov. 2004, *Bull. crim.*, n° 273 ; *AJ pén.* 2005, p. 23, obs. C. S. ENDERLIN ; *Dr. pén.* 2005, comm. n° 35, obs. M. VÉRON.

392. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 236, n° 292.

393. Ou au moins une obligation de s'informer. *Ibid.*, p. 235, n° 291.

394. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 731, n° 581.

395. *Ibid.*

396. Comme le relève Monsieur MAYAUD, à la différence de l'erreur sur le droit, « le contexte juridique n'est plus en cause. Il n'est plus question de s'interroger sur la bonne assimilation des textes, mais d'apprécier la manière dont les faits ont été psychologiquement intégrés par leur auteur ». Y. MAYAUD, « L'erreur en droit pénal » in *L'erreur*, *op. cit.*

l'erreur doit porter sur des éléments essentiels de l'incrimination et doit être telle qu'elle ne rend plus vraisemblable la volonté de commettre l'infraction. Ainsi, l'erreur sur les qualités d'un produit administré s'oppose au fait que l'agent ait pu vouloir commettre un empoisonnement. L'erreur rend impossible l'intention d'attenter à la vie. Plus généralement, il est admis que pour être admise, l'erreur de fait doit « détruire l'intention »³⁹⁷. Elle s'oppose aux conclusions pouvant résulter de l'analyse du comportement sous son angle subjectif : alors que celle-ci laisse vraisemblablement penser à un accomplissement volontaire – voire intentionnel – du comportement, l'erreur sur le fait renverse la vraisemblance. Pour cette raison, elle est souvent reliée à une hypothèse de démonstration par l'agent de sa bonne foi³⁹⁸.

On le voit donc, ce type d'erreur ne vient pas influencer le contexte de la volonté. Il neutralise la qualification des faits parce que la volonté de l'agent n'apparaît pas correspondre à la volonté exigée au titre de l'incrimination. Plus précisément, en cas d'erreur, le comportement n'est plus dirigé contre la valeur protégée³⁹⁹. Le lien entre l'erreur de fait et la valeur protégée est particulièrement intéressant, car il permet de circonscrire les hypothèses d'erreur admissible de manière bien plus efficace que si on lie l'erreur à la matérialité des faits. Il ne s'agit pas de limiter l'erreur à la circonstance relative à la valeur protégée, mais de cantonner l'admission de l'erreur à l'hypothèse où, bien que portant sur des circonstances factuelles, l'erreur prive le comportement d'antijuridicité subjective. Ainsi en est-il en cas d'erreur sur les qualités d'un produit que l'on ignore mortifère, d'une erreur sur la propriété de la chose dont on s'empare et que l'on croit être à soi⁴⁰⁰, etc. Le comportement reste volontaire en ce que le fait est voulu, mais il n'est pas dirigé contre la valeur protégée, ni intentionnellement, ni même consciemment⁴⁰¹. À l'inverse, des erreurs qui n'altèrent pas l'antijuridicité subjective du comportement n'auront pas d'influence sur la caractérisation de l'infraction. Ainsi l'erreur sur la victime laisse subsister l'intention de tuer⁴⁰². L'erreur de fait ne se rattache donc pas à la circonstance de connaissance de la loi, mais directement à l'intention. Si les deux erreurs se rejoignent quant à leur effet sur la qualification des faits sous leur angle subjectif, elles ne s'opposent pas à la qualification au même titre.

Reste une dernière hypothèse d'erreur, celle dans la croyance erronée d'une circonstance

397. *Ibid.*

398. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 732, n° 581 ; E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 676, n° 886 ; Y. MAYAUD, « L'erreur en droit pénal » in *L'erreur*, *op. cit.*

399. V. E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 677, n° 888 : « cette erreur doit être substantielle, c'est-à-dire qu'elle doit porter sur l'élément même qui détermine la culpabilité : l'intérêt protégé. »

400. Ici, l'erreur de fait prend une dimension juridique, ce qui n'en modifie pas pour autant la nature dès lors qu'elle reste une mauvaise appréhension par l'agent de la réalité des choses. En ce sens, *ibid.*, p. 676, n° 887, citant B. THELLIER DE PONCHEVILLE, *La condition préalable de l'infraction*, th. préc., p. 312, n°607.

401. Encore faut-il préciser que pour être retenue, l'erreur ne doit pas être inexcusable. *Ibid.*, p. 677, n° 888.

402. Cass. crim., 18 fév. 1922, *Bull. crim.*, n° 82 ; S. 1922, 1, p. 329, note J.-A. ROUX ; Cass. crim., 4 janv. 1978, *Bull. crim.*, n° 5 ; RSC 1978, p. 859, obs. G. LEVASSEUR.

constitutive objective. La croyance de la minorité de la victime, par exemple ou du caractère mortifère d'une substance se révélant finalement inoffensive permet-elle de pallier l'absence objective de la circonstance en question ? L'hypothèse rejoint celle de l'infraction putative et de l'infraction impossible et une réponse négative s'impose donc. Si la répression est envisageable, ce ne peut être que sur le terrain de la tentative. Elle reste toutefois discutable en ce qu'elle conduit à admettre une antijuridicité virtuelle dès lors que le résultat redouté ne peut en aucun cas être atteint⁴⁰³. Lorsque l'erreur porte sur la circonstance relative à la valeur, elle devrait donc faire obstacle à la qualification des faits, toutes les fois qu'en réalité, le comportement n'est pas susceptible d'aboutir au résultat redouté. Il en va d'ailleurs de même dans le cas où l'erreur de fait ne porte que sur une circonstance aggravante qui implique, sur le plan objectif et antijuridique, une dualité d'atteinte⁴⁰⁴. L'erreur de fait, quelle que soit la circonstance exacte sur laquelle elle portera, a donc un effet qui diffère de celui de l'erreur de droit. Dans les deux cas, il sera fait obstacle à la caractérisation de l'infraction, mais pour un motif est totalement différent. Pour la première, l'admission de l'erreur démontrera en réalité un défaut de volonté, par l'absence de connaissance d'une circonstance constitutive, tandis que, dans la seconde, la volonté n'est pas directement affectée. Ce n'est que la conscience de l'illégalité du comportement qui fait défaut. La caractérisation de l'infraction devient impossible en raison du renversement de la présomption appliquée en la matière.

Les autres causes de non-culpabilité ont un effet similaire et emportent elles-aussi un renversement d'une présomption relative à une circonstance constitutive de la volonté.

B. Les autres causes de non-culpabilité, ou le renversement des présomptions de liberté et de discernement

471. Le trouble psychique ou neuropsychique et la contrainte – Il s'agit désormais de se concentrer sur les causes subjectives opérant soit sur la liberté, soit sur la capacité de discernement. Sans prétendre à une analyse détaillée de ces causes, il s'agit plus précisément de s'attacher à leurs effets dès lors que ce sont eux qui participent de la problématique de la structure

403. V. *supra*, n° 385.

404. Retenant une position plus nuancée, C. DE JACOBET DE NOMBEL, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, th. préc., p. 87, n° 134 : celui qui croyant tuer son père atteint un tiers a bien l'intention de commettre un parricide. Il serait alors possible de retenir la qualification de tentative de meurtre sur ascendant. La jurisprudence se prononce toutefois assez logiquement en sens contraire et ne retient que le meurtre consommé sur la personne du tiers. V. Cass. crim., 18 fév. 1922, *Bull. crim.*, n° 82 ; S. 1922, 1, p. 329, note J.-A. Roux, affirmant à la fois que « l'intention homicide est caractérisée dès lors que le coupable à la volonté de donner la mort, et alors même qu'il a tué une personne autre que celle qu'il se proposait d'atteindre » et jugeant en l'espèce que « ledit fait ne présentait pas le caractère d'une tentative d'homicide volontaire, puisque la mort s'en était suivie ». La solution, rendue dans une hypothèse de simple erreur sur la personne doit pouvoir être transposée au parricide, sauf à faire primer l'infraction voulue par l'agent mais non réalisée sur l'infraction commise et consommée dans sa totalité.

infractionnelle. Ces deux causes sont le trouble psychique ou neuropsychique d'une part et la contrainte d'autre part. Que ce soit le trouble psychique ou neuropsychique ou la contrainte, les causes subjectives de non-culpabilité opèrent en négatif sur les présomptions tenant à la capacité de discernement et à la liberté. Quant au premier prévu à l'article 122-1, est pris en compte celui qui abolit « le discernement de la personne ou le contrôle de ses actes »⁴⁰⁵. Il prive donc en premier lieu l'agent de sa capacité de discernement⁴⁰⁶, mais peut aussi conduire à le priver de sa liberté.

La contrainte opérera quant à elle plus particulièrement sur la liberté d'action de l'agent. Elle peut être tout d'abord physique et il faudra alors démontrer que l'agent n'a pu se conformer à la loi en raison d'un événement imprévisible et irrésistible⁴⁰⁷. Comme la Cour de cassation l'a rappelé récemment, la contrainte physique « ne peut résulter que d'un événement imprévisible et insurmontable qui place l'auteur de l'infraction dans l'impossibilité absolue de se conformer à la loi »⁴⁰⁸. Dans ce cas, il est d'ailleurs possible de se demander si le défaut de liberté ne remet pas plus fondamentalement en question l'existence de la volonté⁴⁰⁹. Celui qui, contraint physiquement, commet une infraction peut ne pas avoir à proprement parler de volonté de la commettre.

Dans un arrêt, par exemple, la Cour de cassation a pu admettre un cas de force majeure résultant de « la présence de verglas sur une route, lorsque le danger en résultant s'est trouvé, en raison des conditions atmosphériques, subitement localisées sur une surface réduite »⁴¹⁰. Ici, outre le fait que le comportement accompli n'est pas libre, il est difficile de considérer qu'il y a eu une faute, qu'elle soit d'imprudence ou de négligence si l'accident n'est que le résultat de la présence de la plaque de verglas, dans l'hypothèse, certes, rarissime, où sa présence était elle-même imprévisible. La Cour de cassation l'admet d'ailleurs, lorsqu'elle ajoute que la force majeure peut être retenue dans cette hypothèse dès lors « qu'aucune faute ni contravention au code de la route ne peut être relevée contre le prévenu »⁴¹¹. De même en est-il pour la

405. Code pén., art. 122-1, al. 1.

406. Une autre hypothèse d'absence de discernement conduisant à exclure la culpabilité de l'agent tient au jeune âge. Cass. crim., 13 déc. 1956, *Bull. crim.*, n° 840 ; D. 1957, p. 349, note M. PATIN. *Adde.* X. PIN, « Les âges du mineur, réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », art. préc. ; C. LAZERGES, « Fallait-il modifier l'ordonnance numéro 45-174 du 2 février 1945 ? », art. préc.

407. En ce sens, Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 485, n°s 454 et s. Elle rejoint ici la notion de force majeure. V. J.-M. AUSSEL, « La contrainte et la nécessité en droit pénal » in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 253. La question de l'imprévisibilité suscite toutefois des débats et renvoie au moins indirectement à la question de la faute antérieure. V. M. DANTI-JUAN, *Rép. dr. pén.*, Force majeure, 2015, n°s 50 et s.

408. Cass. crim., 15 nov. 2006, n° 06-80.087 ; D. 2007, pan. p. 2636, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; JCP 2007, II, 10062, note J.-Y. MARÉCHAL ; *Dr. pén.* 2007, p. 16, obs. M. VÉRON.

409. En ce sens, F. ROUSSEAU, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, th. préc., p. 94, n°s 80 et s.

410. Cass. crim., 18 déc. 1978, *Bull. crim.*, n° 357 ; D. 1979, IR, p. 214, obs. M. PUECH ; JCP 1980, II, 19261, note N. ALVAREZ ; RSC 1979, p. 558, obs. G. LEVASSEUR.

411. Cass. crim., 27 fév. 1958, *Bull. crim.*, n° 205.

personne prise d'un malaise brutal et imprévisible⁴¹². L'on voit alors le défaut fondamental de la distinction trop absolue qu'entraîne l'extériorité des conditions d'imputation par rapport à la structure infractionnelle. Volonté, discernement et liberté sont trop intimement liés pour pouvoir les séparer totalement. Selon les cas, la contrainte n'affectera aussi bien la circonstance de liberté que la volonté, dans d'autres, elle n'affectera que la première, le comportement restant par ailleurs voulu. Ce sera notamment le cas si la contrainte, au lieu d'être physique, est d'ordre moral. L'article 122-2 du Code pénal n'apportant sur ce point aucune précision, les deux formes de contraintes peuvent être retenues. La contrainte morale devra être extérieure à l'agent⁴¹³ (elle ne saurait résulter de l'impulsivité du prévenu⁴¹⁴) et consister en une force irrésistible⁴¹⁵. En d'autres termes, elle doit, chez l'auteur des faits, avoir « annihilé sa liberté de décision »⁴¹⁶. Dans ce cas, le comportement accompli peut l'être volontairement, bien qu'il ne le soit pas librement⁴¹⁷ ce qui exclut la culpabilité.

472. Faits justificatifs et contrainte – Par ailleurs, les causes objectives d'irresponsabilité peuvent également être reliées à la contrainte. Des auteurs se prononcent en ce sens et font remarquer que les cas de légitime défense – ou d'état de nécessité – sont autant d'hypothèses dans lesquelles l'agent agit sous la contrainte d'une force à laquelle il n'a pu résister⁴¹⁸. L'argument est convaincant. Il montre que l'intégrité du comportement et de l'infraction peut conduire à ce qu'un défaut dans la corrélation entre les faits accomplis et les faits prévus se retrouve sous les divers angles d'analyse⁴¹⁹. Car il est incontestable que les causes objectives d'irresponsabilité influent sur la dimension subjective du comportement. Bien que voulu, il n'est pas totalement

412. « Justifie la décision de relâche du conducteur d'une automobile poursuivi pour homicides involontaires, mise en danger d'autrui et défaut de maîtrise, l'arrêt qui retient que, victime d'un malaise brutal et imprévisible qui lui a fait perdre le contrôle de l'accélération de son véhicule, lancé à une vitesse croissante sur l'autoroute puis l'aire de repos où il s'est immobilisé après avoir heurté les véhicules occupés par les victimes, le prévenu a agi sous l'empire d'une contrainte à laquelle il n'a pu résister. » Cass. crim., 5 nov. 2005, *Bull. crim.*, n° 295 ; *D.* 2006, p. 1582, note E. DREYER ; *D.* 2006, pan. p. 1652, obs. G. ROUJOU DE BOUBÉE ; *Dr. pén.* 2006, p. 32, obs. M. VÉRON ; *RSC* 2006, p. 61, obs. Y. MAYAUD.

413. V. néanmoins M. DANTI-JUAN, Force majeure, *op. cit.*, n° 49.

414. Cass. crim., 11 avr. 1908 ; *S.* 1909, I, p. 473, note J.-A. ROUX.

415. Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 489, n°s 456 et s.

416. Cass. crim., 16 mars 1972, *Bull. crim.*, n° 108.

417. V. par ex., Dijon, 19 déc. 1984 ; *RSC* 1985, p. 812, obs. G. LEVASSEUR : « Doivent être exonérés de toute responsabilité pénale, comme ayant cédé à une contrainte morale irrésistible résultant d'une menace d'enlèvement et de la crainte pour leur petit-fils d'un mal suffisamment prégnant pour abolir leur volonté et leur liberté de choix, des prévenus de non-représentation d'enfant dès lors qu'ils pouvaient craindre que le père ne mette à profit l'exercice du droit de visite et d'hébergement pour emmener l'enfant en Algérie où il avait conservé des liens, et dès lors que l'état de santé de cet enfant nécessitait une surveillance médicale régulière. »

418. V. principalement C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 161, n°s 153 et s.

419. Ainsi, Madame CARTIER a pu écrire s'agissant de l'état de nécessité que « opposer systématiquement l'acte nécessaire à la personne contrainte est une pure vision de l'esprit. Il y a, dans les deux cas, une situation objective et une réaction subjective, et il sera souvent difficile de ne pas les apprécier globalement. » (M.-A. CARTIER, « Contrainte et nécessité » in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, t. 30, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1982, p. 27).

libre dans des cas de légitime défense. Selon les causes de justification, l'argument sera par contre plus ou moins convaincant. En cas de défense, il est certain que la liberté est mise à mal. À l'inverse l'ordre ou le commandement de l'autorité légitime, l'*exceptio veritatis*, l'exercice des droits de la défense sont autant d'hypothèses dans lesquelles la volonté n'est pas affectée au point de créer une décorrélation entre la perception par l'agent du comportement qu'il a accompli et la perception attendue pour pouvoir qualifier les faits. C'est ici la pondération des intérêts qui ne rend plus nécessaire la répression. Dans les cas de légitime défense ou d'état de nécessité, à l'inverse, la nécessité de la répression est affectée de deux manières. Elle l'est à la fois en raison de la sauvegarde d'un intérêt que la réalisation des faits a permis et à la fois en raison de la perception qu'a eue l'agent de son acte, et qui ne correspond pas exactement à celle attendue. Dans un sens, l'effet de la légitime défense est double. Il justifie l'infraction par la pondération des intérêts et vient aussi s'opposer à la parfaite caractérisation de l'infraction sous son angle subjectif. Bien que voulu, le comportement accompli ne l'a pas été totalement librement. Théoriquement, le rattachement de la légitime défense à l'élément antijuridique semble quoi qu'il en soit préférable car, ici, des conditions strictes d'admission ont été prévues, qui conduisent notamment à ne pas tenir compte d'un éventuel défaut de liberté en cas de disproportion manifeste.

473. Des obstacles à la qualification – Pour en revenir aux causes subjectives, à proprement parler, dans un cas comme dans l'autre, c'est une des circonstances de la volonté qui disparaît avec la démonstration de l'existence d'une de ces causes. Or, dès lors que l'on se prononce en faveur de la prise en compte de ces circonstances dans la qualification du comportement, c'est l'existence de l'infraction qui est remise en cause. L'analyse de l'activité de l'agent sous son angle subjectif devrait donc ici aboutir à l'impossibilité de qualifier le comportement en raison de l'absence de culpabilité du prévenu : la volonté n'est pas une volonté consciente et, donc, n'est pas une volonté coupable.

Bien que cette solution soit partiellement remise en cause par la Circulaire générale de présentation du nouveau Code pénal⁴²⁰, elle est, selon nous, la plus respectueuse de l'intégrité de la notion d'infraction, celle-ci ne pouvant être caractérisée que sur la tête de son auteur. Les hypothèses d'atténuation de la peine en cas d'altération des facultés mentales ou de minorité semblent d'ailleurs conforter l'idée. La cause de l'atténuation de la responsabilité ne peut pas être dans l'imputation. Celle-ci n'est pas susceptible de varier : soit le fait peut être objectivement et intellectuellement imputé à l'agent, soit il ne le peut pas. L'imputation,

420. V. *supra*, n° 457.

lorsqu'elle se conçoit, ne connaît pas de degrés⁴²¹. Si la responsabilité en connaît, n'est-ce pas alors en raison de la culpabilité de l'auteur⁴²² ? Bien que pleinement caractérisée sous son angle subjectif, l'infraction ne mérite pas la même sanction parce que le comportement volontaire d'une personne dont les facultés ont été altérées lors de la commission des faits n'apparaît pas aussi blâmable que le comportement volontaire de celui qui a agi en pleine connaissance de cause.

474. L'exception relative à la faute antérieure – Une dernière question doit ici être abordée. Elle est relative à la question de la faute antérieure de l'auteur des faits, celle-ci pouvant, selon les cas, soit déboucher sur une hypothèse de contrainte (disparition de la liberté), soit priver la personne de son discernement. Le second cas serait par exemple celui de la personne s'enivrant au point de perdre le contrôle de ses actes. Quant au premier, le cas est célèbre du marin, détenu au poste de police en raison de son état d'ébriété, puis condamné pour désertion. La Cour de cassation avait alors jugé qu'« en admettant que sa détention au poste de police ait mis un marin inculpé de désertion dans l'impossibilité absolue de se rendre à son bord, cette détention, occasionnée par la faute qu'il avait commise en se mettant en état d'ivresse, n'a pas constitué un événement qu'il n'ait pu éviter »⁴²³. Il en résulte, de manière générale, l'impossibilité pour un individu d'invoquer la force majeure dans l'hypothèse où il aurait lui-même « commis une faute qui a été, dans la réalité, génératrice de ladite force majeure »⁴²⁴. Le principe doit par ailleurs être également appliqué dans le cas où la faute antérieure a conduit à une abolition du discernement, comme dans l'hypothèse de l'état d'ébriété⁴²⁵.

Si l'on en comprend parfaitement la logique⁴²⁶, cette solution pourrait sembler contradictoire avec l'exigence d'une volonté consciente dans la caractérisation de l'infraction et encore davantage d'une intention en matière d'infractions intentionnelles. La personne ivre, au point de voir son discernement aboli ou de perdre le contrôle de ses actes, ou la personne détenue

421. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 101, n° 225, et R. GARRAUD, *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., op. cit., p. 165, n° 76.

422. ORTOLAN se prononçait en ce sens in *Éléments de droit pénal*, op. cit., p. 112, n° 267.

423. Cass. crim., 29 janv. 1921 ; S. 1922, 1, p. 185, note J.-A. ROUX.

424. Cass. crim., 30 juin 1981, *Bull. crim.*, n° 223. Pour une application du principe dans le cadre de l'état de nécessité, v. Cass. crim., 1^{er} juin 2010, *Bull. crim.*, n° 96 ; D. 2010, p. 1792, obs. F. G. TRÉBULLE ; *AJ pén.* 2010, p. 393, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE, adde T. POTASZKIN, « Affaire de l'ourse Cannelle : action civile et état de nécessité, obs. sur CA Pau, 10 sept. 2009 », D. 2010, p. 484, faisant état des débats doctrinaux relatifs à la condition d'imprévisibilité du danger en matière d'état de nécessité.

425. V. not. T. corr. Nevers, 30 janv. 1976 : Gaz. Pal. 1976. 2. Somm. 227 : « La jurisprudence dominante se refuse à voir dans l'ivresse une cause légale d'exemption de peine, solution satisfaisante sur le plan logique : il y aurait en effet une contradiction évidente, alors que l'ivresse est de plus en plus souvent réprimée en tant que telle par la législation récente, de la retenir comme une cause d'atténuation ou d'exemption de responsabilité dans les hypothèses non visées par le législateur ». Il est en outre à noter que l'ivresse est une circonstance aggravante de certaines infractions (Code pén., art. 221-6-1, 2° ; 222-19-1, 2° et 222-20-1, 2°).

426. Elle peut en outre s'expliquer en cas de force majeure par les conditions d'extériorité ou d'imprévisibilité. Sur les controverses quant à ces conditions, M. DANTI-JUAN, Force majeure, op. cit., n° 50 et s.

au poste de police et ne pouvant pas remplir ses obligations n'ont pas, l'une comme l'autre, à proprement parler, ni une volonté consciente de commettre une infraction, ni une intention. Monsieur LÉAUTÉ voyait dans ces hypothèses des exceptions et estimait que « toutes les fois que l'état de non-imputabilité au temps de l'action résulte, directement, d'une faute antérieure, cet état n'empêche pas la seconde composante de la responsabilité pénale qu'est la culpabilité d'exister »⁴²⁷. Ces exceptions pourraient d'ailleurs trouver une explication par une application particulière du dol éventuel. En se mettant lui-même dans une situation susceptible de le priver de sa liberté ou de ses capacités de discernement, l'agent fautif admet les conséquences pouvant en résulter et dont il devrait avoir conscience. « En agissant ainsi, l'auteur a par imprudence ou par négligence accepté le risque de commettre le fait matériel constitutif de l'infraction pendant la période d'inconscience. »⁴²⁸ La volonté porterait donc dans cette hypothèse sur l'acceptation de se mettre dans un état d'inconscience et, donc, « sur un fait tout différent de l'activité matérielle elle-même »⁴²⁹. L'explication est séduisante. Toutefois, elle repose sur une idée d'acceptation des risques qui est fort différente de la compréhension habituelle de l'intention de commettre une infraction. L'artifice est dérangeant, qui consiste à substituer une imprudence à une intention dans la caractérisation des infractions. Il s'agit ici d'admettre qu'en commettant sa faute, l'individu en a accepté les conséquences. Or, si le recours au dol éventuel peut se concevoir dans certaines hypothèses⁴³⁰, il reste très problématique en matière d'infraction intentionnelle. En effet, la théorie des risques acceptés conduit alors à sanctionner au titre d'une intention ce qui n'est finalement qu'une imprudence fautive. L'explication n'est donc pas totalement satisfaisante. Il semble qu'il faille ici s'en tenir à l'incohérence majeure qui résulterait de la possibilité d'invoquer sa propre faute pour pouvoir se dégager de sa responsabilité pénale et qui justifie, dans une certaine mesure, l'artifice du dol éventuel ou, plus généralement et plus simplement, une certaine indifférence au défaut évident d'une volonté consciente lors de la commission des faits.

Dans tous les autres cas, l'absence d'une circonstance de la volonté (discernement ou liberté) peut être analysée comme faisant obstacle à la caractérisation de l'infraction. Les conséquences de cette solution méritent alors d'être abordées. Elles portent sur l'impossible maintien, en l'état, de la distinction entre l'effet *in personam* des causes subjectives et l'effet *in rem* des causes objectives.

427. J. LÉAUTÉ, « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », art. préc. Dans le cas de la personne maintenue au poste, pourtant, même la culpabilité fait défaut, car rien ne permet de supposer que la personne ait volontairement entendue se soustraire à ses obligations.

428. J.-M. THEVENON, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction*, th. préc., p. 85.

429. *Ibid.*, p. 86.

430. Il serait ici possible d'utiliser cette théorie pour justifier l'aggravation en matière de blessures ou homicide non intentionnels commis par un conducteur en état d'ébriété.

§ 2. Les conséquences de l'impossibilité de caractériser l'infraction

475. Relativisation – L'enjeu de la remise en cause de la distinction entre l'effet *in rem* des unes et *in personam* des autres peut et doit être relativisé. En effet, il faut remarquer que la distinction repose sur des fondements fragiles. Elle n'est en réalité pas réellement expliquée, pour être simplement constatée. Or, le constat est tributaire de la localisation préalable des conditions d'imputation dans le schéma de la responsabilité pénale. En outre, les différences de régime entre les causes objectives et les causes subjectives d'irresponsabilité pénale peuvent être expliquées autrement que par l'idée selon laquelle les premières paralyseraient la caractérisation de l'infraction, tandis que les secondes ne feraient obstacle qu'à la responsabilité de son auteur. L'harmonisation de l'effet des différentes causes d'irresponsabilité n'est donc pas de nature à bouleverser l'ensemble des solutions. Pour autant, elle en modifie certaines.

476. L'absence de fait principal punissable et ses conséquences quant à la complicité – La première tient à la différence de régime en cas de complicité ou de coaction selon que la cause d'irresponsabilité est subjective ou objective. Il est pour l'heure admis que la complicité ou la coaction demeurent punissables en cas de cause subjective d'irresponsabilité (effet *in personam*), alors qu'elle sera impossible en cas de fait justificatif (effet *in rem*). Dès lors que l'on rattache les circonstances de discernement et de liberté à la qualification de l'infraction, la solution doit être remise en cause. Les faits commis sous l'emprise de la contrainte ou d'un trouble psychique ou neuropsychique n'étant plus susceptibles de recevoir de qualification infractionnelle, ils ne pourront pas servir de support à une condamnation pour complicité. Par contre, s'agissant de la coaction, la solution ne s'impose pas dans les mêmes termes. L'infraction étant commise par plusieurs personnes, c'est au regard de chacune d'elle que doit s'apprécier la culpabilité. Rien ne fait donc obstacle à ce qu'un auteur puisse être reconnu responsable de l'infraction qu'il a commise volontairement et en parfaite connaissance de cause, quand bien même un autre participant profiterait d'une cause subjective de non-culpabilité.

Pour la complicité, la solution ne peut néanmoins pas être la même. L'article 121-7 visant une infraction, il est indispensable de parvenir à caractériser dans sa globalité une infraction pour pouvoir retenir la complicité. Dès lors que la cause subjective de non-culpabilité est analysée comme faisant obstacle à la qualification infractionnelle du comportement, la complicité devient impossible. Il est certain que l'impunité du complice dans une telle hypothèse peut paraître discutable. Elle ne l'est toutefois pas davantage que dans le cas où la cause d'irresponsabilité invoquée serait de nature objective. L'impunité du complice qui, à la différence de l'auteur principal, ne se trouvait pas dans une situation qui lui permettrait d'invoquer une cause objective d'irresponsabilité est toute aussi problématique que dans l'hypothèse où la cause d'irresponsabilité est subjective. Le cas semble d'école, mais il n'est pas totalement inconcevable. Ainsi en

serait-il de celui qui fournit une arme dans l'espoir qu'elle sera utilisée pour commettre une infraction, l'arme étant finalement utilisée dans un contexte de défense. Ou encore de celui qui assiste son collègue avec une intention malveillante lors d'un vol, le premier ne bénéficiant pas pour sa part du fait justificatif relatif à l'exercice des droits de la défense. Des auteurs estiment que dans pareille situation, le complice ne devrait pas pouvoir bénéficier du fait justificatif propre à l'auteur⁴³¹. Toutefois, la solution s'impose dès lors que la complicité n'a pas pour support une infraction dans ces hypothèses.

En matière de causes de non-culpabilité, l'impunité pourrait être contournée par le recours à la théorie de l'auteur moral, parfois utilisé par la jurisprudence. Toutefois, la tendance à réprimer comme auteur l'instigateur repose sur une réification de l'auteur matériel et sur une dissociation des différents éléments de l'infraction⁴³², ce qui n'en fait pas une solution satisfaisante. Reste alors le recours à une qualification objective du comportement, artifice auquel a parfois également recours la Cour de cassation. Là encore, cependant, la solution n'est pas satisfaisante, parce qu'elle est difficilement conciliable avec la lettre de l'article 121-7 qui ne se contente pas de mentionner un fait objectivement punissable. L'impunité est ici imposée par l'interprétation stricte des textes et ne pourrait être évitée qu'au prix d'une intervention législative.

477. Irresponsabilité pénale et irresponsabilité civile – Une autre conséquence traditionnellement attachée à l'effet *in personam* des causes subjectives d'irresponsabilité tient au fait que seule la responsabilité pénale est exclue. La responsabilité civile, elle, reste possible. À l'inverse, les causes objectives supprimeraient toute responsabilité, tant pénale que civile⁴³³. Le rattachement des circonstances de discernement et de liberté à l'infraction pourrait, ici aussi, sembler remettre en cause la solution. Pourtant, il n'en est rien. Tout d'abord, il faut préciser que la distinction qui vient d'être présentée est trop absolue pour être exacte. Elle passe sous silence les quelques exceptions existantes. Ainsi, la réparation dans l'hypothèse de la justification par l'état de nécessité fait l'objet de discussions. Parce que l'intérêt sacrifié est celui d'un tiers, la doctrine se prononce parfois en faveur de la réparation⁴³⁴. Par ailleurs, en matière d'autorisation de la loi, il est admis que la personne doit tout de même respecter l'obligation générale de

431. F. DESPORTES et F. LE GUNHEC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 667, n° 693.

432. V. *supra*, n° 375.

433. Présentée comme naturelle par certains pénalistes (v. not. H. ROUIDI, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », *RSC* 2016, p. 17), l'affirmation a pu être discutée, à la fois en raison de son caractère trop absolu et à la fois parce que l'affirmation selon laquelle les faits justificatifs excluent toute responsabilité civile « ne fait l'objet d'aucune démonstration ». J. PELESSIER, « Faits justificatifs et action civile », *D.* 1963, p. 121.

434. V. not. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit.*, p. 550, n° 488-2 ; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 98. Le fondement de la réparation n'est néanmoins pas évident car il est difficile dans ce cas de parvenir à caractériser la faute civile. Messieurs MAZEAUD et Monsieur TUNC proposent d'avoir recours à l'hypothèse de la gestion d'affaire ou

prudence et de diligence imposée par l'article 1382 du Code civil, devenu l'article 1240⁴³⁵. À l'inverse, la contrainte, cause subjective de non-culpabilité, pourra permettre également une irresponsabilité civile si elle remplit par ailleurs les conditions de la force majeure exigées en la matière⁴³⁶.

Ensuite, la différence d'effet des causes objectives et des causes subjectives en matière de responsabilité civile ne repose pas sur la disparition de l'infraction dans le premier cas⁴³⁷. Il suffit pour s'en convaincre d'en revenir à ce qu'écrivent les civilistes à ce sujet. Admise depuis longtemps s'agissant de la légitime défense⁴³⁸, la justification de l'absence de responsabilité ne tient pas à l'existence ou non de l'infraction. Elle puise dans les règles propres à la matière. La faute antérieure de la victime du dommage ou la définition même de la faute sont autant d'explications à l'irresponsabilité civile dans les cas où la responsabilité a été exclue par l'effet d'un fait justificatif⁴³⁹. S'agissant du cas de la légitime défense, Messieurs MAZEAUD et TUNC l'expliquent d'ailleurs en écrivant que la responsabilité est supprimée, « non pas, bien entendu, parce que la responsabilité pénale est supprimée, mais par application directe des principes qui définissent la faute en droit civil »⁴⁴⁰. Au reste, les responsabilités civile et pénale peuvent parfois être décorrélées à raison de l'existence d'une faute antérieure de la victime et la responsabilité civile diminuée là où la responsabilité pénale demeure intacte. Le récent arrêt rendu dans l'affaire *Kerviel* et le revirement de jurisprudence dont il a été l'occasion illustrent le propos⁴⁴¹. Dans cette affaire, la responsabilité pénale du trader avait été retenue, mais la faute de la victime avait entraîné la réduction de son droit à réparation⁴⁴². La solution peut être approuvée car « la

à une utilisation de l'enrichissement sans cause (désormais enrichissement injustifié, Code civ. art. 1300), tout en constatant qu'une extension des règles normales serait nécessaire dans la plupart des cas. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., p. 550-551, n° 488-2. Comp. B. BOULOC et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal général et procédure pénale*, op. cit., p. 158, n° 205 ; X. PIN, *Droit pénal général*, op. cit., p. 235, n° 241.

435. En ce sens, P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 228, n° 339, citant Civ. 2^{ème}, 14 juin 1972 ; D. 1973, p. 423, note E. LEPOINTE.

436. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., p. 549, n° 488-2.

437. *Contra*, H. ROUIDI, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », art. préc. : « Il s'agit là d'une conséquence logique qui découle de l'absence d'infraction. »

438. Cass. crim., 31 mai 1972, *Bull. crim.*, n° 184 : « La légitime défense de soi-même exclut toute faute et ne peut donner lieu à une action en dommages-intérêts en faveur de celui qui l'a rendue nécessaire par son agression [...] ».

439. V. not. les explications données pour chaque fait justificatif par Messieurs MAZEAUD et TUNC (H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., p. 547, n°s 488 et s.) ou Monsieur BRUN (P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, op. cit., p. 228, n°s 339 et s.). Comp. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, op. cit., p. 180, n° 155.

440. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, op. cit., p. 552, n° 489.

441. Cass. crim., 19 mars 2014, *Bull. crim.*, n° 86 ; D. 2014, p. 219, obs. T. COUSTET ; D. 2014, p. 912, note J. LASSERRE CAPDEVILLE ; D. 2014, p. 1564, obs. C. MASCALA ; *AJ pén.* 2014, p. 293, note J. GALLOIS ; RSC 2015, p. 379, obs. F. STASIAK ; *RTD civ.* 2014, p. 389, obs. P. JOURDAIN ; *RTD com.* 2014, p. 427, obs. B. BOULOC.

442. Versailles, 23 sept. 2016, n° 14/01570 ; *RTD com.* 2016, p. 873, obs. L. SAENKO ; D. 2016, p. 1927, obs. J. LASSERRE CAPDEVILLE ; *JCP* 2016, I, 1087, obs. E. DEZEUZE.

faute de la victime n'interfère pas sur le lien de causalité entre l'infraction commise par l'auteur et le dommage subi par elle »⁴⁴³. L'infraction reste caractérisée, mais la faute de la victime influera malgré tout sur l'ampleur de son droit à réparation. Les deux responsabilités ne sont pas parfaitement indissociables parce qu'elles reposent sur des logiques différentes.

Si l'on tente de systématiser les différents motifs d'irresponsabilité, s'agissant plus spécifiquement des cas où l'infraction est justifiée, l'on remarque qu'ils prennent très majoritairement leur source soit dans un conflit de devoir⁴⁴⁴, soit, plus généralement, dans la définition civile de la faute⁴⁴⁵, et non dans la disparition de l'infraction. Il est alors possible de pousser plus loin le raisonnement. On s'en souvient, la faute en responsabilité civile délictuelle est parfois présentée à travers des éléments qui ne sont pas sans rappeler ceux de l'infraction⁴⁴⁶. Comme en droit pénal, leur nombre est variable, mais pour certains auteurs, ils tiennent à un élément matériel et un élément illicite ou juridique⁴⁴⁷, l'élément subjectif ayant lui été abandonné. Cette présentation était au demeurant celle de AUBRY et RAU, qui expliquaient déjà en 1871 que le délit civil étant un fait de l'homme, il doit consister en un acte illicite, imputable et commis dans l'intention de nuire⁴⁴⁸. L'illicéité n'est donc pas étrangère à la définition de la faute en droit civil⁴⁴⁹, dans laquelle elle a été assez largement mobilisée. L'on trouve son origine en droit

443. L. SAENKO, « Affaire Kerviel : quand la faute de la victime réduit (beaucoup) son droit à réparation », obs. sur Versailles, 23 sept. 2016, *RTD com.* 2016, p. 873. Pour une position plus nuancée à raison de la généralité de la solution de la Cour de cassation, P. JOURDAIN, « Incidence de la faute de la victime en cas d'infraction volontaire contre les biens : la Cour de cassation modifie sa jurisprudence », obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, *RTD civ.* 2014, p. 389, et ce pour deux raisons. Tout d'abord, « l'arrêt ne se contente pas [...] de constater que la jurisprudence de la Chambre criminelle ne pouvait en l'espèce s'appliquer parce que le prévenu n'avait bénéficié d'aucun enrichissement personnel. Il énonce un principe de partage de responsabilité entre les coauteurs d'un dommage, sans faire la moindre allusion à la dérogation jusque-là admise en matière d'infraction intentionnelle contre les biens ». Par ailleurs, « en envisageant l'hypothèse d'une pluralité de fautes ayant concouru au dommage, il semble englober non seulement les cas de concours entre la faute du responsable et celle de la victime, mais également les cas de fautes concurrentes commises par des coauteurs de dommage. Or, dans cette dernière hypothèse, il n'est plus exact de dire que la responsabilité des coauteurs n'est « engagée » que dans une certaine « mesure ».

444. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit.*, p. 547, n° 488 ; M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, p. 174, n° 150.

445. Celle-ci étant un manquement à une obligation pré-existante selon la définition de PLANIOL (v. par ex. M. BACACHE-GIBEILI, *Traité de droit civil*, *op. cit.*, p. 161, n° 143), le raisonnement en termes de conflit de devoir relève déjà de la notion de faute. Quant à la faute antérieure de la victime du comportement justifié, elle n'intervient que dans l'hypothèse de la légitime défense.

446. On trouve ainsi l'expression dès 1871, dans l'œuvre de Messieurs AUBRY et RAU (C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, p. 746, n° 444 et p. 754, n° 446), puis par la suite dans l'ouvrage de SALEILLES (R. SALEILLES, *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, *op. cit.*, p. 84, n° 62). V. *supra*, n° 16.

447. V. not. M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 92, et A. BÉNABENT, *Droit des obligations*, *op. cit.*, p. 390, n° 542, et Y. BUFFELAN-LANORE et V. LARRIBAU-TERNEYRE, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 673, n° 1847. V. égal. J. CARBONNIER, *Droit civil*, *op. cit.*, p. 2294, n° 1136 et p. 2297, n° 1138, retenant un élément matériel : le fait ou comportement physique ou intellectuel ; un élément humain : le fait doit être celui de l'homme, étant entendu que si l'homme est un corps, « c'est avant tout une *volonté* » (en italique dans le texte) ; et un élément sociologique que l'on peut désigner comme l'illicite.

448. C. AUBRY et C. RAU, *Cours de droit civil français*, *op. cit.*, p. 746, n° 444.

449. Les projets de réformes du code civil proposaient d'ailleurs d'intégrer à celui-ci une définition de la faute intégrant la notion d'illicéité. L'avant projet CATALA la définissait ainsi comme « la violation d'une règle de conduite

romain où le dommage causé devait l'être « *damnum injuria datum* », soit sans droit⁴⁵⁰. Selon Messieurs MAZEAUD et Monsieur TUNC, la responsabilité étant la sanction de la violation d'une règle de droit, « il va de soi que celui qui agit conformément au droit, d'une manière licite, n'est pas responsable »⁴⁵¹.

La question se pose alors de savoir si l'illicéité civile et l'illicéité pénale se confondent, ou si les enjeux particuliers de chaque matière en permettraient des appréciations différentes. La logique d'indemnisation qui sous-tend la responsabilité civile pourrait en effet justifier une approche différente de l'illicéité. Pour autant, la cohérence et l'unité de l'ordre juridique devraient conduire à considérer une symétrie. Ce que le législateur a reconnu comme licite au regard du droit pénal doit également l'être au regard des autres matières⁴⁵². Par conséquent, l'existence d'un fait justificatif devrait opérer en négatif aussi bien sur l'élément illicite de la faute civile que sur l'élément antijuridique de l'infraction pénale. Évidente lorsque le comportement accompli était ordonné par la loi⁴⁵³, la solution peut être transposée aux autres causes objectives de justification prévues par le législateur.

Il faut toutefois remarquer que tous les auteurs ne retiennent pas un élément illicite dans la faute. La doctrine préfère parfois définir la faute non pas tant au regard de l'illicéité, que de manière plus générale au regard d'une norme de conduite. Mais la nuance ne change finalement pas grand-chose. Là encore, en admettant que dans certaines situations un individu puisse légitimement accomplir un acte normalement constitutif d'une infraction, le législateur n'en admet-il pas, par extension, que le comportement normal du bon père de famille placé dans une telle situation est celui qui le conduit à commettre l'infraction ? Ainsi, que le fait justificatif conduise ou non à l'accomplissement d'un acte socialement utile⁴⁵⁴, la réunion de ses conditions

imposée par une loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence » (P. CATALA, *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, La Documentation française, p. 155), tandis que le rapport TERRÉ propose d'introduire un article définissant la faute comme suit : « La faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite » F. TERRÉ, *Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile »*, 2012, Site de la Cour de cassation [en ligne], p. 1. *Adde. Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous la dir. de F. TERRÉ, Dalloz, 2011. Ces propositions n'ont toutefois pas été retenues.

450. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit.*, p. 37, n° 27. Dans le même sens, G. MARTY, « Illicéité et responsabilité » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, *op. cit.*

451. H. et L. MAZEAUD et A. TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, *op. cit.*, p. 466, n° 389.

452. La question se pose alors de savoir si le raisonnement pourrait être transposé aux faits justificatifs ayant une origine jurisprudentielle. Mais ici aussi, la reconnaissance par le juge pénal de la licéité du comportement devrait fort logiquement faire obstacle à l'admission de son illicéité au regard du droit civil.

453. Dans ce cas, la licéité du comportement s'impose avec évidence.

454. Reprenant l'argumentaire développé dans sa thèse par Monsieur BERGERET (*La notion de fait justificatif en matière de responsabilité pénale et son introduction en matière de responsabilité délictuelle et contractuelle*, thèse Grenoble, 1946) Monsieur PELLESIER subordonne l'effet exonératoire des faits justificatif en responsabilité civile à cette considération. Selon lui, si le fait justificatif justifie un acte socialement utile, la responsabilité civile doit

d'existence devrait permettre de considérer le comportement comme normal – et donc non fautif –, en raison des circonstances. La responsabilité civile serait alors exclue par suite de l'absence de faute, ce qui est déjà finalement assez largement admis.

La difficulté résiduelle se trouve alors dans le traitement des responsabilités dites objectives que connaît le droit de la responsabilité civile. La responsabilité du fait des choses⁴⁵⁵, par exemple, ne nécessite pas que soit rapportée la preuve de l'existence d'une faute⁴⁵⁶. L'absence de faute ou d'illicéité du comportement résultant de l'existence d'un fait justificatif ne devrait donc pas être de nature à faire obstacle à la responsabilité civile. Pourtant, la Cour de cassation a admis que l'état de légitime défense soit exclusif de toute responsabilité civile, même sur le fondement de l'article 1384 alinéa 1⁴⁵⁷. Classique quant à la responsabilité délictuelle pour faute⁴⁵⁸, la solution s'imposait moins dans le cadre des responsabilités objectives⁴⁵⁹. Si l'on comprend l'enjeu de la solution⁴⁶⁰, elle ne peut être justifiée par l'absence d'illicéité ou d'anormalité du comportement, celui-ci n'étant justement pas pris en compte. La solution pourrait par contre s'expliquer par l'existence d'une faute antérieure de la victime⁴⁶¹. Hors ce cas, l'absence de responsabilité civile ne semble pas devoir trouver de justification satisfaisante en matière de

être exclue, parce que la faute repose sur un blâme et que « la société ne peut blâmer celui qui sert le bien commun ». Dans les autres hypothèses, les faits justificatifs ne devraient pas exclure par principe la caractérisation d'une faute civile. J. PELESSIER, « Faits justificatifs et action civile », art. préc.

455. Code civ., art. 1242.

456. La faute y est présumée et « la présomption de faute du gardien ne peut être détruite que par la démonstration de la force majeure ou du cas fortuit (Civ. 15 mars 1921, DP 1922. 1. 25, note Ripert) ». L. GRYNBAUM, *Rép. dr. civ.*, Responsabilité du fait des choses inanimées, 2011, n° 15.

457. Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, *Bull. civ.*, n° 27 ; *D.* 1992, p. 353, note J.-F. BURGELIN ; *Resp. civ. et assur.* 1992, comm. p. 257, obs. H. GROUDEL ; *RTD civ.* 1992, p. 768, obs. P. JOURDAIN.

458. P. JOURDAIN, « La légitime défense, fait justificatif de la responsabilité de l'article 1384, alinéa 1er », obs. sur Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, *RTD civ.* 1992, p. 768.

459. La solution, affirmée au regard de l'article 1384, devenu l'article 1242, vaut de manière générale dès lors que la Cour de cassation vise assez largement « les « actions en dommages-intérêts ». *Ibid.*

460. Il y aurait un certain paradoxe à admettre la responsabilité de celui qui se défend en faisant usage d'une chose là où celui qui se défendra sans chose sera lui irresponsable. V. *ibid.*

461. *Ibid.* : « Le meilleur fondement de l'effet exonératoire attribué par l'arrêt à la légitime défense ne serait-il pas en effet de considérer que la provocation de la victime, lorsqu'elle est constitutive d'une légitime défense, est une espèce particulière de faute de la victime qui exclut, en raison de sa gravité, tout droit à réparation ou, pour reprendre l'expression de la Haute juridiction, « toute action en dommages-intérêts » ? ». Pour une utilisation récente de la faute antérieure en matière de légitime défense, v. Cass. crim., 18 juin 2015, n° 13-88.263 ; *AJ pén.* 2015, p. 610, obs. D. AUBERT ; *D. actualité* 2015, note L. PRIOU-ALIBERT. L'arrêt est étonnant car la Cour de cassation, plutôt que d'affirmer la solution classique selon laquelle la légitime défense est exclusive de la responsabilité civile, reproche à une cour d'appel ayant prononcé une condamnation à des dommages et intérêts malgré la relaxe fondée sur la légitime défense de ne pas avoir recherché « si la victime n'avait pas commis des fautes ayant concouru à la réalisation de son dommage, de nature à justifier une exclusion ou une atténuation de la responsabilité du prévenu ». La solution pourrait être expliquée par la volonté de garantir l'effectivité du double degré de juridiction. (en ce sens, L. PRIOU-ALIBERT note sous Cass. crim., 18 juin 2015, *D. actualité* 2015) Quoiqu'il en soit, elle montre que l'irresponsabilité civile n'est pas la conséquence de l'irresponsabilité pénale. Mais outre la question évidente de la faute antérieure de la victime, la problématique devrait se résoudre sur la définition de la faute, tant il semble inconcevable de pouvoir retenir une faute dans un comportement permis par le droit. La solution voulant que « la légitime défense de soi-même exclut toute faute » est bien plus satisfaisante. (Cass. crim., 13 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 478).

responsabilité objective. Celle-ci ne repose pas sur une mise en balance des intérêts. Elle répond simplement à une logique indemnitrice, si bien que même le caractère socialement utile de l'acte serait une explication bien fragile⁴⁶².

Par conséquent, que les causes objectives et subjectives influent ou non toutes sur la qualification infractionnelle du comportement ne change rien aux solutions déjà acquises. L'absence de responsabilité en matière de cause objective tient à leur raison d'être et au constat de la licéité, tant civile que pénale, du comportement justifié. Par contre, les causes de non-culpabilité n'ayant pas pour effet de rendre licite le comportement (il n'est simplement pas constitutif d'une infraction), la responsabilité civile reste possible parce qu'elle est indifférente à la culpabilité intellectuelle de l'agent⁴⁶³.

478. Absence de caractérisation de l'infraction et action civile – Quant à la dernière difficulté que pourrait engendrer le rattachement des circonstances de discernement et de liberté à la caractérisation de l'infraction, elle est relative à l'admission de l'action civile. En principe, l'action civile devant le juge pénal n'est ouverte qu'à ceux qui ont « personnellement souffert du dommage directement causé par l'infraction »⁴⁶⁴. L'impossibilité de caractériser une infraction emporte donc avec elle l'impossibilité d'obtenir réparation sur le fondement de l'action civile. L'affirmation doit toutefois être nuancée. Le Code de procédure pénale prévoit expressément en matière criminelle que « la partie civile, dans le cas d'acquiescement comme dans celui d'exemption de peine, peut demander réparation du dommage résultant de la faute de l'accusé, telle qu'elle résulte des faits qui sont l'objet de l'accusation »⁴⁶⁵. Dès lors, « un verdict négatif ne met pas obstacle à ce que la cour d'assises examine si le fait poursuivi, dépouillé des circonstances qui lui imprimaient le caractère d'un crime, n'en est pas moins dommageable et de nature à engager, en cas de faute constatée à la charge de l'accusé, la responsabilité civile de celui-ci »⁴⁶⁶. L'inexistence de l'infraction constatée lors du jugement ne fait donc pas nécessairement obstacle à la survie de l'action civile. Par ailleurs, dans le cas de l'article 122-1 du Code pénal, la déclaration d'irresponsabilité pénale laissera au juge la faculté de se prononcer sur la responsabilité civile sur le fondement de l'article 414-3 du Code civil⁴⁶⁷. Enfin, en matière correctionnelle, la réparation demeure possible malgré la décision de relaxe. La question a donné

462. Le problème pourrait notamment se poser pour l'état de nécessité pour lequel une faute antérieure de la victime est peu concevable. Dans l'hypothèse des régimes spéciaux de responsabilité objective, l'exclusion de la réparation serait alors difficilement justifiable autrement que par des considérations d'équité qui imposeraient de ne pas traiter différemment des cas fondamentalement similaires.

463. Hors le cas de force majeure, lorsque les conditions particulières exigées en droit civil seront remplies.

464. Code de proc. pén., art. 2.

465. *Ibid.* art. 372.

466. Cass. crim., 20 oct. 1993, *Bull. crim.*, n° 298.

467. V. H. MATSOPOULOU, *J. Cl. Procédure pénale*, fasc. 20, Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 2008, n° 10.

lieu à une jurisprudence abondante dans le cas de l'appel de la seule partie civile. La solution semble désormais acquise, selon laquelle « le dommage dont la partie civile, seule appelante d'un jugement de relaxe, peut obtenir réparation de la part de la personne relaxée résulte de la faute civile démontrée à partir et dans la limite des faits objet de la poursuite »⁴⁶⁸. Les conséquences du rattachement des causes subjectives à l'infraction quant à l'admission de l'action civile peuvent donc être relativisées. Elles seront du reste les mêmes qu'en matière de justification objective.

479. Transition – Si l'importance des conséquences du rattachement des circonstances de discernement et de liberté à l'infraction peuvent être nuancées, celles tenant à une éventuelle confusion entre l'infraction et la responsabilité qu'elle serait susceptible d'engendrer le peuvent aussi. Bien que toutes les conditions de la responsabilité soient alors exigées en amont lors de la qualification des faits, la distinction entre les deux notions mérite d'être conservée.

Section 2 – L'absence de confusion entre l'infraction et la responsabilité

480. Éléments constitutifs et conceptualisation de l'infraction – Malgré le rattachement de l'ensemble des conditions de la responsabilité à l'infraction, l'intérêt de la distinction entre les deux notions demeure. Si l'infraction et la responsabilité *ne peuvent pas et ne doivent pas* être confondues, c'est en premier lieu parce que l'une est la conséquence de l'autre. À ce titre, elles méritent d'être distinguées. Par ailleurs, dans une démarche de précision de la notion d'infraction, il existe un autre intérêt à la distinction. En effet, si l'infraction est la pierre angulaire du droit pénal et de la responsabilité, la question se pose de savoir si elle en est l'unique.

Il convient à ce sujet de préciser à titre liminaire que les principes sur lesquels reposent les éléments identifiés ne sont pas propres à la seule infraction. L'hésitation quant à l'objet de l'élément moral a déjà été envisagée⁴⁶⁹. Le choix a été fait de rattacher cet élément à l'infraction en raison des enjeux liés à la qualification. Mais il est possible de considérer que c'est la responsabilité pénale dans son ensemble qui est subjective et qu'elle ne l'est pas qu'à raison de la structure de son fait générateur principal. De la même manière, le principe de nécessité affirmé à l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen ne porte pas sur l'infraction. C'est plus généralement la peine qui y est soumise⁴⁷⁰. Ce principe concerne donc

468. Cass. crim., 5 fév. 2014, *Bull. crim.*, n° 35 ; *D. actualité* 2014, obs. F. WINCKELMULLER ; *D.* 2014, p. 807, note L. SAENKO ; *AJ pén.* 2014, p. 422, obs. C. RENAUD-DUPARC ; *Dr. pén.* 2014, comm. n° 46, note A. MARON et M. HAAS ; *Dr. pén.* 2014, étude, n° 10, note A. BONNET.

469. V. *supra*, n° 220.

470. DDHC, art. 8 : « La Loi ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires ».

plus largement toute la matière pénale. Il s'applique dès lors qu'une peine est encourue, qu'elle qu'en soit la raison. Il s'ensuit que tout fait générateur de responsabilité, puisqu'il donne lieu ou est susceptible de donner lieu au prononcé d'une peine, doit répondre à ce principe, tout comme à celui de la complémentarité entre le fait et la volonté. Les éléments constitutifs, par leur fonction et par leur fondement, ne sont donc pas intrinsèquement liés à l'infraction. Malgré tout, ils le sont très intimement. Les éléments ne peuvent porter directement sur la responsabilité qui n'a pas à proprement parler de structure. Elle est une conséquence, la réponse attachée à un fait ou un acte. C'est donc son fait générateur qui présente certaines spécificités structurelles, et ce sont ces dernières que les éléments peuvent mettre en lumière. L'infraction étant la « pierre angulaire » du droit pénal, la principale – exclusive même pour certains⁴⁷¹ – source de responsabilité, c'est en premier lieu sur elle qu'ils portent. Ils révèlent la structure idéale du fait générateur de responsabilité pénale, autrement dit, sa forme la plus aboutie. Mais il est tout à fait concevable d'imaginer qu'un acte pénalement réprimé, tout en répondant aux différents principes énoncés, n'ait pas une structure parfaitement infractionnelle.

Or, tous les comportements sanctionnés d'une peine n'ont pas la même structure, si bien qu'il faut s'interroger sur les liens existants entre infraction et responsabilité. Si en matière strictement infractionnelle la responsabilité est dénuée de conditions propres, il n'est pas certain que la responsabilité ait pour unique fait générateur l'infraction. L'enjeu de l'identification des éléments constitutifs a été de dégager un schéma général et invariable d'analyse du comportement. Ce schéma permet aussi bien la caractérisation d'une infraction en particulier que la qualification infractionnelle du comportement. Autrement dit, en analysant le comportement sous ses différents angles, l'on s'assure du même coup qu'il possède bien tous les attributs de l'infraction (notion) et d'une incrimination (infraction effectivement commise). À l'inverse du droit civil, le droit pénal ne contient pas de disposition générale révélant les différentes conditions de la responsabilité. Il ne connaît que de textes spéciaux, possédant des conditions propres. L'infraction est la figure de proue du droit pénal, mais elle n'a pas de conditions préétablies. L'intérêt des éléments constitutifs et du schéma dégagé est justement de faire ressortir les différentes données inhérentes à toutes les infractions et toujours exigées pour que la responsabilité puisse être engagée. Mais tout comme il existe différents types de responsabilité civile (responsabilité pour faute, responsabilité objective fondée sur la théorie du risque, responsabilité du fait d'autrui, etc.), n'existe-t-il pas aussi en droit pénal différentes hypothèses d'engagement de la responsabilité, autrement dit, différents types de faits générateurs de responsabilité pénale⁴⁷² ? Elle trouve sa cause en premier lieu dans la commission d'une

471. C.-A. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 35, n° 28.

472. En droit civil, la diversification des régimes de responsabilité a conduit certains auteurs à s'interroger sur la dilution de la notion et sur le point de savoir si la responsabilité juridique était véritablement un concept possédant

infraction, mais ne peut-elle pas avoir une autre cause ? La polymorphie des faits générateurs de responsabilité (I) invite ainsi à s'interroger sur leur nature (II).

§ 1. La polymorphie des faits générateurs de responsabilité

481. Des comportements dépourvus d'élément antijuridique – À l'évidence, certains comportements ne présentent pas tous les attributs de l'infraction, tels qu'ils ont été dégagés. Certains d'entre eux, dérogeant aux principes généraux de la matière, ont du même coup une spécificité structurelle. Ils sont dépourvus d'élément antijuridique dès lors qu'ils ne sont pas, en eux-mêmes, attentatoires à une valeur, ni directement, ni même indirectement. Tel est le cas, nous l'avons vu, des infractions contraventionnelles et des infractions dites formalistes de simple contrariété à une règle de forme⁴⁷³. Tel est aussi le cas des comportements relevant de la catégorie des infractions obstacles. À ces divers comportements (A), doit être ajoutée la complicité qui, bien que présentant un lien de causalité avec l'infraction commise, n'est pas non plus, en elle-même, attentatoire (B).

A. La diversité des comportements non attentatoires

482. Contraventions et infractions formalistes – Une précision s'impose dès à présent quant aux contraventions, car la généralité du propos ne doit pas faire oublier que certaines d'entre elles étant d'anciens délits, elles ne posent aucune difficulté. Leur structure interne est parfaitement conforme à celle dégagée. Pour les autres, à l'inverse, une double spécificité a été présentée⁴⁷⁴, qui rejoint celle des infractions dites formalistes. La répression n'est pas prévue en protection d'une valeur particulière, de sorte que le comportement ne peut pas être regardé comme attentatoire ou potentiellement attentatoire. Elle ne vient qu'assurer une discipline collective, c'est-à-dire le respect de certaines règles générales de vie en société, ou de certaines normes techniques. La qualification de ces comportements est donc indépendante de la volonté de l'agent et d'un quelconque lien de causalité entre lui et une atteinte. Si le comportement peut être regardé comme antijuridique, ce n'est que de manière formelle, à raison de sa contrariété au droit.

483. Le déplacement du lien de causalité – De manière quelque peu différente, les comportements relevant de la catégorie des infractions obstacles sont également dépourvus d'antijuridicité. Ils ne sont pas directement ou indirectement attentatoires à une valeur. Pour

un contenu réel. V. not. G. VINEY, « La responsabilité », art. préc.

473. *Supra*, n° 337.

474. V. *supra*, n°s 429 et s.

ces infractions, un lien de causalité existe bien, mais il est déplacé en amont. Il se situe entre le comportement accompli et l'infraction à laquelle la sanction préventive entend faire obstacle. Sont sanctionnés des actes, qui à raison des circonstances, font peser un risque accru de réalisation d'une infraction, soit parce qu'ils révèlent une certaine périculosité, soit parce qu'ils peuvent être à l'origine d'une faute. Dans les deux cas, la répression anticipée emporte une double atrophie des éléments constitutifs : l'élément matériel est appréhendé plus tôt que de principe et l'élément antijuridique présente une causalité éloignée et, de manière plus problématique, incertaine.

Le premier cas s'observe dans la répression des comportements de participation à un groupement, ou, plus largement dans la sanction de comportements de participation ne répondant pas aux règles posées par l'article 121-7 du Code pénal, comme en matière de complicité manquée⁴⁷⁵. Il ne peut y avoir de relation, même participative, entre le comportement de l'instigateur et l'infraction projetée. Par contre, il est possible de considérer que le comportement de l'instigateur, lorsqu'il est accompli dans sa globalité, est de nature à permettre la commission d'une infraction. Le lien de causalité est donc déplacé et reste pour partie incertain, bien qu'il ne soit pas totalement inexistant⁴⁷⁶.

Ce même déplacement s'observe dans le second cas, lorsque sont incriminés des comportements à risques ou dangereux. Ainsi en est-il de l'infraction de risques causés à autrui, ou encore les délits routiers. L'une comme les autres permettent d'appréhender et de sanctionner des comportements qui rendent possible la réalisation d'un accident et, donc, d'une infraction non intentionnelle. La répression intervient à titre préventif, en vue de faire obstacle à la réalisation future d'une infraction, mais elle est indifférente à la probabilité réelle de survenance de cette infraction. Le fait que le législateur n'ait pas considéré la présence d'un tiers comme nécessaire à la caractérisation de l'infraction de risques causés en atteste et met en lumière l'incertitude du pouvoir causal du comportement⁴⁷⁷.

475. Hypothèse du mandat criminel (Code pén., art. 221-5-1) ou de la sanction de provocations non suivies d'effet. V. par ex. l'art. 211-2, al. 2 s'agissant du génocide.

476. Dans certaines hypothèses, le pouvoir causal est très hypothétique et peut tendre à la répression de comportements strictement matériels. La répression de la fabrication ou de la mise à disposition d'outils pouvant servir à la commission d'une infraction l'illustre. V. par ex. *ibid.*, art. 323-3-1, concernant les instruments permettant les atteintes aux STAD ; ou art. 226-3, concernant les dispositifs techniques permettant la réalisation d'atteintes à la vie privée. Ici, la répression intervient particulièrement en amont (par exemple, l'article 323-3-1 préc. se contente de la seule détention) et en toute indifférence d'un lien de causalité avec une éventuelle infraction principale, la fourniture de moyens pouvant par ailleurs être non-intentionnelle (art. 226-3 préc.).

477. Il est en effet possible de lire dans la circulaire du 24 juin 1994 relative à l'application, en matière de circulation routière, des dispositions du nouveau code pénal relatives à la mise en danger que « l'article 223-1 n'exige pas que le comportement incriminé ait causé un risque à une personne déterminée, qu'elle soit identifiée ou seulement identifiable. » et que « d'une façon générale, des faits commis alors qu'aucune personne n'était présente, et qui ne pouvaient donc effectivement entraîner une atteinte corporelle, pourront cependant tomber sous le coup de l'article 223-1 dès lors qu'ils étaient susceptibles d'entraîner une telle atteinte, justement à raison du risque qu'une personne se trouve sur les lieux. » *Circulaire du 24 juin 1994 relative à l'application, en matière de circulation*

Le Conseil constitutionnel semble par ailleurs faire de l'existence d'une possible relation causale entre le comportement appréhendé et la réalisation future d'une infraction l'un des critères d'appréciation de la nécessité. L'arrêt est ancien, où le Conseil censurait une incrimination au motif que le comportement incriminé n'était « pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste »⁴⁷⁸, mais il mérite d'être rappelé. Il a d'ailleurs pu être remarqué que la principale restriction à la liberté du législateur était justement d'ordre causal⁴⁷⁹.

Le comportement n'est donc pas encore attentatoire⁴⁸⁰, mais le déplacement du lien de causalité semble laisser subsister la nécessité de la répression. Pour autant, la spécificité structurelle ne devrait pas être occultée. La sanction de ces comportements est prévue par dérogation aux règles générales de la matière, que ce soit par dérogation à celle d'une complémentarité du fait et de la volonté, ou par dérogation aux règles de la sanction de la participation ou du seuil minimal d'intervention du droit pénal. Cette spécificité structurelle suggère d'ailleurs que la distinction ne soit pas tant entre les infractions formelles et matérielles, les infractions obstacles faisant partie des premières, mais entre les infractions d'atteinte, même potentielles (infractions matérielles et formelles), et les infractions non intrinsèquement attentatoires (infractions obstacles, de contrariété au droit ou contraventions).

484. La spécificité de l'association de malfaiteurs – La répression des comportements de participation à un groupement met tout à fait en lumière une certaine méconnaissance des principes de la matière. Les comportements pénalement sanctionnés, bien qu'intrinsèquement dangereux, ne sont pas en eux-mêmes attentatoires. La répression intervient alors en contournement des règles relatives à la tentative et/ou à la complicité. Pour beaucoup d'infractions, un texte spécifique vient en effet réprimer les actes préparatoires dès lors qu'ils sont accomplis par plusieurs personnes⁴⁸¹. Sont alors incriminés des actes préparatoires accomplis en

routière, des dispositions du nouveau code pénal relatives à la mise en danger, n° 54, Ministère de la Justice, Bulletin officiel du Ministère de la justice, p. 124. Par conséquent, des auteurs estiment qu'il « n'est pas nécessaire que quelqu'un se soit trouvé effectivement en danger au moment où l'obligation particulière de prudence ou de sécurité a été violée : il s'agit de victimes potentielles ». D. CARON et C. CARONARO, *J. Cl. Pénal Code*, art. 233-1 et 233-2, fasc. 20, Risques causés à autrui, 2015, n° 22. La jurisprudence est quant à elle plus hésitante. Sur les hésitations en la matière, v. V. MALABAT, « Le délit dit de « mise en danger », la lettre et l'esprit », art. préc., et les arrêts cités par l'auteur. Par ailleurs, il faut préciser que cette solution ne modifie pas la nécessaire conscience du risque. V. *supra*, n° 417.

478. Cons. const., 16 juil. 1996, n° 96-377 DC ; D. 1997, p. 69, note B. MERCUZOT ; *JCP G.* 1996, II, 22709, note V. NGUYEN VAN TUONG.

479. V. A. CAPPELLO, *La constitutionnalisation du droit pénal*, th. préc., p. 277, n° 380.

480. Il n'est pas matériellement antijuridique.

481. V. par ex. Code pén., art. 212-3 pour le génocide ; art. 214-4 pour l'eugénisme ou le clonage reproductif ; art. 222-14-2, pour les violences contre les personnes ou destruction de biens ; art. 323-4 pour les infractions contre les STAD ; art. 421-2-1 pour le terrorisme etc.

« bande organisée »⁴⁸², ou, plus exactement accomplis par une association de malfaiteurs⁴⁸³. Théoriquement, l'association de malfaiteurs devrait être différenciée de la bande organisée⁴⁸⁴. Les auteurs les distinguent parfois pour des raisons procédurales⁴⁸⁵ et la Cour de cassation s'est récemment prononcée en ce sens⁴⁸⁶. Pour autant, la distinction est étonnante dès lors que les textes sont rédigés en des termes parfaitement identiques⁴⁸⁷. Il en résulte que l'une n'est que la circonstance aggravante, l'autre un comportement réprimé de manière autonome⁴⁸⁸. Autrement dit, l'association de malfaiteurs devrait être appréhendée comme bande organisée lorsque les infractions projetées ont été commises.

Quoi qu'il en soit, la répression autonome de l'association de malfaiteurs permet de remonter en amont sur l'*iter criminis* et de sanctionner des actes préparatoires accomplis par plusieurs personnes ne pouvant pas encore être considérées comme des complices ou coauteurs, faute

482. *Ibid.*, art. 132-71, définissant la circonstance aggravante de bande organisée : « Constitue une bande organisée au sens de la loi tout groupement formé ou toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou de plusieurs infractions. »

483. *Ibid.*, art. 450-1. L'association de malfaiteurs doit être distinguée du groupe de combats défini à l'article 431-13. V. M. CULIOLI et P. GIOANNI, *Rép. dr. pén.*, Association de malfaiteurs, 2007, n° 4. Les actes préparatoires ne sont pas exigés dans ce second cas pour lequel la seule participation est sanctionnée à l'article 431-14. Est ici appréhendé un comportement participatif, mais qui n'est pas en lien avec une infraction particulière. Il est simplement « susceptible » de l'être. Ce type d'infraction est en outre une illustration d'un cas de principe de nécessité positif dès lors que la Décision-cadre du 24 octobre 2008 relative à la lutte contre la criminalité organisée demande aux États membres de l'Union européenne de prendre les mesures nécessaires pour punir la participation à une organisation criminelle. V. R. PARIZOT, « Organisation criminelle versus association de malfaiteurs et associazione per delinquere : quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ? », *RSC* 2017, p. 1.

484. En ce sens, M. CULIOLI et P. GIOANNI, *Association de malfaiteurs*, *op. cit.*, n° 9.

485. *Ibid.* ; M.-H. GOZZI obs. sur Cass. crim., 8 juil. 2015, *D.* 2015, p. 2465. Les deux hypothèses n'ont d'ailleurs pas un champ d'application identique.

486. Elle admet de manière tout à fait critiquable un cumul entre l'infraction commise en bande organisée et l'association de malfaiteurs. Cass. crim., 19 janv. 2010, *Bull. crim.*, n° 11 ; *AJ pén.* 2010, p. 201, obs. M.-E. C. ; *Dr. pén.* 2010, comm. n° 43, obs. M. VÉRON. En outre, dans un arrêt en date du 8 juillet 2015, elle a pu affirmer que « la bande organisée suppose la préméditation des infractions et, à la différence de l'association de malfaiteurs, une organisation structurée entre ses membres », (Cass. crim., 8 juil. 2015, *Bull. crim.*, n° 172 ; *D.* 2015, p. 2465, obs. M.-H. GOZZI ; *D. actualité* 2015, obs. C. BENELLI-DE BÉNAZÉ ; *D.* 2015, p. 2541, note R. PARIZOT) ce qui ne résulte nullement des textes. Sur ce point, v. la note de Madame PARIZOT sur cet arrêt.

487. Seul le champs d'application diffère. L'on voit alors mal comment les deux pourraient être caractérisés « par des faits matériels distincts » (Cass. crim., 19 janv. 2010, *Bull. crim.*, n° 11 ; *AJ pén.* 2010, p. 201, obs. M.-E. C. ; *Dr. pén.* 2010, comm. n° 43, obs. M. VÉRON), et ce, malgré la récente distinction opérée par la Cour de cassation, les faits de bande organisée recoupant ceux d'association de malfaiteurs. La justification selon laquelle « après une analyse des faits, il s'est avéré que ceux-ci, bien qu'étant juridiquement identiques, étaient en réalité distincts » (P. BONFILS et E. GALLARDO, *Rép. dr. pén.*, Concours d'infractions, 2015, n° 20) ne convainc pas dès lors que théoriquement les deux notions sont définies en des termes strictement identiques. Peu importe alors la diversité des faits matériels, la circonstance de bande organisée devrait absorber la qualification d'association de malfaiteurs.

488. En ce sens, H. ANGEVIN, *J. Cl. Pénal Code*, art. 132-71, fasc. 20, Circonstances aggravantes - bande organisée, 2014, n° 32 « Une infraction commise en bande organisée est donc un crime ou un délit commis par des participants à une association de malfaiteurs. » et R. PARIZOT, « Ceci n'est pas une pipe » : l'association de malfaiteurs et la bande organisée selon la Cour de cassation », note sous Cass. crim., 8 juil. 2015, *D.* 2015, p. 2541 : « Les deux notions sont synonymes. La circulaire du 2 septembre 2004 de présentation des dispositions relatives à la criminalité organisée de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ne dit d'ailleurs pas autre chose : la circonstance aggravante de bande organisée « doit (...) s'analyser comme la prise en compte, après l'infraction, de l'existence d'une association de malfaiteurs qui avait pour objectif de commettre cette infraction ».

d'infraction tentée. L'article 450-1 du Code pénal, en réprimant un « délit d'association de malfaiteurs »⁴⁸⁹, permet donc de déroger aussi bien aux règles relatives à la tentative (répression en amont du commencement d'exécution) qu'aux règles relatives à la complicité (répression d'un comportement participatif alors que l'infraction principale n'est ni commise, ni tentée)⁴⁹⁰, pour la préparation collective de toutes les infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement, certains textes spéciaux venant par ailleurs sanctionner plus sévèrement la participation au groupement pour la préparation de certaines infractions particulières⁴⁹¹. La pluralité de participants est souvent avancée comme une justification à la répression dérogatoire des actes préparatoires, car « en s'unissant, en organisant, en programmant leurs diverses activités délictueuses, en conférant une certaine permanence à leur réunion, les malfaiteurs augmentent leur puissance et font ainsi peser sur la société une dangereuse insécurité »⁴⁹². Ici, ce n'est pas la relation de participation qui est présumée, comme ce peut être le cas en matière de « happy slapping »⁴⁹³. C'est au contraire son constat qui permet de justifier une répression dès la préparation, la pluralité d'instigateurs rendant probable la réalisation de l'infraction ou des infractions projetées⁴⁹⁴. Peu importe, par contre, qu'il soit prévu que l'infraction projetée le soit par l'ensemble du groupe ou par une partie seulement. Tous les protagonistes sont traités de la même manière. Ils sont tous auteurs de l'infraction de participation au groupement, en raison du caractère autonome de la répression⁴⁹⁵.

Encore est-il possible de nuancer le propos et de rapprocher l'hypothèse d'une complicité corespective. En effet, les faits matériels de préparation doivent certes avoir été accomplis par l'association – si bien qu'il pourrait s'agir d'une infraction collective⁴⁹⁶ – mais le caractère

489. M. CULIOLI et P. GIOANNI, Association de malfaiteurs, *op. cit.*, n° 1.

490. V. F. ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective », art. préc. : « l'association de malfaiteurs apparaît donc comme un acte préparatoire collectif à commettre un crime ou un délit. »

491. L'on a donc une répression à trois niveaux : la répression générale de l'association de malfaiteurs en vue de la préparation d'une infraction punie d'au moins cinq ans d'emprisonnement (art. 450-1), la répression spéciale de l'association de malfaiteurs en vue de la commission de certaines infractions (par ex. art. 212-3 pour les crimes contre l'humanité) et les infractions aggravées car commises en bande organisée. V. A. LEPAGE et H. MATSOPOULOU, *Droit pénal spécial, op. cit.*, p. 859, n° 1190.

492. A. VITU, *J. Cl. Pénal Code*, art. 450-1, fasc. 20, Participation à une association de malfaiteurs, 2014, n° 3.

493. *Infra*, n° 486.

494. F. ROUSSEAU, « De quelques réflexions sur la responsabilité collective », art. préc. : « il y a fort à parier en effet que cette entreprise collective ira à son terme en raison du renfort mutuel des coauteurs. » L'infraction commise en bande organisée peut sembler s'apparenter à une hypothèse de coaction plus de complicité, encore que l'infraction commise en bande organisée pourrait l'être en qualité de coauteurs ou de complices, selon la relation causale. L'on concédera toutefois le peu d'intérêt pratique de la distinction. V. E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc., p. 52, n° 39 : « être membre d'une bande organisée, ce n'est pas nécessairement être coauteur de l'infraction tentée ou consommée par cette même bande, même si l'on envisage l'infraction commise de la sorte comme une infraction collective par nature. »

495. *Ibid.*, p. 53, n° 40 : « s'interroger sur le fait de savoir si le participant a agi à titre de coauteur ou de complice ne présente pas d'intérêt : au regard de l'association de malfaiteurs, il aura réalisé l'infraction, et en sera donc auteur. »

496. L'infraction collective « résulte de la prise en considération par la loi de cette même pluralité de délinquants, chiffrée ou non, à titre d'élément constitutif ». C. DUPEYRON, « L'infraction collective », *RSC* 1973, p. 357. Elle se

collectif ne préjuge pas du titre de responsabilité de chacun des participants. Surtout, il importe peu de savoir qui, au sein de l'association a réalisé les faits matériels caractérisant la préparation d'une infraction. La seule participation au groupement suffit, sans que l'on ait à s'interroger sur le rôle présent ou futur de chacun des protagonistes. Ici, la pluralité de participants et le soutien mutuel qu'ils s'apportent justifie un relâchement très important du lien de causalité.

La répression apparaît donc justifiée, mais elle repose de manière flagrante sur un déplacement du lien de causalité. Le législateur n'a pas tenté d'appréhender un comportement en relation causale certaine ou fortement probable avec un résultat redouté. Il a voulu appréhender un comportement susceptible de déboucher sur l'exécution d'une infraction.

B. L'absence de caractère attentatoire en matière de complicité

485. L'absence d'antijuridicité propre à la complicité – Un dernier comportement peut être rapproché de ces hypothèses parce qu'il ne présente pas non plus à proprement parler d'élément antijuridique. Il s'agit de la complicité. La complicité est parfois présentée comme un mode particulier d'imputation de l'infraction, ce que suggère d'ailleurs l'idée d'emprunt de criminalité. Parce que le complice contribue à la réalisation de l'infraction principale, on lui imputerait l'infraction commise par lui et par l'auteur principal pour lui en faire subir la sanction. Ainsi peut-on lire que « l'infraction à laquelle ont contribué l'auteur principal et le complice leur est imputée sous la même qualification »⁴⁹⁷. Le mécanisme d'imputation permettrait d'ailleurs d'expliquer que le complice ait à répondre des circonstances aggravantes « matérielles »⁴⁹⁸ relatives à l'acte, et ce, même s'il les avait ignorées⁴⁹⁹. Pour autant, il ne semble pas qu'il s'agisse ici d'une hypothèse d'imputation. Le complice engage sa responsabilité à raison du comportement qu'il a lui-même commis. L'imputation conduit à affirmer qu'une personne est la cause efficiente et éclairée du dommage⁵⁰⁰. Or, en matière de complicité, au moins par assistance, le complice n'est pas *la* cause du dommage, il ne fait qu'y participer. Par suite, on ne lui impute pas *l'infraction* commise par l'auteur principal. L'assimilation ne va pas jusque là : le complice

distingue de l'infraction commise collectivement, c'est-à-dire par plusieurs coauteurs. *Ibid.*

497. J.-H. ROBERT, *Complicité*, *op. cit.*, n° 55. V. égal. M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 418, n°s 667 et s.

498. Abandonnant la classification entre les circonstances réelles, personnelles et mixtes, la Cour de cassation tend à décider que les circonstances matérielles établies à l'égard d'un des participants le sont à l'égard de tous, tandis que les circonstances morales restent propres à chaque participant. S. FOURNIER, *Rép. dr. pén.*, *Complicité*, 2013, n° 144, et J.-H. ROBERT, *Complicité*, *op. cit.*, n°s 59 et s.

499. Cass. crim., 21 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 206 ; *Dr. pén.* 1997, 213, obs. M. VÉRON ; *RSC* 1997, p. 101, obs. B. BOULOC : « le complice encourt la responsabilité de toutes les circonstances qui qualifient l'acte poursuivi, sans qu'il soit nécessaire que celles-ci aient été connues de lui ».

500. J. ORTOLAN, *Éléments de droit pénal*, *op. cit.*, p. 100, n° 222. Le raisonnement est opéré en termes de causalité, l'enjeu étant de déterminer qui est la source matérielle et morale du fait ou du mal qui en est résulté. L'agent doit en être « la cause première, la cause efficiente et responsable ». *Ibid.*, p. 408, n° 968.

commet un acte de participation et c'est cet acte qui lui est reproché. Il lui est reproché son propre comportement d'aide, d'assistance ou de provocation. Ainsi est-il coupable de complicité de tel crime ou de tel délit, non du crime ou du délit lui-même et ce, même s'il est sanctionné comme s'il en avait été l'auteur. Simplement, parce qu'il a contribué à la réalisation du dommage, c'est au regard de l'infraction commise par l'auteur principal que la sanction sera déterminée. Il lui emprunte certes une partie de la qualification retenue contre lui et, par extension, la peine encourue, mais il n'y a pas imputation de l'infraction principale commise par l'auteur au complice, qui reviendrait du reste à un cas de responsabilité du fait d'autrui.

Par contre, il est vrai que le mécanisme sur lequel repose la complicité est tout à fait spécifique et emporte, ici encore, une spécificité structurelle. Car le comportement du complice n'est pas par lui-même attentatoire et n'est pas susceptible de l'être. Il ne peut porter atteinte à une valeur essentielle qu'à travers le comportement d'un tiers, sans commettre lui-même ladite atteinte. Un lien de causalité matériel peut donc également être identifié, mais il n'est que participatif et peut être particulièrement lâche. La causalité matérielle prend donc en ce domaine aussi une importance particulière⁵⁰¹, mais relève d'une logique spécifique dès lors que le lien est simplement partiel et participatif. L'analyse de la complicité au regard de son caractère attentatoire en met donc en lumière toute la spécificité. Si le comportement est attentatoire, il ne l'est que par l'intermédiaire de l'activité de l'auteur principal. Pris en lui-même et indépendamment de cette dernière, le fait de complicité n'est pas antijuridique. Il ne le devient que par l'éclairage de l'infraction principale sur l'activité du complice⁵⁰².

486. L'importance pratique relative de la causalité en matière de complicité – En outre, si la causalité prend théoriquement une importance considérable, son utilité pratique est réduite. L'importance du lien de causalité résulte implicitement des textes⁵⁰³ dès lors que le complice doit avoir « facilité la préparation ou la consommation »⁵⁰⁴ de l'infraction

501. En ce sens, P. SALVAGE, « Le lien de causalité en matière de complicité », art. préc. ; F. DEFFERRARD, « La provocation », *RSC* 2002, p. 233.

502. La qualification de la complicité présente à ce titre la spécificité tout à fait originale de dépendre d'un événement postérieur au comportement accompli. Des assouplissements ont certes été admis en jurisprudence. Tout d'abord, il a été jugé que « si la complicité ne peut résulter que d'actes antérieurs ou concomitants au fait principal, la preuve de l'intention frauduleuse peut se déduire de comportements ultérieurs » (Cass. crim., 4 nov. 1991, *Bull. crim.*, n° 391). Surtout, « l'aide ou l'assistance postérieure au délit, mais résultant d'un accord antérieur, constitue un acte de complicité » (Cass. crim., 21 juin 1978, *Bull. crim.*, n° 207 ; *D.* 1979, IR, p. 37, obs. M. PUECH ; Cass. crim., 11 juil. 1994, *Bull. crim.*, n° 274 ; *RSC* 1995, p. 343, obs. B. BOULOC). Mais de manière générale, le comportement du complice, accompli en amont, voit sa répression « conditionnée » (le terme peut sembler inadapté tant la condition est normalement marquée par l'antériorité) à la fois par un comportement postérieur, mais aussi par la possibilité de le qualifier pénalement – fusse abstraitement.

503. En ce sens, E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc., p. 163 n° 187 : « Les définitions [que le législateur] donne du complice ne peuvent laisser de place au doute quant à l'exigence d'un lien de causalité entre les actes du complice et l'infraction réalisée ».

504. Code pén., art. 121-7 al. 1.

principale ou provoqué à sa commission⁵⁰⁵. En principe, l'aide doit donc avoir été effective, c'est-à-dire qu'elle a dû permettre ou faciliter l'activité de l'auteur. Pour autant, en pratique, la jurisprudence est parfois relativement souple dans la vérification du lien de causalité entre l'activité du complice et la réalisation de l'infraction principale. En d'autres termes, elle ne s'assure pas toujours avec rigueur de ce que l'aide ou l'assistance a bien eu une influence dans l'accomplissement de l'infraction principale. Il faut ici préciser le propos, car la Cour de cassation n'a jamais expressément admis que l'activité du complice puisse n'être en rien intervenue dans la réalisation de l'infraction principale. Une partie de la doctrine estime certes que le comportement du complice peut être réprimé même si l'aide apportée n'a été en pratique d'aucun secours. Ainsi peut-on lire qu'« un acte de complicité reste punissable même s'il n'a procuré aucune aide directe à l'auteur principal pour commettre son infraction », car « il suffit que les moyens aient pu servir à [sa] commission et aient été fournis dans l'intention de faciliter sa réalisation »⁵⁰⁶. Monsieur PRADEL avait également pu faire état d'une tendance répressive de la Cour de cassation pour qui il importerait peu « que l'auteur ne se soit pas servi en fait du moyen mis à sa disposition par le complice »⁵⁰⁷ ou que l'auteur ait choisi un autre *modus operandi* que celui initialement prévu avec le complice⁵⁰⁸. Des arrêts sont souvent cités au soutien de la répression de la complicité indépendamment de toute relation causale, mais dans aucun d'entre eux, la Cour ne s'est prononcée expressément en ce sens. Le plus fréquemment cité en la matière est ancien et date du 17 mai 1962⁵⁰⁹, arrêt à l'occasion duquel la question s'était posée de savoir si la complicité pouvait être retenue alors que l'arme fournie par le complice n'avait pas été utilisée. En l'espèce, il s'agissait en effet d'un vol commis sans violences, mais avec port d'arme, l'arme ayant été remise par un tiers. La Cour de cassation avait alors considéré que la fourniture de l'arme permettait de retenir la responsabilité du complice. La solution est toutefois relativement ambiguë, car relative à une difficulté d'application de l'ancien article 60. Cet article prévoyait que seraient punis comme complices « ceux qui auront procuré des armes, des instruments, ou tout autre moyen qui aura servi à l'action ». Or, en l'espèce, il n'y avait pas eu usage de l'arme fournie, de sorte qu'elle n'avait pas littéralement servi à l'action. À cette difficulté, la Cour de cassation répond « que le fait [...] d'avoir procuré une arme ayant servi au fait principal, vol commis avec port d'arme [...] constitue à lui seul, aux termes de l'article 60 précité, un mode légal de complicité »⁵¹⁰. Elle semble donc considérer que l'arme *a servi* à la

505. *Ibid.*, art. 121-7 al. 2.

506. H. RENOUT, *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Larcier, Paradigme, 2013, p. 203.

507. J. PRADEL, « Tentative et abandon en cas de participation de plusieurs personnes à une infraction », *RIDC* 1986, n° 2, p. 735, p. 747.

508. *Ibid.*

509. Cass. crim., 17 mai 1962 ; *D.* 1962, p. 473 ; *RSC* 1962, p. 102, obs. A. LÉGAL.

510. *Ibid.*

commission de l'infraction bien qu'elle n'ait pas *été utilisée*⁵¹¹. Quant aux autres arrêts cités, ils ne sont pas non plus tout à fait convaincants⁵¹². À dire vrai et à notre connaissance, la Cour de cassation ne s'est en réalité jamais expressément prononcée sur la question⁵¹³.

Pour autant, l'admission du seul soutien moral est de nature à permettre une vérification presque systématique de l'existence du lien de causalité. Ainsi, s'il a pu être remarqué que dans l'ensemble, la jurisprudence penche plutôt en faveur d'une prise en compte effective de la causalité, au moins par le biais du soutien moral apporté à l'auteur principal⁵¹⁴, et ce même lorsque le complice a été passif⁵¹⁵, cette tendance peut aussi être perçue comme un contournement de l'exigence de causalité. Elle en facilite en tout cas grandement la vérification, car lorsque les faits accomplis par le complice auront été connus de l'auteur principal, le soutien moral pourra toujours être caractérisé. La complicité sera systématiquement retenue, sans qu'il soit besoin de s'assurer effectivement du comportement d'aide effectivement commis.

Bien que relativisée, l'exigence d'un rapport de causalité demeure toutefois par cette exigence de connaissance de l'activité du complice. Elle se trouve par ailleurs confortée par la solution majoritairement proposée en doctrine en matière de « happy slapping ». Le législateur a fait le choix de sanctionner de manière autonome ce comportement⁵¹⁶ et, ce faisant, a instauré

511. Par ailleurs, l'agent avait également fourni des instructions si bien qu'il est difficile d'analyser cet arrêt comme consacrant l'indifférence totale de la causalité en matière de complicité.

512. Sont égal. parfois cité : Cass. crim., 13 mars 1963, *Bull. crim.*, n° 116, jugeant que l'utilisation des lettres fournies par le complice n'avait pas à être démontrée dans un cas de complicité d'abus de blanc-seing dès lors qu'une au moins avait été adressée par lui à un notaire ; Cass. crim., 31 janv. 1974, *Bull. crim.* ; *JCP G.* 1975, II, 17984, note A. MAYER-JACK ; *RSC* 1975, p. 679, obs. J. LARGUIER ; admettant la complicité alors que le *modus operandi* arrêté avec le complice n'a pas été finalement celui suivi, ou encore Cass. crim., 22 janv. 1991, *Bull. crim.*, n° 36, jugeant qu'il n'est pas besoin d'établir que le moyen fourni ait été indispensable à la commission de l'infraction reprochée à l'auteur principal. *Adde.* J. LARGUIER, « La complicité par agissements non indispensables à la commission du fait principal », *RSC* 1984, p. 489.

513. Dans un arrêt, la Cour de cassation avait au reste pu traiter comme une tentative de complicité non punissable des actes d'assistance qui n'avaient pas été menés à leur terme. Cass. crim., 23 mars 1978, *Bull. crim.*, n° 116 ; *D.* 1979, p. 319, note B. BOULOC.

514. En ce sens, E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc., p. 166, n° 194 et s. L'admission du soutien purement moral est ancienne : T. corr. Aix en provence, 14 janv. 1947 ; *JCP* 1947, II, 3465, note R. BÉRAUD : « Il convient d'admettre qu'une attitude passive qui, normalement, ne constitue qu'une abstention non punissable, peut, dans des circonstances particulières et de la part de certaines personnes (en l'espèce, un gardien de la paix qui laisse un collègue commettre un vol au cours d'une patrouille), revêtir le caractère d'une coopération coupable ; ce caractère réside bien moins dans le comportement de la personne pris en lui-même que dans l'influence que ce comportement a pu exercer sur l'esprit de l'auteur de l'infraction, dans l'espérance qu'il a pu faire naître dans sa conscience. »

515. La Cour de cassation admet en effet dans certains cas la répression de la complicité passive. Pour une illustration récente, Cass. crim., 13 sept. 2016, n° 15-85.046 ; *Dr. pén.* 2016, n° 153, obs. P. CONTE. En l'espèce, un médecin n'était intervenu à aucun moment pendant les séances d'épilation au laser suivies par une cliente, laquelle avait subi des brûlures.

516. La doctrine doute d'ailleurs de la nécessité de ce texte, non seulement parce qu'en cas d'entente entre l'auteur des violences et la personne filmant les faits, la complicité peut être caractérisée en retenant le soutien moral apporté à l'auteur principal, mais aussi parce que d'autres textes pouvaient éventuellement retenir. Selon Madame LEPAGE, « l'acte d'enregistrement pourrait même constituer, indépendamment de toute sanction par le biais de la complicité, une infraction autonome, comme le délit de non-assistance à personne en péril », A. LEPAGE, « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *CCE* 2007,

« une présomption de complicité entre lui et l’auteur de l’infraction »⁵¹⁷. Cette présomption résulte directement de l’assimilation du fait de filmer la scène à la complicité⁵¹⁸. En présumant l’existence d’un acte de complicité, le législateur établit donc plus exactement une présomption de relation causale entre le comportement de celui qui filme et de celui qui commet l’infraction, celle-ci prenant la forme d’un soutien moral ou d’une incitation. La question se pose alors de savoir si cette présomption présente un caractère irréfragable – de sorte qu’il importerait peu que l’auteur principal n’ait en réalité pas bénéficié de ce soutien –, ou un caractère simple. Le législateur est resté muet sur ce sujet, se contentant de prévoir que l’enregistrement des images doit être fait « sciemment »⁵¹⁹. Il a par ailleurs prévu certains faits justificatifs fondés sur l’utilité sociale de l’enregistrement réalisé⁵²⁰. Le fait justificatif relatif au but poursuivi pourrait d’ailleurs suggérer que seul ce but légitime serait de nature à renverser la présomption de complicité. Par conséquent, il a été relevé que « si l’on s’en tient à la lettre du texte, le prétendu complice ne pourrait pas utilement soutenir que l’auteur principal ignorait jusqu’à son existence »⁵²¹. Pour autant, une telle solution est difficilement concevable si l’on admet que la complicité repose nécessairement sur une relation causale entre l’activité du complice et l’infraction commise ou tentée par l’auteur principal. La doctrine penche donc en faveur du caractère simple et remarque que, malgré la lettre du texte, « les principes supérieurs [...] devraient [...] assurer le succès de cette défense qui établit l’absence de tout lien de complicité. »⁵²²

En définitive, si l’exigence d’un lien de causalité semble rester le principe, son importance pratique est quelque peu réduite. Ce constat conforte le fait que l’acte de complicité n’est pas en lui-même attentatoire et donc pas intrinsèquement antijuridique⁵²³. Sans doute la répression

étude 13, n° 6.

517. J.-H. ROBERT, *Complicité*, *op. cit.*, n° 91.

518. Code pén. art. 222-33-3 : « Est constitutif d’un acte de complicité des atteintes volontaires à l’intégrité de la personne prévues par les articles 222-1 à 222-14-1 et 222-23 à 222-31 et 222-33 et est puni des peines prévues par ces articles le fait d’enregistrer sciemment, par quelque moyen que ce soit, sur tout support que ce soit, des images relatives à la commission de ces infractions. »

519. Code pén., art. 222-3-3, al. 1.

520. En ce sens, S. DETRAZ, « L’enregistrement d’images de violence : un cas de présomption légale de complicité », *Dr. pén.* 2007, n° 23. Il s’agit de l’enregistrement fait ou diffusé dans un but d’information, ou afin de servir de preuve en justice. Code pén., art. 222-33-3, al. 3.

521. J.-H. ROBERT, *Complicité*, *op. cit.*, n° 92.

522. *Ibid.* Dans le même sens, S. DETRAZ, « L’enregistrement d’images de violence : un cas de présomption légale de complicité », art. préc. : « L’assimilation de l’enregistrement à une hypothèse de complicité apparaît alors par trop excessive et appellerait logiquement la possibilité de renverser la « présomption de complicité ».

523. L’approche de Madame LACAZE qui considère qu’il y a alors « imputation du comportement antijuridique d’autrui » (M. LACAZE, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, th. préc., p. 418, n° 666) semble d’ailleurs aller dans ce sens. La doctrine allemande considère quant à elle que l’atteinte est accessoire et reste à ce titre antijuridique, ce qui se justifie notamment par le caractère immatériel du bien juridique. Ainsi, « le complice à l’infraction est donc punissable, parce que même sans agir typiquement à titre personnel, il porte atteinte au bien juridique – protégé par l’incrimination – de manière médiate, par sa participation aux actes typiques de l’auteur principal. Il se « solidarise avec l’injuste d’autrui », participe au « mépris de la valeur sociale atteinte ». J. WALTHER, *L’antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, th. préc., p. 399.

est-elle tout à fait nécessaire en la matière, mais la complicité ne suit pas le schéma dégagé à titre général car l'un des éléments, l'élément antijuridique, fait défaut.

487. Doutes – Que ce soit en matière de complicité, d'infractions obstacles, de seule contrariété au droit ou de contraventions, la répression peut se révéler nécessaire et justifiée, parce que ces comportements sont susceptibles d'entrer en jeu dans la réalisation d'une infraction. Pour autant, ils ne présentent pas la structure idéale dégagée. Cette spécificité structurelle n'est d'ailleurs qu'une illustration supplémentaire du caractère dérogoire de la répression de ces comportements, s'agissant des infractions obstacles et des infractions de seule contrariété au droit. Il est alors possible de se demander s'ils sont, ou non, des infractions *stricto sensu*.

§ 2. La nature incertaine des faits générateurs de responsabilité

488. Spécificité structurelle et nature des faits générateurs – La responsabilité pénale est le plus souvent envisagée comme unitaire. À l'inverse de la responsabilité civile qui possède différents fondements et peut par suite prendre différentes formes, la responsabilité pénale ne semble devoir être la conséquence que de la commission d'une infraction. C'est la raison pour laquelle l'absence de condition propre à la responsabilité résultant de la réunification des données psychologiques pourrait faire pencher en faveur d'une confusion de la responsabilité et de l'infraction. La première n'aurait qu'un seul type de fait générateur, et c'est alors lui qui apparaîtrait polymorphe. Il ne renverrait pas à une notion unique, mais à plusieurs réalités, structurellement différentes. La définition qui est traditionnellement donnée de l'infraction conforte cette idée. En tant que « la violation d'une loi de l'État, résultant d'un acte externe de l'homme, positif ou négatif, socialement imputable, ne se justifiant pas par l'accomplissement d'un devoir ou l'exercice d'un droit, et qui est punie d'une peine prévue par la loi »⁵²⁴, elle a vocation à prendre des formes variées selon la teneur des comportements incriminés. L'enjeu de cette thèse a pourtant été d'en dégager une structure commune, conforme aux principes généraux de la matière. Si les éléments constitutifs révèlent la structure idéale de l'infraction et son essence, ils en sont aussi – et du même coup – la mesure. Or, l'étude des différents comportements sanctionnés dans le Code pénal a permis de constater que tous ne partageaient pas la même structure.

Ce constat pourrait à lui seul suggérer une incompatibilité dans la structure dégagée. Il n'en est pourtant rien, car les spécificités structurelles qui ont été mises en lumière ne font que conforter le constat par ailleurs évident du caractère dérogoire de ces comportements au regard

524. Cette définition proposée par CARRARA est reprise dans de nombreux manuels. V. not. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, op. cit., p. 47, n° 89.

des règles générales de la matière. Ne faut-il pas alors admettre que l'infraction n'est qu'un fait générateur de responsabilité parmi d'autres ? Elle est le plus abouti et le plus conforme aux principes généraux de la matière. La responsabilité pénale posséderait alors elle aussi plusieurs fondements ; plusieurs faits générateurs, ce qui fort logiquement devrait avoir des conséquences quant au régime de chacun. La réunification des données psychologiques n'emporterait donc pas la confusion des deux notions. On le devine, la spécificité structurelle nous pousse vers une réponse positive. Ces comportements ne partagent pas la structure idéale de l'infraction. Ils sont, en quelque sorte, des formes allégées d'engagement de la responsabilité.

L'irréductibilité de la responsabilité pénale à l'infraction s'observe d'ailleurs déjà : la complicité n'est pas une infraction (A) et n'en suit donc pas le régime. N'est-il pas alors possible de s'interroger sur la nature des autres faits générateurs de responsabilité ne possédant pas tous les éléments propres à l'infraction (B) ?

A. L'absence de nature infractionnelle de la complicité

489. Préalable : une problématique récurrente – Alors que la définition traditionnelle de l'infraction est assez large, la complicité n'est majoritairement pas considérée comme en étant une. Pourtant, elle en vérifie toutes les conditions. Elle est bien un comportement humain volontaire, sanctionné d'une peine. La question de la nature de la complicité – tout comme celle de la tentative – est une problématique récurrente de la matière. S'agissant de la tentative, les hésitations sont moins fortes. Elles restent permises dès lors que la tentative ne présente pas d'autonomie parfaite. En effet, elle ne peut être appréhendée qu'à travers la description d'une incrimination dont elle est une réduction. Plus précisément, ses conditions peuvent être exposées de manière générale à travers les exigences de l'article 121-5 : un commencement d'exécution, une intention de commettre l'infraction commencée et une absence de désistement volontaire. Mais la qualification des faits n'est possible qu'au regard de la description légale de l'infraction tentée. La teneur du commencement d'exécution ainsi que de l'intention dépend des textes d'incrimination. La tentative n'est qu'une infraction inachevée et n'a pas d'éléments propres⁵²⁵ : ils se conçoivent seulement au regard de la définition de l'infraction tentée. Pour

525. *Contra*, J.-Y. MARÉCHAL, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, th. préc., p. 280, n° 408, reprenant et approuvant l'opinion de M. CONTE et estimant que le comportement décrit à l'article 121-5 doit s'analyser en « une infraction à part entière comportant ses propres éléments constitutifs ». En tant qu'infraction autonome, elle pourrait d'ailleurs s'analyser à travers un élément matériel, le commencement d'exécution, et un élément moral, la volonté irrémédiable de commettre l'infraction ou l'absence de désistement volontaire. *Ibid.* Proposant également de séparer la tentative entre un élément moral et un élément matériel, A. PROTHAIS, *Tentative et attentat*, th. préc., p. 341, n°s 477 et s. La Cour de cassation évoque elle aussi les éléments constitutifs de la tentative, v. not. Cass. crim., 18 janv. 1989, n° 88-81.713 ; Cass. crim., 15 mars 1994, n° 93-81.607 ; Cass. crim., 29 juin 1999, *Bull. crim.*, n° 160 ; *JCP E.* 2000, n° 704, note X. PIN ; *RTD com.* 2000, p. 199, obs. B. BOULOC ; *Dr. pén.* 1999, p. 12, obs. J.-H. ROBERT ; Cass. crim., 18 oct. 2000, n° 00-82.876. La tendance est d'ailleurs ancienne, pour dater du

autant, l'infraction tentée reste bien une infraction. Ni sa structure ni son régime ne diffèrent de l'infraction *stricto sensu*. Certes, appréhender la tentative comme une infraction tentée semble la priver *de facto* d'autonomie et donc de nature infractionnelle. Un arrêt au moins peut être cité comme allant dans ce sens. Dans une affaire assez particulière portant sur un problème de procédure en matière de justice militaire, la Cour de cassation avait ainsi jugé « que la tentative d'un crime ou d'un délit constitue une des modalités de l'infraction dont elle forme le commencement d'exécution. ». Elle ajoute « qu'elle est liée à cette infraction par un lien étroit et qu'elle ne saurait en être séparée pour être érigée en infraction autonome »⁵²⁶. Cet arrêt est particulièrement intéressant, car il est le seul où la Cour s'est prononcée expressément sur cette question. La solution a pu être approuvée en ce que la tentative ne peut exister comme crime spécial. Elle ne serait « qu'un aspect particulier de cette infraction ; plus, elle est cette infraction même [...] mais empêchée dans sa réalisation. »⁵²⁷. Reste que l'arrêt est ancien et isolé. Il est au demeurant contredit par l'admission de la complicité de tentative⁵²⁸. Enfin, le fait que les éléments de la tentative dépendent de ceux de l'infraction tentée ne suffit pas à remettre en cause le fait qu'elle soit par ailleurs une infraction. En effet, cela ne signifie pas qu'en commettant une tentative, l'auteur ne commette pas une infraction. Il s'agit alors simplement d'une infraction tentée⁵²⁹. L'article 121-4 du Code pénal va d'ailleurs dans ce sens lorsqu'il définit l'auteur de l'infraction comme celui qui commet les faits incriminés ou tente de les commettre⁵³⁰.

490. L'emprunt de criminalité, obstacle au caractère infractionnel – En revanche, les hésitations en matière de complicité sont bien plus importantes. Bien que répondant aux critères traditionnels de l'infraction, elle demeure un mode original d'engagement de la responsabilité qui possède une structure différente de celle de l'infraction *stricto sensu*. L'originalité de ce

développement du recours aux éléments constitutifs, et la Cour avait pu affirmer que « le commencement d'exécution d'une tentative de crime et l'interruption de cette tentative par des circonstances indépendantes de la volonté de son auteur [...] sont les éléments constitutifs nécessaires pour qu'elle existe » Cass. crim., 23 avr. 1846, *Bull. crim.*, n° 99.

526. Cass. crim., 8 août 1947 ; *D.* 1948, p. 293, note A.-L. P.

527. A.-L. P. note sous Cass. crim., 8 août 1947, *D.* 1948, p. 293.

528. V. par ex. Cass. crim., 19 mars 1998, n° 97-86.694. À l'inverse, la tentative de complicité n'est pas admise, ce qui penche en faveur de l'absence de nature infractionnelle de la complicité. Sur cet écart et ses conséquences, v. not. C. GERTHOFFER, « La tentative et la complicité » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, Cujas, 1965, p. 153. Encore faut-il préciser que l'explication pourrait être étrangère à la nature de la tentative. Pendant très longtemps, la tentative a été assimilée parfaitement à l'infraction consommée (l'article 2 énonçait que la tentative devait être « considérée comme le crime même »), de sorte qu'elle était soumise au même régime et pouvait ainsi parfaitement servir de support à un acte de complicité. Messieurs CHAUCHEAU et HÉLIE expliquaient d'ailleurs à ce propos dans leur commentaire des articles 2 et 3 de l'ancien Code que les complices de tentative « doivent être punis comme les complices du crime consommé ; cela résulte de l'article 2 qui assimile au crime même la tentative » (A. CHAUCHEAU et F. HÉLIE, *Théorie du Code pénal*, *op. cit.*, p. 395, n° 265). La double assimilation contenue dans le code pénal entre l'infraction tentée et l'infraction consommée d'une part, et entre le complice et l'auteur de l'infraction d'autre part imposait cette solution.

529. En ce sens, L. SAENKO, *Le temps en droit pénal des affaires*, th. préc., p. 149, n° 209 : « un crime tenté est bien un crime... et [...] tenter un crime constitue bien un crime... mais un crime tenté ».

530. *Ibid.*

fait générateur s'explique habituellement par la théorie sur laquelle il repose d'emprunt de criminalité.

Différents systèmes sont concevables en la matière⁵³¹, chacun reposant sur une théorie propre et ayant des conséquences particulières⁵³². En France, le Code de 1810 avait adopté la théorie de l'emprunt de criminalité⁵³³, reposant sur l'idée selon laquelle « l'acte du complice est dépourvu de criminalité propre »⁵³⁴. Il ne fait « que l'emprunter à l'acte accompli par l'auteur principal »⁵³⁵. Selon cette théorie, la complicité ne peut donc pas s'analyser en une infraction⁵³⁶, car le comportement du complice n'est criminel qu'au regard de celui de l'auteur principal. Le complice ne commet pas d'infraction, il s'associe à l'action infractionnelle d'un autre, dont il emprunte la criminalité. Comme le soulignent Messieurs MERLE et VITU, un tel emprunt interdit d'analyser la complicité en une infraction autonome puisque « la criminalité de l'acte de complicité n'apparaît [...] qu'en vertu du reflet projeté par les agissements criminels de l'auteur. Le complice n'a pas personnellement commis une infraction autonome qui serait juxtaposée à celle de l'auteur »⁵³⁷. Ce fondement théorique de la complicité se présente donc comme un obstacle dirimant à l'analyse de celle-ci comme une infraction⁵³⁸. Il a d'ailleurs conduit à des spécificités procédurales, relatives notamment à l'impossibilité de sanctionner une tentative de complicité. La tentative, pour être retenue, implique en effet nécessairement que son objet soit soit un crime soit un délit. Cette exigence, expressément prévue par le Code pénal⁵³⁹, a pour conséquence, dans le cas où le comportement tenté n'est ni un crime ni un délit, de faire obstacle à la qualification juridique de la tentative. Pour cette raison, la tentative de complicité n'est pas susceptible d'être sanctionnée.

La question a eu un écho très particulier, notamment en raison du célèbre arrêt *Lacour*⁵⁴⁰. Dans cet arrêt, il s'agissait de savoir si la tentative de complicité pouvait être retenue alors même que l'infraction dont la personne voulait se rendre complice n'avait pas été commise. En l'espèce, un tueur à gages embauché en vue d'un assassinat s'était contenté de simuler l'enlèvement de la victime afin d'obtenir son salaire, avant de dénoncer l'instigateur à la police. Ce dernier,

531. Il n'est pas ici question de traiter de toutes les hypothèses spéciales de complicité et des régimes particuliers prévus selon les matières, mais de se concentrer sur la théorie générale de la complicité, tel que prévue par l'article 121-7 du Code pénal.

532. Pour un exposé des différents systèmes, v. S. FOURNIER, *Complicité*, *op. cit.*, n^{os} 3 et s.

533. *Ibid.*, n^o 8.

534. S. FOURNIER, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », art. préc.

535. *Ibid.*

536. R. GARRAUD, *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., *op. cit.*, t. 3, p. 78, n^o 915 : « le fait de complicité ne constitue nullement par lui-même une infraction. ».

537. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 523, n^o 462.

538. Ce qui crée d'ailleurs une difficulté considérable lorsque les auteurs considèrent en outre que l'infraction est la seule cause de responsabilité pénale.

539. Code. pén. art. 121-4, deuxièmement.

540. Se faisant l'écho de ce débat et critiquant l'ancienne impunité de l'instigateur, C. GERTHOFFER, « La tentative et la complicité » in Mél. Maurice Patin, *op. cit.*

s'étant contenté de donner les instructions en vue de la commission de l'assassinat, il ne pouvait être poursuivi pour tentative de ce crime⁵⁴¹. Ses actes ne tendaient en effet qu'à aider l'auteur principal à commettre une infraction finalement non réalisée. Seule pouvait donc être retenue la prévention de complicité, mais aucune infraction n'ayant été commise ou tentée, il n'y avait qu'une tentative de complicité d'assassinat⁵⁴². Or, s'agissant d'une telle qualification, la doctrine quasi unanime estimait déjà qu'elle n'était pas punissable en France⁵⁴³, ce qu'a confirmé la Cour de cassation⁵⁴⁴. La solution a par la suite été réaffirmée : une telle tentative n'est passible d'aucune peine, la tentative de complicité n'étant pas prévue par la loi⁵⁴⁵. Or, et dès lors que « les articles [...] qui prévoient et répriment la complicité des crimes et délits ont une portée générale et s'appliquent à toutes les infractions. »⁵⁴⁶, la solution ne peut s'expliquer que par le fait que la complicité n'a pas la qualité d'infraction. Il n'est pas possible d'essayer de se rendre complice, si cette tentative est totalement infructueuse, car l'acte de complicité pris isolément et indépendamment de toute autre infraction ne peut servir de support à la tentative. Refuser la répression de la tentative de complicité conduit donc à admettre que la complicité n'ayant pas la qualité d'infraction autonome, elle ne peut pas être juridiquement qualifiée de crime ou de délit. La solution, même si elle pouvait paraître choquante du point de vue de l'impunité de l'instigateur⁵⁴⁷, était donc parfaitement justifiée au regard de la théorie de l'emprunt de criminalité.

491. L'effacement de l'emprunt de criminalité – On le voit, la responsabilité pénale peut avoir d'autres sources que l'infraction *stricto sensu* et l'effacement de l'emprunt de criminalité n'est pas de nature à remettre en question cette nature particulière de la complicité. Car il est certain qu'aujourd'hui l'emprunt de criminalité ne peut plus être une justification suffisante à l'absence de caractère infractionnel. Le législateur a pris des distances avec cette théorie et si un emprunt subsiste, il n'est plus que partiel. Alors que l'article 59 de l'ancien Code posait la règle de principe selon laquelle « les complices d'un crime ou d'un délit seront punis de la même

541. V. néanmoins R. COMBALDIEU, « Le problème de la tentative de complicité, ou le hasard peut-il être arbitre de la répression », *RSC* 1959, p. 454. L'auteur s'interrogeait sur la possibilité de retenir une tentative à l'égard du donneur d'ordres en retenant une acception large du commencement d'exécution, proposition majoritairement contestée dans les commentaires relatifs au second arrêt *Lacour*.

542. En ce sens, à l'occasion du premier arrêt *Lacour*, R. VOUIN note sous Cass. crim., 25 juin 1959, *JCP* 1959, II, 11288.

543. *Ibid.*

544. Cass. crim., 25 oct. 1962, *Bull. crim.*, n° 292 (*Lacour*) et 293 (*Benamar*) ; *D.* 1963, p. 221, note P. BOUZAT ; *JCP* 1963, II, 12985, note R. VOUIN ; *RSC* 1963, p. 553, obs. A. LÉGAL.

545. Cass. crim., 23 mars 1978, *Bull. crim.*, n° 116 ; *D.* 1979, p. 319, note B. BOULOC.

546. Cass. crim., 24 nov. 1980, *Bull. crim.*, n° 314.

547. En réponse à cette jurisprudence, de nombreux auteurs ont plaidé en faveur de l'intégration du cas spécifique de l'instigation non suivie des faits (voir not. C. GERTHOFFER, « La tentative et la complicité » in Mél. Maurice Patin, *op. cit.*). Après un échec lors de la refonte du Code pénal, le choix a été fait d'une incrimination spéciale du mandat criminel à l'article 221-5-1 du code pénal. Sur cette incrimination, v. not. A. PONSEILLE, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du code pénal », art. préc.

peine que les auteurs mêmes de ce crime ou de ce délit », l'article 121-6 du nouveau Code se contente de prévoir que « sera puni comme auteur le complice de l'infraction ». Or, cette nouvelle rédaction et la mention « comme auteur » s'avèreraient être bien plus une référence qu'un emprunt, cela afin d'éviter les difficultés nées de l'ancienne rédaction⁵⁴⁸. En effet, la théorie absolue de l'emprunt de criminalité qui semblait consacrée dans l'ancien Code avait fait l'objet de critiques pour l'artifice sur lequel elle reposait et pour les conséquences auxquelles elle pouvait conduire⁵⁴⁹. Le Doyen CARBONNIER avait à ce titre proposé une analyse de la complicité comme délit distinct « conditionné »⁵⁵⁰. Selon lui, la complicité pourrait parfaitement s'analyser en une infraction autonome et serait composée d'un élément matériel, d'un élément psychologique et d'« une sorte d'élément juridique : le caractère délictueux de l'action d'autrui avec laquelle les agissements du prévenu ont été en relation »⁵⁵¹. CARBONNIER s'appuyait sur l'analyse des infractions de conséquence et, notamment, de l'infraction de recel et relevait ainsi que rien ne s'opposait à analyser un comportement comme une infraction ayant pour origine une autre infraction. Par cette analyse, il proposait des solutions aux critiques faites à la théorie concurrente de l'emprunt de criminalité, théorie présentant notamment des imperfections du point de vue de la répression.

Si la théorie de la complicité délit distinct n'a pas été consacrée dans le nouveau Code, la nouvelle rédaction a tout de même emporté un relatif effacement de l'emprunt de criminalité. Il ne faut certes pas exagérer la portée de la modification opérée, qui est pour beaucoup liée à l'admission de la responsabilité pénale des personnes morales⁵⁵². Conserver l'identité parfaite de répression entre le complice et l'auteur pouvait, du point de vue des sénateurs, s'avérer problématique dans le cas où l'auteur et le complice seraient l'un personne morale, l'autre personne physique, la répression des personnes morales étant envisagée différemment de celle des personnes physiques⁵⁵³. Le choix a donc été fait d'abandonner le caractère absolu de l'emprunt de criminalité, par une nuance dans l'assimilation : le complice est désormais assimilé à un auteur⁵⁵⁴ ; il est « puni comme auteur »⁵⁵⁵. Cette nuance n'a vraisemblablement pour conséquence que de punir le complice comme s'il avait été auteur de l'infraction aidée⁵⁵⁶, si bien que l'assimilation ne conduit pas à faire du complice un auteur d'infraction. Le législateur a

548. En ce sens, P. PONCELA, « Livre I du nouveau code pénal », *RSC* 1993, p. 455.

549. V. principalement J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal », *JCP* 1952, I, 1034, et J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », *JCP* 1975, I, 2720.

550. J. CARBONNIER, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal », art. préc.

551. *Ibid.*

552. J.-H. ROBERT, *Complicité*, *op. cit.*, n° 5.

553. *Débats parlementaires du Sénat*, *op. cit.*, p. 642.

554. J. PRADEL, « Le nouveau code pénal (partie générale) », *D.* 1993, p. 163.

555. Code pén. art. 121-7.

556. *Débats parlementaires du Sénat*, *op. cit.*, p. 648.

en effet souhaité une sorte de gradation dans la responsabilité : le complice demeure un simple collaborateur à l'infraction⁵⁵⁷ ; il n'a pas lui-même commis les faits incriminés. Toutefois, il semble aujourd'hui évident que l'emprunt n'est plus absolu et déjà sous l'ancien Code, il était admis que l'emprunt portait essentiellement sur la qualification des faits⁵⁵⁸.

492. Une originalité en retrait – Le caractère relatif de l'emprunt de criminalité s'accompagne par ailleurs d'une perte de spécificité dans le traitement de la complicité. Celle-ci se rapproche d'une infraction autonome à la fois par le traitement qui en est fait et par une certaine confusion entre les qualités d'auteur et de complice.

Quant au traitement tout d'abord, la complicité est parfois qualifiée de crime ou de délit par la jurisprudence : il est ainsi souvent évoqué le délit de complicité⁵⁵⁹. La terminologie utilisée procède alors d'une inversion des termes, car il ne s'agit pas tant de délit de complicité que de complicité de délit. Même relatif, l'emprunt de qualification entre la complicité et l'infraction aidée ne devrait pas transmettre à la complicité la qualité d'infraction pénale. L'inversion mérite donc d'être soulignée, car elle est significative quant aux incertitudes relatives à la nature juridique de la complicité. Par ailleurs, la complicité est souvent analysée à travers des éléments qui lui sont propres. La division traditionnelle s'adapte à l'analyse de la complicité qui posséderait donc un élément matériel d'acte d'assistance et un élément moral d'intention de s'associer à un comportement délictueux. À ces éléments constitutifs s'ajoute parfois un élément légal ne tenant alors pas à l'existence d'un texte d'incrimination, mais à l'existence d'un fait principal punissable⁵⁶⁰. Très majoritaire dans les manuels de droit pénal, l'analyse de la complicité à travers des éléments constitutifs semble s'être imposée. L'on trouve ainsi cette approche dans les ouvrages de Monsieur DONNEDIEU DE VABRES⁵⁶¹, de Monsieur DECOCQ⁵⁶², de Messieurs MERLE et VITU⁵⁶³, et plus récemment dans les manuels de Madame RASSAT⁵⁶⁴, de

557. *Ibid.*, p. 640.

558. Monsieur ROBERT estimait ainsi qu'il était préférable de parler d'« unité de qualification » plutôt que d'emprunt de criminalité, car l'emprunt n'est pas total. « Il reste cependant que quelque chose « s'emprunte », se transmet d'une action vers l'autre : la qualification juridique ». J.-H. ROBERT, « Imputation et complicité », art. préc. Dans le même sens, E. DREYER, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 799, n^{os} 1097 et s.

559. Pour n'en citer que quelques uns, Cass. crim., 25 fév. 2015, n^o 13-86.95 ; Cass. crim., 6 janv. 2015, n^o 14-81.189 ; Cass. crim., 23 mars 2005, *Bull. crim.*, n^o 102 ; Cass. crim., 7 fév. 2006, *Bull. crim.*, n^o 33 ; Cass. crim., 31 janv. 2007, *Bull. crim.*, n^o 25.

560. En ce sens, v. not. B. BOULOC, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 226, n^{os} 242 et s. Sans toutefois le qualifier d'élément légal, la Cour de cassation considère ainsi elle aussi que le fait principal punissable est un des éléments constitutifs de la complicité. V. not. Cass. crim., 16 fév. 2011, n^o 10-82.114 : « le fait principal d'homicide volontaire [...] constitue un des éléments constitutifs de la complicité ». Dans le même sens, Cass. crim., 6 mars 2013, n^o 12-80.368.

561. H. DONNEDIEU DE VABRES, *Précis de droit criminel*, *op. cit.*, p. 204, n^o 524.

562. A. DECOCQ, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 247.

563. R. MERLE et A. VITU, *Traité de droit criminel*, *op. cit.*, p. 527, n^o 468.

564. Madame RASSAT estime que la « complicité est une façon particulière de commettre un acte pénalement répréhensible. Elle est *lato sensu* une infraction ». Elle comprend de ce fait une condition préalable, un élément matériel et un élément moral. M.-L. RASSAT, *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 407, n^o 353.

Monsieur BOULOC⁵⁶⁵, de Messieurs CONTE et MAISTRE DU CHAMBON⁵⁶⁶ ou encore de Messieurs DESPORTES et LE GUIHNEC⁵⁶⁷.

Les difficultés de distinction entre le coauteur et le complice vont en outre également dans ce sens⁵⁶⁸. Théoriquement, la distinction entre les deux catégories est aisée à faire. Là où le complice ne fait que s'associer à l'action criminelle, le coauteur, lui, accomplit l'action principale en tous ses éléments⁵⁶⁹ : l'un commet l'infraction, l'autre un acte d'assistance. Cela dit, la Cour de cassation traite parfois celui qui n'a fait qu'aider comme un auteur⁵⁷⁰, tandis que l'assimilation du complice à l'auteur de l'infraction prive également de conséquences pratiques la distinction⁵⁷¹.

Enfin, la jurisprudence ne semble pas totalement hostile à la répression de la complicité de second degré, ce qui pourrait être en argument un faveur de son autonomie. Si l'on réfute l'analyse de la complicité comme une infraction, la complicité de complicité ne peut pas être retenue, justement parce qu'une infraction principale est indispensable. Le comportement d'un complice n'ayant pas de nature infractionnelle propre, l'aide apportée à ce dernier ne devrait pas tomber sous le coup de l'article 121-7. Pendant longtemps, la jurisprudence a refusé d'admettre qu'une telle complicité puisse être retenue⁵⁷². Cette solution, approuvée par certains auteurs, était en partie justifiée par l'emprunt de criminalité, mais aussi par la rédaction du texte incriminant la complicité. L'article 60 de l'ancien Code pénal visait, pour la complicité par aide ou assistance, la personne ayant apporté son concours à l'auteur d'un crime ou d'un délit⁵⁷³. Cette rédaction devait donc s'opposer à ce que l'on puisse être complice d'un autre complice, car l'aide ne pouvait être apportée qu'à l'auteur direct de l'infraction. La solution avait toutefois pu

565. B. BOULOC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 226, n^{os} 242 et s.

566. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général*, op. cit., p. 234, n^o 407.

567. F. DESPORTES et F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, op. cit., p. 516, n^o 537 : les auteurs concluent : « la complicité comporte des éléments matériels et un élément intellectuel qui lui sont propres ».

568. La confusion entre les deux qualités est souvent critiquée. V. par. ex. S. FOURNIER, *Complicité*, op. cit., n^o 45 : « il apparaît qu'en pratique, les notions sont souvent malmenées, voire amalgamées. On peut en effet observer que, parfois, des complices sont qualifiés de coauteurs et qu'inversement, des coauteurs sont traités en complices. ».

569. V. not. D. ALLIX, *Essai sur la coaction, contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, 1976, LGDJ, not. p. 121, n^o 122 et p. 179, n^o 181, qui revient sur la jurisprudence fondée sur la distinction entre les actes extrinsèques et intrinsèques à l'action.

570. Jugeant par exemple que « c'est à tort que les juges du fond ont considéré comme complice d'un délit de vol, le prévenu ayant arrêté son véhicule automobile, après 23 heures, à proximité d'un château, en un point idéal pour contrôler les voies d'accès et de dégagement, donner l'alerte et permettre une retraite sûre ; il se déduit de ces constatations que ledit prévenu, en faisant le guet, s'est comporté comme un coauteur. » Cass. crim., 25 janv. 1973 ; *Gaz. Pal.* 1973, Somm. p. 94, note J.-P. DOUCET ; *RSC* 1974, p. 580, obs. J. LARGUIER.

571. Elles demeurent toutefois, notamment dans le cas de certaines circonstances aggravantes, certaines se transmettant au complice alors que l'infraction aggravée ne pourrait être reprochée à un coauteur. E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc., p. 19, n^o 10.

572. Sur le débat doctrinal relatif à cette question et l'évolution jurisprudentielle, v. A. VITU obs. sur Cass. crim., 30 mai 1989, *RSC* 1990, p. 325, et J.-Y. MARÉCHAL obs. sur Cass. crim., 15 déc. 2004, *JCP* 2005, II, 10050.

573. Pour les autres types de complicité (complicité par dons, promesses, menaces, abus d'autorité ou de pouvoir prévue à l'alinéa 1 ou par fourniture d'armes ou de moyens prévue à l'alinéa 2), le code visait par contre « l'action qualifiée de crime ou de délit ».

être affirmée de manière générale par la Cour de cassation : « la complicité au second degré, ou complicité de complicité n'est pas punie légalement »⁵⁷⁴. Pourtant, sous l'empire de l'ancien Code, des arrêts avaient déjà admis la répression du complice de second rang. Dans un arrêt de 1989, notamment, la Cour avait jugé qu'entraient dans les prévisions de la complicité des instructions données en vue de la commission d'une infraction, mais non directement par le complice. Un tiers pouvait ainsi servir d'intermédiaire dans la transmission, sans pour autant faire obstacle à la répression du donneur d'instructions initial⁵⁷⁵. Il est à noter que cet arrêt portait sur une complicité par fourniture d'instructions, complicité prévue à l'alinéa 1 de l'article 60 de l'ancien Code et donc liée au crime ou au délit et non pas à l'auteur de ce crime ou de ce délit⁵⁷⁶. Il n'était donc pas possible d'en déduire une admission générale de la complicité par intermédiaire. Or, la solution a été réaffirmée par un arrêt très remarqué du 15 décembre 2004. Il a été jugé que « l'aide ou l'assistance apportée en connaissance de cause à l'auteur de l'escroquerie, même par l'intermédiaire d'un autre complice, constitue la complicité incriminée par l'article 121-7 du code pénal »⁵⁷⁷. Cet arrêt est le premier à admettre explicitement et de manière générale la répression de la complicité de second rang⁵⁷⁸ et pourrait aller dans le sens d'un effacement de la spécificité de la complicité.

493. Une originalité structurelle – Pour autant, et bien que ces différents arguments atténuent très certainement la spécificité de la complicité, ils ne sont pas suffisants à faire douter de l'originalité de ce fait générateur⁵⁷⁹ qui conserve une spécificité structurelle très marquée et qui ne peut être totalement assimilé à une infraction. Il demeure un comportement participatif dénué d'antijuridicité propre. Or, cette spécificité structurelle permet justement d'expliquer certaines solutions, là où les spécificités relatives au régime ne peuvent être totalement convaincantes

574. V. not. Cass. crim., 24 nov. 1980, *Bull. crim.*, n° 214. GARÇON approuvait d'ailleurs cette solution. V. E. GARÇON, *Code pénal annoté, op. cit.*, t. 1, note sous art 60, n° 276.

575. Cass. crim., 30 mai 1989, *Bull. crim.*, n° 222 ; RSC 1990, p. 325, obs. A. VITU. V. égal. J. POUYANNE, *L'auteur moral de l'infraction*, th. préc., p. 123, n°s 143 et s.

576. Selon Monsieur VITU, la solution devait être généralisée dès lors qu'il est établi « avec certitude, que le complice indirect a collaboré, activement et en connaissance de cause, à des agissements dont il savait le caractère délictueux ». Ainsi, « l'assimilation de la complicité indirecte à la complicité directe ne doit pas être limitée à la seule hypothèse de la fourniture d'instructions, comme on pourrait le soutenir à la lecture de l'arrêt de 1989. » A. VITU, obs. sur Cass. crim., 30 mai 1989, préc.

577. Cass. crim., 15 déc. 2004, *Bull. crim.*, n° 322 ; RSC 2005, p. 298, obs. G. VERMELLE ; D. 2005, p. 2128, note G. ROYER ; JCP 2005, II, 10050, obs. J.-Y. MARÉCHAL. Adde C. GIRAULT, « Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice », D. 2008, p. 1714.

578. En ce sens, G. ROYER note sous Cass. crim., 15 déc. 2004, D. 2005, p. 2128.

579. V. toutefois, O. DÉCIMA, *L'identité des faits en matière pénale*, th. préc., p. 193, n° 345 et n° 346 : « la cause de l'action publique [...] ne saurait se limiter au seul fait principal » car elle « doit également inclure les actes d'exécution de la complicité [...], qui ne peuvent être considérés comme de simples circonstances accessoires ». L'auteur en conclut qu'« en ce domaine, le fait infractionnel est donc complexe », ce qui rappelle l'idée selon laquelle « les modes accessoires de participation criminelle sont des infractions à part entière, distinctes du délit principal ». Il traite néanmoins de manière similaire le recel et la complicité. Or, s'il est indéniable que les infractions de conséquence ont bien la qualité infractionnelle, l'affirmation demeure discutable quant à la complicité.

dès lors qu'elles ne sont pas propres à la complicité⁵⁸⁰. Par contre, la particularité du lien de causalité qui relie un acte de participation à une infraction commise ou tentée justifie, à elle seule, aussi bien l'absence de répression de la tentative de complicité, que la possibilité de sanctionner le complice par intermédiaire. Dans le premier cas, et au-delà du problème relatif au fait principal, que l'infraction principale n'ait pas été tentée, ou que le comportement du complice n'ait finalement été d'aucun secours, aucun lien de causalité de participation n'existe. La causalité est dans ces cas purement hypothétique et ne peut en aucun cas être vérifiée. Or, même si la Cour de cassation allège la preuve de ce lien grâce à l'admission du soutien simplement moral, elle semble exiger qu'un rapport de causalité puisse être établi. L'absence de tout lien de causalité fait obstacle à la qualification du comportement du complice⁵⁸¹. À l'inverse, dans le cas de complicité par intermédiaire, le rapport causal peut être vérifié⁵⁸². Il est certes encore plus distendu, mais il y a bien un lien de causalité participatif entre le comportement accompli par le complice par intermédiaire et la commission de l'infraction principale, l'aide fut-elle apportée par un intermédiaire (qu'il soit d'ailleurs ou non de bonne foi). Peu importe que la complicité intermédiaire soit retenue ou non, car elle n'est pas le fait principal de la complicité⁵⁸³. Admettre la répression en ce cas marque certes un certain relâchement du lien de concertation exigé entre l'auteur et le complice⁵⁸⁴, mais cela ne revient pas à accorder à cette cause de responsabilité une nature infractionnelle dès lors que l'acte direct de complicité n'est pas une infraction autonome servant de support à l'acte de même nature antérieur. L'un et l'autre se réfèrent à une infraction principale, commise ou tentée et c'est elle seule qui est le support des différents actes de complicité. La certitude du lien de causalité participatif devrait

580. Les infractions non-intentionnelles, par exemple, ne peuvent faire l'objet ni d'une tentative ni d'une complicité, encore que la solution soit discutée en doctrine. Ainsi, selon Monsieur ROBERT, la complicité est concevable si le complice avait conscience de s'associer à la réalisation d'une infraction. Sur cette question, v. égal. F. ROUSSEAU, « Complice ou auteur indirect d'une infraction non intentionnelle ? », art. préc. Pour une admission récente de complicité de blessures involontaires, v. Cass. crim., 13 sept. 2016, n° 15-85.046 ; *Dr. pén.* 2016, n° 153, obs. P. CONTE.

581. Le législateur a par contre parfois sanctionné de manière autonome des faits de tentative de complicité, lorsque ces faits ont manqué leur objectif. (v. par ex. le mandat criminel ou les différentes hypothèses de sanction de provocation non suivies d'effet). Ces comportements intègrent alors la catégorie dite des infractions obstacles.

582. La solution de l'arrêt du 15 décembre 2004 a ainsi pu être approuvée dès lors que dans le nouveau Code pénal « le rapport causal exigé par le législateur doit s'établir entre l'aide et l'assistance fournies par le complice et l'infraction principale, et non pas entre le complice et l'auteur ». J.-Y. MARÉCHAL, obs. sur Cass. crim., 15 déc. 2004, préc. Comp. E. DREYER, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 798, n° 1096 : « une telle solution ne contrevient pas au principe de légalité dès lors que l'article 121-7 du Code pénal traite d'une complicité à l'infraction et non au délinquant. ».

583. Par contre, la complicité de second rang devrait rester pour sa part non punissable (En ce sens, Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 407, n° 386 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 353). La distinction tient au fait qu'en cas de complicité indirecte, la participation reste en relation directe avec le fait principal punissable (Y. MAYAUD, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 407, n° 386), le complice sachant par ailleurs aider l'auteur principal, alors qu'en cas de complicité de second degré, le complice a simplement conscience d'aider un autre complice, sans savoir à quoi serviront ses diligences. En ce sens, J.-H. ROBERT, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 353.

584. En ce sens, C. GIRAULT, « Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice », art. préc.

par conséquent permettre de retenir la complicité dans cette hypothèse.

Par ailleurs, l'amalgame entre complicité et coaction résulte d'une confusion qui est regrettable. L'intérêt de la distinction entre la coaction et la complicité n'est plus à démontrer⁵⁸⁵ et devrait donc demeurer. À ce titre, le lien de causalité pourrait ici encore être mis à profit, car l'auteur de l'infraction est celui qui commet l'atteinte ou tente de la commettre. Même si le lien de causalité peut être indirect et non exclusif, il n'est pas sous-tendu par une idée d'association à l'activité d'un tiers. La qualification de l'activité du coauteur se fait donc à travers une analyse générale du comportement sous son angle antijuridique – autrement dit suivant l'approche générale proposée. À l'inverse, si le rapport de causalité se révèle déformé, parce que de type participatif, c'est sur le fondement de la complicité que le comportement pourra éventuellement être sanctionné. Ce critère rejoint celui proposé par Madame BARON dans sa thèse, qui estime que « dans la mesure où le coauteur participe à sa propre infraction, il semble être celui qui possède un pouvoir d'action sur le résultat de celle-ci assez intense pour la faire sienne. Au contraire, parce que le complice participe à l'infraction d'autrui, son pouvoir d'action sur le résultat infractionnel, son rôle causal, peut se contenter d'être plus ténu. [...] L'intensité causale de la participation pourrait alors apparaître comme un critère distinctif entre coaction et complicité. »⁵⁸⁶

En définitive, la spécificité structurelle vient en renfort de la théorie de l'emprunt de criminalité, pour justifier à la fois de la nature particulière de la complicité et des règles auxquelles ce fait générateur de responsabilité est soumis⁵⁸⁷. Il convient alors de se demander si les autres comportements qui ne présentent pas la structure idéale dégagée ne pourraient pas également être des faits générateurs de responsabilité non infractionnels.

B. La possible absence de nature infractionnelle de certains faits générateurs de responsabilité

494. La complicité, fait générateur parmi d'autres – L'originalité de la complicité et son absence de nature infractionnelle trouve ses sources et sa raison d'être dans des motifs tout à fait particuliers qui ne se retrouvent pas pour les autres comportements ne présentant pas la structure tripartite dégagée. Toutefois, cette originalité démontre que la responsabilité et l'infraction ne se confondent pas. L'infraction est la principale cause de responsabilité pénale,

585. E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc.

586. *Ibid.*, p. 173, n° 204.

587. Cette spécificité structurelle se retrouve d'ailleurs dans toutes les formes de complicité, là où l'emprunt de criminalité peine à s'appliquer à la complicité par instigation. Sur ce point, v. A. DARSONVILLE, « Faut-il étendre la notion générale de complicité ? » in *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, sous la dir. de G. BEAUSSONIE, LGDJ, 2015, p. 151, spéc. p. 159.

mais elle n'en est à l'évidence pas l'unique. Il existe donc, en droit pénal, au moins une cause de responsabilité qui n'est pas, *stricto sensu*, une infraction. Pourtant, la complicité fait bien l'objet d'une définition dans le Code pénal et est bien sanctionnée d'une peine, fusse par renvoi⁵⁸⁸. Par conséquent, il semble possible d'admettre qu'à côté de l'infraction *stricto sensu* il existe d'autres modes d'engagement de la responsabilité. L'on pense ici aux différents comportements relevant aujourd'hui des infractions obstacles, techniques ou de contraventions qui ne présentent pas de caractère attentatoire et un élément psychologique atrophié à l'excès.

L'intérêt de cette approche peut être double. Tout d'abord, elle permet de rappeler le caractère dérogatoire de la répression en la matière, laquelle devrait donc demeurer exceptionnelle. Car si la répression peut apparaître justifiée, elle intervient ici au mépris de certains principes fondamentaux (refus d'une répression systématique trop tôt sur l'*iter criminis*, refus de la sanction de comportements strictement objectifs etc.). Ensuite, elle permet une certaine cohérence dans le régime de ces comportements qui peuvent théoriquement faire l'objet d'une complicité ou d'une tentative, mais qui sont en fait assez peu compatibles avec eux. Car ces différents comportements sont à y regarder de plus près assez peu propices à faire l'objet de ces hypothèses et ce, à raison de leur spécificités structurelles.

495. Une tentative peu concevable – S'agissant de la tentative tout d'abord, elle se conçoit difficilement aussi bien pour les comportements relevant actuellement de la catégorie des infractions obstacles que pour les infractions dites formalistes ou techniques (et est par ailleurs exclue en matière contraventionnelle). Pour les secondes, l'exécution matérielle se produit en un trait de temps et ne suppose pas d'atteinte, de sorte qu'un commencement d'exécution ne se conçoit pas. Par ailleurs, l'atrophie de leur dimension subjective peut également être perçue comme un obstacle à la répression de la tentative. Quant aux infractions obstacles, le propos pourrait être nuancé, car il serait possible de concevoir le commencement d'exécution au regard de l'exécution achevée de ces infractions. Comme tout comportement pénalement sanctionné, la caractérisation des infractions en ses différents éléments marque théoriquement la consommation, si bien qu'un début d'exécution du comportement décrit dans le texte pourrait s'analyser en un commencement d'exécution de cette infraction particulière. Pour autant, le commencement d'exécution a toujours été défini de manière générale et au regard des différentes étapes du schéma du crime. S'il dépend nécessairement du comportement incriminé lorsqu'on l'applique à une incrimination en particulier, il bénéficie d'une définition générale dans l'étude

588. Il semble peu approprié de parler ici d'incrimination. V. S. DETRAZ, « La nature de la complicité », *Gaz. Pal.* 2015, n° 307 : « la complicité d'infraction n'est ni une incrimination [...] ni une infraction ». L'on peut certes se demander si le terme renvoie simplement à l'exigence de définition du comportement pénalement sanctionné ou plus spécifiquement à l'érection du comportement en infraction. Sur ce point, l'article 121-4 du Code pénal qualifie d'auteur celui qui « commet les faits incriminés ». Le complice n'étant pas à proprement parler un auteur, c'est donc que les faits décrits à l'article 121-7 ne sont pas à proprement parler *incriminés*.

du chemin du crime et a, à ce titre, toujours été distingué des actes préparatoires, non punissables car équivoques. C'est donc à partir du résultat redouté par le législateur qu'il doit être possible de déterminer le commencement d'exécution de l'infraction considérée. Par conséquent, pour les infractions obstacles, non seulement l'infraction manquée ne se conçoit pas (par hypothèse, le résultat redouté ne doit pas avoir été atteint), mais encore la tentative suspendue est-elle impossible, ces infractions étant commises en amont du commencement d'exécution.

Comme pour les infractions non intentionnelles, l'explication tient à la définition de la tentative punissable. Cependant, pour ces dernières, il ne s'agit que d'une incompatibilité résultant d'une différence de degré dans la volonté exigée. On ne peut pas avoir l'intention de commettre une infraction qui n'est pas intentionnelle. Pour les infractions obstacles, l'impossibilité est bien plus fondamentale parce qu'elle tient au fait que le comportement ne se conçoit pas comme un commencement d'exécution. Il n'y a pas une différence de degré ici, il y a une impossibilité structurelle.

496. Une complicité peu concevable – De la même manière, la spécificité structurelle des infractions obstacles rend difficilement concevable la complicité. L'acte de complicité entretient en principe un rapport causal avec l'atteinte résultant de l'infraction principale soit par la provocation à la causer, soit par l'aide apportée à l'auteur et ayant concouru à la causer. Or, en matière d'infractions obstacles, la relation de causalité ne peut exister dans les mêmes termes. Elle ne pourrait porter que sur le comportement en lui-même, mais sans être en lien avec une infraction en particulier. Théoriquement et grâce au caractère général de l'article 121-7 du Code pénal, une provocation ou une aide à la commission d'une infraction obstacle est envisageable. Toutefois, non seulement l'aide ne sera apportée qu'au fait matériel, mais encore la caractérisation de la provocation ou de l'aide et de son rapport de causalité avec le comportement accompli peut être difficile à démontrer. Surtout, une difficulté peut surgir dans certaines hypothèses, car si une atteinte survient, l'infraction principale pourra être non intentionnelle. La complicité ne pourra alors pas être caractérisée au regard de l'infraction principale, mais uniquement au regard de la faute, si elle est elle-même constitutive d'une infraction obstacle. Des juridictions de premier degré ont ainsi retenu la complicité de conduite en état d'ivresse à l'encontre d'un restaurateur routier ayant servi de l'alcool à un conducteur déjà ivre⁵⁸⁹, ou des personnes ayant soutenu leur collègue ivre pour le conduire jusqu'à sa voiture en sachant qu'il envisageait de rentrer chez lui en voiture⁵⁹⁰, des accidents étant survenus. Toutefois, si certains auteurs se prononcent en faveur de la répression, les décisions sont rares et

589. T. pol. Bar-sur-Seine, 20 mars 1980, *Gaz. Pal.* 1982, 2, somm. 284.

590. Angers, 3 oct. 2006, *JCP* 2007, IV, 2029.

non unanimes⁵⁹¹. Quant à la Cour de cassation, elle ne s'est jamais expressément prononcée sur ce point. Or, la solution peut poser problème, car le cumul de qualification entre l'infraction obstacle et l'infraction matérielle ou formelle consommée n'est en principe pas possible⁵⁹². S'agissant de la conduite sous l'influence de l'alcool, il semble qu'elles ne puissent pas être retenues cumulativement⁵⁹³. Par principe, « le conducteur ne peut se voir condamner sur la base de plusieurs incriminations. Il convient de trouver dans ces infractions une seule action coupable qui correspond à un fait juridique unique »⁵⁹⁴. En cas d'accident de la route, il y aura donc une dissociation problématique entre l'infraction retenue comme fait principal support de la complicité (délit de conduite sous l'empire d'un état alcoolique)⁵⁹⁵ et celle caractérisée à l'encontre du conducteur (blessures ou homicide involontaires aggravés).

De la même manière, les infractions obstacles de participation à un groupement ou d'association de malfaiteurs s'avèrent peu compatibles avec la sanction de la complicité. La complicité n'est ici pas exclue et des auteurs ont pu se demander si elle ne pourrait pas être retenue à l'encontre de celui qui fournirait par exemple les locaux à une association, mais sans par ailleurs y participer activement⁵⁹⁶. Si rien dans les textes ne s'y oppose totalement, la confusion entre les qualités d'auteur et de complice qui résulte de la sanction autonome de ces comportements de participation rend peu concevable la complicité. Comme le souligne Madame BARON, « le fait de fournir au groupement un local lui permettant de se réunir est ainsi constitutif du délit, puisqu'il s'analyse comme une participation à part entière déjà constitutive de l'entente ou du groupement, alors même qu'en vertu des principes classiques du droit pénal général, la fourniture de moyens est considérée comme un acte de complicité. Plus encore, la complicité étant justement un mode de participation, la complicité d'association de malfaiteurs ne peut donc se concevoir, car tout acte de complicité est déjà un acte constitutif de l'infraction [...] »⁵⁹⁷ La solution semble pouvoir être généralisée à toutes les hypothèses d'assistance ou de provocation sanctionnées de manière autonome. Assez logiquement, la spécificité structurelle de ces infractions se prolonge donc dans une spécificité procédurale, ce qui irait dans le sens d'une nature particulière de ces comportements.

591. V. J.-P. CÉRÉ, *Rép. dr. pén.*, Conduite (Influence alcool - Usage stupéfiants), 2013, n° 13, et les décisions citées par l'auteur.

592. V. Cass. crim., 11 sept. 2001, *Bull. crim.*, n° 176 ; RSC 2002, p. 106, obs. Y. MAYAUD ; *Gaz. Pal.* 2002, p. 34, note Y. MONNET, en matière de risques causés à autrui. La Cour de cassation a néanmoins récemment admis le concours idéal de qualification entre le délit de risques causés à autrui et la contravention d'excès de vitesse. Cass. crim., 16 nov. 2016, à paraître ; *D. actualité* 2016, obs. C. FONTEIX ; *AJ pén.* 2017, p. 83, obs. J.-P. CÉRÉ.

593. En ce sens, J.-P. CÉRÉ, *Conduite (Influence alcool - Usage stupéfiants)*, *op. cit.*, n° 14.

594. *Ibid.*

595. Code de la route, art. L234-1.

596. Se prononçant en faveur de la complicité, A. VITU, Participation à une association de malfaiteurs, *op. cit.*, n°s 46 et s., cité par E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc., p. 53, n° 40. Pour une position plus nuancée, M. CULIOLI et P. GIOANNI, Association de malfaiteurs, *op. cit.*, n°s 100 et s.

597. E. BARON, *La coaction en droit pénal*, th. préc., p. 53, n° 40.

497. La peine, marqueur de l'infraction ? – Bien sûr, la complicité au moins est concevable pour certains comportements relevant de ces catégories et le législateur a d'ailleurs expressément prévu la complicité par aide ou assistance pour certaines contraventions⁵⁹⁸. Néanmoins, de manière générale, on remarque que les spécificités structurelles font très souvent obstacle à la caractérisation d'une tentative ou d'une complicité. Il ne s'agit pas ici seulement de variations de degrés dans la teneur de la donnée principale de l'un des éléments, mais réellement d'une spécificité structurelle et du caractère dérogoire de la sanction de ces comportements. La spécificité structurelle apparaît en fait être un révélateur supplémentaire d'une certaine anormalité en la matière et l'on voit que la responsabilité peut avoir différentes sources. L'une répond à une logique d'atteinte et à une structure parfaitement tripartite (infractions matérielles et formelles), tandis que les deux autres répondent soit à une logique purement légaliste (infractions dites formalistes et contraventions), soit à une logique préventive (infractions obstacles) et présentent un ou plusieurs éléments en moins⁵⁹⁹.

La matière gagnerait sans doute en cohérence si, plutôt que de multiplier les exceptions à l'admission de la tentative et de la complicité, l'on parvenait à délimiter plus efficacement le champ de l'infraction. L'infraction n'est pas – ou plutôt ne devrait pas être – polymorphe. Elle est une notion unique répondant à une logique particulière. En soi, il est vrai, l'infraction est une notion très générale qui renvoie essentiellement à l'interdit : « le crime n'est pas dans l'acte, mais dans le rapport de l'acte avec la règle : ce qui le constitue, c'est la violation, l'infraction, la transgression, tous vocables qui impliquent l'idée d'un conflit de force »⁶⁰⁰. Le terme est emprunté du latin *infractio*, *-onis*, rupture, de *infrangere*, briser, et contient l'idée de transgression, de violation d'une loi ou d'un engagement⁶⁰¹. Sa caractéristique principale, surtout au regard de notre conception légaliste, vient donc de ce rapport entre un comportement et la transgression de la loi qu'il réalise ; entre l'acte et le droit. L'infraction est cela avant tout. Elle est donc une notion large, polymorphe et dépendante de l'interdit en question. Mais cette caractéristique n'a jamais été jugée suffisante. L'infraction ne se définit pas seulement par l'incrimination et la peine. La doctrine a complété la définition en venant préciser ce que recouvrait l'interdit, ce qu'il fallait entendre par « acte », par comportement pénalement sanctionné. Et ce rôle de précision de ce qu'est l'infraction est revenu aux éléments constitutifs.

598. L'admission de la complicité pour les contraventions est très certainement un obstacle à l'absence de caractère infractionnel de ces comportements pénalement sanctionnés. Mais l'on rejoint ici finalement la position des auteurs s'interrogeant sur l'opportunité de maintenir ou non les contraventions dans le strict champ du droit pénal (v. *supra*, n° 433). Si les contraventions devaient relever d'une procédure administrative et, à ce titre, ne plus être à proprement parler des infractions pénales, la question de la complicité serait nécessairement à repenser.

599. Disparition de l'élément antijuridique, voire de l'Epsy pour les premières ; disparition de l'élément antijuridique et atrophie de l'élément matériel pour les secondes.

600. P. FAUCONNET, *La responsabilité*, *op. cit.*, p. 275.

601. *Dictionnaire Le trésor de la langue française*, v° Infraction.

Si l'infraction se définit extérieurement et formellement par l'incrimination et la peine, elle se définit intérieurement et matériellement par ses éléments, lesquels la délimitent et tracent les frontières de l'interdit; de ce que peut saisir le droit pénal dans le respect d'un nécessaire équilibre dans la préservation des libertés.

Car la peine et l'incrimination ne peuvent suffire à délimiter l'infraction. Qu'est-ce, finalement, que l'incrimination, sinon la mesure érigeant un comportement en infraction⁶⁰², en lui associant une peine? Si la description dans un texte est indispensable, ce qui fait finalement le critère de l'infraction et son signe distinctif, est essentiellement la peine qui vient le sanctionner, la notion d'infraction s'identifiant en premier lieu par ses effets⁶⁰³. Or, la peine est elle-même une notion qui présente certaines incertitudes. Elle est définie comme un « châtiment édicté par la loi [...] à l'effet de prévenir et, s'il y a lieu, de réprimer l'atteinte à l'ordre social qualifiée d'infraction »⁶⁰⁴, d'où il suit qu'en tant que châtiment, elle présente un caractère afflictif et un caractère infamant⁶⁰⁵. Afflictive, elle l'est dès lors qu'elle frappe le condamné dans sa liberté, son patrimoine ou ses droits et lui impose une souffrance. Infamante, elle l'est parce qu'elle désigne à la réprobation sociale celui qu'elle atteint⁶⁰⁶. Ces deux caractères, habituellement présentés par la doctrine, sont les principales caractéristiques de la peine, qui l'opposent, au moins théoriquement, aux mesures de sûreté⁶⁰⁷, ou à d'autres types de sanctions ne présentant pas, à proprement parler, de caractère pénal. La peine possède donc une dimension répressive marquée, qui en fait une sanction tout à fait particulière. Par ailleurs, lui sont attachées des fonctions spécifiques d'intimidation, de sanction, de rétribution, de reclassement, voire éventuellement de réparation⁶⁰⁸.

Si la distinction théorique est aisée une fois les caractéristiques et fonctions de la peine exposées, la distinction pratique l'est par contre bien moins. Les caractères de cette dernière de même que ses fonctions rejoignent parfois celles d'autres mesures ou sanctions qui ne sont pas, par nature, pénales. Ainsi, la distinction entre peine et mesure de sûreté est parfois complexe, pour ne dépendre finalement que de la terminologie employée par le législateur. En effet,

602. V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Incrimination. Comp. J.-P. DOUCET, *Dictionnaire de droit criminel*, [en ligne] ledroitcriminel.fr : l'incrimination est « le fait, pour le législateur, de décider que telle action ou omission sera désormais, non seulement interdite, mais encore réprimée par une sanction pénale. » En outre, c'est justement à travers les éléments constitutifs que le comportement incriminé est décrit. V. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., précisant plus exactement que l'incrimination est une « mesure de politique criminelle consistant pour l'autorité compétente (en principe le pouvoir législatif), à ériger un comportement déterminé [...] en infraction, en déterminant *les éléments constitutifs* de celle-ci et la peine applicable. » Nous soulignons.

603. Rien ne s'oppose à cela dès lors que les notions se forment à partir d'une systématisation doctrinale ayant pu établir « l'implication d'un certain nombre d'effets de droit réguliers » X. BIOY, « Notions et concepts en droit, Interrogations sur l'idée d'une distinction » in *Les notions juridiques*, op. cit.

604. G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, préc., v° Peine.

605. EN CE SENS, E. BONIS-GARÇON ET V. PELTIER, *Droit de la peine*, 2^{ème} éd., LexiNexis, 2015, p. 2, n° 5.

606. *Ibid.*

607. EN CE SENS, R. MERLE ET A. VITU, *Traité de droit criminel*, op. cit., p. 826, n° 655.

608. V. B. PAILLARD, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, 2007, LGDJ.

certaines mesures de sûreté présentent incontestablement un caractère afflictif, en atteignant la personne dans sa liberté ou dans ses droits. La rétention de sûreté en est sans doute l'exemple le plus prégnant. Quant au caractère infamant, il n'est pas certain qu'il soit moins marqué dans ce cas qu'en matière de peine proprement dite. La peine ne parvient même pas à se distinguer par son caractère punitif, car certaines mesures de sûreté présentent également un tel caractère⁶⁰⁹. L'on pense ici encore à la rétention de sûreté, mais également à certaines mesures dont des auteurs font remarquer qu'elles sont par ailleurs des peines⁶¹⁰.

En outre, peines et mesures de sûreté se rejoignent également parfois dans leurs fonctions. En effet, la peine « revêt une fonction à caractère rétributif »⁶¹¹, mais elle a aussi des fonctions d'élimination, de prévention ou d'intimidation⁶¹², ainsi que de réadaptation⁶¹³. Quant à la mesure de sûreté, elle « tend à protéger la société et, partant, à prévenir un état dangereux, sans égard pour la commission avérée d'une infraction pénale. Elle peut viser soit le traitement ou la réinsertion de l'intéressé, soit la surveillance ou la neutralisation de l'intéressé »⁶¹⁴. Les fonctions ne sont donc pas totalement identiques, mais elles se rejoignent quant à la protection de la société par la prévention et l'objectif de réinsertion⁶¹⁵. Ainsi, si théoriquement la mesure de sûreté « se présente comme le reflet inversé de la peine puisqu'elle n'est pas une punition d'une faute pénale et ne repose donc pas sur la culpabilité de son auteur, mais un état dangereux qu'elle a pour vocation de faire cesser pour l'avenir »⁶¹⁶, en pratique, les deux se rejoignent parfois. Les hésitations et revirements de qualification qui ont pu avoir cours à l'occasion de la loi sur le jugement et les mesures applicables aux personnes déclarées irresponsables pour cause de trouble mental sur le fondement de l'article 122-2 sont d'ailleurs significatifs à cet égard⁶¹⁷.

609. V. J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2009, n° 26. Le principal critère serait donc organique pour dépendre de l'autorité compétente. V. N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 14, n° 6. Mais même ce critère n'apparaît finalement pas déterminant.

610. E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., p. 7, n° 13. Les auteurs donnent l'exemple des mesures pouvant être déclarées à l'encontre de ceux déclarés pénalement irresponsables et que l'on trouve à l'art. 131-6 du Code pénal.

611. C. SAAS, *J. Cl. Pénal Code*, Synthèse 50 — Peines applicables aux personnes physiques, 2016, n° 2.

612. B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011, p. 7, n° 9 ; A. BEZIZ-AYACHE, *Dictionnaire de droit pénal général et de procédure pénale*, 5^{ème} éd., Ellipses, 2011, « Peine » ; J.-P. CÉRÉ, Peine (nature et prononcé), op. cit., n° 4. La prévention est alors « négative » : il s'agit « de dissuader d'autres criminels potentiels de faire de même ». J. WALTHER, « À justice équitable, peine juste ? », *RSC* 2007, p. 23.

613. B. BOULOC, *Droit de l'exécution des peines*, op. cit., p. 8, n° 11. Cette fonction est désormais affirmée à l'article 130-1 du Code pénal : « Afin d'assurer la protection de la société, de prévenir la commission de nouvelles infractions et de restaurer l'équilibre social, dans le respect des intérêts de la victime, la peine a pour fonctions : 1° De sanctionner l'auteur de l'infraction ; 2° De favoriser son amendement, son insertion ou sa réinsertion. »

614. C. SAAS, Synthèse 50 — Peines applicables aux personnes physiques, op. cit., n° 2.

615. Encore qu'ici la prévention ne passe pas par la peur de la sanction.

616. E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., p. 5, n° 10.

617. Sur les hésitations de la Cour de cassation quant à la qualification des mesures applicables en cas d'irresponsabilité pénale pour trouble mental, v. not. H. MATSOPOULOU, « L'application des « peines », puis des « mesures de sûreté », aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences », art. préc. ; J. PRADEL, « Nature et application dans le temps des mesures créées par la loi du 25 février 2008 à l'égard des criminels atteints d'un trouble mental », *D.* 2010, p. 471.

Et que dire des sanctions « ayant le caractère d'une punition »⁶¹⁸ qui, bien qu'extra-pénales, sont marquées d'un caractère punitif évident et sont soumises, à ce titre, à certains principes applicables aux peines proprement dites ? L'on pense également, enfin, à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à la matière pénale qui permet, là aussi, de soumettre certaines sanctions à des principes équivalents, bien qu'elles ne relèvent pas en droit interne du droit pénal⁶¹⁹, justement à raison de leur caractère punitif. Cette juridiction a une approche autonome de la peine et ne s'estime pas liée par les qualifications retenues en droit interne lorsqu'il s'agit de savoir si une sanction donnée est, ou non, une peine. Elle utilise à cet effet plusieurs critères, et s'attache notamment « à la procédure relative à l'adoption et à l'exécution de la mesure »⁶²⁰, afin de déterminer si son régime juridique présente un caractère répressif⁶²¹. Elle prend en compte également son volet punitif à travers son but et sa nature⁶²². La solution est alors particulièrement étonnante, puisque l'un des critères principaux dans la détermination des peines tient au fait qu'une telle sanction est prononcée en réponse à la commission d'une infraction. Ainsi, la Cour estime que « le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour infraction »⁶²³. L'on voit alors toute l'ambiguïté d'une solution qui veut que l'infraction s'identifie par la peine et que la peine s'identifie par l'infraction⁶²⁴. Si la peine et l'infraction s'identifient par le lien entre un comportement décrit et la sanction qui lui est associée, tout comportement faisant l'objet d'une sanction n'est-il pas alors une infraction, et toute sanction pouvant être prononcée en réponse à un comportement n'est-elle pas une peine ?

En définitive, la peine et l'incrimination ne sont pas des éléments suffisants de définition de l'infraction⁶²⁵, et ne permettent pas non plus de savoir ce qu'est intrinsèquement une infraction, laissant le législateur seul maître de la question. Ces éléments de définition doivent

618. L'expression est utilisée par le Conseil constitutionnel : v. entres autres Cons. const., 29 nov. 2011, n° 2011-199 QPC ; *AJDA* 2012, p. 578, note M. LOMBARD, S. NICINSKI et E. GLASER ; *RSC* 2012, p. 184, obs. J. DANET, cons. 6 : « Considérant que l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose : « 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 » ; que les principes ainsi énoncés [prescription des poursuites] ne concernent pas seulement les peines prononcées par les juridictions pénales mais s'étendent à toute sanction ayant le caractère d'une punition ». Sur cette jurisprudence, v. not. J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », art. préc.

619. V. not. M. DELMAS-MARTY, « Réflexion sur la matière pénale » in *L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui, actes du colloque de l'Université Montpellier I*, op. cit.

620. E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., p. 45, n° 95, citant CEDH, 9 fév. 1995, *Welch c/Royaume-Uni*, Série A, n° 307A ; *RSC* 1996, p. 470, obs. KOERING-JOULIN, §28. V. égal. V. BERGER, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 13^{ème} éd., Sirey, 2014, p. 406, n° 4.

621. E. BONIS-GARÇON et V. PELTIER, *Droit de la peine*, op. cit., p. 45, n° 95.

622. *Ibid.*, p. 45, n° 96.

623. *Ibid.*, p. 41, n° 88, citant CEDH, 9 fév. 1995, *Welch c/Royaume-Uni*.

624. Par ailleurs, la Cour ne s'estime pas non plus liée par les qualifications en droit et utilise ses propres critères pour déterminer s'il y a ou non infraction, qui sont eux-mêmes dépendants de la sanction. *Ibid.*, p. 42, n° 91 et s.

625. Sur l'insuffisance de la peine dans l'identification de l'infraction à raison de la faiblesse de ses caractères, v. égal. N. STONESTREET, *La notion d'infraction pénale*, th. préc., p. 13, n° 6 et s.

donc d'être complétés, car l'infraction ne peut être constituée de n'importe quel comportement. Et ils peuvent l'être par les éléments de l'infraction, qui déduits de structure idéale, en sont aussi la mesure. À ce titre, le « tout infractionnel » n'est pas souhaitable, parce qu'il nuit à la conceptualisation de l'infraction en réunissant sous un même vocable des faits générateurs de responsabilité structurellement différents. C'est la raison pour laquelle il est possible de se demander si, exceptionnellement, la responsabilité pénale ne trouverait pas sa cause dans un autre acte pénalement répréhensible que l'infraction. Ces actes, bien que sanctionnés d'une peine et à ce titre intégrés dans la division tripartite des infractions, ne sont pas des infractions *stricto sensu* et n'en suivent pas parfaitement le régime, à l'instar de la complicité. N'avons-nous pas, en droit pénal aussi, plusieurs formes de responsabilité ? L'une générale est la plus aboutie, car la plus respectueuse des principes de la matière, une autre est dérogatoire. Elle ne possède pas les mêmes composantes et permet une répression plus souple. Ce caractère dérogatoire peut au demeurant être problématique en cette matière, car des libertés sont prises avec les principes fondamentaux permettant de garantir un certain équilibre dans l'exercice des libertés individuelles. C'est là s'interroger sur le lien très particulier qui unit la peine à l'infraction. La peine détermine pour beaucoup le régime procédurale applicable. Tous les comportements définis dans le Code pénal ou sanctionnés d'une peine sont concernés. Mais la peine suffit-elle à donner à un comportement la qualité d'infraction, à ce titre susceptible d'être tenté ou aidé ? L'infraction est nécessairement sanctionnée d'une peine, mais la peine, dont le *quantum* et la nature déterminent les règles procédurales applicables, est-elle véritablement le révélateur de l'infraction et de l'infraction seulement ? Il ne nous semble pas, car ce rôle revient en définitive aux éléments constitutifs qui, déduits des principes généraux auxquels est soumise l'infraction, en délimitent aussi la notion ⁶²⁶.

* *
*

498. Conclusion du Chapitre 2 – La composition proposée de l'élément psychologique de l'infraction a nécessairement des répercussions quant à la notion de responsabilité pénale. Cette dernière est en effet perçue comme la conséquence de l'imputation à un individu de l'infraction commise par lui. Si les conditions traditionnellement rattachées à l'imputabilité sont

626. « L'identification d'une notion suppose le choix des éléments constitutifs qui la particulariseront » (G. QUINTANE, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit » in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5), ces éléments devant être « les mêmes dans les différents cas, et non pas différents dans une série de ce qu'ils sont dans une autre [...], car différence signifie ici contrariété » (C. EISENMANN, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridiques », *Archives de philosophie du droit, La logique du droit* 1966, t. 11, p. 25).

théoriquement des préalables à la volonté, cette perception de la responsabilité conduit à les envisager dans un second temps, au moment où l'auteur des faits en est reconnu responsable. La conséquence majeure du rattachement de ces conditions à la responsabilité est alors que la disparition d'une de ces conditions laisse subsister l'existence légale de l'infraction. Elle ne fait obstacle qu'à la responsabilité. La réunion des conditions psychologiques au sein de l'élément du même nom et la prise de position en faveur de leur vérification lors de la caractérisation de l'infraction conduit logiquement à remettre en question cette approche. La disparition de la circonstance de discernement ou de celle de liberté font obstacle à la caractérisation de l'infraction sous son angle subjectif. La responsabilité pénale est donc paralysée en amont, à raison de l'impossibilité de qualifier pénalement les faits. Les conséquences de cette position sont nombreuses. Toutefois leur effet pratique a pu être relativisé. Au regard de la responsabilité civile, tout d'abord, il n'est pas certain que cette approche emporte des conséquences majeures. En cette matière, les auteurs font en effet appel à des principes propres au droit civil dans la résolution des difficultés pouvant naître en cas d'infraction justifiée ou d'absence de culpabilité. Ainsi, la majorité des solutions resterait inchangée, notamment parce que la responsabilité civile est objective. La réparation du préjudice causé demeurera possible sur le fondement des règles propres à cette matière. Seule la possibilité de sanctionner le complice se heurtera à une difficulté majeure. Dès lors que l'article 121-7 du Code pénal ne se contente pas d'un fait objectivement punissable, la complicité ne pourra pas être retenue dans le cas où l'infraction n'est pas caractérisée. La solution est toutefois la même que celle valant en matière de justification objective et peut paraître tout aussi injustifiée. Elle résulte directement de l'emprunt de criminalité sur lequel est fondée la répression du complice.

Par ailleurs, la réunion des données subjectives au sein de l'infraction aurait pu conduire à faire disparaître l'intérêt d'une distinction entre la responsabilité et son fait générateur, celui-ci devenant la conséquence directe et immédiate de celle-là. Il n'en est pourtant rien, car la responsabilité ne possède pas un fait générateur unique. Bien qu'il soit possible de voir dans l'infraction la seule source de responsabilité pénale, la solution a finalement toujours été admise, dès lors que la complicité n'a jamais été considérée comme une infraction. Cette approche originale de la complicité est totalement justifiée et est confortée par la spécificité structurelle de ce fait générateur de responsabilité. La répression est ici nécessaire et fondée sur un rapport de causalité participatif, mais les composantes de la complicité ne recourent pas parfaitement celles de l'infraction. Loin de remettre en cause le schéma proposé, le constat illustre l'utilité théorique des éléments constitutifs. Au-delà du fait qu'ils sont un outil utile à la qualification pénale des faits, ils sont également un outil utile à la définition de l'infraction et à l'approfondissement de l'étude de la notion. Leur intérêt théorique peut également servir à cela : distinguer au sein des différents faits générateurs de responsabilité ceux qui répondent à la définition générale de

l'infraction et doivent donc en suivre le régime, de ceux qui, bien que pouvant donner lieu à une déclaration de responsabilité restent en marge de la notion. L'infraction est le fait générateur par excellence de la responsabilité. Il en est la forme la plus aboutie, mais non nécessairement exclusive.

* *
*

499. Conclusion du Titre 2 – L'analyse de l'infraction sous son angle subjectif a été l'occasion de revenir sur son élément le plus complexe. Il s'agit, lors de l'analyse du comportement d'un point de vue subjectif, de s'intéresser à la perception qu'a eue l'agent de son acte, ce qui soulève de nombreuses difficultés. Elles sont liées non seulement à l'impossibilité de rapporter une preuve directe de la volonté, mais aussi à la difficulté de décomposer les données psychologiques. Une telle décomposition ne peut être que théorique, pour s'inscrire dans une démarche didactique. Mais en pratique, l'intention est forcément appréhendée comme un tout et induite de l'analyse du comportement. C'est pour cette raison, notamment, qu'il a pu être proposé une remise en cause du mécanisme d'imputation de l'infraction. Traditionnellement, les auteurs envisagent les conditions d'imputabilité à l'occasion de l'étude de la responsabilité. Cette démarche est trompeuse. Elle fait de ces conditions des conditions extérieures à l'infraction, mais encourage aussi leur prise en compte dans un second temps, après sa caractérisation. Pour cette raison, l'infraction demeure caractérisée malgré la disparition d'une des conditions d'imputabilité. Pourtant, le discernement et la liberté sont des prérequis. Que le juge les considère acquis est une chose, mais elles sont indissociables de la volonté ou de l'intention. L'intégrité de la notion d'infraction et la cohérence de l'exercice de qualification imposent de réunir ces données dans l'élément psychologique. Elles intéressent directement la qualification des faits, parce qu'elles participent de la perception qu'a eue l'agent de son acte et, donc, de la vérification de la volonté ou de l'intention de l'agent.

La réunification des données psychologiques ne devrait toutefois pas conduire à une confusion entre l'infraction et la responsabilité, car les faits générateurs de responsabilité pénale ne sont pas réductibles à l'infraction. Parce qu'ils expriment les différentes composantes de l'infraction, les éléments en sont aussi la mesure. Certes, les divers faits générateurs de responsabilité font l'objet d'un traitement uniforme dans le Code pénal. Ils sont tous sanctionnés d'une peine et, à ce titre, relèvent de la division tripartite de l'infraction, mais l'intérêt des éléments constitutifs peut ne pas être seulement pratique. Il peut également être théorique, en donnant ou redonnant à la notion d'infraction identité et cohérence.

500. Conclusion de la Partie 2 – Cette seconde partie a permis d’envisager la composition précise des différents éléments de l’infraction. À l’identification substantielle de *l’élément constitutif* et des *éléments constitutifs* de l’infraction devait logiquement suivre l’analyse structurelle de chacun. Ce n’était qu’à cette condition que la structure de l’infraction pouvait être réellement précisée. Composites et fonctions des exigences particulières des différents textes d’incrimination, chaque élément se caractérise par une donnée principale, commune à toutes les infractions, mais dont l’intensité sera sujette à variation. Pour l’élément matériel, il s’agira du fait d’exécution, pour l’élément antijuridique de l’atteinte et pour l’élément moral, de la volonté. Chacune est entourée et précisée par différentes circonstances qui révèlent la particularité de chaque incrimination. Leur diversité ne doit pourtant pas faire perdre de vue l’intégrité et l’invariabilité de la structure de l’infraction. Déduits des principes généraux de la matière, les éléments constitutifs permettent de circonscrire l’infraction. Ils en sont la mesure de *l’infraction* et permettent de l’identifier.

Tous les comportements pénalement sanctionnés ne répondant pas à cette structure générale, il devenait indispensable de s’interroger sur les liens existants entre l’infraction et la responsabilité. En droit pénal, l’on réduit trop souvent l’une à l’autre, parce que l’infraction est le principal fait générateur de responsabilité. Mais en est-elle pour autant l’unique ? Une réponse négative devait être apportée, ne serait-ce qu’au regard de la particularité de la complicité. Plus largement et plus généralement, il semble que la responsabilité pénale connaisse différents faits générateurs. Le principal est bien évidemment l’infraction, mais il n’est pas le seul. Tout comme en droit civil, des modes allégés de responsabilité semblent exister. Ils ne sont pas totalement contraires à l’économie de la matière dès lors que la nécessité de la répression apparaît parfois justifiée. Mais ils demeurent dérogatoires et marqués par une spécificité structurelle. La peine n’apparaît alors plus un critère déterminant dans la distinction et l’identification de l’infraction. Elle en est très certainement un indicateur, mais il n’est absolument pas certain qu’elle en soit le marqueur.

Conclusion générale

501. La remise en question d'une construction – Malgré une utilisation parfois approximative des éléments constitutifs de l'infraction, il y a dans l'affirmation selon laquelle ils sont un instrument « irremplaçable »⁶²⁷ une part de vérité. Toujours discutée, souvent malmenée, parfois contestée, la division de l'infraction se maintient avec une insolente constance qui est un indice de la solidité de ses fondements.

Historiquement, les éléments constitutifs ont permis d'imposer aux juges certaines vérifications dans la déclaration de culpabilité, le comportement devant être caractérisé aussi bien matériellement que moralement. Cette double approche était l'expression d'une conception de la responsabilité pénale et d'une certaine délimitation du comportement infractionnel. Aussi les éléments constitutifs ont-ils été repris et utilisés par la doctrine dans l'analyse de l'infraction. En droit pénal général, ils sont devenus les éléments communs à toutes les infractions, dont le juge ne peut faire l'économie lors de la qualification. C'est de cette simple idée que la nature des éléments constitutifs peut être déduite. Les éléments permettent de dégager les conditions essentielles de la responsabilité et, par suite, mettent en lumière un schéma invariable de qualification des faits. Il faut ici abandonner l'idée d'une construction de l'infraction par la somme de ses éléments. Elle n'est pas une addition de conditions autonomes, car l'infraction n'est pas construite : elle est commise. Elle est un comportement pénalement qualifié. C'est à ce titre que les éléments trouvent toute leur utilité : ils guident le juge dans son exercice de qualification en l'invitant à envisager le comportement sous différents angles. Les éléments ne sont rien d'autre, mais c'est en cela qu'ils interdisent au juge une appréciation trop rapide des faits⁶²⁸.

Cependant, pour pouvoir utiliser efficacement les éléments, encore faut-il parvenir à les identifier. Ce n'est qu'en parvenant à dégager un schéma valable pour toutes les infractions que les éléments peuvent efficacement guider le juge. En outre, le schéma de qualification doit

627. P. CONTE et P. MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, p. 171, n° 301.

628. Prêtant cette fonction aux éléments constitutifs, J.-H. ROBERT, « Histoire des éléments de l'infraction », art. préc.

être invariable parce que l'infraction repose sur un certain nombre de principes. L'identification d'un tel schéma est nécessaire, mais elle ne peut être faite à partir de l'analyse des différentes incriminations. Il ne s'agit pas de se demander quels caractères ou traits communs ressortent de ces dernières. Il faut se demander si l'infraction prise en tant qu'objet d'étude du droit pénal général présente certains caractères et pourquoi. À dire vrai, la réponse s'impose d'elle-même à raison des principes sur lesquels l'infraction repose. Les éléments constitutifs ne permettent pas seulement de qualifier les faits. Ils permettent aussi d'exprimer les composantes essentielles de l'infraction, de mettre en perspective les caractéristiques du comportement infractionnel et, ainsi, de révéler la physionomie particulière de l'infraction.

502. La physionomie de l'infraction – Deux principes ont justement pu être dégagés. Le premier est le principe général de complémentarité du fait et de la volonté. Celui-ci conduit à faire de l'infraction un comportement volontaire et participe d'une conception subjective de la responsabilité pénale. Le second est le principe de nécessité. Ce principe renvoie aux fondements et aux limites du droit de punir, mais il n'existe pas véritablement de critères d'appréciation de la nécessité des incriminations. La dangerosité ou la gravité sont aujourd'hui souvent évoquées en doctrine, sans pour autant permettre un encadrement de la production législative. Ils sont des concepts trop fuyants pour pouvoir être utilement mobilisés. Pourtant, le critère de gravité pourrait permettre un tel encadrement, pour peu que l'on parvienne à le définir. La théorie allemande de l'antijuridicité peut être à ce titre une source d'inspiration et de réflexion pour le juriste français. Il ne s'agit pas de proposer une transposition parfaite de l'élément allemand. Une telle transposition n'est ni possible, ni souhaitable. Nos cultures juridiques sont fondamentalement différentes, de même que notre approche de l'infraction. En outre, la théorie allemande n'est pas exempte de défauts et échoue en partie dans l'encadrement du pouvoir de punir. Malgré tout, elle présente des intérêts fondamentaux qui méritent d'être exploités. C'est notamment en ayant recours à ce concept que la doctrine allemande a proposé un critère d'appréciation de la nécessité des incriminations. Elle l'a déduit du but du droit pénal : celui de protection des biens juridiques. Ce faisant, le caractère attentatoire du comportement a été placé au cœur de la réflexion et de la conception retenue de l'infraction. Elle est, en Allemagne, un comportement antijuridique. C'est de cette idée qu'il est possible de s'inspirer, parce que l'approche française du droit pénal n'est pas totalement détachée de l'objectif de protection des valeurs essentielles. Surtout, l'antijuridicité allemande permet de dégager un critère objectif d'appréciation de la gravité du comportement et, par suite, de la nécessité de l'incrimination. Ce critère tient au caractère attentatoire ou potentiellement attentatoire du comportement. L'infraction n'est pas seulement un comportement volontaire, c'est aussi un comportement d'une particulière gravité, en ce qu'il porte atteinte à une valeur essentielle de la société.

Ces deux principes – la complémentarité d'une part, la nécessité d'autre part – donnent sa physionomie à l'infraction. Ils se retrouvent dans ses différentes composantes et sont exprimés dans ses éléments constitutifs. Trois éléments ont ainsi pu être dégagés, qui invitent le juge à une analyse du comportement sous différents angles pour le qualifier. Ils tiennent objectivement aux éléments matériel et antijuridique et subjectivement à l'élément psychologique.

503. Les éléments, révélateurs de l'infraction – De nature forcément composite, ces éléments ont dû être approfondis afin de déterminer ce que chacun recouvre. Pour l'élément matériel, il s'agit du fait d'exécution de l'infraction. Pour l'élément antijuridique, il s'agit du caractère attentatoire des faits. Ce caractère s'entend de la réalisation du résultat redouté par le législateur ou du pouvoir causal du comportement au regard de la possibilité de survenance de ce résultat. C'est en effet une approche concrète de cet élément qui doit être privilégiée, plus compatible avec l'analyse française et avec la fonction de qualification des éléments. Par ailleurs, chaque donnée principale est entourée d'un certain nombre de circonstances constitutives qui la particularisent. Ainsi, le fait s'insère dans un contexte factuel qui devra être apprécié par le juge. Quant à l'atteinte dans l'élément antijuridique, elle porte sur la circonstance relative à la valeur. Enfin, le contexte psychologique de la volonté exerce une influence sur la caractérisation de l'infraction.

Ainsi précisés, les éléments constitutifs révèlent la structure du comportement infractionnel, envisagé dans son ensemble. Il s'agit d'une structure idéale et de principe. Mais elle présente l'intérêt de mettre en perspective les spécificités structurelles de certains comportements pénalement réprimés. Bon nombre de comportements fulminés de peines présentent un élément psychologique atrophié et sont par ailleurs dépourvus d'antijuridicité, au sens matériel du terme. Ils ne sont pas attentatoires et n'entretiennent pas de pouvoir causal avec le résultat redouté. Si la nécessité de la répression de tels comportements peut apparaître justifiée, il est tout de même possible de s'interroger sur leur nature. En effet, la spécificité structurelle se double de certaines particularités dans leurs régimes. Ces comportements sont-ils alors vraiment des infractions ? Aujourd'hui, ils sont traités comme tels, notamment parce que l'infraction est perçue comme la source unique de responsabilité pénale. Mais cette solution, qui fait fi de la polymorphie des faits générateurs de responsabilité, s'impose-t-elle ?

Parce qu'ils sont l'expression des différentes composantes de l'infraction, les éléments constitutifs peuvent aussi en être la mesure. Autrement dit, ils peuvent permettre d'identifier et de circonscrire la notion d'infraction. Certes, l'identification d'une structure valant pour tous les comportements pénalement sanctionnés pourrait sans doute être faite au prix de contorsions. Mais l'intérêt et l'enjeu de l'analyse de l'infraction par le prisme de ses éléments n'est pas là. L'identification des composantes de l'infraction doit être faite en montrant les limites d'un

concept, dont le législateur s'affranchit parfois pour des raisons de politique – éventuellement – criminelle.

504. Un outil irremplaçable – Toujours discutée, souvent malmenée, parfois contestée, la division de l'infraction repose sur une part indéniable de vérité. Mais d'une vérité mal comprise qui a conduit à privilégier un décorticage *des infractions* au détriment d'une analyse approfondie *de l'infraction*, démarche dans laquelle, correctement utilisés, les éléments constitutifs peuvent être indispensables.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités, manuels

A. Histoire du droit, théorie générale, sociologie criminelle

- ANCEL M.**, *La défense sociale nouvelle*, 3^{ème} éd., Cujas, 1981.
- BECCARIA C.**, *Traité des délits et des peines*, Librairie de la bibliothèque nationale, 1869.
- BENTHAM J.**, *Traité de législation civile et pénale, publiés en français par Ét. Dumont*, 3^{ème} éd., t. 2, Rey et Gravier, 1830.
- BONNECASE J.**, *La pensée juridique française de 1880 à l'heure présente, ses variations et ses traits essentiels*, t. 1, Delmas éditeur, 1933.
- CARBASSE J.-M.**, *Histoire du droit pénal et de la justice criminelle*, 2^{ème} éd., PUF, collection droit fondamental, 2006.
- CARBONNIER J.**, *Sociologie juridique*, nouv. éd., PUF, 2004.
- CHARLES R.**, *Histoire du droit pénal*, 4^{ème} éd., PUF, collection Que sais-je ?, 1976.
- DELMAS-MARTY M.**, *Le flou du droit*, PUF, 1986.
- *Les Forces imaginantes du droit (IV), Vers une communauté de valeurs*, Éditions du seuil, 2011.
- DURKHEIM E.**, *De la division du travail social*, réédition, PUF, 1991.
- ESMEIN A.**, *Histoire de la procédure criminelle en France, et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^{ème} siècle à nos jours*, Panthéon Assas, 2010.
- FAUCONNET P.**, *La responsabilité, Étude de sociologie*, 2^{ème} éd., Alcan, 1928.
- FERRI E.**, *La sociologie criminelle*, A. Rousseau, 1893.
- GARÇON E.**, *Le droit pénal, Origines, évolutions, état actuel*, Payot, 1922.
- GAROFALO R.**, *La criminologie, Étude sur la nature du crime et la théorie de la pénalité*, 2^{ème} éd., Alcan, 1890.
- GASSIN R., CIMAMONTI S. et BONFILS P.**, *Criminologie*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2011.
- GILARDIN A.**, *Étude philosophique sur le droit de punir*, Chambet aîné éditeur, 1841.
- GRAMATICA F.**, *Principes de défense sociale*, Éditions Cujas, 1963.
- KELSEN H.**, *Théorie pure du droit*, trad. par C. EISENMANN, 2^{ème} éd., LGDJ, 1999.
- LACROIX J.**, *Éléments constitutifs de la notion de civilisation, Cours professé à la Semaine sociale de Versailles*, Chron. sociale de France, 1942.
- LAINGUI A.**, *Histoire du droit pénal*, 2^{ème} éd., PUF, collection Que sais-je ?, 1993.

- LAINGUI A.**, *Le De poenis temperadis de Tiraqueau, 1559, Introduction, traduction et notes*, Économica, 1986.
- LE FOYER J.**, *Exposé du droit pénal normand au XIII^{ème} siècle*, Librairie du recueil Sirey, 1931.
- LOMBROSO C.**, *L'homme criminel, Criminel-né, fou moral, épileptique : étude anthropologique et médico-légale ; trad. sur la IV^e éd. italienne par MM. Regnier et Bournet*, Alcan, 1887.
- MAILLARD L.**, *Étude historique sur la politique criminelle (l'utilitarisme)*, Larose, 1899.
- MONTESQUIEU C.-L.**, *De l'Esprit des lois*, Folio, essais, 2005.
- ORTOLAN J.**, *Explication historique des Instituts de l'empereur Justinien*, 8^{ème} éd., t. 3, Henri Plon, 1870.
- PRINS A.**, *La défense sociale et les transformations du droit pénal*, Misch et Thron, 1910.
- RIPERT G.**, *Aspects juridiques du capitalisme moderne*, LGDJ, 1946.
- ROCHFELD J.**, *Les grandes notions du droit privé*, 2^{ème} éd., PUF, 2013.
- ROUBIER P.**, *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, réédition, Dalloz, 2005.
- ROUSSEAU J.-J.**, *Du Contrat social*, Alcan, 1896.
- SALAS D.**, *La volonté de punir, Essai sur le populisme pénal*, Hachette, col. Pluriel, 2010.
- SÉLIGNAM E.**, *La justice en France pendant la Révolution*, Plon, 1901.
- SÉNÈQUE**, *Questions naturelles, Livre III, X, Œuvres complètes*, trad. par J. BAILLARD, t. 2, Hachette, 1861.
- TARDE G.**, *Essais et mélanges sociologiques*, A. Storck, 1895.
- *La philosophie pénale*, 5^{ème} éd., A. Storck, 1900.

B. Droit pénal général, procédure pénale

- ANGEVIN H.**, *La pratique de la Cour d'assises, Traité-formulaire*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2012.
- BLANCHE A.**, *Études pratiques sur le Code pénal*, t. 3, Cosse et Marchal, 1861.
- BOITARD J.-E.**, *Leçons de droit criminel, contenant l'explication complète des Codes pénal et d'instruction criminelle*, 10^{ème} éd., Cotillon éd., 1872.
- BONIS-GARÇON E. et PELTIER V.**, *Droit de la peine*, 2^{ème} éd., LexiNexis, 2015.
- BOULOC B.**, *Droit de l'exécution des peines*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2011.
- *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Précis Dalloz, 2011.
- *Procédure pénale*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- BOULOC B. et MATSOPOULOU H.**, *Droit pénal général et procédure pénale*, 20^{ème} éd., Sirey, 2016.
- BOUZAT P. et PINATEL J.**, *Traité de droit pénal et de criminologie*, 2^{ème} éd., t. 1, Dalloz, 1970.

- CARNOT J.**, *Commentaire sur le Code pénal*, t. 1 et 2, B. Warée, 1823–1824.
- CHAUVEAU A. et HÉLIE F.**, *Théorie du Code pénal*, 5^{ème} éd., t. 1 à 6, 1872.
- CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, 7^{ème} éd., Armand Colin, 2004.
- CUCHE P.**, *Précis de droit criminel*, 3^{ème} éd., Petits précis Dalloz, 1929.
- DÉCIMA O., DETRAZ S. et VERNY E.**, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., LGDJ, 2016.
- DECOCQ A.**, *Droit pénal général*, Armand Colin, 1971.
- DESPORTES F. et LE GUNEHÉC F.**, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Corpus droit privé, Economica, 2009.
- DONNEDIEU DE VABRES H.**, *Précis de droit criminel*, 3^{ème} éd., Petits précis Dalloz, 1953.
- *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, 3^{ème} éd., Sirey, 1943.
- DREYER E.**, *Droit pénal général*, 4^{ème} éd., LexisNexis, 2016.
- DUVERGIER J.-B.**, *Code pénal annoté*, A. Guyot et Scribe éd., 1833.
- GARÇON E.**, *Code pénal annoté, Nouvelle édition refondue et mise à jour par Messieurs Rousselet, Patin et Ancel*, Recueil Sirey, 1952.
- GARRAUD P. et LABORDE-LACOSTE M.**, *Précis élémentaire de droit pénal*, 4^{ème} éd., Recueil Sirey, 1943.
- GARRAUD R.**, *Précis de droit criminel*, 1^{ère} éd., Sirey, 1881.
- *Précis de droit criminel*, 11^{ème} éd., Sirey, 1912.
- *Traité théorique et pratique d’instruction criminelle et de procédure pénale*, t. 2, Recueil Sirey, 1909.
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 1^{ère} éd., t. 1, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1888.
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 2^{ème} éd., t. 1 et 2, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1898.
- *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, 3^{ème} éd., t. 1 et 3, Librairie de la société du recueil général des lois et des arrêts et du journal du Palais, 1913.
- GUINCHARD S. et BUISSON J.**, *Procédure pénale*, 10^{ème} éd., LexiNexis, 2014.
- HÉLIE F.**, *Traité de l’instruction criminelle*, 2^{ème} éd., t. 5, H. Plon, 1866.
- JEANDIDIER W.**, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Droit privé Montchrétien Domat, 1991.
- JOUSSE D.**, *Traité de la justice criminelle de France*, t. 1 et 3, 1771.
- LAINÉ A.**, *Traité élémentaire de droit criminel*, t. 1, 1879.
- LARGUIER J., CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, 22^{ème} éd., Mémentos Dalloz, série droit privé, 2014.
- LEROY J.**, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., LGDJ, 2016.
- LEVASSEUR G.**, *Cours de droit pénal complémentaire*, 1960.
- LOMBOIS C.**, *Droit pénal général*, Hachette, Fondamentaux, 1994.

- MAYAUD Y.**, *Droit pénal général*, 3^{ème} éd., PUF, collection droit fondamental, 2010.
- MERLE R. et VITU A.**, *Traité de droit criminel, Problèmes généraux de la science criminelle*, 2^{ème} éd., Cujas, 1973.
- MITTERMAIER C. J. A.**, *Traité de la preuve en matière criminelle*, trad. par C.-A. ALEXANDRE, Cosse et N. Delamotte éd., 1848.
- MOLINIER V.**, *Programme du cours de droit criminel fait à la Faculté de Toulouse*, impr. de Bonnal et Gibrac (Toulouse), 1851.
- *Traité théorique et pratique du droit pénal, annoté et mis au courant de la Législation et la Jurisprudence les plus récentes par G. Vidal*, t. 2, Arthur Rousseau, 1894.
- MUYART DE VOUGLANS P.-F.**, *Institutes au droit criminel, ou Principes généraux en ces matières, suivant le droit civil, canonique, et la jurisprudence du Royaume*, 1757.
- *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel*, 1780.
- ORTOLAN J.**, *Éléments de droit pénal, Pénalité, juridiction, procédure*, 3^{ème} éd., t. 1, Henri Plon, 1863.
- PAULIN C.**, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., Litec, 2010.
- PIN X.**, *Droit pénal général*, 8^{ème} éd., Dalloz, collection cours, 2017.
- PRADEL J.**, *Droit pénal général*, 20^{ème} éd., Cujas, 2014.
- *Principes de droit criminel*, Cujas, 1999.
- *Traité de droit pénal et de sciences criminelles comparées*, 12^{ème} éd., Cujas, 1999.
- PRADEL J. et VARINARD A.**, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 20^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- PUECH M.**, *Droit pénal général*, Litec, 1988.
- RASSAT M.-L.**, *Droit pénal général*, 2^{ème} éd., Ellipses, cours magistral, 2006.
- RENOU H.**, *Droit pénal général*, 18^{ème} éd., Larcier, Paradigme, 2013.
- ROBERT J.-H.**, *Droit pénal général*, 6^{ème} éd., PUF, Thémis droit, 2005.
- ROSSI P.**, *Traité de droit pénal*, Barbezat et Cie, 1829.
- ROUX J.-A.**, *Droit pénal et procédure pénale*, Sirey, 1920.
- SALVAGE P.**, *Droit pénal général*, 8^{ème} éd., Presse universitaire de Grenoble, 2016.
- SOYER J.-C.**, *Droit pénal et procédure pénale*, 21^{ère} éd., LGDJ, 2012.
- STÉFANI G. et LEVASSEUR G.**, *Droit pénal général*, 10^{ème} éd., Précis Dalloz, 1978.
- TRÉBUTIEN E.**, *Cours élémentaire de droit criminel*, t. 1, A. Durand, 1854.
- TULKENS F. et VAN DE KERCHOVE M.**, *Introduction au droit pénal, aspects juridiques et criminologiques*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1991.
- VIDAL G.**, *Cours de droit criminel et de sciences pénitentiaire, refondue et mise au courant de la législation et de la jurisprudence par Joseph Magnol*, 9^{ème} éd., t. 1, Rousseau et Cie, 1947.
- VILLEY E.**, *Précis d'un cours de droit criminel*, A. Durand et Pédone-Lauriel, 1876.

VON LISZT F., *Traité de droit pénal allemand*, trad. par R. LOBSTEIN, 17^{ème} éd., M. V. Giard et E. Brière, 1911.

VOUIN R., *Manuel de droit criminel*, LGDJ, 1949.

C. Droit pénal spécial, droit pénal des affaires

CONTE P., *Droit pénal spécial*, 5^{ème} éd., LexisNexis, 2016.

DREYER E., *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd., Ellipses, collection Cours magistral, 2016.

— *Responsabilités civile et pénale des médias*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2011.

GHELFI-TASTEVIN F., *Droit pénal économique et des affaires*, Gualino, 2001.

JEANDIDIER W., *Droit pénal des affaires*, 6^{ème} éd., Précis Dalloz, 2005.

LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, 11^{ème} éd., Armand Colin, 2004.

LARGUIER J., CONTE P. et FOURNIER S., *Droit pénal spécial*, 15^{ème} éd., Mémentos Dalloz, série droit privé, 2013.

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, 3^{ème} éd., LexisNexis, 2013.

LEPAGE A. et MATSOPOULOU H., *Droit pénal spécial*, PUF, 2015.

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Dalloz, 2015.

MATSOPOULOU H. et ROBERT J.-H., *Traité de droit pénal des affaires*, PUF, 2004.

PRADEL J., *Droit pénal économique*, 2^{ème} éd., Dalloz, 1990.

PRADEL J. et DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd., Édition Cujas, 2014.

RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 7^{ème} éd., Précis Dalloz, 2014.

SALOMON R. et MARTINEL A., *Droit pénal social, Droit pénal du travail et de la sécurité sociale*, 3^{ème} éd., Economica, 2016.

VÉRON M., *Droit pénal spécial*, 14^{ème} éd., Sirey, 2012.

VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, t. 1 et 2, Cujas, 1982.

VOUIN R., *Précis de droit pénal spécial*, 1^{ère} éd., Dalloz, 1953.

D. Droit comparé, droit international

a. Droit comparé

ASHWORTH A., *Principles of criminal law*, 6^{ème} éd., Oxford university press, 2009.

BUSTOS R. et VALENZUELA BEJAS M., *Le système pénal des pays de l'Amérique latine*, trad. par J. BERNAT DE CELIS, A. Pedone, 1983.

CEDRAS J., *Le droit pénal américain*, PUF, collection Que sais-je ?, 1997.

- DARBELLAY J.**, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et en droit pénal*, *Arbeiten aus des iuristischen Seminar der Universität Freiburg*, Éditions universitaires, Fribourg, 1955.
- FEUERBACH P.**, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 5^{ème} éd., Heyer, 1812.
- FROMONT M. et JESCHECK H.**, *Introduction au droit allemand*, trad. par A. RIEG, t. 2, Cujas, 1984.
- GRAVEN P. et STRÄULI B.**, *L'infraction pénale punissable*, 2^{ème} éd., Staempfli éd., 1995.
- HAUS J.-J.**, *Principes généraux du droit pénal belge*, 2^{ème} éd., t. 1, Librairie générale de Ad. Hoste, 1874.
- HUSTIN-DENIES N. et SPIELMANN D.**, *L'infraction inachevée en droit pénal comparé*, Bruylant, 1997.
- KENNY C. S.**, *Esquisse du droit criminel anglais*, trad. par A. PAULIAN, 9^{ème} éd., Marcel Giard, 1921.
- MOSTAFA M.**, *Principes de droit pénal des pays arabes*, Institut de droit comparé de Paris, LGDJ, 1972.
- PRADEL J.**, *Droit pénal comparé*, 4^{ème} éd., Dalloz, 2016.
- TROUSSE P.-E.**, *Droit pénal, Les Nouvelles. Corpus juris belgici*, t. 1, Larcier, Bruxelles, 1956.
- VERDUSSEN M.**, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, E. Bruylant, Bruxelles, 1995.

b. Droit international

- BERGER V.**, *Jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, 13^{ème} éd., Sirey, 2014.
- DAVID E.**, *Élément de droit pénal international et européen*, Bruxelles, 2009.
- DE FROUVILLE O.**, *Droit pénal international, Source, incriminations, responsabilité*, Pedonne, 2012.
- GLASER S.**, *L'infraction internationale, ses éléments constitutifs, et ses aspects juridiques*, LGDJ, 1957.
- HUET A. et KOERING-JOULIN R.**, *Droit pénal international*, 3^{ème} éd., PUF, coll. Thémis, 2005.
- LOMBOIS C.**, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., précis Dalloz, 1979.
- PRADEL J., CORTENS G. et VERMEULEN G.**, *Droit pénal européen*, 3^{ème} éd., Dalloz, 2009.
- REBUT D.**, *Droit pénal international*, 2^{ème} éd., Dalloz, 2014.

E. Droit civil

- AUBRY C. et RAU C.**, *Cours de droit civil français, D'après la méthode de Zachariae*, 4^{ème} éd., t. 4, Marchal et Billard (Paris), 1871.
- BACACHE-GIBEILI M.**, *Traité de droit civil, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, 3^{ème} éd., t. 5, Economica, 2016.

- BÉNABENT A.**, *Droit des obligations*, 13^{ème} éd., Montchrestien, 2012.
- BRUN P.**, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 4^{ème} éd., Manuel Litec, 2016.
- BUFFELAN-LANORE Y. et LARRIBAU-TERNEYRE V.**, *Droit civil, Les obligations*, 13^{ème} éd., Sirey, 2012.
- CARBONNIER J.**, *Droit civil, Vol. II : Les biens, les obligations*, PUF, Quadrige manuels, 2004.
- CHEVALIER J.**, *Cours de droit civil approfondi, La charge de la preuve*, Paris, 1958.
- FABRE-MAGNAN M.**, *Droit des obligations, Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^{ème} éd., t. 2, PUF, 2007.
- GAUTIER P.-Y.**, *Propriété littéraire et artistique*, 10^{ème} éd., PUF, 2017.
- GHESTIN J. et GOUBEUX G.**, avec le concours de M. FABRE-MAGNAN, *Traité de droit civil, Introduction générale*, 4^{ème} éd., LGDJ, 1995.
- LARROUMET C.**, *Introduction à l'étude du droit privé*, 6^{ème} éd., t. 1, Économica, 2013.
- LUCAS A., LUCAS J.-H. et LUCAS-SCHLOETTER A.**, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 4^{ème} éd., Lexisnexis, 2012.
- MALAUURIE P., AYNÈS L. et STOFFEL-MUNCK P.**, *Droit des obligations*, 8^{ème} éd., LGDJ, 2016.
- MALAUURIE P. et MORVAN P.**, *Introduction au droit*, 6^{ème} éd., Defrénois, 2016.
- MAZEAUD H. et L. et TUNC A.**, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, 6^{ème} éd., Montchrestien, 1965.
- SALEILLES R.**, *Étude sur les sources de l'obligation dans le projet de Code civil allemand*, F. Pichon (Paris), 1889.
- TERRÉ F.**, *Introduction générale au droit*, 10^{ème} éd., Dalloz, 2015.
- TERRÉ F., SIMLER P. et LEQUETTE Y.**, *Droit civil, Les obligations*, 11^{ème} éd., Précis Dalloz, 2013.
- VINEY G., JOURDAIN P. et CARVAL S.**, *Les conditions de la responsabilité*, 4^{ème} éd., LGDJ, *Traité de droit civil*, 2013.

F. Droit public, droit administratif

- CARRÉ DE MALBERG R.**, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, t. 1, éd. du CNRS, 1962.
- CHRÉTIEN P., CHIFFLOT N. et TOURBE M.**, *Droit administratif*, 14^{ème} éd., Sirey, 2014.
- DE VILLIERS M. et DE BERRANGER.**, *Droit public général*, 7^{ème} éd., LexisNexis, 2015.
- RIVERO J.**, *Droit administratif*, réédition, Dalloz, 2011.
- TRUCHET D.**, *Droit administratif*, 6^{ème} éd., PUF, 2015.
- WALINE J.**, *Droit administratif*, 25^{ème} éd., Dalloz, 2014.

II. Ouvrages spéciaux

A. Monographies

DASKALAKIS E., *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975.

DEFERRARD F., *Le suspect dans le procès pénal*, LGDJ, 2005.

DONNEDIEU DE VABRES H., *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Recueil Sirey, 1943.

DOUCET J.-P., *La loi pénale*, Gazette du Palais, Litec, 1986.

— *Le jugement pénal*, 3^{ème} éd., Saint-Gildas-de-Rhuys éd., 2008.

B. Thèses

ALLIX D., *Essai sur la coaction, contribution à l'étude de la genèse d'une notion prétorienne*, 1976, LGDJ.

BALDOVINI M., *La classification académique du droit, entre droit public et droit privé, sur un paradoxe de la science du droit*, 2009, Thèse, Caen.

BARON E., *La coaction en droit pénal*, 2012, Thèse, Bordeaux IV.

BENESSIANO W., *Légalité pénale et droits fondamentaux*, 2011, PUAM.

BON P.-A., *La causalité en droit pénal*, 2006, Faculté de droit et des sciences sociales de Poitiers, LGDJ.

BOSC J., *Essai sur les éléments constitutifs du délit civil*, 1901, A. Rousseau.

CAPITANT R., *Introduction à l'étude de l'illicite : l'impératif juridique*, 1928, Dalloz.

CAPPELLO A., *La constitutionnalisation du droit pénal*, 2014, LGDJ.

CASE-GAILLARDE N., *L'ordre public pénal, Essai sur la dimension substantielle de la notion*, 2003, Thèse, Lyon 3.

CAZALBOU P., *Étude des infractions de conséquence, Contribution à une théorie des infractions conditionnées*, 2016, LGDJ.

CHAPUS R., *Responsabilité publique et responsabilité privée, Les influences réciproques des jurisprudences administrative et judiciaire*, 2010, Réédition, La mémoire du droit.

CHAZAL J., *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, 1929, Thèse, Lyon.

CLAVERIE-ROUSSET C., *L'habitude en droit pénal*, 2011, Thèse, Bordeaux IV.

CONTE P., *L'apparence en matière pénale*, 1984, Thèse, Grenoble.

CORNU G., *Étude comparée de la responsabilité délictuelle en droit privé et en droit public*, 2010, Réédition, La mémoire du droit.

CROZE H., *Recherche sur la qualification en droit processuel français*, 1981, Thèse, Lyon 3.

- DANA C.-A.**, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, 1982, LGDJ.
- DASKALAKIS E.**, *La notion d'unité et de pluralité d'infractions et son rôle dans le procès pénal*, 1969, Thèse, Paris.
- DE JACOBET DE NOMBEL C.**, *Théorie générale des circonstances aggravantes*, 2006, Dalloz.
- DÉCIMA O.**, *L'identité des faits en matière pénale*, 2008, Dalloz.
- DECOTTIGNIES R.**, *Les présomptions en droit privé*, 1950, LGDJ.
- FACQ L.**, *De la publicité, élément constitutif de l'infraction*, 1935, G. Thomas.
- FLASQUIER A.**, *L'état de nécessité en droit pénal, Contribution à la théorie générale des faits justificatifs*, 2003, Thèse, Montpellier.
- FORTIS E.**, *L'élément légal dans les infractions d'imprudence portant atteinte à l'intégrité corporelle*, 1989, Thèse, Lille.
- FREIJ M.**, *L'infraction formelle*, 1975, Thèse, Paris II.
- GAGNIEUR J.-P.**, *Du motif légitime comme fait justificatif*, 1941, Blanquet.
- GALLARDO-GONGGRYP E.**, *La qualification pénale des faits*, 2013, PUAM.
- GERMETTE H.**, *Essai sur les rapports de l'élément matériel et de l'élément intentionnel dans la responsabilité civile*, 1903, A. Rousseau.
- GRIFFON R.**, *De l'intention en droit pénal*, 1911, Recueil Sirey.
- GROFFE J.**, *La bonne foi en droit d'auteur*, 2015, Institut Universitaire Varenne.
- HEITZMANN P.**, *De la notion de contravention*, 1938, Nancy, Société d'impressions typographiques.
- JANVILLE T.**, *La qualification juridique des faits*, 2004, PUAM.
- JOURDAIN P.**, *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, 1982, Thèse, Paris II.
- LABORDE-LACOSTE M.**, *De la responsabilité pénale dans ses rapports avec la responsabilité civile et la responsabilité morale*, 1918, Imprimerie de l'Université Bordeaux.
- LACAZE M.**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, 2011, Institut Universitaire Varenne.
- LAINGUI A.**, *La responsabilité pénale dans l'ancien droit*, 1970, LGDJ.
- LEGROS R.**, *L'élément moral dans les infractions*, 1952, Recueil Sirey.
- LEROYER A.-M.**, *Les fictions juridiques*, 1995, Thèse, Paris II.
- LETOUZEY E.**, *La répétition d'infractions*, 2016, Dalloz.
- LUCAS DE LEYSSAC M.-P.**, *Décision de justice civile et répression pénale*, 1975, Thèse, Paris II.
- MALABAT V.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, 1999, Thèse, Bordeaux 4.
- MARÉCHAL J.-Y.**, *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, 2003, L'harmattan.
- MAYAUD Y.**, *Le mensonge en droit pénal*, 1979, L'hermès.

- MERLE P.**, *Les présomptions légales en droit pénal*, 1970, LGDJ.
- PAILLARD B.**, *La fonction réparatrice de la répression pénale*, 2007, LGDJ.
- PERREAU B.**, *De la qualification en matière criminelle*, 1926, LGDJ.
- PHILIPPOT P.**, *Les infractions de prévention*, 1977, Thèse, Nancy.
- PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, 2002, LGDJ.
- PONSEILLE A.**, *L'infraction de prévention en droit pénal français*, 2001, Thèse, Montpellier.
- PORTOLANO D.**, *Essai d'une théorie générale de la provocation*, 2012, LGDJ.
- POUYANNE J.**, *L'auteur moral de l'infraction*, 2003, PUAM.
- PROTHAIS A.**, *Tentative et attentat*, 1985, LGDJ.
- QUÉTAND-FINET C.**, *Les présomptions en droit privé*, 2013, IRJS édition.
- RABUT-BONALDI G.**, *Le préjudice en droit pénal*, 2016, Dalloz.
- RABUT A.**, *De la notion de faute en droit privé*, 1949, LGDJ.
- REBUT D.**, *L'omission en droit pénal : pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, 1993, Thèse, Lyon.
- REIX M.**, *Le motif légitime en droit pénal, Contribution à la théorie générale de la justification*, 2012, Thèse, Bordeaux IV.
- REMY H.**, *Des Principes généraux du Code pénal de 1791*, 1910, Paris.
- ROUSSEAU F.**, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, 2009, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque de Thèses.
- ROUSVOAL L.**, *L'infraction composite : essai sur la complexité en droit pénal*, 2011, Thèse, Rennes, 1.
- ROUXEL S.**, *Recherches sur la distinction du dommage et du préjudice en droit civil français*, 1994, Thèse, Grenoble II.
- ROYER G.**, *L'efficience en droit pénal économique, Étude de droit positif à la lumière de l'analyse économique du droit*, 2009, LGDJ.
- SAENKO L.**, *Le temps en droit pénal des affaires*, 2008, Thèse, Paris 1.
- SAPHORE A.-C.**, *La jurisprudence criminelle de la Cour de cassation sous la Révolution et l'Empire*, 2002, Thèse, Bordeaux IV.
- STONESTREET N.**, *La notion d'infraction pénale*, 2009, Thèse, Bordeaux IV.
- THELLIER DE PONCHEVILLE B.**, *La condition préalable de l'infraction*, 2006, Thèse, Lyon 3.
- THEVENON J.-M.**, *L'élément objectif et l'élément subjectif de l'infraction, Contribution à l'étude de leurs définitions et de leurs rapports*, 1942, Thèse, Lyon.
- TSARPALAS A.**, *Le moment et la durée des infractions pénales*, 1967, LGDJ.
- VAUTROT-SCHWARZ C.**, *La qualification juridique en droit administratif*, 2010, LGDJ.
- VOUIN R.**, *La bonne foi, notion et rôle actuels en droit privé français*, 1939, LGDJ.

WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand, Contribution à une théorie générale de l'illicéité*, 2003, Thèse, Nancy 2.

WICKER G., *Les fictions juridiques : contribution à l'analyse de l'acte juridique*, 1996, LGDJ.

ZEROUKI D., *La légalité criminelle : enrichissement de la conception formelle par une conception matérielle*, 2001, Thèse, Lyon 3.

III. Rapports, sources officielles

Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en œuvre de la loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public, Ministère de la Justice, JORF n°0052 du 3 mars 2011 p. 4128.

Circulaire du 24 juin 1994 relative à l'application, en matière de circulation routière, des dispositions du nouveau code pénal relatives à la mise en danger, n° 54, Ministère de la Justice, Bulletin officiel du Ministère de la justice.

Circulaire générale présentant les dispositions du nouveau code pénal, Ministère de la Justice, 1993, Direction des JO.

Débats parlementaires du Sénat, Compte rendu intégral, 19^{ème} séance du mercredi 10 mai 1989, Direction des JO.

BADINTER R., *Projet de nouveau code pénal*, 1988, Dalloz.

CATALA P., *Rapport sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations, (Articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (Articles 2234 à 2281 du Code civil)*, 2005, La Documentation française.

DUVERGIER J.-B., *Collection complète des lois, décrets, ordonnances, règlements et avis du Conseil d'État*, 1824, Guyot et Scribe.

ESMEIN A., *Rapport présenté au conseil supérieur de l'Instruction publique sur un projet d'arrêté portant réorganisation de l'agrégation des Facultés de droit*, A. de Beauchamp, *Recueil des lois et règlements sur l'enseignement supérieur*, 1889–1898, p. 607.

TERRÉ F., *Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile »*, 2012, Site de la Cour de cassation [en ligne].

IV. Lexiques, dictionnaires, encyclopédies

A. Lexiques, dictionnaires

DOUCET J.-P., *Dictionnaire de droit criminel*, [en ligne] ledroitcriminel.fr.

BEZIZ-AYACHE A., *Dictionnaire de droit pénal général et de procédure pénale*, 5^{ème} éd., Ellipses, 2011.

DIDEROT D. et D'ALEMBERT J. L. R., *Encyclopédie ou Dictionnaire raisonné des sciences, des arts et des métiers*, t. 16, Faulche, 1751–1765.

AUROUX S. (dir.), *Les notions philosophiques*, 2^{ème} éd., PUF, 1998.

CORNU G. (dir.), *Vocabulaire juridique*, 11^{ème} éd., Association Henri Capitant, PUF, 2016.

B. Encyclopédies juridiques

a. Juris-Classeur

ALIX J., *J. Cl. Pénal Code*, Terrorisme, 2015.

ANGEVIN H., *J. Cl. Pénal Code*, art. 132-71, fasc. 20, Circonstances aggravantes - bande organisée, 2014.

— *J. Cl. Procédure pénale*, art. 347-354, fasc. 20, Cour d'assises – Questions, 2008.

BOSSAN J., *J. Cl. Pénal Code*, fasc. 3050, Responsabilité pénale en cascade dans la presse écrite et l'édition, 2015.

CARON D. et CARONARO C., *J. Cl. Pénal Code*, art. 233-1 et 223-2, fasc. 20, Risques causés à autrui, 2015.

DREYER E., *J. Cl. PLA*, fasc. 1610, Contrefaçon, 2014.

MATSOPOULOU H., *J. Cl. Procédure pénale*, fasc. 20, Procédure et décisions d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental, 2008.

SAAS C., *J. Cl. Pénal Code*, Synthèse 50 — Peines applicables aux personnes physiques, 2016.

VITU A., *J. Cl. Pénal Code*, art. 450-1, fasc. 20, Participation à une association de malfaiteurs, 2014.

b. Répertoire Dalloz

AMBROISE-CASTÉROT C., *Rép. dr. pén.*, Consommation, 2016.

— *Rép. dr. pén.*, Présomption d'innocence, 2013.

BERR C. J., *Rép. dr. pén.*, Douanes, 2009.

BONFILS P. et GALLARDO E., *Rép. dr. pén.*, Concours d'infractions, 2015.

BOYER L., *Rép. dr. civ.*, Contrats et conventions, 1993.

BUISSON J., *Rép. dr. pén.*, Preuve, 2013.

CÉRÉ J.-P., *Rép. dr. pén.*, Conduite (Influence alcool - Usage stupéfiants), 2013.

— *Rép. dr. pén.*, Peine (nature et prononcé), 2008.

COURTIN C., *Rép. dr. pén.*, Contravention, 2010.

CULIOLI M. et GIOANNI P., *Rép. dr. pén.*, Association de malfaiteurs, 2007.

- DALLOZ M.**, *Rép. dr. pén.*, Circonstances aggravantes, 2001.
- DANTI-JUAN M.**, *Rép. dr. pén.*, Discrimination, 2014.
- *Rép. dr. pén.*, Force majeure, 2015.
- DARSONVILLE A.**, *Rép. dr. pén.*, Viol, 2011.
- DERRUPIÉ J. et DE RAVEL D'ESCAPLON T.**, *Rép. dr. com.*, Fonds de commerce, 2016.
- FOURNIER S.**, *Rép. dr. pén.*, Complicité, 2013.
- GRYNBAUM L.**, *Rép. dr. civ.*, Responsabilité du fait des choses inanimées, 2011.
- JEANDIDIER W.**, *Rép. dr. pén.*, Infractions économiques, 2006.
- MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Rép. dr. pén.*, Recel, 2009.
- MALABAT V.**, *Rép. dr. pén.*, Faux, 2004.
- MASCALA C.**, *Rép. dr. pén.*, Abus de confiance, 2003.
- MATSOPOULOU H.**, *Rép. dr. soc.*, Responsabilité pénale des personnes morales, 2002.
- MAYAUD Y.**, *Rép. dr. pén.*, Meurtre, 2006.
- *Rép. dr. pén.*, Terrorisme, 2015.
- *Rép. dr. pén.*, Violences volontaires, 2008.
- MOURALIS J.-L.**, *Rép. dr. civ.*, Preuve, 2011.
- PORTERON C.**, *Rép. dr. pén.*, Infraction, 2002.
- ROBERT J.-H.**, *J. Cl. Pénal Code*, art. 121-7, fasc. 20, Complicité, 2015.
- SAINTOURENS B.**, *Rép. dr. soc.*, Société civile, 2012.
- VIRIOT-BARRIAL D.**, *Rép. dr. pén.*, Dignité de la personne humaine, 2014.

V. Ouvrages collectifs

- Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation*, sous la dir. de P. LE TOURNEAU, 10^{ème} éd., Dalloz action, 2014.
- Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, sous la dir. de O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2013, p. 17.
- Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 83.
- Notions et concepts en droit*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009.
- Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, sous la dir. de F. TERRÉ, Dalloz, 2011.
- Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 228.

VI. Articles de doctrine

- ALLEN F. A.**, « Les infractions contre la propriété » in *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 83.
- AMBOS K.**, « Réflexions sur la théorie française de l'infraction pénale du point de vue allemand » in *Vers un nouveau procès pénal ?*, Société de législation comparée, 2008, p. 147.
- AMBROISE-CASTÉROT C.**, « L'objet de la qualification » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, sous la dir. de O. DÉCIMA, Cujas, 2013, p. 19.
- AUSSEL J.-M.**, « La contrainte et la nécessité en droit pénal » in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 253.
- BARBIER G.**, « De l'objet de la qualification et de l'intérêt de s'en saisir à la façon d'Aristote » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, sous la dir. de O. DÉCIMA, Cujas, 2013, p. 29.
- BEAUSSONIE G.**, « Loi n° 2013-711 du 5 août 2013 portant diverses dispositions d'adaptation dans le domaine de la justice en application du droit de l'Union européenne et des engagements internationaux de la France », *RSC* 2013, p. 861.
- BENILLOUCHE M.**, « La subjectivisation de l'élément moral de l'infraction, plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 529.
- BÉNOIT F.-P.**, « Notions et concepts, instruments de la connaissance juridique, Les leçons de la philosophie du droit de Hegel » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Gustave Peiser*, Presses Universitaires de Grenoble, 1995, p. 23.
- BETOULLE J.**, « L'aspect « délictuel » du dol dans la formation des contrats » in *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2001.
- BIOY X.**, « Notions et concepts en droit, Interrogations sur l'idée d'une distinction » in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 21.
- BONFILS P.**, « Le discernement en droit pénal » in *Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges offerts à Raymond Gassin*, PUAM, 2007, p. 97.
- BORELLA F.**, « Le concept de dignité de la personne humaine » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, Economica, 1999, p. 29.
- BOUSCANT R.**, « La faute dans les infractions aux règles de concurrence en droit européen », *RTD eur.* 2000, p. 67.
- BOUZAT P.**, « La présomption de mauvaise foi en matière de contrefaçon littéraire et artistique », *RIDA* 1972, p. 171.
- CAHN O.**, « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, sous la dir. de O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2013, p. 17.

- CALAIS-AULOY M.-T.**, « Du discours et des notions juridiques, (notions fonctionnelles et conceptuelles) », *Petites affiches* 1999, n° 157, p. 4.
- CARBONNIER J.**, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du code pénal », *JCP* 1952, I, 1034.
- CARTIER M.-A.**, « Contrainte et nécessité » in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, t. 30, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1982, p. 27.
- CAYLA O.**, « La qualification ou la vérité du droit », *Droits* 1993, n° 18, p. 3.
- CEDRAS J.**, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.* 1995, p. 18.
- CHABAS F.**, « La notion de contravention », *RSC* 1969, p. 1 et p. 281.
- CHACORNAC J.**, « Le risque comme résultat dans les infractions de mise en danger, les limites de la distinction des infractions matérielles et formelles », *RSC* 2008, chron. p. 849.
- CHAVANNE A.**, « Les circonstances aggravantes en droit français », *RIDP* 1965, p. 527.
- CHEVALLIER J.-Y.**, « 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*, A. Pedone, 1980, p. 117.
- CHLOROS A.-G.**, « Essai sur l'origine et la fonction de la légalité » in *Mélanges en l'honneur de Paul Roubier*, t. 1, Librairies Dalloz et Sirey, 1961, p. 123.
- CLAVERIE-ROUSSET C.**, « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16.
- COEURET A.**, « La responsabilité en droit pénal du travail, Continuité et rupture », *RSC* 1992, p. 475.
- COLLINGS R. A.**, « Les infractions contre les personnes » in *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 59.
- COMBALDIEU R.**, « Le problème de la tentative de complicité, ou le hasard peut-il être arbitre de la répression », *RSC* 1959, p. 454.
- CONSIGLI J.**, « La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation », *RSC* 2014, p. 297.
- CONTE P.**, « 1905-2005 : cent ans de protection pénale du consommateur », *Dr. pén.* 2006, étude, n° 4.
- « La bonne foi en matière de diffamation, notion et rôle » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 49.
- « La QPC et le petit bricoleur », *Dr. pén.* 2013, étude, n° 8.
- « Le lampiste et la mort », *Gaz. Pal.* 2001, chron. n° 2.
- CROSS R. et ELY E.**, « La responsabilité pénale » in *Introduction au droit criminel de l'Angleterre*, sous la dir. de M. ANCEL et L. RADZINOWICZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1959, p. 35.
- CUCHE P.**, « L'éclectisme en droit pénal », *Rev. pénit.* 1907, juil–oct.

- D'HAUTEVILLE A.**, « Brèves remarques sur le nouveau principe de la dualité des fautes civiles et pénales d'impudence » in *Le champ pénal, Mélanges offerts à Reynald Ottenhof*, Dalloz, 2006, p. 151.
- DANET J.**, « La dangerosité, une notion criminologique, séculaire et mutante », *Champ pénal[en ligne]* 2008, V.
- DARGENTAS E.**, « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977, p. 411.
- DARSONVILLE A.**, « Faut-il étendre la notion générale de complicité ? » in *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, sous la dir. de G. BEAUSSONIE, LGDJ, 2015, p. 151.
- « Ordre public et droit pénal » in *Ordre public*, sous la dir. de C.-A. DUBREUIL, Cujas, 2011, p. 287.
- DE GUARDIA P.**, « L'élément intentionnel dans les infractions douanières », *RSC* 1990, p. 487.
- DE JACOBET DE NOMBEL C.**, « L'originalité de la circonstance aggravante de guet-apens », *RSC* 2010, p. 545.
- DE LAMY B.**, « L'effet rebond de l'inconstitutionnalité de la garde à vue en matière d'escroquerie en bande organisée », *RSC* 2016, p. 399.
- « La bonne foi en matière de diffamation : un faux ami », *D.* 1998, p. 499.
- « Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2009, n° 26.
- DECOCQ A.**, « Rapport général » in *La bonne foi, Travaux de l'association H. Capitant*, t. XLIII, Litec, 1992, p. 365.
- DEFFERRARD F.**, « La provocation », *RSC* 2002, p. 233.
- DEKEUWER A.**, « La classification des concours de qualification », *RSC* 1974, p. 511.
- DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P.**, « Contrôle par le juge répressif de la nécessité de l'ingérence du législateur : problème de légalité pénale », *RSC* 2002, p. 592.
- « Les principes de la légalité des délits et des peines, Réflexions sur la notion de légalité en droit pénal » in *Mélanges en l'honneur du Doyen Pierre Bouzat*, Éditions A. Pedone, 1980, p. 149.
- « Sang contaminé et qualification pénale ... avariée », *Gaz. Pal.* 1992, doct. p. 674.
- « Sans nécessité loi pénale ne vaut », *Politeia* 2004, p. 113.
- DELMAS-MARTY M.**, « Le paradigme de la guerre contre le crime : légitimer l'inhumain ? », *RSC* 2007, p. 461.
- « Légalité pénale et prééminence du droit » in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 151.
- « Pour des principes directeurs de législation pénale », *RSC* 1985, p. 225.
- « Réflexion sur la matière pénale » in *L'enseignement des sciences criminelles aujourd'hui, actes du colloque de l'Université Montpellier I*, sous la dir. de C. LAZERGES, Érès, collection criminologie et sciences de l'homme, 1991, p. 15.

- DELPECH M.-C.**, « De l'infraction, Ses conditions, ses éléments, ses caractères », *Extrait de la revue générale du droit, de la législation, et de la jurisprudence* 1879.
- DEMICHÉL A.**, « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, p. 213.
- DESCHEEMAËKER E.**, « La dualité des torts en droit français, Délits, quasi-délits et la notion de faute », *RTD civ.* 2010, p. 435.
- DESSPORTES F.**, « Les conditions d'imputation d'une infraction à une personne morale », *CJEG* 2000, p. 426.
- DETRAZ S.**, « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Litec, 2011, p. 39.
- « Incrimination de l'entrave numérique à l'IVG, À propos de la loi du 20 mars 2017 », *JCP G.* 2017, 650.
- « L'enregistrement d'images de violence : un cas de présomption légale de complicité », *Dr. pén.* 2007, n° 23.
- « La création d'une nouvelle décision de règlement de l'instruction : la décision d'irresponsabilité pénale pour cause de trouble mental », *RSC* 2008, p. 873.
- « La nature de la complicité », *Gaz. Pal.* 2015, n° 307.
- DI MARINO G.**, « Le recours aux objectifs de la loi pénale dans son application », *RSC* 1991, p. 505.
- DONNEDIEU DE VABRES H.**, « Quelques observations sur le rôle du préjudice en droit pénal français », *RIDPC* 1938, p. 2.
- DOUBLIER R.**, « Le consentement de la victime » in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 188.
- DOUCET J.-P.**, « La condition préalable à l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, p. 726.
- « Les droits de la défense, faits justificatifs méconnus », *Gaz. Pal.* 1972, 2, p. 595.
- « Les familles d'infractions », *RDPC* 1975, p. 759.
- « Une discussion sur l'erreur de droit », *RSC* 1962, p. 497.
- DREYER E.**, « Droit de la presse et droits de la personnalité, janvier 2010 - décembre 2010 », *D.* 2011, p. 780.
- « Droit pénal : droit de l'infraction ou droit du délinquant ? » in *Faut-il rethéoriser le droit pénal ?*, colloque des 13-14 oct. 2016, Orléans, à paraître, 2016.
- « L'auteur de l'infraction de presse : auteur naturel ou artificiel ? », *Dr. pén.* 2008, étude, n° 9.
- « L'imputation des infractions en droit pénal du travail », *RSC* 2004, p. 813.
- « L'objet de la sanction pénale », *D.* 2016, p. 2583.
- « La causalité directe de l'infraction », *Dr. pén.* 2007, étude, n° 9.
- « La sécurité juridique et le droit pénal économique », *Dr. pén.* 2006, étude, n° 20.

- DREYER E.**, « La subsidiarité du droit pénal » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 247.
- « Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ? », *Gaz. Pal.* 2015, n° 307, p. 24.
- DREYER E. et ROJINSKY C.**, « L'entrave aux libertés publiques, une incrimination dangereuse ? », *D.* 2004, p. 716.
- DUMONT H.**, « Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit pénal ?, Conclusion », *RSC* 2012, p. 109.
- DUPEYRON C.**, « L'infraction collective », *RSC* 1973, p. 357.
- DUPRAC C.**, « La légitime défense, contours d'une notion de droit pénal » in *Légitimes défenses*, sous la dir. de R. KHERAD, LGDJ, 2006, p. 83.
- DURRANDE S.**, « L'élément intentionnel de la contrefaçon et le nouveau code pénal », *RSC* 1999, p. 319.
- EISENMANN C.**, « Quelques problèmes de méthodologie des définitions et des classifications en sciences juridiques », *Archives de philosophie du droit, La logique du droit* 1966, t. 11, p. 25.
- FABRE-MAGNAN M.**, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme », *D.* 2005, p. 2973.
- FAVOREU L.**, « La constitutionnalisation du droit pénal et de la procédure pénale, Vers un droit constitutionnel pénal » in *Droit pénal contemporain, Mélanges en l'honneur d'André Vitu*, Cujas, 1989, p. 169.
- FAYARD C.**, « La localisation internationale de l'infraction », *RSC* 1968, p. 753.
- FERRAND J.**, « Quand la forme emporte le fond, de l'incidence des formes processuelles sur la genèse de la théorie générale de l'infraction », *RSC* 2013, p. 505.
- FIESCHI-VIVET P.**, « Les éléments constitutifs du contrat de travail », *RJS* 1991, p. 414.
- FLEURIOT C.**, « Femmes battues : « il ne faut pas créer un régime de légitime défense différée », *D. actualité* 2016.
- FORTIS E. et SEGONDS M.**, « La dépénalisation du droit du travail : un objectif caduc ? », *Rev. dr. trav.* 2012, p. 402.
- FOURGOUX J.-C.**, « Infractions contre l'ordre économique », *RSC* 1984, p. 755.
- FOURNIER G.**, « Le droit pénal et le risque de l'instrumentalisation de l'éthique dans la vie des affaires » in *Aspects organisationnels du droit des affaires : mélanges en l'honneur de Jean Paillusseau*, D., 2003, p. 273.
- FOURNIER S.**, « Le nouveau code pénal et le droit de la complicité », *RSC* 1995, p. 475.
- FRANÇON A.**, « L'erreur en droit pénal » in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, sous la dir. de G. STEFANI, Dalloz, 1956, p. 228.
- FRISON-ROCHE M.-A. et BARANÈS W.**, « L'accessibilité et l'intelligibilité de la loi », *D.* 2000, chron. p. 361.
- FROSSARD S.**, « Quelques réflexions relatives au principe de la personnalité des peines », *RSC* 1998, p. 703.

- GARÉ T.**, « La dissimulation du visage dans l'espace public » in *La diversité du droit, mélanges en l'honneur de Jerry Sainte-Rose*, Bruylant, 2012, p. 543.
- GASSIN R.**, « Les définitions dans les textes en matière pénale », *Revue de la recherche juridique, droit prospectif* 1987, p. 1019.
- GAUDEMET J.**, « Le problème de la responsabilité pénale dans l'Antiquité » in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, Dalloz, 1961, p. 51.
- GAZZANICA J.-L.**, « La dimension historique des libertés et droits fondamentaux » in *Libertés et droits fondamentaux*, sous la dir. de R. CABRILLAC, M.-A. FRISON-ROCHE et T. REVET, Dalloz, 2001, p. 11.
- GERTHOFFER C.**, « La tentative et la complicité » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, Cujas, 1965, p. 153.
- GIACUZZO J.-F.**, « Le gel des avoirs : une limitation de la propriété du « terroriste-ennemi », *Constitutions* 2016, p. 269.
- GIRAULT C.**, « Le relâchement du lien de concertation entre l'auteur principal et le complice », *D.* 2008, p. 1714.
- GIUDICELLI-DELAGE G.**, « Droit pénal de la dangerosité - Droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2010, p. 69.
- GIUDICELLI A.**, « Le principe de la légalité en droit pénal français », *RSC* 2007, p. 509.
- GLASER S.**, « L'élément moral de l'infraction internationale », *RGDIP* 1955, n° 4.
- GOETZ D.**, « Principales mesures de la loi « Sécurité publique », *D. actualités* 2017.
- GOUTAL J.-L.**, « L'autonomie du droit pénal : reflux et métamorphose », *RSC* 1980, p. 911.
- GOUTTENOIRE-CORNUT A.**, « La répression pénale de l'abandon d'enfant », *AJ famille* 2002, p. 244.
- GOUZER J.**, « Théorie du crime », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales* 1894, p. 255.
- GRUA F.**, « Les divisions du droit », *RTD civ.* 1993, p. 59.
- GUÉRY A. et GUÉRY C.**, « De la difficulté pour le juge pénal d'appeler un chat, un chat, (requalification « stricte » ou « élargie » : devoir et pouvoir du Tribunal correctionnel) », *Dr. pén.* 2005, étude, 5 et 6.
- HALL J.**, « Note sur les délits involontaires », *RSC* 1963, p. 328.
- HAMON A.**, « De la définition du crime », *Archives de l'anthropologie criminelle et des sciences pénales* 1893, p. 242.
- HARDOUIN-LE GOFF C.**, « Les fictions légales en droit pénal », *Dr. pén.* 2009, étude, p. 1.
- HERRMANN J.**, « Quel avenir pour l'erreur sur le droit ? », *Dr. pén.* 2016, n° 3.
- HOSNI N.**, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1999, p. 711.
- IVAINER T.**, « L'interprétation des faits en droit », *JCP G.* 1986, I, 3235.
- JAKOBS G.**, « Aux limites de l'orientation par le droit : le droit pénal de l'ennemi », *RSC* 2009, p. 7.

- JEANDIDIER W.**, « L'élément moral des infractions d'affaire ou l'art de la métamorphose » in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 369.
- JIMENEZ DE ASUA L.**, « L'antijuridicité », *RIDP* 1951, p. 273.
- « Les problèmes modernes de la culpabilité » in *Mélanges en hommage à Jean Constant*, Faculté de droit de Liège, 1971, p. 147.
- JOURDAIN P.**, « Retour sur l'imputabilité » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 511.
- KAUFMANN A.**, « Le rôle de la notion d'acte en droit pénal allemand » in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, t. 21*, Université des sciences sociales de Toulouse, 1973, p. 11.
- KEYMAN S.**, « Le résultat pénal », *RSC* 1968, p. 781.
- KIRÁLY T.**, « La qualification de l'infraction et la constatation de la vérité », *RIDP* 1972, p. 99.
- KOERING-JOULIN R. et SEUVIC J.-F.**, « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, p. 106.
- LABORDE-LACOSTE M.**, « Le but de l'agent, élément constitutif de l'infraction dans la législation, la doctrine et la jurisprudence française », *RIDP* 1926, p. 125.
- LAGOUTTE J.**, « Les conditions de la responsabilité en droit privé. Éléments pour une théorie générale de la responsabilité juridique », *RSC* 2013, p. 991.
- LAINGUI A.**, « Les adages du droit pénal », *RSC* 1986, p. 29.
- LANTHIEZ M.-L.**, « Du préjudice dans quelques infractions contre les biens », *D.* 2005, chron. p. 464.
- LARGUIER J.**, « La complicité par agissements non indispensables à la commission du fait principal », *RSC* 1984, p. 489.
- « La localisation internationale de l'infraction », *RSC* 1980, chron. p. 417.
- « Théorie des ensembles et qualification pénale » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 95.
- LASCUMES P. et BARBERGER C.**, « De la sanction à l'injonction : « le droit pénal administratif » comme expression du pluralisme des formes juridiques sanctionnatrices », *RSC* 1988, p. 45.
- LAZERGES C.**, « À propos des fonctions du nouveau code pénal français », *Archives de politique criminelle* 1995, n° 17, p. 7.
- « De la fonction déclarative de la loi pénale », *RSC* 2004, p. 194.
- « Fallait-il modifier l'ordonnance numéro 45-174 du 2 février 1945 ? », *RSC* 2003, p. 172.
- LAZERGES C. et HENRION-STOFFEL H.**, « Le déclin du droit pénal : l'émergence d'une politique criminelle de l'ennemi », *RSC* 2016, p. 649.
- LE SEYLLIER A.-F.**, « De l'intention en matière pénale », *La France judiciaire* 1876, p. 111.
- LÉAUTÉ J.**, « Le changement de fonction de la règle « nullum crimen sine lege » in *Dix ans de conférences d'agrégation, études de droit commercial offertes à J. Hamel*, Dalloz, 1961, p. 81.

- « Le rôle de la faute antérieure dans le fondement de la responsabilité pénale », *D.* 1981, chron. p. 295.
- LEBLOIS-HAPPE J., PIN X. et WALTHER J.**, « Chronique de droit pénal allemand, Période du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2007 », *RIDP* 2007, p. 621.
- LÉGAL A.**, « La responsabilité sans faute » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, Cujas, 1965, p. 129.
- LEPAGE A.**, « La place des incriminations dans le Livre II du Code pénal, Quels enjeux pour la codification ? » in *Le nouveau Code pénal 20 ans après, État des questions*, sous la dir. de L. SAENKO, LGDJ, 2014, p. 139.
- « Les dispositions concernant la communication dans la loi du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance », *CCE* 2007, étude 13, n° 6.
- LEPOINTE E.**, « De l'impunité et la non punissabilité, À propos d'une tentative de destruction de la théorie des faits justificatifs », *D.* 1978, chron. p. 225.
- « Justifié, donc irresponsable, Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, chron. p. 247.
- LEROY J.**, « La densification normative du Code pénal » in *Faut-il « régénéraliser » le droit pénal ?*, sous la dir. de G. BEAUSSONIE, LGDJ, 2015, p. 75.
- « Les qualifications du fait et l'interprétation de la loi » in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, sous la dir. de F. STASIAK, Dalloz, 2015, p. 43.
- LEVASSEUR G.**, « Droit social et droit pénal » in *Études de droit du travail offertes à André Brun*, Librairie sociale et économique, 1974, p. 320.
- « Étude de l'élément moral de l'infraction » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Travaux du colloque de science criminelle, Toulouse*, Dalloz, 1969, p. 81.
- « La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 » in *Les grands principes de la Déclaration des droits de l'homme et le droit répressif français, ses origines - sa pérennité*, sous la dir. de C.-A. COLLIARD et G. CONAC, La documentation française, 1990, p. 233.
- « La qualification des infractions », *Revue juridique et politique* 1974, p. 175.
- « Réflexions sur l'*exceptio veritatis* » in *Mélanges offerts à A. Chavanne*, Litec, 1990, p. 111.
- « Une révolution en droit pénal : le nouveau régime des contraventions », *D.* 1959, p. 121.
- LUCAZEAU G.**, « Le temps en droit pénal, Recherche comparative sur l'influence du temps en droit pénal étatique et dans le système coutumier de Nouvelle-Calédonie », *RSC* 1990, p. 521.
- MAISTRE DU CHAMBON P.**, « Le déclin du principe de légalité en matière pénale » in *Mélanges en l'honneur de doyen Roger Decottignies*, Presses Universitaires de Grenoble, 2003, p. 212.
- MALABAT V.**, « La responsabilité pénale du subordonné » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 681.
- « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations » in *Le champ pénal, Mélanges en l'honneur du professeur Reynald Ottenhof*, sous la dir. de J. DE LA CUESTA et J.-F. THONY, Dalloz, 2006, p. 155.
- « Le délit dit de « mise en danger », la lettre et l'esprit », *JCP* 2000, doct. 208.

- MALABAT V.**, « 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*, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Dalloz, 2009, p. 71.
- « Quel avenir pour le Livre V du Code pénal ? » in *Le nouveau Code pénal 20 ans après, État des questions*, sous la dir. de L. SAENKO, LGDJ, 2014, p. 173.
- « Retour sur le résultat de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 443.
- MALABAT V. et SAINT-PAU J.-C.**, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. p. 2.
- MANACORDA S.**, « Le droit pénal européen et l'Union européenne », *D.* 2000, p. 95.
- « Théorie générale de l'infraction, lacunes ou spécificités de la science pénale ? », *RDPC* 1999, p. 35.
- MARÉCHAL J.-Y.**, « Plaidoyer pour une responsabilité directe des personnes morales », *JCP* 2009, I, 249.
- MARINUCCI G. et DOLCINI E.**, « La Constitution et le droit pénal en Italie », *RSC* 1996, p. 317.
- MARTIN X.**, « Du temps des lumières à 1810 : anthropologie et droit criminel » in *Les colloques du Sénat, Bicentenaire du Code pénal, 1810-2010*, [en ligne], 2010, p. 65.
- MARTY G.**, « Illicéité et responsabilité » in *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, 1964, p. 339.
- MASCALA C.**, « La contagion de la remise en cause de la constitutionnalité des doubles poursuites pénales et administratives : affaire Wildenstein », *RSC* 2016, p. 75.
- MASSIAS F.**, « Chronique international des droits de l'homme », *RSC* 2003, p. 405.
- MATSOPOULOU H.**, « L'application des « peines », puis des « mesures de sûreté », aux personnes atteintes de troubles mentaux : l'incohérence jurisprudentielle et ses conséquences, (à propos de l'arrêt de la chambre criminelle du 16 décembre 2009) », *Dr. pén.* 2010, étude, n° 4.
- « La loi n° 2016-987 du 21 juillet 2016 prorogeant l'application de la loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence et portant mesures de renforcement de la lutte antiterroriste », *JCP G.* 2016, 911.
- « Le développement des mesures de sûreté justifiées par la « dangerosité » et l'inutile dispositif applicable aux malades mentaux, Commentaire de 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 », *Dr. pén.* 2008, étude, n° 5.
- « Le renouveau des mesures de sûreté », *D.* 2007, p. 1607.
- « Responsabilité pénale des personnes morales et infractions du droit pénal des affaires » in *Dépénalisation de la vie des affaires et responsabilité pénale des personnes morales*, sous la dir. de M. DAURY-FAUVEAU et M. BENILLOUCHE, PUF, 2009, p. 81.
- MAYAUD Y.**, « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997, chron. p. 37.
- « L'empoisonnement, une logique de mort, (À propos de l'affaire du sang contaminé) », *RSC* 1995, chron. p. 347.

- « L'erreur en droit pénal » in *L'erreur*, sous la dir. de J. FOYER, F. TERRÉ et C. PUIGELIER, Cahier des sciences morales et politiques, 2007, p. 125.
- « La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou « paramètre déterminant » ? », *RSC* 2002, p. 100.
- « La loi pénale, instrument de valorisation sociale » in *Livre du bicentenaire du Code pénal et du Code d'instruction criminelle*, Dalloz, 2010, p. 3.
- « La résistance du droit pénal au préjudice » in *Les droits et le Droit, Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Dalloz, 2007, p. 807.
- « La volonté à la lumière du nouveau code pénal » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier*, Presses Universitaires de Grenoble, 1993, p. 203.
- « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale » in *Sciences pénales et sciences criminologiques, Mélanges offerts à R. Gassin*, PUAM, 2007, p. 295.
- « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité pénale ? » in *Une certaine idée du droit, Mélanges offerts à André Decocq*, Litec, 2004, p. 475.
- « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983, p. 597.
- MAYER D.**, « La notion de substance mortelle en matière d'empoisonnement », *D.* 1994, p. 325.
- MERCADAL B.**, « Recherche sur l'intention en droit pénal », *RSC* 1967, p. 1.
- MERLE R.**, « Confrontation du droit pénal classique et de la défense sociale », *RSC* 1964, p. 725.
- « L'évolution du droit pénal français contemporain », *D.* 1977, chron. p. 303.
- « La culpabilité devant les sciences humaines et sociales, Rapport de synthèse présenté au Colloque international du cinquantenaire de l'Institut de criminologie et de sciences pénales de Toulouse », *RSC* 1976, p. 29.
- MESZAROS A.**, « La complicité en droit pénal hongrois », *RSC* 2005, p. 265.
- MEZT R.**, « La responsabilité pénale dans le droit canonique médiéval » in *La responsabilité pénale, travaux du colloque de philosophie pénale*, Dalloz, 1961, p. 83.
- MICHELET E.**, « Article 7, Histoire, analyse et commentaires » in *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, sous la dir. de G. CONAC, M. DEBENE et G. TEBOUL, Economica, 1993, p. 159.
- MIMIN P.**, « L'intention et le mobile » in *La Chambre criminelle et sa jurisprudence, Recueil d'études en hommage à la mémoire de M. Patin*, Cujas, 1965, p. 112.
- MOINE-DUPUIS I.**, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable ? », *D.* 2001, p. 2144.
- MORVAN P.**, « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 461.
- « La personne morale maltraitée par le droit pénal » in *Le Bicentenaire du code pénal*, Éd. Panthéon-Assas, 2010, p. 171.
- MOULOUNGUI C.**, « L'élément moral dans la responsabilité pénale des personnes morales », *RTD com.* 1994, p. 441.

- MULLER-LAGARDE Y.**, « La bonne foi : « Peau de chagrin » du droit pénal des affaires », *Gaz. Pal.* 2009, p. 26.
- NEIRINCK C.**, « La dignité humaine ou le mauvais usage d'une notion philosophique » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, Économica, 1999, p. 39.
- NIETO MARTIN A.**, « Éléments pour un droit international pénal de l'environnement », *RSC* 2012, p. 69.
- OLLARD R.**, « La distinction du dommage et du préjudice en droit pénal », *RSC* 2010, p. 561.
- « La réforme pénale du 3 juin 2016 : aspects de droit pénal », *La lettre juridique* 2016, n° 662.
- OTTENHOF R.**, « Imputabilité, culpabilité et responsabilité en droit pénal », *Archives de politique criminelle* 2000, t. 22, p. 71.
- PAGEAUD P.-A.**, « La notion d'intention en droit pénal », *JCP* 1950, I, 876.
- PALAZZO F.**, « Constitution, Cour constitutionnelle et droit pénal : 30 ans d'expérience italienne, traduction, C. Brochier », *RSC* 1986, p. 1.
- « Constitutionalisme en droit pénal et droits fondamentaux, (avec une référence particulière à l'Italie) », *RSC* 2003, p. 709.
- PAPA M.**, « Droit pénal de l'ennemi et de l'inhumain : un débat international », *RSC* 2009, p. 3.
- PARIZOT R.**, « L'anticipation de la répression » in *Le principe de nécessité en droit pénal, Actes de la journée d'études radicales*, sous la dir. de O. CAHN et K. PARROT, LEJEP, 2013, p. 123.
- « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes du droit pénal », *D.* 2009, p. 2701.
- « La prostitution, infraction sans texte », *RSC* 2016, p. 373.
- « Organisation criminelle versus association de malfaiteurs et associazione per delinquere : quel socle à la lutte contre la criminalité organisée en France et en Italie ? », *RSC* 2017, p. 1.
- « Pour un véritable principe de nécessité des incriminations » in *Politique(s) criminelle(s), Mélanges en l'honneur du professeur C. Lazerges*, Dalloz, 2014, p. 245.
- « Stefano Manacorda, Imputazione collettiva e responsabilità personale. Uno studio sui paradigmi ascrittivi nel diritto penale internazionale », *RSC* 2009, p. 713.
- PARIZOT R. et DETRAZ S.**, « Le choix de la qualification » in *La qualification dans le procès pénal, actes du colloque organisé par l'École nationale de la magistrature et l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux*, sous la dir. de O. DÉCIMA, Cujas, 2013, p. 51.
- PELESSIER J.**, « Faits justificatifs et action civile », *D.* 1963, p. 121.
- PERELMAN C.**, « Présomptions et fictions en droit, Essai de synthèse » in *Les présomptions et les fictions en droit*, sous la dir. de C. PERELMAN et P. FORIERS, Bruylant, 1974, p. 339.
- PIN X.**, « L'infraction juste » in *Mélanges en l'honneur du Professeur J.-H. Robert*, LexisNexis, 2012, p. 585.
- « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand, Éléments pour une comparaison », *RSC* 2003, p. 259.

- « La traduction des concepts de droit pénal : l'exemple franco-allemand » in *Droit et langues étrangères : la traduction juridique est-elle du domaine du spécialiste, du linguiste ou s'ouvre-t-elle au jurilinguisme ?*, Presses Universitaires de Perpignan, 2001, p. 43.
- « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal, Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, p. 83.
- « Les âges du mineur, réflexions sur l'imputabilité et la capacité pénale du mineur », *Gaz. Pal.* 2012, p. 5.
- « Une politique criminelle française en quête de rationalité : le cas français » in *Rationalité pénale et démocratie*, sous la dir. de J. BOULAD-AYOUB, M. ANTAKI et P. ROBERT, PUL, 2013, p. 39.
- PINATEL J.**, « Infractions et valeurs morales », *RSC* 1972, p. 664.
- « L'apport de l'histoire et de la psychologie sociale à la compréhension de l'évolution du concept de crime », *RSC* 1967, n° 209.
- « L'élément matériel de l'infraction devant la criminologie et les sciences de l'homme », *RSC* 1967, p. 910.
- PLAWSKI S.**, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1962, p. 445.
- POIRIER M.**, « Les caractères de la responsabilité archaïque » in *La responsabilité pénale, Travaux du colloque de philosophie pénale*, Dalloz, 1961, p. 19.
- PONCELA P.**, « Autour de l'ouvrage de Paul Fauconnet : une dimension sociologique de la responsabilité pénale », *Archives de philosophie du droit, La responsabilité* 1977, t. 22, p. 123.
- « Droit de punir et pouvoir de punir, une problématique de l'État », *Archives de philosophie du droit, Philosophie pénale* 1983, t. 28, p. 123.
- « Livre I du nouveau code pénal », *RSC* 1993, p. 455.
- PONSEILLE A.**, « L'incrimination du mandat criminel ou l'article 221-5-1 du code pénal », *Dr. pén.* 2004, n° 10.
- « La faute caractérisée en droit pénal », *RSC* 2003, p. 79.
- POTASZKIN T.**, « Affaire de l'ourse Cannelle : action civile et état de nécessité, obs. sur CA Pau, 10 sept. 2009 », *D.* 2010, p. 484.
- POURZAND P.**, « Nature de l'élément moral et stratégie judiciaire de la Cour pénale internationale », *RSC* 2014, p. 1.
- PRADEL J.**, « L'avant projet de révision du code pénal », *D.* 1977, chron. p. 115.
- « Le nouveau code pénal (partie générale) », *D.* 1993, p. 163.
- « Nature et application dans le temps des mesures créées par la loi du 25 février 2008 à l'égard des criminels atteints d'un trouble mental », *D.* 2010, p. 471.
- « Tentative et abandon en cas de participation de plusieurs personnes à une infraction », *RIDC* 1986, n° 2, p. 735.
- « Une double révolution en droit pénal français avec la loi du 25 février 2008 sur les criminels dangereux », *D.* 2008, p. 1000.

- PROTHAIS A.**, « Le sida ne serait-il plus, au regard du droit pénal, une maladie mortelle ? », *D.* 2001, chron. p. 2053.
- « N'empoisonnez donc plus à l'arsenic ! », *D.* 1998, chron. p. 334.
- PUECH M.**, « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, p. 153.
- « L'erreur en droit pénal » in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1982 t. 30, 1981, p. 65.
- « Les principes généraux du droit (Aspect pénal) » in *Journée de la société de législation comparée*, Société de législation comparée, 1980, n° spécial, vol. 2, p. 337.
- QUERO G.**, « Le cumul des contraventions et ses problèmes », *Gaz. Pal.* 1976, doct. p. 284.
- QUINTANE G.**, « Les notions juridiques et les outils langagiers de la science du droit » in *Les notions juridiques*, sous la dir. de G. TUSSEAU, Economica, 2009, p. 5.
- RABUT-BONALDI G.**, « L'antijuridicité. Plaidoyer en faveur de l'élément injuste », *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice* 2011, p. 63.
- REBUT D.**, « Le principe de la légalité des délits et des peines », *RPDP* 2001, p. 249.
- ROBERT J.-H.**, « Histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977, p. 269.
- « Imputation et complicité », *JCP* 1975, I, 2720.
- « L'environnement considéré comme un intérêt protégé identifiable, l'implantation sauvage de panneaux publicitaires », *RSC* 2001, p. 814.
- « La punition selon le Conseil constitutionnel », *Cahiers du Conseil constitutionnel* 2009, n° 26.
- « Pour une restauration de la contravention de police » in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire, Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas, 2006, p. 161.
- ROCA M.-C.**, « Le principe de la légalité et l'incrimination », *RPDP* 2001, p. 272.
- ROLLAND M.**, « Le délit d'omission », *RSC* 1965, p. 583.
- ROUIDI H.**, « Une notion pénale à l'épreuve de la responsabilité civile : les faits justificatifs », *RSC* 2016, p. 17.
- ROUJOU DE BOUBÉE G.**, « Chronique de jurisprudence », *D.* 2014, p. 2423.
- « Chronique de jurisprudence », *D.* 2015, p. 2465.
- « La théorie générale de la justification » in *Les causes d'irresponsabilité pénale*, t. 30, Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 1982, p. 11.
- ROUSSEAU F.**, « Complice ou auteur indirect d'une infraction non intentionnelle ? », *Dr. pén.* 2007, étude, n° 11.
- « De quelques réflexions sur la responsabilité collective, Aspects de droit civil et de droit pénal », *D.* 2011, p. 1983.
- « La répartition des responsabilités dans l'entreprise », *RSC* 2010, p. 804.
- « Le principe de nécessité, Aux frontières du droit de punir », *RSC* 2015, p. 257.
- ROZES L.**, « L'infraction consommée », *RSC* 1975, p. 603.

- SAENKO L.**, « Brèves réflexions sur la catégorie des infractions « attitrées », *Gaz. Pal.* 2015, n° 307, p. 20.
- « De l'imputation par amputation ou le mode allégé d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales », *Dr. pén.* 2009, étude, p. 14.
- SAINT-PAU J.-C.**, « L'enregistrement clandestin d'une conversation », *Dr. pén.* 2008, n° 17.
- « L'insécurité juridique de la détermination du responsable en droit pénal de l'entreprise », *Gaz. Pal.* 2005, p. 134.
- « L'interprétation des lois », *RSC* 2015, p. 272.
- « La responsabilité pénale des personnes morales : réalité ou fiction » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, sous la dir. de P. CONTE et al., Litec, 2003, p. 71.
- « Les causalités dans la théorie de l'infraction » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 679.
- « Obs. sous Cass. crim., 12 juin 2007 et CEDH, 7 juin 2007 », *RPDP* 2008, n° 116.
- SALVAGE P.**, « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991, p. 699.
- « Le lien de causalité en matière de complicité », *RSC* 1981, p. 42.
- SALVAIRE J.**, « Le cumul idéal de contraventions », *JCP* 1960, I, 1588.
- SCHNAPPER B.**, « Le jury criminel » in *Une autre justice, contributions à l'histoire de la justice sous la Révolution française*, sous la dir. de R. BADINTER, Fayard, 1989, p. 149.
- SEGONDS M.**, « Le principe de territorialité à l'épreuve passée, présente et future du délit de recel », *JCP* 2008, I, 10047.
- « Le principe de territorialité à l'épreuve passée, présente et future du délit de recel », *JCP G.* 2008, II, 10047.
- SEUVIC J.-F.**, « Drogues et stupéfiants : trafics (articles 222-34 et s. du code pénal) et toxicomanie (code de la santé publique) », *D.* 1996, p. 895.
- « Variations sur l'humain comme valeurs socialement protégées » in *Éthique, droit et dignité de la personne, mélanges Christian Bolze*, Économica, 1999, p. 339.
- SICARD G.**, « La « question intentionnelle » et la terreur judiciaire dans le Sud-ouest » in *La culpabilité, actes des XX^{èmes} Journées d'histoire du droit*, sous la dir. de J. HOAREAU-DODINAU et P. TEXIER, Limoges, 2001, p. 633.
- SORDINO M.-C.**, « De la proportionnalité en droit pénal » in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jacques-Henri Robert*, LexisNexis, 2012, p. 711.
- SPITERI P.**, « L'infraction formelle », *RSC* 1966, p. 497.
- STASIAK F.**, « Dépénaliser : quoi, pourquoi, comment ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, sous la dir. de V. MALABAT, B. DE LAMY et M. GIACOPELLI, Litec, 2011, p. 31.
- TILLEMENT G.**, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pén.* 2003, chron. n° 34.
- TRICOT J.**, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », *RSC* 2012, p. 19.

- VAN DE KERCHOVE M.**, « Les frontières des normes pénales, Pour une sociologie des frontières » in *Normes, normes juridiques, normes pénales*, sous la dir. de P. ROBERT, F. SOUBIRAN-PAILLET et M. VAN DE KERCHOVE, t. 2, L'Harmattan, 1997, p. 77.
- VARISSAMY G.**, « Regard sur le phénomène de la réitération en droit privé français », *D.* 1989, p. 279.
- VERHAEGEN J.**, « Le fait qualifié infraction » in *Mélanges offerts à Robert Legros*, Éd. de l'Université de Bruxelles, 1985, p. 749.
- VIDAL J.**, « La conception française de la culpabilité » in *Annales de l'Université des sciences sociales de Toulouse*, t. 24, Université des sciences sociales de Toulouse, 1976, p. 45.
- VILLEY E.**, « De l'intention en matière pénale », *La France judiciaire* 1876, p. 1.
- « De l'intention, de l'ignorance, de l'erreur et de la bonne foi en matière pénale », *La France judiciaire* 1876, p. 313.
- VILLEY M.**, « Esquisse historique sur le mot responsable », *Archives de philosophie du droit, La responsabilité* 1977, t. 22, p. 45.
- VINEY G.**, « La responsabilité », *Archives de philosophie du droit, Vocabulaire fondamental du droit* 1990, t. 35, p. 275.
- VITU A.**, « De l'illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée* 1984, p. 129.
- « L'élément légal et l'élément matériel de l'infraction devant les perspectives ouvertes par la criminologie et les sciences de l'homme » in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie, Travaux du colloque de science criminelle de Toulouse*, Dalloz, 1969, p. 39.
- VOUIN R.**, « Observations sur l'unité de la justice criminelle » in *Aspects Nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ansel*, t. 2, A. Pedone, 1975, p. 241.
- WALTHER J.**, « À justice équitable, peine juste ? », *RSC* 2007, p. 23.
- « L'interprétation en droit pénal allemand » in *Histoire et méthodes d'interprétation en droit criminel*, sous la dir. de F. STASIAK, Dalloz, 2015, p. 79.
- WECHSLER H.**, « La culpabilité et l'infraction, L'intention coupable dans le Model Penal Code » in *Le système pénal des États-Unis d'Amérique*, sous la dir. de M. ANCEL et L. B. SCHWARTZ, Institut de droit comparé de Paris, éditions de l'Épargne, 1964, p. 35.
- ZAFFARONI E. R.**, « Dans un État de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009, p. 43.

VII. Notes de jurisprudence

- A.-L. P.** note sous Cass. crim., 8 août 1947, *D.* 1948, p. 293.
- ALIX J.** note sous Cass. crim., 10 janv. 2017, *AJ pén.* 2017, p. 79.
- ALVAREZ N.** note sous Cass. crim., 18 déc. 1978, *JCP* 1980, II, 19261.

- AUBERT D.** obs. sur Cass. crim., 18 juin 2015, *AJ pén.* 2015, p. 610.
- AZIBERT G.** obs. sur CA Douai, 9 juin 1988, *D.* 1991, p. 66.
- obs. sur Cass. crim., 3 avr. 1991, *JCP* 1991, IV, 281.
- obs. sur Cass. crim., 3 avr. 1991, *D.* 1991, p. 275.
- obs. sur Cass. crim., 15 juin 1992, *D.* 1993, p. 15.
- AZOULAY W.** obs. sur Cass. Crim., 6 déc. 2017, *D. actualité* 2017.
- BEAUSSONIE G.** obs. sur Cass. crim., 28 janv. 2015, *AJ pén.* 2015, p. 311.
- BÉCOURT D.** note sous Paris, 24 juin 1965, *JCP* 1966, II, 14700.
- BEIGNER B. et DE LAMY B.** note sous Cass. crim., 19 juin 2001, *D.* 2001, p. 2539.
- BENELLI-DE BÉNAZÉ C.** obs. sur Cass. crim., 8 juil. 2015, *D. actualité* 2015.
- obs. sur Cass. crim., 17 janv. 2017, *D. actualité* 2017.
- BÉRAUD R.** note sous T. corr. Aix en provence, 14 janv. 1947, *JCP* 1947, II, 3465.
- BERNAUD V. et JACQUINOT N.** obs. sur Cons. const., 10 mars 2011, *D.* 2012, p. 1638.
- BONFILS P.** obs. sur Cons. const., 10 mars 2011, *D.* 2011, chron., p. 1162.
- BONNET A.** note sous Cass. crim., 5 fév. 2014, *Dr. pén.* 2014, étude, n° 10.
- BOULOC B.** note sous Cass. crim., 16 mars 1970, *JCP* 1971, II, 16813.
- note sous Cass. crim., 23 mars 1978, *D.* 1979, p. 319.
- obs. sur Cass. crim., 25 mai 1994, *D.* 1995, p. 97.
- obs. sur Cass. crim., 11 juil. 1994, *RSC* 1995, p. 343.
- obs. sur Cass. crim., 10 janv. 1996, *RSC* 1996, p. 846.
- obs. sur Cass. crim., 21 mai 1996, *RSC* 1997, p. 101.
- obs. sur Cass. crim., 20 fév. 1997, *RTD com.* 1997, p. 694.
- obs. sur Cass. crim., 16 fév. 1999, *RSC* 1999, p. 808.
- obs. sur Cass. crim., 9 mars 1999, *RSC* 1999, p. 808.
- obs. sur Cass. crim., 29 juin 1999, *RTD com.* 2000, p. 199.
- obs. sur Cass. crim., 19 juin 2001, *RSC* 2002, p. 96.
- note sous Cass. crim., 4 sept. 2001, *RSC* 2002, p. 95.
- obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, *RSC* 2003, p. 553.
- note sous Cass. crim., 31 janv. 2007, *D.* 2007, p. 1843.
- obs. sur Cass. crim., 31 janv. 2007, *RTD com.* 2007, p. 617.
- obs. sur Cass. crim., 12 déc. 2007, *RTD com.* 2008, p. 640.
- obs. sur Cass. crim., 11 avr. 2012, *AJ pén.* 2012, p. 415.
- obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, *RTD com.* 2014, p. 427.

- BOULOC B.** obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *RTD com.* 2015, p. 395.
— note sous Cass. crim., 16 déc. 2015, *RTD com.* 2016, p. 345.
- BOUZAT P.** note sous Cass. crim., 25 oct. 1962, *D.* 1963, p. 221.
— obs. sur Cass. crim., 12 fév. 1979, *RSC* 1979, p. 575.
— obs. sur Cass. crim., 17 mai 1989, *RSC* 1990, p. 576.
— note sous Cass. crim., 3 avr. 1991, *RTD com.* 1992, p. 254.
— note sous Cass. crim., 15 juin 1992, *RTD com.* 1993, p. 586.
— obs. sur Cass. crim., 5 mai 1993, *RSC* 1994, p. 340.
- BRACH-THIEL D.** obs. sur Cass. soc., 15 mars 2015, *AJ pén.* 2015, p. 316.
— obs. sur Cass. crim., 31 mai 2016, *AJ pén.* 2016, p. 487.
- BUISSON J.** note sous Cass. crim., 13 avr. 2005, *RSC* 2006, p. 419.
- BURGELIN J.-F.** note sous Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, *D.* 1992, p. 353.
- C. M.-E.** obs. sur Cass. crim., 15 mars 2006, *AJ pén.* 2006, p. 269.
— obs. sur Cass. crim., 19 janv. 2010, *AJ pén.* 2010, p. 201.
- CAMBASSÉDÈS M.-J.** obs. sur Cass. crim., 15 mai 1979, *D.* 1980, p. 409.
- CARON C.** obs. sur CE, 9 et 10^{ème} sous-sections réunies, 16 juil. 2008, *CCE* 2008, comm. 111.
- CÉRÉ J.-P.** obs. sur Cass. crim., 16 nov. 2016, *AJ pén.* 2017, p. 83.
- CERF-HOLLENDER A.** obs. sur Cass. crim., 11 avr. 2012, *RSC* 2012, p. 377.
- CERF E.** note sous Cass. crim., 16 fév. 1999, *D.* 2000, p. 9.
- CHARBONNIER M.-C.** obs. sur Cass. crim., 12 déc. 2007, *AJ pén.* 2008, p. 88.
- CHAVANNE A.** note sous Cass. crim., 20 juil. 1960, *D.* 1961, p. 191.
- CHAVENT-LECLÈRE A.-S.** obs. sur Cass. crim., 26 mars 2006, *D.* 2006, p. 2721.
— obs. sur Cass. crim., 11 avr. 2012, *Procédures* 2012, n° 189.
- CHILSTEIN D.** note sous Cass. crim., 26 sept. 2007, *RPDP* 2008, p. 651.
- CHOPIN F.** obs. sur Cass. crim., 11 avr. 2012, *Rev. pénit.* 2012, p. 698.
- COLLET M. et COLLIN P.** note sous Cons. const., 24 juin 2016, *JCP G.* 2016, I, 1453.
- COMMARET D.** obs. sur Cass. crim., 19 juin 2001, *JCP* 2002, II, 10064.
- CONTE P.** note sous Cass. crim., 5 déc. 2000, *JCP* 2001, II, 10615.
— obs. sur Cass. Crim., 21 janv. 2014, *D.* 2014, p. 1317.
— obs. sur Cass. crim., 31 mai 2016, *Dr. pén.* 2016, n° 122.
— obs. sur Cass. crim., 13 sept. 2016, *Dr. pén.* 2016, n° 153.
- COUSTET T.** obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, *D.* 2014, p. 219.
- DALEAU J.** obs. sur Cass. crim., 16 déc. 2015, *Dalloz IP/IT* 2016, p. 140.

- DANET J.** obs. sur Cons. const., 29 nov. 2011, *RSC* 2012, p. 184.
- DARSONVILLE A.** obs. sur Cons. const., 10 mars 2011, *Constitutions* 2011, p. 223.
- DE LAMY B.** note sous Cass. crim., 16 janv. 2001, *D.* 2001, p. 2346.
— note sous Cass. crim., 4 sept. 2001, *D.* 2002, p. 1794.
— obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, *D.* 2004, p. 310.
— note sous Cass. crim., 12 déc. 2007, *RSC* 2009, p. 162.
— note sous Cass. crim., 11 juin 2010, *RSC* 2011, p. 177.
— obs. sur Cons. const., 10 mars 2011, *RSC* 2012, p. 227.
- DE LESTANG R.** note sous Cass. crim., 12 mars 1969, *JCP* 1970, II, 16536.
- DÉCIMA O.** note sous Cons. const., 18 mars 2015, *D.* 2015, p. 874.
- DECOCQ A.** note sous Cass. crim., 27 oct. 1966, *Rev. crit. dr. intern. priv.* 1967, p. 741.
- DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P.** obs. sur Cass. crim., 14 nov. 2000, *RSC* 2001, p. 584.
— obs. sur Cass. crim., 19 juin 2001, *RSC* 2002, p. 592.
- DELMAS-MARTY M.** note sous Cass. crim., 12 mars 1969, *D.* 1970, p. 385.
- DEMARCHI J.-R.** obs. sur Cass. crim., 10 fév. 2009, *AJ pén.* 2009, p. 224.
- DETRAZ S.** obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, *Gaz. Pal.* 2010, p. 23.
— obs. sur Cass. crim., 13 juin 2012, *Gaz. Pal.* 2012, n° 37.
— obs. sur Cass. crim., 27 juin 2012, *Gaz. Pal.* 2012, n° 36.
— note sous Cass. crim., 19 fév. 2014, *Gaz. Pal.* 2014, 1, p. 1698.
— note sous Cass. crim., 14 mai 2014, *Gaz. Pal.* 2014, p. 31.
— note sous Cons. const., 24 juin 2016, *JCP G.* 2016, I, 1814.
- DEZEUZE E.** obs. sur Versailles, 23 sept. 2016, *JCP* 2016, I, 1087.
- DO CARMO SILVA J.-M.** note sous Cass. crim., 9 mars 1999, *JCP* 1999, II, 10188.
- DONNEDIEU DE VABRES H.** note sous Cass. crim., 15 déc. 1943, *D.* 1945, p. 131.
- DOUCET J.-P.** note sous Cass. crim., 25 janv. 1973, *Gaz. Pal.* 1973, Somm. p. 94.
— note sous Cass. crim., 16 janv. 1986, *Gaz. Pal.* 1986, 1, p. 377.
— obs. sur Cass. crim., 15 juin 1992, *Gaz. Pal.* 1992, chron., p. 18.
- DREYER E.** note sous Cass. crim., 5 nov. 2005, *D.* 2006, p. 1582.
— obs. sur Cass. crim., 27 fév. 2013, *Gaz. Pal.* 2013, p. 32.
— obs. sur Cass. crim., 18 juin 2013, *Gaz. Pal.* 2016, p. 26.
- DREYFUS J.-D.** obs. sur Cons. const., 10 mars 2011, *AJCT* 2011, étude, p. 182.
- DUPARC C.** obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, *AJ pén.* 2010, p. 340.
- ENDERLIN C. S.** obs. sur Cass. crim., 9 nov. 2004, *AJ pén.* 2005, p. 23.

- FINIELZ R.** obs. sur Cass. crim., 26 sept. 2007, *RSC* 2008, p. 360.
- FONTEIX C.** obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *D. actualité* 2015.
— obs. sur Cass. crim., 16 nov. 2016, *D. actualité* 2016.
- FORTIS E.** obs. sur Cass. crim., 26 sept. 2007, *RSC* 2008, p. 69.
— obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *RSC* 2015, p. 639.
- FRANCILLON J.** note sous Cass. crim., 19 juin 2001, *RSC* 2002, p. 119.
— note sous Cass. crim., 4 sept. 2001, *RSC* 2002, p. 125.
- FUCINI S.** obs. sur Cass. Crim., 19 avr. 2017, *D. actualités* 2017.
- GALLOIS J.** note sous Cass. crim., 19 mars 2014, *AJ pén.* 2014, p. 293.
- GARÇON E.** obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, *D.* 2003, p. 2661.
- GARÉ T.** obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, *D.* 2010, p. 2732.
- GINOCCHI D.** note sous Cons. const., 10 mars 2011, *AJDA* 2011, p. 1097.
- GIUDICELLI-DELAGE G.** obs. sur Cass. crim., 16 fév. 1999, *RSC* 1999, p. 837.
— obs. sur Cass. crim., 11 fév. 2003, *RSC* 2003, p. 801.
- GIUDICELLI A.** obs. sur Cass. crim., 15 mars 2006, *RSC* 2006, p. 634.
- GOESEL-LE BIHAN V.** obs. sur Cons. const., 10 fév. 2017, *AJDA* 2017, p. 433.
- GOETZ D.** obs. sur Cass. crim., 31 mai 2016, *D. actualité* 2016.
— obs. sur Cons. const., 10 fév. 2017, *D. actualité* 2017.
— obs. sur Cons. const., 17 avr. 2017, *D. actualités* 2017.
- GOZZI M.-H.** obs. sur Cass. crim., 8 juil. 2015, *D.* 2015, *pann.* p. 2465.
- GRANGER M.-A.** note sous Cons. const., 10 mars 2011, *RSC* 2011, *étude*, p. 789.
- GROUTEL H.** obs. sur Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, *Resp. civ. et assur.* 1992, *comm.* p. 257.
- GUÉHO G.** obs. sur Cass. crim., 31 mai 2016, *D.* 2016, *chron.* p. 1597.
- GUIGUE M. et TOULLIER M.** note sous Cass. crim., 10 fév. 2009, *RDSS* 2009, p. 696.
- GUYON Y.** note sous Cass. crim., 20 juil. 1960, *JCP* 1961, II, 11973.
- HAURIOU M.** note sous CE, 8 mai 1896, *S.* 1897, 3, p. 113.
- HAUSER J.** note sous Cass. crim., 30 oct. 2006, *RTD civ.* 2007, p. 87.
- HUGUENEY P.** note sous Cass. crim., 20 mars 1956, *D.* 1957, p. 33.
- IDOUX P., NICINSKI S. et GLASER E.** obs. sur Cons. const., 18 mars 2015, *AJDA* 2015, *étude*, p. 1191.
- JEANDIDIER W.** obs. sur Cass. crim., 8 janv. 2003, *JCP* 2003, II, 10159.
- JOURDAIN P.** obs. sur Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, *RTD civ.* 1992, p. 768.
— obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, *RTD civ.* 2014, p. 389.
- KERLOEGAN P.** obs. sur Cass. crim., 16 déc. 2015, *AJ pén.* 2016, p. 144.

- LARGUIER J.** note sous Cass. crim., 9 fév. 1956, *JCP* 1956, II, 9574.
- obs. sur Cass. crim., 25 janv. 1973, *RSC* 1974, p. 580.
- obs. sur Cass. crim., 31 janv. 1974, *RSC* 1975, p. 679.
- obs. sur Cass. crim., 15 mai 1979, *RSC* 1980, p. 969.
- LASSERRE CAPDEVILLE J.** obs. sur Cass. crim., 1^{er} juin 2010, *AJ pén.* 2010, p. 393.
- note sous Cass. crim., 19 mars 2014, *D.* 2014, p. 912.
- obs. sur Cass. crim., 22 mars 2016, *AJ pén.* 2016, p. 381.
- obs. sur Versailles, 23 sept. 2016, *D.* 2016, p. 1927.
- LAVRIC S.** obs. sur Cass. Crim., 30 oct. 2007, *AJ pén.* 2008, p. 91.
- obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, *D.* 2010, p. 768.
- LAZERGES C.** obs. sur Cons. const., 10 mars 2011, *RSC* 2011, chron., p. 728.
- LE BOT O.** obs. sur Cons. const., 24 oct. 2014, *Constitutions* 2014, chron., p. 492.
- LE CALVEZ J.** obs. sur Cass. crim., 21 mai 1990, *D.* 1992, p. 153.
- LE DREVO D.** obs. sur Cass. crim., 18 juin 2013, *D. actualité* 2013.
- LE FUR A.-V. et SCHMIDT D.** note sous Cons. const., 18 mars 2015, *D.* 2015, p. 894.
- LECLERC H.** note sous Cass. crim., 26 oct. 2016, *Légipresse* 2017, comm. n° 346.
- LÉGAL A.** obs. sur Cass. crim., 3 mars 1960, *RSC* 1961, p. 105.
- obs. sur Cass. crim., 17 mai 1962, *RSC* 1962, p. 102.
- obs. sur Cass. crim., 25 oct. 1962, *RSC* 1963, p. 553.
- obs. sur Cass. crim., 5 mai 1966, *RSC* 1967, p. 176.
- LENNON J.-L.** note sous Cass. crim., 13 avr. 2005, *D.* 2005, p. 2029.
- LEPAGE A.** note sous Cass. crim., 19 juin 2001, *JCP* 2002, II, 10064.
- obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, *CCE* 2010, n° 66.
- LEPOINTE E.** note sous Civ. 2^{ème}, 14 juin 1972, *D.* 1973, p. 423.
- LEVASSEUR G.** obs. sur Cass. crim., 4 janv. 1978, *RSC* 1978, p. 859.
- obs. sur Cass. crim., 18 déc. 1978, *RSC* 1979, p. 558.
- obs. sur Cass. crim., 13 oct. 1982, *RSC* 1983, p. 670.
- obs. sur Dijon, 19 déc. 1984, *RSC* 1985, p. 812.
- obs. sur Cass. crim., 24 avr. 1985, *RSC* 1986, p. 103.
- obs. sur Cass. crim., 16 janv. 1986, *RSC* 1986, p. 849.
- obs. sur Cass. crim., 21 nov. 1988, *RSC* 1989, p. 320.
- obs. sur Cass. crim., 9 janv. 1990, *RSC* 1990, p. 337.
- obs. sur Cass. crim., 21 mai 1990, *RSC* 1993, p. 100.

- LEVASSEUR G.** obs. sur Cass. Crim., 28 mai 1990, *RSC* 1991, p. 346.
— obs. sur Cass. crim., 13 nov. 1990, *RSC* 1991, p. 345.
— obs. sur Cass. crim., 18 juin 1991, *RSC* 1992, p. 73.
— obs. sur Cass. Crim., 11 juin 1992, *RSC* 1993, p. 781.
— obs. sur Cass. crim., 6 janv. 1993, *RSC* 1993, p. 773.
- LIBCHABER R.** note sous Cass. crim., 4 sept. 2001, *RTD civ.* 2002, p. 186.
- LOMBARD M., NICINSKI S. et GLASER E.** note sous Cons. const., 29 nov. 2011, *AJDA* 2012, p. 578.
- M.R.M.P** note sous Cass. crim., 9 fév. 1956, *D.* 1956, p. 501.
- MARÉCHAL J.-Y.** note sous Cass. crim., 12 janv. 2000, *D.* 2001, p. 813.
— obs. sur Cass. crim., 15 déc. 2004, *JCP* 2005, II, 10050.
— note sous Cass. crim., 15 nov. 2006, *JCP* 2007, II, 10062.
- MARGUÉNAUD J.-P.** obs. sur CEDH, 17 fév. 2005, *RTD civ.* 2005, p. 341.
- MARON A.** obs. sur Cass. crim., 13 avr. 2005, *JCP* 2005, I, 165.
— obs. sur Cass. crim., 13 avr. 2005, *Dr. pén.* 2005, Comm. n° 117.
- MARON A. et HAAS M.** note sous Cass. crim., 5 fév. 2014, *Dr. pén.* 2014, comm. n° 46.
- MASCALA C.** note sous Cass. crim., 3 avr. 1991, *D.* 1992, p. 400.
— obs. sur Cass. crim., 25 juin 2008, *D.* 2009, pan. p. 1723.
— obs. sur Cass. crim., 11 avr. 2012, *D.* 2012, pan. p. 1698.
— obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, *D.* 2014, p. 1564.
— obs. sur Cass. crim., 28 janv. 2015, *D.* 2015, pan. p. 1506.
— obs. sur Cons. const., 18 mars 2015, *D.* 2015, p. 1506.
- MATSOPOULOU H.** note sous Cass. crim., 31 janv. 2007, *Rev. société* 2007, p. 351.
— note sous Cass. crim., 25 juin 2008, *Rev. société* 2008, p. 873.
— note sous Cass. crim., 11 juin 2010, *JCP G.* 2010, II, 1031.
— note sous Cass. crim., 11 avr. 2012, *Rev. société* 2012, p. 52.
— note sous Cons. const., 18 mars 2015, *Rev. société* 2015, p. 380.
— note sous Cons. const., 30 sept. 2016, *Rev. société* 2017, p. 99.
— obs. sur Cass. crim., 26 oct. 2016, *RSC* 2016, p. 767.
- MAYAUD Y.** obs. sur Cass. crim., 10 janv. 1996, *RSC* 1996, p. 656.
— obs. sur Cass. crim., 2 oct. 1996, *RSC* 1997, p. 108.
— obs. sur Cass. crim., 2 juil. 1998, *RSC* 1999, p. 98.
— obs. sur Cass. crim., 2 juil. 1998, *D.* 2000, somm. p. 26.
— obs. sur Cass. crim., 16 fév. 1999, *RSC* 1999, p. 581.

- obs. sur Cass. crim., 9 mars 1999, *RSC* 1999, p. 581.
- obs. sur Cons. const., 16 juin 1999, *D.* 1999, p. 589.
- obs. sur Cass. crim., 11 sept. 2001, *RSC* 2002, p. 106.
- obs. sur Cass. crim., 18 juin 2003, *RSC* 2003, p. 781.
- obs. sur Cass. crim., 5 nov. 2005, *RSC* 2006, p. 61.
- note sous Cass. crim., 30 oct. 2006, *RSC* 2007, p. 83.
- obs. sur Cass. Crim., 30 oct. 2007, *RSC* 2008, p. 75.
- note sous Cass. crim., 10 fév. 2009, *RSC* 2009, p. 371.
- obs. sur Cass. crim., 11 avr. 2012, *RSC* 2012, p. 375.
- obs. sur Cass. crim., 18 juin 2013, *RSC* 2014, p. 807.
- obs. sur Cass. Crim., 21 janv. 2014, *RSC* 2014, p. 59.
- MAYER-JACK A.** note sous Cass. crim., 31 janv. 1974, *JCP G.* 1975, II, 17984.
- MAYER D. et GAZOUNAUD C.** note sous Cass. crim., 16 janv. 1986, *D.* 1986, p. 265.
- MERCUZOT B.** note sous Cons. const., 16 juil. 1996, *D.* 1997, p. 69.
- MIRABAIL S.** obs. sur Cass. crim., 18 juin 2003, *D.* 2004, Somm. p. 2751.
- MONNET Y.** note sous Cass. crim., 19 juin 2001, *Gaz. Pal.* 2002, 1, n° 120.
 - note sous Cass. crim., 11 sept. 2001, *Gaz. Pal.* 2002, p. 34.
- MOULY J.** obs. sur Cass. crim., 9 mars 1999, *D.* 2000, p. 227.
- NGUYEN VAN TUONG V.** note sous Cons. const., 16 juil. 1996, *JCP G.* 1996, II, 22709.
- OTTENHOF R.** obs. sur Cass. crim., 26 oct. 1994, *RSC* 1995, p. 582.
 - obs. sur Cass. crim., 12 janv. 2000, *RSC* 2000, p. 614.
- P.L.G.** note sous Cass. crim., 15 mai 1979, *Gaz. Pal.* 1980, 1, n° 88.
- PARIZOT R.** note sous Cass. crim., 8 juil. 2015, *D.* 2015, p. 2541.
- PATIN M.** note sous Cass. crim., 13 déc. 1956, *D.* 1957, p. 349.
- PELTIER V.** obs. sur Cass. crim., 19 fév. 2014, *Dr. pén.* 2015, chron. p. 3.
 - obs. sur Cons. const., 24 oct. 2014, *Dr. pén.* 2015, comm. p. 14.
 - obs. sur Cons. const., 24 juin 2016, *Dr. pén.* 2016, p. 43.
- PIN X.** note sous Cass. crim., 29 juin 1999, *JCP E.* 2000, n° 704.
- POLLAUD-DULIAN F.** obs. sur CE, 9 et 10^{ème} sous-sections réunies, 16 juil. 2008, *RTD com.* 2008, p. 750.
- POMART C.** note sous Cass. crim., 7 janv. 2004, *JCP G.* 2004, II, 10060.
- PRADEL J.** note sous Cass. crim., 16 janv. 1986, *D.* 1986, p. 265.
 - note sous Cass. crim., 2 juil. 1998, *D.* 1998, p. 457.
 - obs. sur Cass. crim., 19 juin 2001, *D.* 2002, p. 1462.

- PRADEL J.** obs. sur Cons. const., 18 mars 2015, *D.* 2015, p. 1738.
- PRIOU-ALIBERT L.** obs. sur Cass. crim., 27 fév. 2013, *D. actualités* 2013.
- note sous Cass. crim., 28 janv. 2015, *D. actualité* 2015.
- obs. sur Cass. crim., 12 mai 2015, *D. actualité* 2015.
- note sous Cass. crim., 18 juin 2015, *D. actualité* 2015.
- PROTHAIS A.** note sous TGI Mulhouse, 6 fév. 1992, *D.* 1992, p. 301.
- note sous Cass. crim., 22 juin 1994, *D.* 1995, p. 85.
- note sous Cass. crim., 18 juin 2003, *D.* 2005, p. 195.
- PUECH M.** obs. sur Cass. crim., 21 juin 1978, *D.* 1979, IR, p. 37.
- obs. sur Cass. crim., 18 déc. 1978, *D.* 1979, IR, p. 214.
- obs. sur Cass. crim., 15 mai 1979, *D.* 1979, IR, p. 525.
- RASSAT M.-L.** note sous Cass. crim., 2 juil. 1998, *JCP* 1998, II, 10132.
- note sous Cass. crim., 18 juin 2003, *JCP* 2003, II, 10121.
- REBUT D.** note sous Cass. crim., 18 juin 2003, *D.* 2004, p. 1620.
- note sous Cass. crim., 26 sept. 2007, *D.* 2008, p. 1179.
- note sous Cass. crim., 31 mai 2016, *D.* 2016, p. 1989.
- RENAUD-DUPARC C.** obs. sur Cass. crim., 5 fév. 2014, *AJ pén.* 2014, p. 422.
- RENUCCI J.-F.** note sous Cass. crim., 16 janv. 2001, *D.* 2001, p. 1067.
- ROBERT J.-H.** obs. sur Cass. crim., 25 mai 1994, *D.* 1995, p. 366.
- obs. sur Cass. crim., 29 juin 1999, *Dr. pén.* 1999, p. 12.
- obs. sur Cass. crim., 1^{er} fév. 2000, *Dr. pén.* 2000, comm. n° 59.
- obs. sur Cass. crim., 15 oct. 2002, *Dr. pén.* 2003, n° 25.
- obs. sur Cass. crim., 15 oct. 2002, *RSC* 2003, p. 343.
- obs. sur Cass. crim., 15 déc. 2004, *Dr. pén.* 2005, Comm. n° 79.
- obs. sur Cass. crim., 12 déc. 2007, *Dr. pén.* 2008, 34.
- note sous Cass. crim., 11 juin 2010, *JCP G.* 2010, II, 1030.
- RONTCHEVSKY N.** obs. sur Cons. const., 18 mars 2015, *RTD com.* 2015, p. 317.
- ROUJOU DE BOUBÉE G.** obs. sur Cass. crim., 12 fév. 1979, *D.* 1979, IR, p. 177.
- obs. sur Cass. crim., 14 janv. 1986, *D.* 1986, IR, p. 405.
- note sous Cass. crim., 16 janv. 1986, *JCP* 1987, II, 20774.
- obs. sur Cons. const., 16 juin 1999, *D.* 2000, p. 113.
- obs. sur Cass. crim., 5 nov. 2005, *D.* 2006, pan. p. 1652.
- obs. sur Cass. Crim., 14 fév. 2006, *D.* 2007, p. 399.

- note sous Cass. crim., 30 oct. 2006, *RDI* 2007, p. 85.
- obs. sur Cass. crim., 15 nov. 2006, *D.* 2007, pan. p. 2636.
- obs. sur Cass. Crim., 30 oct. 2007, *RDI* 2008, p. 97.
- obs. sur Cass. crim., 11 juin 2010, *D.* 2010, pan. p. 2732.
- obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *D.* 2015, pan. p. 2465.
- obs. sur Cass. crim., 22 mars 2016, *D.* 2016, pan. p. 2424.
- obs. sur Cass. crim., 12 avr. 2016, *D.* 2016, pan. p. 2424.
- obs. sur Cass. crim., 31 mai 2016, *D.* 2016, pan. p. 2424.
- ROUX J.-A.** note sous Cass. crim., 11 avr. 1908, *S.* 1909, 1, p. 473.
- note sous Cass. crim., 29 janv. 1921, *S.* 1922, 1, p. 185.
- note sous Cass. crim., 18 fév. 1922, *S.* 1922, 1, p. 329.
- ROYER G.** note sous Cass. crim., 15 déc. 2004, *D.* 2005, p. 2128.
- obs. sur Cass. crim., 27 fév. 2013, *AJ pén.* 2013, p. 276.
- SAAS C.** obs. sur Cass. Crim., 14 fév. 2006, *AJ pén.* 2006, p. 218.
- obs. sur Cass. crim., 30 oct. 2006, *AJ pén.* 2007, p. 32.
- SABOTIER N.** obs. sur Cass. soc., 15 mars 2015, *D.* 2015, chron. p. 871.
- SAENKO L.** note sous Cass. crim., 5 fév. 2014, *D.* 2014, p. 807.
- note sous Cass. crim., 28 janv. 2015, *D.* 2015, p. 845.
- note sous Cass. crim., 16 déc. 2015, *D.* 2016, p. 587.
- obs. sur Cass. crim., 12 avr. 2016, *RTD com.* 2016, p. 563.
- obs. sur Versailles, 23 sept. 2016, *RTD com.* 2016, p. 873.
- SAINT-PAU J.-C.** obs. sur Cass. Crim., 14 fév. 2006, *D.* 2007, p. 1184.
- note sous Cass. crim., 11 avr. 2012, *D.* 2012, p. 1381.
- SALOMON R.** obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *Dr. soc.* 2015, chron. p. 629.
- SCHIELE P.** obs. sur Cons. const., 24 juin 2016, *Dr. fisc.* 2016, p. 3.
- SCHOETTL J.-E.** obs. sur Cons. const., 16 juin 1999, *AJDA* 1999, p. 694.
- SCIORTINO-BAYART S.** obs. sur Cons. const., 16 juin 1999, *D.* 2000, p. 197.
- SORDINO M.-C.** obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *AJ pén.* 2015, p. 142.
- SORDINO M.-C. et PONSEILLE A.** note sous Cass. crim., 9 mars 1999, *D.* 2000, p. 81.
- STASIAK F.** obs. sur Cass. crim., 19 mars 2014, *RSC* 2015, p. 379.
- obs. sur Cons. const., 18 mars 2015, *RSC* 2015, p. 374.
- TCHEN V.** obs. sur Cons. const., 10 mars 2011, *Constitutions* 2011, chron., p. 581.
- TRÉBULLE F. G.** obs. sur Cass. Crim., 30 oct. 2007, *D.* 2008, pan. p. 2390.

TRÉBULLE F. G. obs. sur Cass. crim., 1^{er} juin 2010, *D.* 2010, p. 1792.

TRICOIRE E. obs. sur Cass. crim., 16 fév. 2010, *JCP G.* 2010, 1258.

VERMELLE G. note sous Cass. crim., 9 nov. 2004, *RSC* 2005, p. 293.

— obs. sur Cass. crim., 15 déc. 2004, *RSC* 2005, p. 298.

VÉRON M. obs. sur Cass. crim., 18 juin 1991, *Dr. pén.* 1991, 277.

— obs. sur Cass. crim., 15 juin 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. n° 282.

— obs. sur Cass. crim., 19 oct. 1994, *Dr. pén.* 1995, p. 36.

— obs. sur Cass. crim., 10 janv. 1996, *Dr. pén.* 1996, p. 97.

— obs. sur Cass. crim., 21 mai 1996, *Dr. pén.* 1997, 213.

— obs. sur Cass. crim., 8 oct. 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. n° 45.

— obs. sur Cass. crim., 22 janv. 1997, *Dr. pén.* 1997, p. 78.

— obs. sur Cass. crim., 2 juil. 1998, *JCP* 1999, I, 112.

— obs. sur Cass. crim., 16 fév. 1999, *Dr. pén.* 1999, p. 82.

— obs. sur Cass. crim., 12 janv. 2000, *Dr. pén.* 2000, n° 69.

— obs. sur Cass. crim., 15 oct. 2002, *Dr. pén.* 2003, n° 31.

— obs. sur Cass. crim., 18 juin 2003, *Dr. pén.* 2003, Comm. p. 97.

— obs. sur Cass. crim., 25 juin 2003, *Dr. pén.* 2003, n° 142.

— obs. sur Cass. crim., 9 nov. 2004, *Dr. pén.* 2005, comm. n° 35.

— obs. sur Cass. crim., 5 nov. 2005, *Dr. pén.* 2006, p. 32.

— obs. sur Cass. crim., 15 nov. 2006, *Dr. pén.* 2007, p. 16.

— obs. sur Cass. crim., 26 sept. 2007, *Dr. pén.* 2007, n° 150.

— obs. sur Cass. crim., 25 juin 2008, *Dr. pén.* 2008, p. 140.

— obs. sur Cass. crim., 2 déc. 2009, *Dr. pén.* 2010, Comm. n° 42.

— obs. sur Cass. crim., 19 janv. 2010, *Dr. pén.* 2010, comm. n° 43.

— obs. sur Cass. crim., 13 juin 2012, *Dr. pén.* 2012, n° 128.

— obs. sur Cass. crim., 27 fév. 2013, *Dr. pén.* 2013, n° 71.

— obs. sur Cass. crim., 28 janv. 2014, *Dr. pén.* 2014, comm. p. 35.

— obs. sur Cass. crim., 19 fév. 2014, *Dr. pén.* 2014, n° 30.

— obs. sur Cass. crim., 20 janv. 2015, *Dr. pén.* 2015, n° 32.

— obs. sur Cass. crim., 28 janv. 2015, *Dr. pén.* 2015, n° 64.

VITU A. obs. sur Cass. crim., 16 janv. 1986, *RSC* 1986, p. 839.

— obs. sur Cass. crim., 30 mai 1989, *RSC* 1990, p. 325.

VOUIN R. note sous Cass. crim., 25 juin 1959, *JCP* 1959, II, 11288.

— note sous Cass. crim., 25 oct. 1962, *JCP* 1963, II, 12985.

WINCKELMULLER F. obs. sur Cass. crim., 5 fév. 2014, *D. actualité* 2014.

Index

Les entrées référencées renvoient aux numéros de paragraphes.

A

Abandon de famille : 186

Abstention : 266

- causalité : 345

Abus de confiance : 82, 356 et s.

Abus de faiblesse : 207

Action civile : 478

Action publique : voir cause de l'action
publique

Actus reus, mens rea : 2, 219

Agressions sexuelles : 272

Amnistie : 389 (en note)

ANCEL : 171

Animus necandi : 419

- empoisonnement : 416

Antijuridicité :

- caractère attentatoire du comportement :
197

- causalité (— et) : 198, 342

- doctrine allemande : 63 et s., 174 et s. :

- antijuridicité formelle : 175 :

- antijuridicité matérielle : 177 :

- antijuridicité matérielle (dangers) :
190 et s. :

- antijuridicité matérielle (droit pénal
normatif) : 191 :

- bien juridique : 175 :

- but du droit pénal : 391 :

- élément constitutif : 63, 174 :

- limite au droit de punir : 177 :

- présomption : 314 :

- théorie de la justification : 64, 389

- principe de nécessité (— et) : 197

- virtuelle : 385

Association de malfaiteurs : 484

- complicité : 496

Atteinte à l'intimité de la vie privée :
338 (en note)

Atteinte à la valeur protégée :

- antijuridicité (— et) : 197

- atteinte abstraite : 338

Auteur :

- intellectuel : 377

- médiateur : 378 :

- imputation : 459

- moral : 376 :

- imputation : 459

B

BECCARIA : 36, 170

BENTHAM : 170

Biens juridiques : 176 et s.

- caractère immatériel des — : 313

- crise du concept de bien juridique : 189

- diffus : 338 (en note)

- et valeurs protégées : 181

- libre détermination des — : 176

- limitation du droit de punir : 179

- objet de l'action (— et) : 313 et s.

- origine des — : 177

BINDING : 175

Bizutage : 294

Bonne foi : 425

- fait justificatif de — : 397 (en note)

But poursuivi :

- degré de la volonté : 413

C

Caractère attentatoire :

- indice de la nécessité : 197

Causalité : voir aussi Lien de causalité

- adéquate (théorie de la —) : 374
- antijuridicité (— et) : 342 et s.
- indirecte : 379
- infractions d'abstention : 345
- lien de causalité (— et) : 346
- participative : 493

Cause de l'action publique : 129

Causes de non-culpabilité : 458, 466 et s.

- coaction et complicité : 476
- effet des — : 471 et s.
- effet *in rem* (relativisation) : 475 et s.

Causes de non-imputabilité : voir causes de non-culpabilité

Causes objectives d'irresponsabilité :

voir Faits justificatifs

CHAUVEAU et HÉLIE : 92, 101

Circonstance relative à la valeur protégée : 380

Circonstances aggravantes :

- élément antijuridique : 366 et s.
- élément psychologique : 438
- éléments constitutifs de l'infraction aggravée : 83, 104, 296 et s.
- et élément matériel : 297 et s.
- matérielles ou mixtes : 297
- surqualification : 368, 440

Circonstances constitutives :

- définition : 145

- élément antijuridique : 353 et s. :
- circonstances aggravantes : 366 :
- lien de causalité : 372 :
- préjudice : 355 :
- valeur protégée : 380 et s.
- élément matériel : 289 et s. :
- circonstances aggravantes : 296 :
- diversité : 283 et s. :
- lieu : 290 :
- moyen employé : 292 :
- sujet actif : 291
- élément psychologique : 434 et s. :
- circonstances d'imputabilité : 444 et s. :
- connaissance de la loi : 442 :
- connaissance des circonstances objectives : 436 :
- liberté et discernement : 456
- localisation de l'infraction : 149

Coaction : 476

- causes d'irresponsabilité : 458
- causes de non-culpabilité : 476
- complicité (— et) :
- confusion : 492 :
- distinction : 493

Commission : 445 et s.

- imputation (— et) : 445
- présomption de commission : 463
- primauté sur l'imputation : 454 et s.

Complémentarité du fait et de la volonté :

33

- éléments constitutifs : 240
- fondements : 214
- principe général du droit : 217 et s.

Complicité :

- auteur intellectuel : 377

- causalité participative : 493
 - causes d'irresponsabilité : 458
 - causes de non-culpabilité : 476
 - coaction (— et) :
 - confusion : 492 :
 - distinction : 493
 - corespective : 461
 - de second degré : 492
 - délit distinct : 491
 - éléments constitutifs : 492
 - fait principal punissable : 228 :
 - absence : 476
 - imputation : 485
 - lien de causalité : 485 et s.
 - nature de la — : 490 et s.
 - originalité structurelle : 493
 - soutien moral : 486
 - tentative de — : 490, 493
 - théorie de l'emprunt de criminalité :
 - 490
- Concours de qualifications** : 210
- idéal : 201 (en note)
- Condition préalable** :
- ambiguïté : 286
 - autonomie : 79
 - circonstance relative à la valeur protégée (— et) : 288, 380
 - définitions : 285 et s.
 - élément préalable (— et) : 79
 - fait constitutif : 6, 15
 - infraction d'origine : 299
 - rejet : 288
 - remise en cause : 287
- Connaissance de la loi** : 436
- présomption (de —) : 443
- Consentement de la victime** : 389

- Consommation** : 109
- infractions formelles : 342
 - résultat redouté : 334
- Contrôle de nécessité** : 199 et s.
- double incrimination : 199
 - élément antijuridique (— et) : 197 et s.
- Contrainte** : 471
- Contrat social** : 170
- Contravention** :
- nature : 433
 - présomption irréfragable : 429
 - spécificité structurelle : 430 et s., 432, 482
- Contrebande** : 305
- Contrefaçon** : 425
- Culpa** :
- et *dolus* : 408
- Culpabilité** : 444
- Cumul des poursuites** : 199

D

- Dangerosité** : 172, 256
- droit pénal de l'ennemi : 188
 - nécessité des incriminations (— et) :
 - 173
- Délit d'initié** :
- cumul des poursuites : 199
- Délit de favoritisme** : 271
- Diffamation** : 423
- Dignité (valeur protégée)** : 195
- Discrimination** : 293, 395 (en note)
- Disparition forcée** : 274
- Dissimulation forcée du visage** : 395
- Dol** :
- ancien droit : 38
 - dépassé : 414

- éventuel : 412, 414 :
 - faute antérieure : 474
- général :
 - critique : 409 :
 - définition : 408 :
 - erreur de fait : 470
- spécial : 412 :
 - empoisonnement : 416

Double incrimination : 199

Droit pénal :

- caractère normatif du — : 191 et s.
- classique : 28
- de l'ennemi : 188
- droit sanctionnateur : 184
- général et droit pénal spécial : 153
- préventif : 171
- spécial :
 - utilisation des éléments constitutifs : 70 et s.
- technique : 337 et s.

Droits de la défense (fait justificatif d'exercice des —) : 395

E

École classique : 36 et s.

École de la défense sociale nouvelle :

171 et s.

École éclectique : 51

- fondements du pouvoir de punir : 170

Élément antijuridique :

- analyse structurelle : 313 et s.
- circonstances constitutives : 352 et s. :
 - circonstances aggravantes : 365 et s. :
 - dédoublement du caractère attentatoire : 354 :
- lien de causalité : 372 et s. :

- préjudice : 355 et s. :
- valeur protégée : 380 et s.

- conception retenue : 315

- doctrine allemande : 180, *voir aussi*

antijuridicité :

- caractère abstrait : 313 et s.
- donnée principale de l'— : 316 et s. :
 - résultat redouté : 333 et s.
- faits justificatifs : 389 et s.
- identification : 181 et s., 197 et s.
- infractions d'abstention : 345
- infractions formelles : 342
- infractions matérielles : 341
- infractions obstacles : 347
- pouvoir causal : 342 et s.
- présomptions : 350
- principe de nécessité (— et) : 197

Élément constituant : 2 (en note), 159

Élément injuste : 65 et s.

- caractère négatif : 66

Élément légal : 56 et s.

- caractère préalable : 80
- élément constituant : 2 (en note), 159
- évolution de l'— : 161
- exercice de qualification (— et) : 160
- naissance : 57 et s.
- réception en jurisprudence : 61
- rejet : 160
- typicité (— et) : 164

Élément matériel :

- analyse structurelle : 251 et s.
- circonstances constitutives : 278 et s. :
 - circonstances aggravantes : 296 :
 - diversité : 283 :
 - lieu : 290 :
 - moyen employé : 292 :

- sujet actif : 291
- complexité : 254
- conception objective et conception subjective : 255
- donnée principale de l'— : 253 et s. :
 - fait d'exécution : 258 et s.
- identification : 240 et s.
- principe : 33
- Élément moral :**
 - délinquant (— et) : 220 et s.
 - droit international : 217
 - élément de l'infraction :
 - incertitudes : 223 :
 - principe : 230
 - Statut de Rome : 218
- Élément préalable :** 79 (en note), 286
- Élément psychologique :**
 - analyse structurelle : 404 et s.
 - circonstances constitutives : 434 et s. :
 - circonstances aggravantes : 438 et s. :
 - circonstances d'imputabilité : 444 et s. :
 - circonstances présumées : 441 et s. :
 - connaissance de la loi : 442 :
 - connaissance des circonstances objectives : 436
 - donnée principale de l'— : 406 et s. :
 - volonté : 411 et s.
 - identification : 240 et s.
 - imputabilité : 410
 - principe : 33
 - volonté : 406, 410
- Élément temporel :** 74
- Éléments constitutifs :**
 - approche renouvelée :
 - angles d'analyse du comportement : 139 :
 - caractère composite : 141 et s. :
 - circonstances constitutives : 145 :
 - composition des — : 144 et s. :
 - exercices de qualification : 112 et s. :
 - objet : 120 :
 - outil de qualification : 109 et s. :
 - schéma de qualification : 156 et s. :
 - schéma de qualification (origine du schéma) : 152 et s.
 - approche traditionnelle :
 - caractères : 72 et s. :
 - caractères interne et contemporain : 79 :
 - caractères interne et contemporain (remise en cause) : 148 :
 - circonstances aggravantes : 83 :
 - conditions (synonymie) : 86 et s. :
 - consommation : 109 :
 - critique de la division : 234 :
 - définition de l'infraction (— et) : 12 :
 - dénaturation de l'outil : 69 :
 - élément constituant (— et) : 2 (en note), 8 (en note) :
 - études exégétiques : 92 et s. :
 - généraux et spéciaux : 98 et s. :
 - objet (des —) : 8 :
 - outil de systématisation : 76 et s. :
 - préjudice : 82 :
 - symétrie des éléments : 415, 436 :
 - utilisation des — : 70 et s.
 - Common law : 2
 - de la complicité : 492
 - de la faute civile : 16, 477
 - de la tentative : 489 (en note)

- doctrine allemande : 2, 17, 63 :
 - fusion des éléments matériel et moral : 241 et s.
- faits constitutifs (— et) : 6
- histoire : 12 et s. :
 - loi des 16 et 29 septembre 1791 : 35 et s. :
 - loi des 16 et 29 septembre 1791 (conséquences pratiques) : 39 et s. :
 - loi des 16 et 29 septembre 1791 (procédure applicable) : 38 :
 - origine procédurale : 27 et s. :
 - réception en doctrine : 49 et s. :
 - réception en jurisprudence : 45 et s.
- peine : 13

Empoisonnement :

- consommation de l'— : 327, 343
- élément psychologique de l'— : 416

Emprunt de criminalité (théorie de —) :

490 et s.

Erreur :

- contrefaçon : 425 et s.
- de droit : 443, 468 et s.
- de fait (absence d'antijuridicité subjective) : 470

Escroquerie : 270, 280

État de nécessité : 394, 395 et s., 472

- responsabilité civile : 477

Exceptio veritatis : 395, 397, 472

Exécution de l'infraction : 260

Exégèse : 52

- études exégétiques : 92 et s.

F

Fait : 253

- d'exécution (élément matériel) : 258

- pluralité de — : 267
- variations du — : 262

Fait principal punissable : 228

Faits constitutifs : 6, 149

- condition préalable (— et) : 6

Faits générateurs de responsabilité :

- complicité : 496
- diversité : 494
- tentative : 495

Faits justificatifs :

- approche legaliste : 390
- bonne foi : 397
- consentement de la victime : 389
- contrainte (— et) : 472
- doctrine allemande : 389 et s.
- effet *in rem* : 475 et s.
- état de nécessité : 394, 395
- exercice des droits de la défense : 395
- extra-légaux : 399
- illicéité civile — et) : 477
- légitime défense : 396
- pondération d'intérêts : 393
- pouvoir du juge : 394, 399
- proportionnalité et nécessité : 396
- responsabilité civile (effet) : 477

Faute :

- antérieure (de la victime) : 474 :
 - responsabilité civile : 477
- civile :
 - éléments constitutifs : 16, 477
- diffuse : 462
- pénale : 408

Faux : 82, 90

Fonction expressive :

- de la loi pénale : 192, 203
- de la qualification : 209

Force majeure : 431, 474

G

GARÇON : 93

GAROFALO : 18

GARRAUD : 49

- conceptions subjective et objective (élément matériel) : 172, 255
- élément injuste : 65 et s.
- élément légal : 59 et s.

Génocide : 369

GRAMATICA : 171

H

Happy slapping : 486

Homicide involontaire :

- éléments constitutifs de l'— : 88

I

Ignorance interdite : 428

Illicéité civile et illicéité pénale : 477

Immunités : 389 (en note)

Imputabilité : 410

- approche traditionnelle : 450 et s. :
 - critique : 452
- condition de la responsabilité : 451
- conditions d'— : 449 :
 - intégration à l'élément psychologique : 456
- définition : 448
- élément psychologique (— et) : 450
- imputation (distinction) : 448

Imputation :

- approche renouvelée :
 - auteur médiateur : 459 :
 - auteur moral : 459 :
- complicité : 485 :

- hypothèses exclues : 459 :
- imputation collective (délit d'appartenance) : 461 :
- responsabilité en cascade : 460 :
- responsabilité pénale des personnes morales : 462
- approche traditionnelle :
 - définition : 448 :
 - imputabilité (distinction) : 448 :
 - imputation matérielle et intellectuelle : 453 :
 - mécanisme d'— (exposé) : 448 et s. :
 - mécanisme d'— (remise en cause) : 453 et s. :
 - mécanisme d'— (scission de la l'appréciation de la volonté) : 455

Incrimination :

- identification de l'infraction : 497
- qualification légale : 115
- valeur protégée (— et) : 204

Inflation législative : 152

Infraction :

- ambivalence de l'— : 118
- conception objective : 227 et s. :
 - rejet (de la —) : 229
- conception subjective : 229
- critères d'identification de l'— : 497
- description et infraction-action : 8, 119 et s.
- essence : 138
- indivisibilité de l'— : 138
- responsabilité pénale (— et) :
 - confusion : 237 :
 - distinction : 480

Infractions :

- aggravées : 296 :

- élément psychologique : 438
- attitrées : 291
- complexes : 267 et s. :
 - absence de spécificité structurelle : 277 :
 - infractions aggravées constitutive d' — : 298 :
 - infractions d'habitude (— et) : 267 :
 - pluralité d'éléments matériels : 90 :
 - remise en cause : 270 et s. :
 - survivance : 274 et s.
- d'habitude : 267
- d'origine :
 - condition préalable de l'infraction de conséquence : 148, 299
- de conséquence : 299 :
 - localisation dans l'espace : 300
- douanières : 305
- formalistes : 331 (en note), 337 et s. :
 - élément psychologique : 433 :
 - spécificité structurelle : 339, 482
- formelles : 330 et s. :
 - indifférence du résultat redouté : 342 :
 - lien de causalité et pouvoir causal : 346 :
 - pouvoir causal du comportement : 342
- impossibles : 382 et s. :
 - doctrine allemande : 384 :
 - infraction putative (— et) : 386
- matérielles : 430 :
 - résultat redouté : 341
- obstacles :
 - complicité : 496 :
 - défaut d'antijuridicité : 347 :
 - présomption d'antijuridicité : 350 :

- spécificité structurelle : 349, 483 :
- tentative : 495
- occultes : 5

Intention :

- degré de la volonté : 412
- question relative à l'— : 35 et s.

Interprétation de la loi : 206

***Iter criminis* : 257**

J

JOUSSE : 32

L

LAINÉ : 57, 161

Légalité :

- élément légal : 56 et s., 158, *voir aussi* cette entrée
- principe de — : 157

Légitime défense : 395, 396 et s., 472

- responsabilité civile : 477

Lien de causalité : 372 et s., *voir aussi*

Causalité

- caractères : 374
- causalité participative : 493
- déplacement du — : 483 et s.

Localisation dans l'espace : 6, 149

M

Mal du délit : 322

Mesures de sûreté : 497

Mise en danger (résultat) : 321 et s., 329 et s.

Mobiles : 75, *voir aussi* But poursuivi

MOLINIER : 49

MUYART DE VOUGLANS : 12, 32

N

***Non bis in idem* : 199**

Non-assistance à personne en péril : 345

Non-justification de ressources : 307

Nullum crimen sine lege : 135, 157

O

Objet de l'action (doctrine allemande) :

313

Omission : voir Abstention

ORTOLAN : 229

- légitimité du droit de punir : 170

P

Peine :

- caractéristiques et fonctions de la — :

497

- critère d'identification de l'infraction :

497

- élément non constitutif : 13

- mesure de sûreté (distinction) : 497

Poursuites :

- cumul des — : 199

Pouvoir causal : 346

Pouvoir de punir :

- fondements du — : 168 et s.

- juste et utile : 170

Pratiques anticoncurrentielles : 338

Préjudice :

- distinction du résultat : 355

- élément constitutif : 82, 103

- historique : 360

- individualisation du résultat : 359

- valeur protégée (— et) : 207, 357 et s.

Présomption :

- circonstances d'imputabilité : 444

- d'antijuridicité : 350

- de commission : 463

- de commission d'une infraction :

304 et s. :

- contrebande : 305 et s. :

- non-justification de ressources :

307 et s.

- de connaissance de la loi : 443 :

- obligation de connaissance de la loi

(— et) : 469

- de mauvaise foi : 423

- diffamation et contrefaçon : 423 et s.

- du fait de l'homme : 419

- élément matériel : 302 et s.

- élément moral : 303

- élément psychologique : 418 :

- dénaturation de l'élément

psychologique : 427

- irréfragable (contravention) : 429 et s.

Principe :

- d'exclusive protection des biens

juridiques : 178

- de complémentarité du fait et de la

volonté : 33, 216 et s. :

- éléments constitutifs : 240

- de légalité : 157 :

- élément légal : 158

- de nécessité : 167 :

- caractère attentatoire : 197 et s. :

- contrôle de nécessité : 199 et s. :

- critères d'appréciation : 168,

169 et s. :

- dangerosité (— et) : 173 :

- détournement : 173 :

- élément antijuridique : 181 et s., 197 :

- obligation d'incriminer (— et) : 204

- de personnalité des peines : 454, 459

- de subsidiarité : 192

Proxénétisme : 307

Q

Qualification :

- conception matérielle de l'action publique (— et) : 129
- contrôle de — : 130
- contraction ou addition (— par) : 279
- définitions : 113
- exercice de — : 132 :
 - autorité de jugement : 128 :
 - autorité de poursuites : 127 :
 - conséquences sur la nature des éléments constitutifs : 134 et s. :
 - méthodes inductive et comparative : 127 et s.
- fonction des éléments constitutifs : 112 et s., 117
- judiciaire : 116
- légale : 115
- méthodes de — : 122 et s. :
 - enjeux : 123 et s.
- purges des qualifications : 131

Question relative à l'intention : 35 et s.

- détournement : 43
- généralisation : 41

R

Recel :

- double présomption : 309
- localisation dans l'espace : 300
- non-justification de ressources (— et) : 307 et s.

Responsabilité :

- civile :
 - faits justificatifs (effet) : 477

- décorrélation des responsabilités pénale et civile : 477

- pénale :

- chef d'entreprise (— du) : 459 :
 - éléments constitutif de la — : 238 :
 - faits générateurs : 480 et s. :
 - responsabilité en cascade : 460
- pénale des personnes morales :
462 et s. :
- élément psychologique : 463 :
 - imputation : 462

Résultat :

- composante de l'élément matériel :
 - approche traditionnelle : 253, 316 :
 - rejet de l'approche traditionnelle : 317 et s.
- diversité : 319
- doctrine allemande : 321
- juridique : 323
- légal : 322 :
 - imprécision : 325 et s.
- matériel : 323
- mise en danger : 329 et s.
- redouté : 333 :
 - antijuridicité (— et) : 333 :
 - consommation (— et) : 334 :
 - infractions matérielles : 341 :
 - risque (— et) : 336 :
 - violation de la loi (— et) : 337
- réel : 322

Risque :

- résultat redouté : 336

Risques causés à autrui : 336

- élément psychologique : 417

Roux : 229

S

Stellionat : 360

Subsidiarité (principe de —) : 192

Surqualification : 368

T

Tentative :

- éléments constitutifs : 489 (en note)
- nature : 489

Terrorisme : 368 et s.

Tribunaux pénaux internationaux : 217

Trouble psychique ou neuropsychique :

471

Typicité : 2, 164

U

Utilitarisme : 170

V

Valeur protégée :

- circonstance relative à la — : 288
- condition préalable (— et) : 285
- dignité : 195
- exercice de qualification judiciaire :
205 et s.
- exercice de qualification légale :
203 et s.
- fonction expressive de la qualification :
209
- identification des — : 194 et s.
- identification des — (difficultés) : 186
- indice de la nécessité : 196, 201
- interprétation de la loi : 206
- légitimation des incriminations : 193
- malléabilité : 195
- nature du préjudice : 207
- préjudice (— et) : 357 et s.

VILLEY : 49, 53, 161

Viol : 272

Violences volontaires : 281

Volonté : 410

- ancien droit : 31
- caractérisation (présomptions) : 418
- degrés de la — : 412 et s. :
 - but poursuivi : 413 :
 - intention : 412

VON LISZT : 177, 181, 391

Table des matières

Sommaire	v
Liste des principales abréviations	ix
Introduction	1
§ 1 L'opportunité douteuse de la division traditionnelle	5
A <i>Une utilisation éloignée de la division traditionnelle</i>	5
B <i>Une réalité éloignée de la division traditionnelle</i>	12
§ 2 L'intérêt avéré des éléments constitutifs	15
A <i>Les éléments constitutifs, vecteurs d'une certaine conception de l'infraction</i>	17
B <i>Les éléments constitutifs, mesure de l'infraction</i>	27
PREMIÈRE PARTIE L'identification substantielle des éléments constitutifs	31
Titre I Les éléments constitutifs, outil déficient d'analyse	35
Chapitre 1 La naissance de l'outil d'analyse	37
Section 1 D'une exigence procédurale à une règle de fond	38
§ 1 L'affirmation de la complémentarité du fait et de la volonté	38
A <i>La complémentarité entre le fait et la volonté, constante de la responsabilité pénale</i>	39
B <i>L'affirmation légale de la complémentarité du fait et de la volonté</i>	42
1 La loi procédurale des 16 et 29 septembre 1791	42
2 La confirmation de l'importance de la question sur l'intention	47
§ 2 L'influence de la jurisprudence sur l'affirmation des deux éléments	49
A <i>L'utilisation de la question sur l'intention par la jurisprudence</i>	49
B <i>De la procédure à la structure de l'infraction</i>	51
Section 2 Le développement par la doctrine des éléments constitutifs	54
§ 1 Le développement d'un outil doctrinal	54
A <i>La généralisation du recours aux éléments dans l'étude de l'infraction</i>	55
B <i>La tentative de théorisation de l'infraction</i>	58
§ 2 L'identification de nouveaux éléments	60
A <i>La légalité érigée en élément</i>	61

<i>B</i>	<i>L'injuste, élément discuté de l'infraction</i>	65
1	L'antijuridicité en doctrine allemande	65
2	La conception négative de l'élément injuste	67
Chapitre 2	La dénaturation de l'outil d'analyse	71
Section 1	La perte d'identité des éléments	72
§ 1	L'identité des éléments de l'infraction	73
<i>A</i>	<i>Des éléments communs aux infractions</i>	73
1	Le caractère commun, déterminant dans l'identification des éléments	73
2	Les éléments, outil de systématisation	76
<i>B</i>	<i>Des éléments internes et contemporains au comportement</i>	78
§ 2	L'identité des éléments des infractions	80
<i>A</i>	<i>Le raisonnement par catégorie</i>	81
<i>B</i>	<i>L'éclatement des éléments en droit pénal spécial</i>	85
1	Une synonymie latente	85
2	Une synonymie patente	89
Section 2	La perte d'utilité des éléments	93
§ 1	La distinction éléments généraux et spéciaux	93
§ 2	Une distinction contestable	95
<i>A</i>	<i>Des incohérences persistantes</i>	95
<i>B</i>	<i>L'utilité des éléments cantonnée au droit pénal général</i>	99
Titre II	Les éléments constitutifs, outil fondamental de qualification	105
Chapitre 1	L'exercice de qualification	109
Section 1	Le rôle des éléments en matière de qualification	110
§ 1	Un rôle commun aux exercices de qualification légale et judiciaire	110
<i>A</i>	<i>De la qualification légale et de la qualification judiciaire</i>	110
<i>B</i>	<i>Une dualité d'objet</i>	114
§ 2	Les modalités de l'exercice de qualification judiciaire	116
<i>A</i>	<i>Les différentes démarches de qualification judiciaire</i>	117
<i>B</i>	<i>Une démarche intermédiaire</i>	119
1	Le principe : une qualification des faits vers le droit	120
2	La pratique : l'aller-retour entre les faits et le droit	123

Section 2	Les conséquences de l'exercice de qualification sur la nature des éléments	125
§ 1	Les éléments, angles d'analyse du comportement	125
§ 2	Les éléments, ensembles composites	130
A	<i>Le caractère composite des éléments</i>	130
B	<i>La composition des éléments</i>	132
Chapitre 2	Le schéma de qualification	143
Section 1	L'exigence de forme : une exigence non constitutive	146
§ 1	L'exigence d'un texte	147
§ 2	Le fondement légal, support de la qualification	149
Section 2	Les exigences de fond : des exigences constitutives	155
§ 1	Le prolongement du principe de nécessité dans la constitution de l'infraction	156
A	<i>Des critères déduits des fondements du droit de punir</i>	158
1	Rappel historique	159
2	La protection des biens juridiques en doctrine allemande	165
B	<i>L'enrichissement de l'analyse française par l'approche allemande</i>	172
1	La nécessaire adaptation de l'élément antijuridique	174
a	L'impossibilité d'une transposition parfaite de l'élément antijuridique	174
α	L'absence de prise en compte réelle de l'antijuridicité en droit positif français	175
β	Les dangers de la conception matérielle de l'antijuridicité	183
i	Le caractère normatif favorisé par l'antijuridicité matérielle	183
ii	La légitimation de la répression par la protection des valeurs	185
b	L'intérêt de l'introduction de l'antijuridicité en droit pénal français	189
2	L'intervention de la valeur protégée en matière de qualification	200
a	L'intervention de la valeur protégée dans l'exercice de qualification légale	200
b	L'intervention de la valeur protégée dans l'exercice de qualification judiciaire	202
α	Un outil d'interprétation	202
β	Une condition de la qualification	206
§ 2	L'incontournable dualité d'éléments	209
A	<i>La complémentarité, principe général du droit</i>	210
1	Un fondement législatif en droit interne	210
2	Un principe général du droit en droit international	213
B	<i>Une complémentarité inhérente à l'infraction</i>	218

1	L'infraction, notion subjective	218
a	Une incertitude ancienne	218
b	Le refus du rattachement de l'élément moral à la responsabilité	221
α	L'incompatibilité de l'approche objective de l'infraction	221
i	Exposé de l'approche objective	221
ii	Les limites de l'approche objective	224
β	Les limites de la confusion infraction-responsabilité	229
i	Exposé de la division de la responsabilité	229
ii	L'infraction, objet préférable	231
2	La complémentarité comme éléments de l'infraction	234
 SECONDE PARTIE L'analyse structurelle des éléments constitutifs		243
 Titre I Les éléments objectifs de l'infraction		245
 Chapitre 1 L'élément matériel de l'infraction		247
 Section 1 Le fait, composante décisive de l'élément matériel		248
§ 1 Le fait à titre principal		249
A	<i>La complexité théorique de l'élément matériel</i>	250
B	<i>La complexité pratique de l'élément matériel</i>	252
§ 2 Les variations du fait		256
A	<i>Les variations dans le mode de commission</i>	257
B	<i>La pluralité de faits</i>	259
1	L'absence de spécificité structurelle des infractions dites complexes	261
2	La survivance relative de la catégorie des infractions complexes	265
Section 2 Les circonstances du fait		268
§ 1 L'importance des circonstances dans la caractérisation du fait		268
§ 2 L'importance des circonstances dans la caractérisation de l'élément matériel		271
A	<i>Les circonstances constitutives exigées par la loi</i>	271
1	La remise en cause de la condition dite préalable	272
2	Les circonstances constitutives de l'élément matériel	276
a	La diversité des circonstances constitutives	276
b	Les circonstances propres à certaines catégories d'infractions	280
α	Les circonstances aggravantes, circonstances constitutives de l'infraction aggravée	280

β	Rejet de l'analyse de l'infraction d'origine comme circonstance de l'infraction de conséquence	284
B	<i>Les circonstances, sources de dispense de vérification du fait</i>	288
1	Les présomptions de commission d'une infraction	290
a	Les présomptions en matière d'infractions douanières	290
b	Les présomptions en matière de non-justification de ressources	291
2	Les circonstances, cause exclusive de la répression	294
Chapitre 2	L'élément antijuridique de l'infraction	297
Section 1	Le résultat, composante décisive de l'élément antijuridique	299
§ 1	Le résultat redouté, résultat retenu	301
A	<i>Les insuffisances du résultat légal comme donnée principale de l'antijuridicité</i>	301
1	Exposé des différents résultats	301
2	Le résultat légal, résultat rejeté	305
a	Une définition extensive	305
b	La mise en danger, critère impraticable	308
B	<i>Le résultat redouté, incarnation du caractère attentatoire</i>	311
§ 2	La causalité, révélateur subsidiaire de l'antijuridicité	318
A	<i>Le déplacement de l'antijuridicité dans les infractions formelles</i>	319
B	<i>L'absence d'antijuridicité dans les infractions obstacles</i>	324
Section 2	Les circonstances de l'atteinte	328
§ 1	Les circonstances indispensables à la caractérisation de l'élément antijuridique	329
A	<i>Les circonstances résultant d'un dédoublement du caractère attentatoire</i>	329
1	L'individualisation de l'atteinte : l'exigence d'un préjudice	330
a	L'impossible détermination de la nature du préjudice exigé	331
b	Une individualisation inhérente à la survenance du résultat	333
2	La pluralité d'atteintes	338
a	Le dédoublement résultant d'une circonstance aggravante	338
b	Le dédoublement résultant d'une surqualification	340
B	<i>Les autres circonstances constitutives de l'élément antijuridique</i>	343
1	Le lien causalité, circonstance de l'atteinte	343
a	L'importance du lien causalité dans les infractions matérielles	343
b	Les hypothèses d'atténuation du lien de causalité	345
2	La circonstance relative à la valeur protégée, circonstance du caractère attentatoire	349

§ 2 Les circonstances obstacles à la caractérisation de l'infraction sous son angle antijuridique	356
A <i>Les obstacles au rattachement de la justification à l'élément antijuridique</i>	357
B <i>Le rattachement de la justification à l'élément antijuridique</i>	360
Titre II L'élément subjectif de l'infraction	371
Chapitre 1 L'élément psychologique de l'infraction	373
Section 1 La volonté, composante décisive de l'élément psychologique	374
§ 1 L'exigence constante de la volonté	375
A <i>L'opposition culpa et dolus, obstacle à la systématisation</i>	375
B <i>Les variations de la volonté</i>	379
1 Les degrés de la volonté	379
2 L'intention exigée dans les infractions formelles	383
§ 2 La caractérisation de la volonté	388
A <i>La preuve de l'intention par induction</i>	389
B <i>Les présomptions affectant l'obligation de caractérisation de la volonté</i>	390
1 La dénaturation de l'infraction par le recours aux présomptions	391
a Les présomptions par inversement de la charge de la preuve	391
b Les présomptions par déplacement de l'objet de la preuve	396
2 La dispense d'analyse subjective du comportement : la présomption irréfragable en matière contraventionnelle	398
Section 2 Les circonstances de la volonté	404
§ 1 Les circonstances constitutives donnant lieu à une vérification	405
A <i>La connaissance des circonstances objectives</i>	405
B <i>L'influence variable des circonstances aggravantes</i>	407
§ 2 Les circonstances constitutives donnant lieu à présomption	412
A <i>La connaissance de la loi</i>	412
B <i>Les circonstances d'imputabilité</i>	413
1 L'infraction commise	415
a L'approche majoritaire de l'imputation	415
α Le mécanisme d'imputation	415
β La place de l'imputabilité dans le schéma de la responsabilité	417
b L'artifice de l'approche majoritaire	421
α Les inconvénients de l'approche majoritaire	422

β	La réunion des données psychologiques	426
2	L'infraction imputée	431
Chapitre 2	Les conséquences de la réunion des données psychologiques sur la notion de responsabilité	445
Section 1	L'influence des causes de non-culpabilité	446
§ 1	Un obstacle à la caractérisation de l'infraction	446
A	<i>L'erreur sur le droit, ou le renversement de la présomption de connaissance de la loi</i>	<i>447</i>
B	<i>Les autres causes de non-culpabilité, ou le renversement des présomptions de liberté et de discernement</i>	<i>451</i>
§ 2	Les conséquences de l'impossibilité de caractériser l'infraction	457
Section 2	L'absence de confusion entre l'infraction et la responsabilité	464
§ 1	La polymorphie des faits générateurs de responsabilité	466
A	<i>La diversité des comportements non attentatoires</i>	<i>466</i>
B	<i>L'absence de caractère attentatoire en matière de complicité</i>	<i>471</i>
§ 2	La nature incertaine des faits générateurs de responsabilité	476
A	<i>L'absence de nature infractionnelle de la complicité</i>	<i>477</i>
B	<i>La possible absence de nature infractionnelle de certains faits générateurs de responsabilité</i>	<i>486</i>
Conclusion générale		499
Bibliographie		503
I.	Ouvrages généraux, traités, manuels	503
A.	Histoire du droit, théorie générale, sociologie criminelle	503
B.	Droit pénal général, procédure pénale	504
C.	Droit pénal spécial, droit pénal des affaires	507
D.	Droit comparé, droit international	507
a.	<i>Droit comparé</i>	<i>507</i>
b.	<i>Droit international</i>	<i>508</i>
E.	Droit civil	508
F.	Droit public, droit administratif	509
II.	Ouvrages spéciaux	510

A. Monographies	510
B. Thèses	510
III. Rapports, sources officielles	513
IV. Lexiques, dictionnaires, encyclopédies	513
A. Lexiques, dictionnaires	513
B. Encyclopédies juridiques	514
a. <i>Juris-Classeur</i>	514
b. <i>Répertoire Dalloz</i>	514
V. Ouvrages collectifs	515
VI. Articles de doctrine	516
VII. Notes de jurisprudence	530
Index	543
Table des matières	554

Titre : Les éléments constitutifs, essai sur les composantes de l'infraction.

Mots clés : Imputabilité, responsabilité, éléments constitutifs, qualification, antijuridicité (illicéité), condition préalable.

Résumé : Les éléments constitutifs sont omniprésents en droit pénal. Pourtant, il s'observe un profond désordre en la matière, où aucun consensus n'existe. Ils varient, selon les auteurs, dans leur nombre et leur contenu. Les hésitations qui les entourent trahissent de profondes incertitudes quant à leur nature, leur objet, ou encore leur fonction.

Il existe pourtant un enjeu réel à la détermination des éléments. Instrument principalement didactique, ils sont aussi un outil au service du principe de légalité. Définis par le législateur, ils doivent être vérifiés par le juge pour que la condamnation soit légale. Or, outre le fait que les éléments conditionnent la caractérisation des infractions, ils peuvent aussi en guider la qualification. Pour ce faire, il faut toutefois parvenir à identifier un schéma d'analyse qui, révélateur de l'infraction, vaille pour toutes les infractions. Un tel schéma peut être dégagé une fois l'outil précisé. En revenant sur son émergence, des indices de la nature et de la fonction exactes des éléments

peuvent être trouvés. Initialement, ils ont permis de préciser la teneur du comportement infractionnel, en rendant effective une certaine conception de l'infraction. C'est de cette idée qu'il faut partir : elle éclaire sur ce *que sont* et *quels sont* les éléments. L'infraction répond à des principes qui lui donnent une certaine physionomie. Elle possède à ce titre des composantes essentielles qui résultent de ce que le législateur n'est pas totalement libre dans le choix des comportements incriminés.

Identifiés puis approfondis pour en déterminer la teneur exacte, les éléments constitutifs peuvent être un outil efficace, présentant des intérêts aussi bien pratiques que théoriques. Ils permettent de circonscrire l'infraction, de mieux en appréhender les spécificités et, par suite, de l'identifier, là où les critères actuels se révèlent insuffisants. C'est une approche renouvelée de l'outil qui peut être proposée, laquelle conduit à dégager des éléments qui, une fois précisés, sont la mesure de l'infraction.

Title : The constituent elements, essay on the offence components.

Keywords : Imputability, criminal liability, constituent elements, qualification, illegality, prerequisite.

Abstract : Constituent elements are omnipresent in criminal law. Nevertheless, there is no consensus about them. They vary through the authors in their number and content. The hesitations surrounding them betray deep uncertainties about their nature, object or function.

There is, however, a real stake in the determination of the elements. As a primarily didactic instrument, they are also a tool for the principle of legality. Defined by the legislator, they must be verified by the judge so that the conviction is legal. Besides the fact that the elements determine the characterization of infringements, they can also guide their qualification. In order to do this, however, it is necessary to identify a pattern of analysis that, indicative of *the infringement*, applies to *all infringements*. Such a scheme can be cleared once the tool has been specified. By returning to its emergence, clues to the nature and exact function of the elements can be found. Initially, they made it possible to specify the

content of the offending behaviour, by making a certain conception of the offence effective. It is from this idea that we must start : it illuminates *what* they are and *which* they are. The offence corresponds to principles which give it a certain physiognomy. In this respect, it possesses essential components which result from the fact that the legislator is not completely free in the choice of the conduct complained of.

Identified and further developed to determine its exact content, the elements can be an effective tool with both practical and theoretical interests. They make it possible to circumscribe the offence, to understand the specificities and, consequently, to identify it, where the current criteria prove insufficient. It is a renewed approach to the tool that can be proposed, which leads to the identification of elements that, once specified, are the measure of the offence.

