

Université Montesquieu - Bordeaux IV

Ecole Doctorale de Droit (E.D. 41)

DOCTORAT en DROIT

Marie REIX

LE MOTIF LEGITIME EN DROIT PENAL

Contribution à la théorie générale de la justification

Thèse dirigée par M. le Professeur **Jean-Christophe SAINT-PAU**

Soutenue publiquement le 10 décembre 2012

JURY :

Monsieur Philippe CONTE

Professeur à l'Université Panthéon- Assas - Paris II

Madame Jocelyne LEBLOIS-HAPPE

Professeur à l'Université de Strasbourg (**Rapporteur**)

Madame Valérie MALABAT

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV

Monsieur Xavier PIN

Professeur à l'Université Jean Moulin - Lyon III (**Rapporteur**)

Monsieur Jean-Christophe SAINT-PAU

Professeur à l'Université Montesquieu - Bordeaux IV (**Directeur de la recherche**)

A l'Ecole de la République et à ses professeurs.

Je remercie le professeur Jean-Christophe Saint-Pau pour m'avoir proposé un sujet de recherche que je n'aurais pu mieux choisir et pour m'avoir permis de vivre cette aventure intellectuelle et morale qui m'a tant appris.

Ces longues années de thèse ont aussi été l'occasion de belles rencontres, de savoureux partages et de précieux liens d'amitié.

J'adresse en ce sens ma plus profonde gratitude à Marie-anne Raymond, ainsi que Mahaut et Clément Margaine, pour leur indéfectible soutien sans lequel je ne serais pas parvenue à mener à bien ce travail.

Je tiens également à remercier Marion Lacaze, Amane Gogorza, Romain Ollard, Noémie Stonestreet, Lydia Lebon, Audrey Téany, Hélène Pelissier-Gato, Céline Mangematin, Gaëlle Rabut, Emmanuelle Palvadeau, Yannick Capdepon, Sarah-Marie Cabon, Anaïs Danet, Julien Lagoute, Elisa Baron, Marie Duffourc, Charlotte Claverie, pour leur aide, leurs conseils et leurs témoignages de solidarité.

Je remercie de tout cœur Grégory, mes frère et sœurs ainsi que tous mes proches pour leur affection, leurs encouragements et leur réconfort.

PLAN SOMMAIRE

INTRODUCTION	11
PARTIE I : LA FINALITE DU MOTIF LEGITIME OU LA RECHERCHE DU JUSTE.....	49
<u>TITRE I : LA NATURE OBJECTIVE DU MOTIF LEGITIME</u>	<u>53</u>
Chapitre I : La conception subjective fondée sur une terminologie équivoque.....	55
Section 1 : La synonymie supposée du motif et du mobile	56
Section 2 : L'attraction imposée du motif vers la faute morale.....	69
Chapitre II : La conception objective fondée sur une matérialité univoque.....	87
Section 1 : L'incompatibilité entre mobile et existence de la responsabilité.....	88
Section 2 : La relégation du mobile à la mesure de la responsabilité.....	115
<u>TITRE II : L'EFFET JUSTIFICATIF DU MOTIF LEGITIME.....</u>	<u>141</u>
Chapitre I : : L'absence d'effet du motif légitime sur les composantes de la responsabilité.....	145
Section 1 : L'absence d'effet sur la caractérisation objective de l'infraction.....	147
Section 2 : L'absence d'effet sur la présomption subjective d'imputabilité.....	196
Chapitre II : L'effet du motif légitime sur le fondement axiologique de la responsabilité	237
Section 1 : La neutralisation objective du fondement de la responsabilité.....	238
Section 2 : L'étendue <i>in rem</i> de la neutralisation de la responsabilité.....	281
PARTIE II : LA MISE EN ŒUVRE DU MOTIF LEGITIME OU LA PRISE EN COMPTE DU REEL	339
<u>TITRE I : LE REJET DU MOTIF LEGITIME COMME FAIT JUSTIFICATIF SPECIAL INNOMME ..</u>	<u>343</u>
Chapitre I : Le domaine dérogatoire des infractions de risque abstrait	345
Section 1 : L'absence d'atteinte effective aux valeurs primaires	347
Section 2 : L'absence de menace concrète de valeurs secondaires	369
Chapitre II : Le recours illusoire à une justification imprécise	409
Section 1 : L'inadaptation du recours à l'illicéité négative	409
Section 2 : La nécessaire délimitation de l'illicéité positive	437
<u>TITRE II : LE MOTIF LEGITIME COMME STANDARD GENERAL DE JUSTIFICATION</u>	<u>477</u>
Chapitre I : Le domaine d'application général du motif légitime.....	479
Section 1 : L'insuffisante détermination légale des circonstances légitimes.....	480
Section 2 : La libre détermination judiciaire des circonstances légitimes	499
Chapitre II : Les conditions d'application générales du motif légitime	521
Section 1 : La justification des atteintes socialement utiles.....	522
Section 2 : La justification des atteintes socialement insignifiantes.....	544
BIBLIOGRAPHIE	573
PLAN DE JURISPRUDENCE	597
INDEX ALPHABETIQUE	623

LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS

AJCT	Actualité juridique des collectivités territoriales.
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJDA	Actualité juridique de droit administratif
AJ pénal	Actualité juridique pénal
Ass. plén.	Assemblée plénière de la Cour de cassation
APD	Archives de philosophie du droit
Bull. crim.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation
BGB	Bürgerliche Gesetzbuch (Code civil allemand)
Bordeaux	Cour d'appel de Bordeaux (exemple)
Bull. Joly	Bulletin mensuel Joly d'information des sociétés
CAA	Cour administrative d'appel
CCC	Cahier du Conseil constitutionnel
Cons. const.	Conseil constitutionnel
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
Ch. mixte	Chambre mixte de la Cour de cassation
Ch. Réunies	Chambres réunies de la Cour de cassation
Civ.	Chambre civile de la Cour de cassation
CNCDH	Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme
Crim.	Chambre criminelle de la Cour de cassation
D.	Recueil Dalloz
DC	Recueil critique de jurisprudence et de législation Dalloz (1941-44)
DH	Recueil hebdomadaire de jurisprudence Dalloz (antérieur à 1941)
DP	Recueil périodique et critique mensuel Dalloz (antérieur à 1941)
Dr. et pat.	Droit et patrimoine
Dr. fam.	Droit de la famille
Dr. fisc.	Revue de Droit fiscal
Dr. pén.	Revue Droit pénal
Dr. soc.	Revue Droit social
GAJA	Grands arrêts de la jurisprudence administrative (dernière édition)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
JCP	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique, édition générale
JCP A	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique, édition Administratif
JCP E	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique, édition Entreprise
JCP S	Semaine juridique - Juris-Classeur Périodique, édition Sociale
J.-Cl.	Juris-classeur
JO	Journal officiel
LPA	Les Petites Affiches
RCDI	Revue critique de droit international privé
Rec.	Recueil Lebon
RD pén. crim	Revue de droit pénal et de criminologie
RDSS	Revue de droit sanitaire et social
Rép. Pén. Dalloz	Répertoire Pénal Dalloz
RFDC	Revue française de droit constitutionnel
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RIEJ	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RJDA	Revue de jurisprudence de droit des affaires
RJPF	Revue juridique Personnes et Famille
RJS	Revue de jurisprudence sociale
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique - Droit prospectif
RSC	Revue de science criminelle et de droit pénal comparé
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial
Trib. corr.	Tribunal correctionnel

« Si l'Etat interdit à l'individu le recours à l'injustice, ce n'est pas parce qu'il veut supprimer l'injustice, mais parce qu'il veut monopoliser ce recours, comme il monopolise le sel et le tabac »¹.

¹ FREUD S., *Essais de psychanalyse*, Articles 1909-1915, trad. JANKELEVITCH S., Payot, 1927, éd. rev. HESNARD A., 1963, p. 240.

INTRODUCTION

1. Le motif légitime comme standard général de justification. « *Il n'y a point de plus cruelle tyrannie que celle que l'on exerce à l'ombre des lois et avec les couleurs de la justice* »². C'est dire avec ROUBIER que la loi n'est qu'un instrument susceptible de servir n'importe quelle fin et que « *la tentative de Kelsen de construire la règle de droit sous un aspect purement technique, en dehors de tout fondement politique, (...) paraît insoutenable* »³. En tant que moyen, la loi peut « *faire que ce qui est juste soit fort ou que ce qui est fort soit juste* »⁴. Aussi, le concept de légitimité permet-il de dissocier le *légal* du *juste*⁵, afin de mesurer l'adéquation de la loi à la finalité de justice qu'elle est censée servir. La légitimité s'entend plus précisément de « *la conformité à un principe supérieur qui dans une société et à un moment donné est considéré comme juste* »⁶. Une telle appréciation peut porter sur l'existence même de la norme ou sur son application aux faits.

La référence expresse au « *motif légitime* » se trouve au sein de nombreuses dispositions légales pour aménager leur application, tantôt en conditionnant un droit, tantôt en faisant obstacle à une obligation⁷. Elle permet alors principalement au juge de s'assurer que l'application de la loi aux faits est bien conforme à sa finalité. Le motif est un instrument d'appréciation judiciaire qui relève de la « *raison de principe ou de circonstance invoquée pour justifier une décision ou un comportement* »⁸ en principe illégal. La légitimité renvoie à l'effet justificatif du motif, en ce qu'il rétablit *a posteriori* la conformité au droit d'un acte individuel ou étatique *a priori* illicite⁹. L'exception de motif légitime se présente donc

² MONTESQUIEU, *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, 1734, éd. C. Volpilhac-Augier, Gallimard, coll., *FolioClassique*, 2008, chap. XIV.

³ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, coll. *Bibliothèque*, 2^{ème} éd. 2005, n° 8, p. 71

⁴ PASCAL, *Pensées*, 1670 (posth.), éd. L. Brunschvicg, Classiques Hachette, Section V, 298 (« *Ne pouvant faire que ce qui est juste fût fort, on a fait que ce qui est fort fût juste* »).

⁵ Voir, sur cette distinction, SIMARD A., « *La légalité et la légitimité (d')après Max Weber* », *Aspects sociologiques* 2005, Vol. 12, n° 1, p. 159 et s., ROUBIER P., *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey 1963, p. 227, où l'auteur emprunte à Victor HUGO l'expression : « *sortir de la légalité pour rentrer dans le droit* ».

⁶ « *La notion de légitimité ne recouvre pas celle de légalité qui est plus restreinte et qui caractérise ce qui est seulement conforme à la Loi* » (BRAUDO S., *Dictionnaire de droit privé*, V° « *Légitimité* » : www.dictionnaire-juridique.com)

⁷ Voir CAILLE C., « *Le motif légitime en droit pénal* », *RPDP* 1998. 194.

⁸ V° « *Motif* », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007.

⁹ V° « *légitimité* » et « *licéité* », *ibid.*

comme une technique souple de justification appartenant à la catégorie des standards juridiques. Selon DABIN, « *le procédé répond à une nécessité inéluctable : fût-il relativement achevé, le droit ne saurait tout régler, ni en étendue, ni en profondeur ; souvent, il est obligé de faire renvoi à ces notions de 'moralité courante'* »¹⁰. Le motif légitime est appréhendé, à ce titre, comme une « *souape de sûreté consacrée pour tenir compte de ce que le législateur ne peut prévoir toutes les situations particulières* »¹¹. Si on le rencontre depuis longtemps dans toutes les disciplines juridiques, le XXI^{ème} siècle a marqué un tournant remarquable dans le recours accru à cette technique de législation qui offre au juge une marge d'appréciation considérable. Cette évolution est particulièrement accentuée en matière criminelle, si bien que l'étude approfondie du motif légitime ne peut plus être éludée. Rivé sur une conception formelle de l'illicéité, le droit pénal se montre cependant plus réticent que les autres disciplines dans l'accueil de cette notion floue.

2. Le motif légitime en droit privé. En droit privé, le motif légitime permet de fonder un droit ou d'exonérer d'une charge. Il est souvent employé pour justifier des demandes de mesures processuelles dérogatoires au droit commun. Il fonde, par exemple, les autorisations judiciaires de dispense de déposition¹², de délivrance d'une seconde expédition¹³, d'accès d'un tiers au dossier de procédure¹⁴, d'interjection d'appel contre une décision avant-dire droit¹⁵, de report d'une adjudication¹⁶, du relevé de forclusion d'une demande d'indemnisation¹⁷. Il peut aussi permettre l'octroi d'une prorogation d'un délai de consignation¹⁸ ou d'acceptation d'héritage sous bénéfice d'inventaire¹⁹, notamment lorsque l'héritier n'a pas été en mesure de le clôturer²⁰. Ce sont donc des circonstances objectives qui justifient ces mesures exceptionnelles²¹, telles que le fait d'ordonner des mesures

¹⁰ DABIN J., *La philosophie de l'ordre juridique positif : spécialement dans les rapports de droit privé*, Sirey 1929, p. 26.

¹¹ AUBERT J.-L., « Le droit transitoire substantiel applicable aux contrats en cours dans la loi Méhaignerie », *Defrénois* 1997, art. 33975, p. 721.

¹² Voir CPC, art. 206.

¹³ Voir CPC, art. 465.

¹⁴ Voir CPC, art. 29 (« *intérêt légitime* »).

¹⁵ Voir CPC, art. 380 ; et, pour des illustrations de motifs graves et légitimes, Bordeaux, 11 juill. 2008, n° 08-00068 (entreprise en difficulté), Versailles, 12 oct. 2007, n° 07-00354 (non-respect du contradictoire).

¹⁶ Voir C. cons., art. L. 331-5 (« *causes graves et dûment justifiées* »).

¹⁷ Voir CPP, art. 706-5.

¹⁸ Voir CPC, art. 271.

¹⁹ Voir C. civ., art. 772 (L. n° 2006-728 du 23 juin 2003 portant réformes des successions et libéralités), où il est question de « *motif sérieux et légitime* ».

²⁰ Ce qui représente un « *motif sérieux et légitime* » selon la loi.

²¹ Voir pour la cassation d'un arrêt d'instruction ayant rejeté la requête en confusion de peines, au motif qu'il n'existait pas « *de circonstances particulières constituant un motif légitime de faire droit à la requête* », Crim., 2 sept. 2009, n° 08-87219 (*inédit*).

d'instruction avant tout procès²², lorsqu'elles sont « *nécessaires à la protection des droits de la partie qui les a sollicitées* »²³. Le motif légitime fonde également des demandes plus substantielles, comme l'interdiction d'usage d'une marque par le propriétaire, notamment en cas d'altération ou de modification du produit²⁴. De même, l'intérêt légitime permet de justifier une demande de changement de nom ou prénom²⁵, en raison d'une nécessité objective et non de convenances personnelles²⁶.

Le motif légitime fait, par ailleurs, obstacle à la sanction de nombreuses obligations de faire. Il justifie ainsi de nombreux comportements passifs de refus, d'inerties, ou d'absences, en permettant à l'auteur de se soustraire notamment au paiement d'une dette successorale²⁷, à la radiation de la liste des demandeurs d'emploi²⁸, à la révocation²⁹ et à des déclarations de caducité³⁰ ou de démission³¹. Lorsqu'il libère l'agent d'une obligation d'origine contractuelle ou délictuelle, le motif légitime s'envisage comme une cause d'irresponsabilité. En matière de responsabilité contractuelle, le motif légitime justifie la résiliation anticipée de contrat³², la révocation d'une société de gestion³³, le non-respect d'une promesse d'embauche³⁴. De la même manière que le motif réel et sérieux justifie le licenciement³⁵, le motif légitime justifie le non-renouvellement d'un bail agricole³⁶, commercial³⁷ ou d'habitation³⁸, ainsi que le refus

²² Voir CPC, art. 145 ; et, pour des illustrations récentes, TGI Paris, réf., 15 févr. 2012, *Diana Z. c/ Google : www.legalis.net* ; Civ., 2^{ème}, 26 mai 2011, *D.* 2011. Actu 1494; *ibid.* Pan. 2891, obs. BRETZNER, *Dr. et proc.* 2011. 188. Voir BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, n° 85.

²³ « *Le secret des affaires ne constitue pas en lui-même un obstacle à l'application des dispositions de l'art. 145, dès lors que le juge constate que les mesures qu'il ordonne procèdent d'un motif légitime* » (Civ., 2e, 7 janv. 1999, *Bull. civ.* II, n° 4, *D.* 1999. IR 34, *Procédures* 1999. Comm. 60, note PERROT) ; Voir dans le même sens Com., 16 déc. 2008, *RLDC* 2/2009. 34, obs. MARAUD DES GROTTES. Voir, pour l'obligation faite au juge de caractériser un motif légitime pour accueillir la demande, Com., 14 févr. 2012, n° 1112.833, *JurisData* n° 2012-002115, *Procédures*, n° 4 avril 2012, com.109, note PERROT R.

²⁴ Voir CPI, art. 713-4.

²⁵ Voir C. civ., art. 60 et 61.

²⁶ Il pourra s'agir de considérations de dignité de la personne, d'intégrité psychique ou d'intégration religieuse, familiale ou nationale. Voir, pour des illustrations, MARIE C., « Actes de l'état civil – Changement de prénom », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 60, Fasc. Unique (2012), n° 68 et s.

²⁷ Voir C. civ., art. 786, al. 2 (L. n° 2006-728 du 23 juin 2003 portant réformes des successions et libéralités), si l'héritier avait « *des motifs légitimes d'ignorer (la dette) au moment de l'acceptation* ».

²⁸ Voir C. Trav., art. L. 5412-1 (refus d'accepter une offre raisonnable d'emploi).

²⁹ Voir C. cons., art. R. 331-5.

³⁰ Voir C. cons., art. R. 142-2 ; CPC, art. 1425-7 (non-présentation du demandeur à une audience lors d'une procédure d'injonction de faire) ; Décret n° 2006-936 du 27 juillet 2006, art. 12 et 60 (caducité du commandement de payer).

³¹ Voir C. Trav., art. L. 1442-12 (conseiller prud'homal) ; CPP, art. R. 50-1-1 (assesseur) ; C. sécu. Soc., art. L. 143-2-1 et L. 143-9 (assesseur).

³² Voir Paris, 18 juin 2008, n° 06-12976.

³³ Voir C. mon. fin., art. R. 214-66 (« *cause légitime* » et « *juste motif* »).

³⁴ Voir Pau, 15 janv. 2007, n° 05-03490.

³⁵ Voir GUITTET F., *Le motif du licenciement*, Th. Bordeaux IV, 2005, p. 363 et s.

³⁶ Voir C. rur. (nouveau), art. L. 418-3 (Loi d'orientation agricole, du 5 janvier 2006, n° 2006-11), où le texte indique un exemple de « *raisons sérieuses et légitimes* », en cas de défaut de paiement de loyer.

³⁷ Voir C. com., art. L. 145-8.

de signature d'un acte authentique³⁹. En matière de responsabilité délictuelle, le motif légitime fait obstacle au paiement d'amende civile et de dommages et intérêts, en levant l'obligation de déclaration de créances⁴⁰ ou le devoir de porter son concours à la justice⁴¹. La jurisprudence a même pu considérer, à défaut de précision textuelle, que « *le fait pour un employeur de porter à la connaissance du personnel, sans motif légitime, les agissements d'un salarié nommément désigné, constitue une atteinte à la dignité de celui-ci de nature à lui porter un préjudice distinct de celui résultant de la perte de son emploi* »⁴². En présence d'une circonstance légitime, l'application de la règle ne se justifie plus, à tel point que les juges s'émancipent progressivement de la mention légale d'une telle exception. Aussi, la jurisprudence a-t-elle pu estimer que le fait que des enfants aient trouvé la mort dans un accident causé volontairement par leur père, également décédé, constituait un motif légitime de transfert de sépulture⁴³. La Cour de cassation affirme par ailleurs, de manière constante, que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »⁴⁴. La vérité biologique de la filiation a donc dû céder face à la nécessité de préserver l'intégrité psychologique de l'enfant⁴⁵ ou le respect dû aux morts, en

³⁸ Voir Art. 15, L. 6 juill. 1989, n° 89-462, C. constr. hab., art. L. 632-1, où le texte illustre le motif légitime et sérieux par le cas de l'inexécution par le locataire de l'une de ses obligations. Voir, pour un motif légitime et sérieux d'opposition du bailleur à la fixation d'une parabole consistant en une altération de l'aspect de l'immeuble et en un danger pour les passants, Paris, ch. 6, sect. C, 17 mars 2009, *JurisData* n° 2009-375897, *JCP G* 2009. IV. 1720.

³⁹ Voir Grenoble, 23 juin 2008, n° 05-04670, car il ne s'agissait pas du bien convenu.

⁴⁰ Voir C. trav., art. L. 3252-9, qui dispose que le tiers employeur saisi doit déclarer la situation de droit existant entre lui-même et le débiteur saisi, les cessions, saisies, avis à tiers détenteur ou paiement direct de créances d'aliments en cours d'exécution.

⁴¹ Voir C. civ., art. 10. Ainsi, le secret professionnel constitue « *un motif légitime de refuser la communication de (...) pièces* » (Civ. 2^{ème}, 29 mars 1989, *Calvet*, *JCP G* II. 21586, obs. BOUSCAU F., où une autorité ecclésiastique avait refusé de livrer une pièce concernant la vie privée, lors d'une procédure d'annulation de mariage religieux).

⁴² Soc. 25 févr. 2003, *Bull. civ. V*, n° 66 ; *Dr. et patr.* 2003. 87, obs. LOISEAU, *Option finance* 2003. 24, obs. LEBRUN C. ; Voir plus généralement SAINT-PAU J.-C., « Jouissance des droits civils – Droit au respect de la vie privée », *J.-Cl. Civil Code*, Art. 9, Fasc. 10, (2010).

⁴³ Pau, 1^{er} mars 2010, *JCP* 2010, n° 719, obs. ARNAULT.

⁴⁴ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103, *D.* 2000. 731, note GARE, *D.* 2001. Somm. 976, obs. GRANET, *ibid.* 1427, obs. GAUMONT-PRAT, *ibid.* 2868, obs. DESNOYER, *JCP* 2000. II. 10409, concl. PETIT, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX, *Defrénois* 2000. 769, note MASSIP, *Dr. fam.* 2000, n° 72, note MURAT, *RJPF* 2000-5/38, note HAUSER, *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE, *ibid.* 27 nov. 2000, note DABURON, *RTD civ.* 2000. 304, obs. HAUSER. Voir aussi Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2007, *Bull. civ. I*, n° 371.

⁴⁵ TGI Lyon, 5 juill. 2007, *D.* 2007. 3052, note GOUTTENOIRE A., *RTD civ.* 2008. 93, obs. HAUSER J. (contestation de reconnaissance).

présence d'éléments de fait suffisants pour établir la filiation⁴⁶. De façon générale, le motif légitime résulte de circonstances rendant l'expertise non « *nécessaire* »⁴⁷ ou « *inutile* »⁴⁸.

Non seulement, l'exception de motif légitime irrigue toutes les branches du droit privé mais la jurisprudence y recourt librement. Ce standard de justification lui permet de procéder à la balance des intérêts en cause, afin d'écarter l'application d'une règle dans la mesure où elle n'apparaît plus nécessaire, au regard des circonstances objectives de l'espèce.

3. Le motif légitime en droit public. Si l'exception légale de motif légitime n'existe pas en tant que telle en droit administratif⁴⁹, la jurisprudence a élaboré des causes d'irresponsabilité de l'administration fondées sur la caractérisation de circonstances justificatives⁵⁰. La théorie des circonstances exceptionnelles et de l'exception d'urgence⁵¹, se rapporte à celle de la justification puisque le contexte particulier de l'acte administratif neutralise son illicéité⁵². Ces états d'exception exonèrent l'administration de sa responsabilité⁵³, dès lors qu'elle n'a pas eu les moyens d'agir légalement⁵⁴. Pour être conforme à l'intérêt général, la mesure administrative illégale doit être nécessaire⁵⁵ et proportionnée⁵⁶ à la sauvegarde d'un intérêt supérieur à celui sacrifié⁵⁷. La similitude de ce mécanisme avec le régime juridique des faits justificatifs en droit privé n'a pas échappé à

⁴⁶ Civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, *Bull. civ. I*, n° 197, *JCP* 2009. 533, note BRUSORIO-AILLAUD, *ibid.* 2010. 34, n° 8, obs. FAVIER, *AJ fam.* 2009. 454, obs. CHENEDE, *Dr. fam.* 2009, n° 142, note MURAT, *RJPF* 2010-1/42, note GARE, *RTD civ.* 2009. 711, obs. HAUSER ; Civ. 1^{re}, 25 avr. 2007, *Bull. civ. I*, n° 163, *Deffrénois* 2007. 1640, obs. MASSIP, *AJ fam.* 2007. 273, obs. CHENEDE, *Dr. fam.* 2007, n° 170, note MURAT, *RJPF* 2007-7-8/31, note CORPART, *RTD civ.* 2007. 555, obs. HAUSER.

⁴⁷ Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, *Bull. civ. I*, n° 216.

⁴⁸ Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, *Bull. civ. I*, n° 169.

⁴⁹ En matière de droit disciplinaire de la fonction publique, la justification par le commandement de l'autorité légitime a été reconnue dans son principe, Voir CE, 10 nov. 1944, *Langneur*, *D.* 1945. 87, concl. CHENOT ; Voir, pour un appel à la généralisation du critère de nécessité, VIENNOIS J.-P., « La légitime défense en droit de la concurrence ou l'emprunt concevable d'une notion au droit pénal », *RSC* 2004. 295 et s.

⁵⁰ Voir BOUMEDIENNE M., « L'état d'urgence : concilier la sauvegarde de l'ordre public et la protection des libertés individuelles ? », *Rev. rech. jurid. dr. prospect.*, 2006. I. 2089 et s.

⁵¹ Voir particulièrement CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. 1, 15^{ème} éd., 2001, n° 1274 et s.

⁵² Voir, pour un approfondissement de ce parallèle, STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 163 et s.

⁵³ Voir sur la réparation du préjudice, CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, *Rec.* 789 ; *S.* 1923. III. 57, note HAURIOU.

⁵⁴ Sur l'appréciation stricte de l'urgence, GABOLDE C., « L'exception d'urgence en droit administratif », *D.* 1952, chron., p. 41 et s.

⁵⁵ Voir pour une guerre, CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec.* 651 ; *S.*, 1922, 3. 49, note HAURIOU ; CE, 28 fév. 1919, *Dames Dol et Laurent*, *Rev. dr. pub.* 1919. 338, note JEZE ; *S.* 1919. III. 33, note HAURIOU ; pour un état de siège, CE Ass., 23 oct. 1964, *d'Oriano*, *AJ* 1964. 684, chron. PUYBASSET et PUISSOCHET ; *D.* 1965. 9, note RUZIE ; *Rev. dr. pub.* 1965. 282, concl. BERNARD ; pour une grève générale des services publics CE, 18 avr. 1947, *Jarrigion*, *S.* 1948. III. 33, note RIVERO.

⁵⁶ Voir, pour les circonstances exceptionnelles, CE, 21 fév. 1947, *Ginestous*, *Rec.* 66 ; CE, 28 mars 1947, *Société Damien*, *Rec.* 138 ; SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, PUF-Léviathan, 2001, p. 6 et s.

⁵⁷ Il pourra s'agir de la continuité du service public, de l'octroi de ressources financières indispensables à l'action administrative, de la stabilité d'un secteur économique, Voir MATHIOT, « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *L'évolution du droit public*, *Mél. MESTRE A.*, Sirey, 1956, p. 413 et s., spéc. p. 418 et s ;

certain auteurs qui estiment qu'une « *théorie transdisciplinaire de la justification pourrait être fondée sur l'idée de nécessité* »⁵⁸. La nécessité ne doit cependant pas s'apprécier de la même manière selon qu'elle justifie des atteintes d'origine individuelle ou étatique. La doctrine publiciste a, de ce point de vue, montré des réticences justifiées par la gravité des enjeux pour les libertés publiques⁵⁹. Elle s'est attachée à expliquer que l'adaptation de la loi aux circonstances imprévues devait être guidée par sa finalité, afin de garantir une certaine sécurité juridique⁶⁰. Il est, de surcroît, fait appel au principe de nécessité ayant valeur de principe général du droit et permettant de renverser la présomption d'illicéité des actes illégaux dans toutes les matières⁶¹. La dimension substantielle de l'illicéité administrative dont l'appréciation dépend des circonstances concrètes de l'acte est désormais reconnue⁶². La justification par le principe de nécessité s'étend même au-delà du mécanisme d'exonération de responsabilité puisque le Conseil constitutionnel s'y réfère pour contrôler la légitimité des lois attentatoires aux libertés fondamentales garanties par la Constitution⁶³. C'est ainsi que l'on assiste à une constitutionnalisation progressive du droit pénal⁶⁴. La vocation générale la justification des actes individuels ou étatiques lui confère une place dans la théorie générale du droit⁶⁵.

4. Les réticences du droit pénal au regard du principe de légalité criminelle. Rétif à l'intégration des notions floues, le droit pénal n'a fait expressément référence au motif légitime que dans des hypothèses marginales et, par là même, assez peu commentées⁶⁶. Le

⁵⁸ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 167 ; Voir en ce sens BOTTIAU A., « Les circonstances exceptionnelles en droit privé », in *Mél. LANGAVANT E.*, L'Harmattan, 1999, p. 49 et s. ; DELMAS-MARTY M. et TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992, p. 74 ; MOURGEON J., *La répression administrative*, LGDJ 1967, n° 303 ; GABOLDE C., « L'exception d'urgence en droit administratif », préc.

⁵⁹ Voir MATHIOT A., « La théorie des circonstances exceptionnelles », préc., p. 415 ; HAURIUO, note préc. ; NIZARD L., *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962, p. 258 et s.

⁶⁰ Voir SAINT-BONNET F., *L'état d'exception*, op. cit., p. 9 et s. MATHIOT A., « La théorie des circonstances exceptionnelles », préc., p. 422.

⁶¹ Voir aussi G. DELLIS, *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997, n° 377 et s.

⁶² Sur l'importance accordée aux circonstances d'un acte, en période « normale » et à plus forte raison en période exceptionnelle, Voir A. MATHIOT, art. préc., p. 414.

⁶³ TERNEYRE P., « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *Rev. dr. pub.*, 1987, p. 1489 et s.

⁶⁴ DOLCINI E. et MARINUCCI G., « La Constitution et le droit pénal en Italie, Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 317, POULY C., « La crise de l'Etat de Droit au prisme de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Politeia* n°5, 2005, p. 181 et s., PRADEL J., « Principe de la légalité du droit pénal - Atteintes - Rôle des principes généraux du droit et de la coutume », *D.* 2007, Chron. p. 25 et s.

⁶⁵ STONESTREET N., op. cit., loc. cit., où l'auteur restreint toutefois la justification à une logique de responsabilité.

⁶⁶ Voir cependant CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », préc.

cantonnement législatif de son champ d'application à des infractions résiduelles et secondaires a pu paraître, de prime abord, compenser le caractère imprécis de ses conditions d'application. L'exception expresse de motif légitime est étroitement délimitée au domaine contraventionnel et à quelques délits mineurs, son domaine criminel ayant peu à peu disparu. Le motif légitime a, en effet, progressivement été supprimé des violences criminelles accomplies par un agent public⁶⁷ ou par un officier de marine⁶⁸. De même, le crime de la détention de produits rentrant dans la composition d'un explosif⁶⁹ a perdu son exception de motif légitime et a, par ailleurs, été disqualifié en simple délit⁷⁰. Dans une œuvre étonnante d'unification du domaine du motif légitime, le législateur a évincé les derniers crimes pour ne laisser place qu'à des infractions bénignes⁷¹. Le motif légitime a, toutefois, connu un essor sans précédent ces dernières années, puisqu'il figure désormais dans plusieurs dizaines d'incriminations, assez récentes pour la plupart d'entre elles⁷². Il s'agit notamment du manquement à l'obligation d'assiduité scolaire⁷³, de la dissimulation de visage lors de manifestations⁷⁴, de la négligence caractérisée dans la sécurisation de sa connexion internet⁷⁵, de l'introduction d'arme dans un établissement scolaire⁷⁶ ou de la détention d'instruments ou de données adaptés pour commettre une atteinte à un système automatisé de traitement de données⁷⁷. Il convient d'analyser le fondement et le régime juridique de cette exception placée au cœur d'incriminations toujours plus nombreuses. Les faits décrits étant punissables « *sauf motif légitime* », cette réserve fait manifestement échec à l'application de la norme

⁶⁷ Voir art. 186 CPA, dont le motif légitime a été supprimé lors de la réforme du Code pénal de 1992.

⁶⁸ Voir l'ancien article 42 (supprimé par une loi du 26 février 2011) du Code disciplinaire et pénal de la marine marchande qui sanctionnait « *tout capitaine, officier ou maître, qui, hors les motifs légitimes visés à l'article 2, a usé ou fait user de violences dans l'exercice de ses fonctions...* ». Il aurait été particulièrement intéressant, pour cette étude, de pouvoir analyser des illustrations législatives de motifs légitimes. Mais, fort regrettamment, le législateur avait omis de procéder aux précisions annoncées, en sorte que la justification semblait ici inopérante. Ledit article 2 ne faisait référence à aucun motif légitime mais définissait simplement les termes de capitaine, officier, maître et autre grade. Il faut bien reconnaître que cette bévue législative était une aubaine pour la cohérence du domaine spécifique et restreint du motif légitime.

⁶⁹ La détention sans motif légitime de substances destinées à entrer dans la composition d'un explosif était prévue et réprimée par l'ancien article L. 2553-4 du Code de la défense.

⁷⁰ Voir C. défense, art. L. 2353-13, modifié par la loi du 12 décembre 2005 (n° 2005-1550).

⁷¹ A l'exception du délit de transport d'arme très sévèrement puni (Voir, pour l'incrimination, C. défense, art. L. 2338-1 et, pour la sanction allant jusqu'à dix ans d'emprisonnement, art. L. 2339-8).

⁷² Près d'une trentaine d'incriminations, si tant est que l'on puisse les recenser, Cf. *infra* n° 385.

⁷³ Voir C. pén., art. R. 624-7, créé par Décret du 13 juillet 2004 (n° 2004-703) et modifié par Décret du 23 mai 2006 (n° 2006-583) et par Décret du 5 janvier 2012 (n° 2012-16 - art. 7).

⁷⁴ Voir C. pén., art. R. 645-14, créé par Décret du 19 juin 2009 (n° 2009-724 - art. 1).

⁷⁵ Voir CPI, art. R. 335-5, créé par Décret du 25 juin 2010 (n° 2010-695 - art. 1).

⁷⁶ Voir C. pén., art. 431-28, créé par la loi du 2 mars 2010 (n° 2010-201 - art. 13).

⁷⁷ Voir l'article 323-3-1 du Code pénal (créé par loi du 21 juin 2004, n° 2004-575 - art. 46) qui dispose que « *Le fait, sans motif légitime, d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un équipement, un instrument, un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3 est puni des peines prévues respectivement pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée* ».

pénale. MOTULSKY considérait, à cet égard, que le « *motif légitime* » relevait de la catégorie controversée⁷⁸ des standards juridiques à l'instar de l'« *ordre public* » ou des « *bonnes mœurs* »⁷⁹, tout en précisant que « *bien que leur contenu soit vaste et vague, ces formules expriment un impératif juridique et sont dès lors susceptibles de former de véritables règles de Droit* »⁸⁰. L'existence d'une notion laissée à l'appréciation du juge au sein de la définition même de l'interdit pénal conduit d'abord à s'interroger sur le bien-fondé de son immixtion dans une matière gouvernée par le principe de légalité criminelle⁸¹. Il ressort de l'article 111-3 du Code pénal que les éléments de l'infraction doivent être définis par la loi *lato sensu* qui aurait, à ce titre, le monopole de la détermination de licéité pénale. En d'autres termes, seule une autre loi pourrait remettre en cause l'appréciation légale de la nocuité sociale des faits incriminés. Il est pourtant difficile de souscrire à l'affirmation de GARCON selon laquelle, « *Le motif légitime, le mot le dit, est uniquement celui qui trouve sa source dans la loi même* »⁸². Outre que la légitimité ne saurait être réduite à la légalité, cette conception rigoriste du motif légitime le prive de sens, toute incrimination faisant implicitement réserve des autorisations de la loi. Selon une formule constante, depuis le XIX^{ème}, la jurisprudence considère que le motif légitime résulte non seulement de la loi mais encore des « *circonstances de la cause* »⁸³. Loin de dissiper les réticences doctrinales, la libre appréciation judiciaire du motif légitime conduit à l'envisager, d'abord, comme une excuse absolutoire laissant subsister l'infraction⁸⁴. Exempté de peine, l'auteur demeurerait susceptible d'être condamné au paiement de dommages-intérêts⁸⁵. Il était objecté que si l'auteur de l'infraction agit conformément à l'intérêt général, « *il ne peut être tenu pour coupable à quelque titre que ce soit* »⁸⁶. Du reste, peu d'arrêts se prononcèrent en ce sens⁸⁷ et la qualification fut abandonnée par le Code pénal actuel. Des auteurs ont, par la suite, proposé

⁷⁸ Voir DABIN J., *La philosophie de l'ordre juridique positif : spécialement dans les rapports de droit privé*, Sirey 1929, p. 26 ; ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1951, n° 8, p. 70 et n° 9, p. 80.

⁷⁹ MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. *Bibliothèque*, nouv. éd. 2002, n° 10.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Voir C. pén. art. 111-3.

⁸² GARCON E., *Code pénal annoté*, t. 1, Sirey, 1952, n° 28.

⁸³ Crim., 1^{er} août 1878, *Bull. crim.* n° 175, *S.* 1878. I. 484.

⁸⁴ GARCON E., *Code pénal annoté*, t. 1, Sirey, 1912, art. 186, n° 5.

⁸⁵ Voir CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », préc.

⁸⁶ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, 2^{ème} éd., 1982, n° 319 ; GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 4, Sirey, 3^{ème} éd., 1922, n° 1554.

⁸⁷ Crim., 20 janv. 1825, *Bull. crim.* n° 10.

de faire de l'absence de motif légitime une composante de l'infraction⁸⁸. Essentiellement fondé sur l'usage de violences par des agents publics « *sans* » motif légitime, ce courant déduisait de cette formulation une délimitation négative du champ de l'infraction⁸⁹. Il revenait, par conséquent, aux autorités de poursuite la délicate tâche d'établir un fait négatif⁹⁰. Les violences contre les personnes étant par principe illicites, il semblait pour le moins contradictoire de les incriminer tout en les présumant justifiées. En tout état de cause, la nouvelle mouture du texte ne fait plus référence au motif légitime⁹¹, avalisant l'idée de son extériorité aux éléments constitutifs de l'infraction⁹². Toutefois, lorsque la discrimination était assortie de la réserve de motif légitime, ce dernier faisait l'objet de la même analyse en termes de non-constitution de l'infraction⁹³. Il tendait même à être assimilé au « bon mobile », censé faire obstacle à la caractérisation de l'intention délictueuse⁹⁴. Or, cette conception s'accommode mal avec le champ d'application du motif légitime qui concerne largement de simples contraventions, telles que les refus de vendre⁹⁵ ou de répondre à une réquisition publique⁹⁶. Si le Code pénal a pris le parti de réduire la question de la culpabilité contraventionnelle à peau de chagrin⁹⁷, ce n'est certainement pas pour y ajouter une composante morale à ce point insaisissable et contingente qu'elle relève par principe de la personnalisation des peines. En tant que causes psychiques de la volonté, les mobiles ne suppriment pas la faute morale mais la confirment au contraire. En somme, pour éviter de heurter un principe de légalité mal délimité, on en vient à déroger à l'exigence républicaine d'une loi pénale générale et impersonnelle. Pire, le principe de légalité criminelle lui-même est desservi par l'attraction de la notion imprécise de motif légitime dans la définition de l'infraction. Il est vrai que la conception objective du motif légitime comme circonstance justificative extérieure à l'infraction a été défendue au siècle dernier, dans une étude qui

⁸⁸ Voir VOUIN R. et RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Précis*, 6^{ème} éd., 1988, n° 449 ; DECHEIX P., « A côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage de la violence par les agents publics », *D.* 1980, chron. 89.

⁸⁹ Voir C. pén., anc., art. 186.

⁹⁰ Cette proposition s'appuyait sur la présomption de légalité entourant les actes de l'autorité publique, Voir en ce sens, MERLE P., *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. crim.*, t. IX, 1970, n° 35.

⁹¹ Voir C. pén., art. 222-12, 7° et 222-13, 7°.

⁹² Voir CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », préc.

⁹³ « *Le motif fait disparaître le caractère discriminatoire de l'acte* » (BERTHIAU D., V° « Discrimination », *J.-Cl. Pénal Code*, ancien fascicule cité par CAILLE C., préc.).

⁹⁴ Voir WESTER-OUISSSE V., V° « Travail », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 60 (2008), n° 12 ; LASSERE-CAPDEVILLE J., V° « Discrimination », *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-1 à 225-4, Fasc. 20 (2011), n° 73.

⁹⁵ Voir C. cons., art. L. 122-1.

⁹⁶ Voir C. pén., art. R. 642-1.

⁹⁷ Voir C. pén., art. 121-3, alinéa 5.

concluait très justement à son « *reflux* », puisque la discrimination, à l'instar des violences, n'y faisait plus référence⁹⁸.

La recrudescence actuelle du motif légitime s'accompagne cependant d'un regain de son analyse subjective en tant que mobile légitime. A titre d'illustration, en matière de contrefaçons, le motif légitime est conçu en tant que « *dol spécial 'négatif'* »⁹⁹, intégrant au sein du dol, l'exigence spéciale et négative du défaut de mobile ou de but légitime. Dans le prolongement de l'analyse, des auteurs expliquent qu'en l'absence de mention spéciale, « *le motif légitime peut toujours être invoqué aujourd'hui comme hier puisque son existence établit simplement l'absence de l'un des éléments constitutifs de l'infraction : l'élément intentionnel* »¹⁰⁰, tout en considérant que s'agissant de « *la charge de la preuve (...) le motif légitime sera assimilé à une cause de non-imputabilité* »¹⁰¹. Or, de deux choses l'une : soit le motif légitime fait obstacle à la constitution de l'infraction et son absence doit être prouvée par les autorités de poursuite, soit il s'oppose à l'imputation de l'infraction à l'auteur et son absence se présume. Il ne saurait faire corps avec l'infraction sans avoir le régime probatoire qui s'y rattache. Cette ambivalence tient à la double impossibilité pratique et théorique d'établir la preuve d'une condition négative et imprécise. Envisager le motif légitime en tant que circonstance justificative extérieure à l'infraction permet de rétablir sa compatibilité au principe de légalité attaché à l'incrimination.

5. Le motif légitime comme fait justificatif. Il convient d'observer, en premier lieu, que le législateur emploie plus fréquemment l'expression « *sauf motif légitime* », évoquant davantage l'idée d'exception que l'ancienne tournure qui disparaît peu à peu. L'extériorité suggérée s'écarte de la psychologie de l'agent, pour se rapprocher des faits justificatifs qui puisent leur source dans le contexte objectif de l'accomplissement de l'infraction. Contrairement aux causes subjectives d'irresponsabilité qui sont tournées, dans leur rédaction, vers les auteurs¹⁰², les faits justificatifs de la partie générale du Code pénal sont tournés vers l'accomplissement des actes¹⁰³. Il n'en va pas différemment des motifs légitimes qui assortissent les actes, au regard de la formule législative constante : « *le fait de (...) sauf (...)* », corroborant l'analyse en termes de cause objective d'irresponsabilité. Par ailleurs, le

⁹⁸ CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », art. préc.

⁹⁹ BONNARD H., BLORET-PUCCIB G., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Contrefaçon de marques de fabrique, de commerce ou de service », Fasc. 20 (2010).

¹⁰⁰ LASSERE-CAPDEVILLE J., V° « Discrimination », *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-1 à 225-4, Fasc. 20 (2011), n° 73.

¹⁰¹ *Ibid.*, n° 74.

¹⁰² Voir notamment C. pén., art. 122-1, 122-2.

¹⁰³ Voir C. pén., art. 122-4, 122-5, 122-7.

motif légitime du délit de discrimination a été remplacé par des hypothèses précises de justification qui renvoient clairement à des circonstances objectives¹⁰⁴.

En second lieu, la Cour de cassation semble avoir ouvert la voie à cette approche, en considérant de manière récurrente que le motif légitime se déduit des circonstances de la cause. Les décisions rendues, en la matière, se fondent invariablement sur les circonstances objectives de réalisation de l'infraction. La jurisprudence criminelle a justifié, par le motif légitime, le refus discriminatoire d'embaucher une femme pour un travail pénible exigeant le port de lourdes charges¹⁰⁵. De la même manière, l'abandon du foyer fut légitimé par la nécessité de trouver un travail dans une autre ville¹⁰⁶ ou d'échapper à des maltraitances conjugales¹⁰⁷. De telles solutions procèdent, de toute évidence, de la pesée des intérêts en cause. Bien que les comportements correspondaient à ceux incriminés, ils apparaissaient socialement utiles ou neutres au regard de circonstances extérieures aux définitions textuelles. Toutefois, même lorsque l'infraction est objectivement justifiée par la sauvegarde d'une valeur supérieure à celle sacrifiée, la jurisprudence persiste à faire état de considérations psychologiques surabondantes. Ainsi, la relaxe de l'auteur d'un refus discriminatoire d'accueillir un enfant autiste dans un manège d'équitation, refus justifié par la nécessaire protection de la sécurité de tous les participants, a été expressément fondée sur le défaut d'élément intentionnel¹⁰⁸. La jurisprudence a pourtant estimé que le but altruiste allégué pour justifier le refus de louer un appartement à une personne atteinte de handicap était indifférent, dans une espèce où il ne transparaissait pas de la matérialité des faits¹⁰⁹. De même, en matière de piratage informatique, le but d'information sur les failles de sécurité a été considéré comme indifférent à la caractérisation de la conscience du risque de piratage et non constitutif d'un motif légitime, dans une espèce où l'auteur ne s'était pas contenté d'informer le maître du système, mais avait diffusé publiquement ses connaissances sur les faiblesses du système informatique¹¹⁰. En dépit de l'apparente contradiction des motivations, les solutions demeurent assez cohérentes, qui ne tiennent compte des motivations personnelles ou des buts particuliers que lorsqu'ils sont relayés par la matérialité des faits. Par conséquent, c'est bien l'existence de circonstances objectivement justificatives qui fonde l'irresponsabilité de l'auteur de l'infraction. En outre, la jurisprudence tend généralement à attribuer la charge de

¹⁰⁴ Voir C. pén., art. 225-3.

¹⁰⁵ Voir Crim., 14 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 287.

¹⁰⁶ Voir Lyon, 12 juin 1943, *JCP* 1943. II. 2504.

¹⁰⁷ Voir T. corr. Clamecy, 10 juill. 1946, *D.* 1946. 412.

¹⁰⁸ Voir Limoge, 14 mai 1991, *JurisData* n° 1991-046824.

¹⁰⁹ Voir T. corr. Paris, 28 juin 2005, *Gaz. Pal.* 2006. II. 2634, note PAULIN.

¹¹⁰ Voir Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177.

la preuve de l'exception de motif légitime au prévenu¹¹¹, ce qui achève de convaincre de son extériorité aux conditions de l'infraction. La tendance jurisprudentielle à faire état de considérations subjectives a néanmoins renforcé la thèse du mobile justificatif. L'engouement législatif pour l'exception floue de motif légitime et les errements jurisprudentiels qui en résultent, requièrent une clarification de sa nature juridique, de ses effets sur la responsabilité, de son régime probatoire et de ses critères d'application afin d'en faciliter le diagnostic judiciaire. Si la plupart des auteurs s'accordent désormais sur la conception du motif légitime en tant que fait justificatif, cela ne fait que déplacer le problème, car les approches foisonnantes de la justification sont pour le moins hétérogènes.

6. L'essor des théories subjectives de la justification. Pour anciennes que soient les approches subjectives de la justification, elles sont régulièrement renouvelées par la doctrine qui tente de faire coïncider certaines solutions jurisprudentielles peu orthodoxes avec la théorie pénale¹¹². Elles procèdent de l'idée que les faits justificatifs écartent la responsabilité en agissant sur la psychologie de l'auteur, par le recours à la notion de contrainte ou à celle de mobile¹¹³. L'état de nécessité est d'abord apparu en jurisprudence comme une variante de la contrainte morale¹¹⁴, afin d'introduire progressivement cette innovation¹¹⁵. La contrainte était si rarement retenue que les juges ont parfois préféré recourir à l'état de nécessité, en particulier dans une espèce où un apatride expulsé ne pouvait quitter le territoire car aucun pays frontalier ne voulait l'accueillir¹¹⁶. Inversement, l'impossibilité absolue avait été retenue dans une espèce où un étranger avait désobéi à l'ordre d'expulsion pour s'acquitter de son devoir familial¹¹⁷. L'assimilation de la justification à la contrainte allait prospérer en doctrine, au prix d'une certaine contorsion de la notion d'irrésistibilité¹¹⁸. L'ordre de la loi, le commandement de l'autorité légitime obligerait l'agent à obéir, tandis que la légitime défense et l'état de nécessité l'obligeraient à choisir¹¹⁹. Un tel amalgame fut âprement décrié, en ce qu'il méconnaissait la subsistance du libre arbitre de l'agent que ni l'urgence, ni l'ordre

¹¹¹ Voir notamment Crim., 27 févr. 1964, *Bull. crim.* n° 72, *Gaz. Pal.* 1964. II. 67 (abandon de famille).

¹¹² Voir ROUJOU DE BOUBÉE G., « Essai d'une théorie générale de la justification », *Ann. Fac. Toulouse*, 1982. 11., spéc. p. 17.

¹¹³ Voir sur cette évolution LEPOINTE E., « Justifié donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, *Chron.* p. 248.

¹¹⁴ Voir notamment DONNEDIEU DE VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n° 335 ; HUGUENEY L., *RSC.* 1941. 187 ; DECOCQ A., *RSC.* 1974. 895.

¹¹⁵ Voir T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, *Ménard*, *S.* 1899. II. 1, ROUX.

¹¹⁶ Voir Crim., 8 févr. 1936, *DP* 1936. I. 44, note DONNEDIEU DE VABRES H.

¹¹⁷ Voir T. corr., Seine, 16 déc. 1938, *Gaz. Pal.* 1938. I. jur. 434.

¹¹⁸ Voir, particulièrement, DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982.

¹¹⁹ Voir *infra* n° 217.

n'annihilaient totalement¹²⁰. Il est vrai que la jurisprudence est très rigoureuse dans l'appréciation du critère de nécessité qui se rapproche parfois de l'impossibilité d'agir autrement¹²¹. C'est ainsi que l'indisponibilité du produit dans le refus de vente¹²² et l'incarcération d'un parent dans l'abandon de famille¹²³ ont été retenus au titre de motifs légitimes, alors qu'ils s'apparentent plutôt à des hypothèses de contrainte.

Une même volonté d'adaptation de la théorie juridique à la pratique judiciaire explique l'attraction récurrente de la justification dans le champ, pourtant criminologique, des mobiles. Il ressort d'anciennes études doctrinales que le mobile honorable qui expliquait certains acquittements, était un mobile justificatif lorsqu'il faisait apparaître que l'auteur avait « *agi dans une intention droite* »¹²⁴. Or, il semble que ce soit plutôt l'utilité sociale objective de l'acte qui révèle la volonté de l'agent, tandis que les causes profondes de cette volonté demeurent insondables. En dépit des critiques suscitées par l'immixtion de considérations tenant à la personnalisation des peines dans l'établissement de la responsabilité¹²⁵, cette approche connaît un regain de vigueur. Elle s'est renouvelée à la faveur de l'admission jurisprudentielle de la justification putative¹²⁶. Il est, en effet, de jurisprudence constante que la nécessité d'accomplir une infraction peut n'exister que dans l'esprit de l'agent, dans la mesure où elle est suffisamment vraisemblable¹²⁷. La solution de l'irresponsabilité se conçoit parfaitement sur un fondement subjectif, car on ne peut imputer à l'auteur une atteinte que le « bon père de famille », replacé dans un contexte objectivement trompeur, n'aurait pu éviter. Au lieu de restaurer le véritable fondement de cette jurisprudence à la motivation hasardeuse, c'est le fondement même de la justification qui a été revisité. Elle est appréhendée comme une cause autonome et originale de non-imputation morale, fondée sur le mobile ou le but légitime de l'agent¹²⁸. Cette thèse tire toutes les conséquences d'une conception subjective de la justification, puisqu'elle prône son effet *in personam* sur la responsabilité pénale, l'irresponsabilité ne profitant pas aux autres participants de l'infraction, ainsi que le maintien

¹²⁰ Voir particulièrement CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 7^{ème} éd. 2004, n° 283.

¹²¹ Voir Crim., 16 juin 1981, *Bull. crim.* n° 150 (refus de vente).

¹²² Voir Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 273.

¹²³ Voir Crim., 26 mars. 1957, *Bull. crim.* n° 282.

¹²⁴ TROUSSE P., « Le mobile justificatif », *Rev. dr. pén. et crim.*, 1962-63. 420, Voir aussi GAGNIEUR J.- P., *Du motif légitime comme fait justificatif*, Th. Paris, 1941.

¹²⁵ Voir ROUJOU DE BOUBEE G., « Essai d'une théorie générale de la justification », préc., p. 18.

¹²⁶ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 130 et 138.

¹²⁷ Voir notamment Chambéry., 6 févr. 1907, *DP* 1907. V. 19 ; Crim., 14 févr. 1957, *Bull. crim.* n° 155 ; Aix-en-Provence, 1^{er} juin 2005, *Dr. pén.*, 2005. 169, obs. VERON M.

¹²⁸ Voir ROUSSEAU F., *op. cit.*, loc. cit.

d'une responsabilité civile sans faute¹²⁹. Une telle posture doctrinale a le mérite de la cohérence interne, à ceci près que les faits justificatifs spéciaux y sont perçus comme faisant obstacle à la constitution de l'infraction, de même que les faits justificatifs généraux en matière d'imprudence¹³⁰. Les explications de la justification en termes de causes de non-imputabilité n'ont, cependant, plus rien de commun avec l'utilité sociale objective de l'acte et aboutissent, par là même, à une impasse théorique.

7. L'impasse des théories subjectives de la justification. Les théories subjectives de la justification en tant que cause de non-imputabilité, se sont construites sur la base fragile de la confusion par la pratique judiciaire des causes objectives et des causes subjectives d'irresponsabilité, alors que « *le progrès de la pensée, spécialement lorsqu'elle prétend faire œuvre doctrinale, consiste à distinguer, non à tenter de tout mélanger* »¹³¹. Si un assouplissement de l'appréciation des circonstances contraignantes est souhaitable, nul n'est besoin de les assimiler aux circonstances justificatives pour y parvenir. Une partie de la doctrine a fait valoir que le critère de la liberté de choix permettait de les distinguer, en évitant de les altérer¹³². L'irréductible singularité de la justification réside, toutefois, dans le critère déterminant de l'utilité sociale de l'acte, trop souvent éludé par l'approche subjective. Lorsque les circonstances rendent une infraction socialement nécessaire ou insignifiante, tout questionnement sur la volonté libre de l'auteur est vain, puisqu'il n'y a plus rien d'illicite à imputer. Il en est de même du but légitime ou illégitime poursuivi par l'agent qui est indifférent, dans la mesure où l'utilité sociale objective de l'acte est établie. Les tenants de l'analyse subjective reconnaissent d'ailleurs que la légitimité du but ne peut être établie qu'au regard de la nécessité et de la proportionnalité de l'acte¹³³. En outre, la justification est admise lorsque la nécessité de l'acte ne procède que des apparences, tandis qu'elle est refusée lorsque l'acte est objectivement nécessaire mais que l'agent n'en avait pas conscience ou qu'il était mû par un mobile illégitime.

En somme, les deux théories subjectives réduisent l'utilité sociale objective de l'acte à la portion congrue. Non seulement, il n'y a aucune distinction juridique des actes licites et illicites, dès lors que l'agent a eu ou n'a pu avoir un certain état d'esprit, mais les actes illicites sont plus facilement justifiés que les actes licites. L'infraction non nécessaire sera en

¹²⁹ Voir *ibid.*

¹³⁰ Voir, *ibid.*, n° 116.

¹³¹ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 242.

¹³² Cf. *infra* n° 217.

¹³³ Voir ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 157.

effet justifiée si elle correspond à un certain état de la volonté, mais l'infraction véritablement nécessaire ne sera pas justifiée à défaut de remplir cette condition subjective. Autrement dit, l'absence d'illicéité de l'acte ne suffit pas à accorder l'irresponsabilité s'il n'est pas imputable à l'auteur. Or, chercher à imputer un fait licite pour admettre l'irresponsabilité relève de l'hérésie juridique. Si l'illicéité du fait générateur de la responsabilité fait défaut, nul n'est besoin de savoir si l'imputabilité fait défaut car il suffit qu'une condition manque pour que l'irresponsabilité soit acquise.

8. L'ambivalence des théories objectives de la justification. Les faits justificatifs sont largement envisagés comme des circonstances objectives faisant exceptionnellement obstacle à l'application de l'incrimination aux actes correspondants¹³⁴. Procédant de faits extérieurs à la constitution de l'infraction, l'existence d'une cause de justification n'a pas à être vérifiée d'office par le juge¹³⁵. La doctrine admet néanmoins tellement de dérogations à ce régime juridique de principe qu'il ne s'applique que de manière résiduelle.

En premier lieu, les faits justificatifs spéciaux tendent à être appréhendés comme des obstacles à la caractérisation de l'infraction. Partant, le régime probatoire des faits justificatifs varie en faveur de considérations purement formelles tenant à leur localisation au sein d'une incrimination particulière. L'incongruité de l'analyse se révèle particulièrement en présence d'une seule et même cause de justification qui se rapportera tantôt au fondement légal de l'infraction, tantôt à sa réalisation matérielle, selon qu'elle figure ou non dans la partie générale du Code pénal. Bien que la preuve de l'état de nécessité incombe normalement à celui qui s'en prévaut¹³⁶, dans les cas où l'absence de nécessité est explicitement requise par la loi parmi les composantes de l'infraction, il incombe à la partie poursuivante d'en apporter la preuve¹³⁷. Là encore, la théorie reflète les errements de la chambre criminelle, notamment en matière d'embarras de la voie publique accompli « *sans nécessité* »¹³⁸. Il est vrai que la jurisprudence s'est montrée hésitante quant à la charge de la preuve des faits justificatifs spéciaux mais sa position s'éclaircit progressivement¹³⁹, en raison de l'impossibilité pratique d'établir la preuve d'un fait négatif.

¹³⁴ Voir notamment CAILLE C., art préc.

¹³⁵ Voir *ibid.*

¹³⁶ Voir PRADEL J., *Procédure pénale*, 14^{ème} éd., 2009, Cujas, n° 397.

¹³⁷ « *Le juge ne peut entrer en voie de condamnation sans s'être expliqué sur ce point* » (DANTI-JUAN M., V° « Etat de nécessité », *Rép. pén.* (2010), n° 20).

¹³⁸ Crim., 2 avr. 1963, *Bull. crim.* n° 150 (C. pén. anc., art. R. 38-11°, C. pén., art. R. 644-2).

¹³⁹ Voir, pour l'exception de « bonne foi » en matière de diffamation, Crim., 11 avr. 2012, n° 11-86331.

En second lieu, les réticences de la jurisprudence à admettre la justification des infractions non intentionnelles ont conduit une partie de la doctrine à faire quelques concessions à l'approche subjective, en reconnaissant que l'infraction justifiée devait être accomplie délibérément et que l'auteur devait avoir conscience des circonstances justificatives¹⁴⁰. Afin d'obvier la difficulté, certains auteurs proposent l'admission de la justification des infractions d'imprudence au titre de la non-constitution de l'infraction¹⁴¹. La justification serait, en quelque sorte, absorbée par la comparaison au standard moyen de comportement¹⁴². Il faut comprendre que l'imprudence n'est pas caractérisée, s'il est établi que le « bon père de famille », placé dans mêmes circonstances, aurait adopté le même comportement¹⁴³.

De ce point de vue, l'absence d'illicéité de l'acte résultant des circonstances justificatives s'apprécierait de la même façon que l'absence d'imputabilité résultant des circonstances contraignantes, en sorte qu'en matière d'imprudence, la frontière s'effacerait entre les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité, absorbées par la matérialité infractionnelle. Par un mimétisme inapproprié avec la responsabilité délictuelle, cette conception reproduit les confusions civilistes entre l'illicéité et l'anormalité de l'acte¹⁴⁴, ainsi qu'entre l'appréciation elle-même et l'objet sur lequel elle porte. En raison des incertitudes qui entourent la notion d'illicéité, l'approche prétendument objective de la justification n'en propose pas de vision uniforme et conduit aux mêmes écueils que les théories subjectives.

9. L'insuffisance de la conception formelle de l'illicéité. A bien des égards les dérives subjectivistes du régime de la justification et son attraction récurrente au sein de l'infraction apparaissent imputables à une approche essentiellement legaliste de son fondement¹⁴⁵. Aussi peut-on lire que « *généraux ou spéciaux, les faits justificatifs, dès lors qu'ils neutralisent l'élément légal, ne peuvent résulter que de la loi* »¹⁴⁶. Qu'il s'agisse de la disparition du

¹⁴⁰ Voir notamment DREYER E., *Droit pénal général*, Litec, 2^{ème} éd. 2012, n° 1116, *Contra* CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 286.

¹⁴¹ Voir particulièrement MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 410.

¹⁴² Voir, sur l'appréciation *in abstracto* circonstanciée, CONTE P., *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} 2007, n° 67 et s., MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 5^{ème} éd. 2011, n° 192 et s., RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Précis*, 5^{ème} éd. 2006, n° 362.

¹⁴³ Voir en ce sens MALABAT V., *op. cit.*, *loc. cit.*, et en matière d'omission de porter secours, *op. cit.*, n° 383.

¹⁴⁴ Cf. *infra* n° 16.

¹⁴⁵ Voir en ce sens VERHAEGEN J., « Légalité et référence aux valeurs, essai de synthèse », in *Licéité en droit positif et référence légales aux valeurs (contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international)*, X^{ème} journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruylant, Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, Vol. XIV, 1982, p. 674.

¹⁴⁶ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 244, MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel - Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 438, ROUJOU DE BOUBÉE G.,

préalable légal de l'infraction ou d'un « *obstacle à la qualification légale* » des faits¹⁴⁷, le mécanisme justificatif s'explique davantage par le règlement d'un conflit de normes¹⁴⁸ que par celui d'un conflit de valeurs. S'il est admis que la conformité de l'acte à « *l'exercice d'un droit* » ou à « *l'accomplissement d'un devoir* »¹⁴⁹ prive la répression de sa raison d'être¹⁵⁰, la détermination de l'utilité sociale de l'acte relèverait, toutefois, de la compétence du législateur qui en poserait les critères¹⁵¹. En ce qu'elle suppose que le jugement de valeur porté sur la légitimité de l'acte ne procède que de la loi, l'analyse trahit une conception purement formelle de l'illicéité. Or, les détracteurs de l'approche objective s'engouffrent dans cette brèche théorique, faisant valoir, à juste titre, que le fondement légal des faits justificatifs rend assez mal compte de la liberté d'appréciation dont fait preuve la jurisprudence depuis plus d'un siècle¹⁵². Quant à ses promoteurs, ils concèdent que l'analyse subjective de la justification « *conférait aux juges les plus larges pouvoirs, puisqu'ils apprécient souverainement l'existence de la faute pénale* »¹⁵³. C'est ainsi qu'ils en viennent à considérer l'exception imprécise de motif légitime, livrée à la libre appréciation judiciaire, comme un « *mobile légitime* » exceptionnellement revêtu d'une vertu justificative¹⁵⁴. A les suivre, le fondement objectif de la justification ne serait pas incompatible avec des conditions d'application subjectives¹⁵⁵ et la réciproque serait également vraie d'après la conception subjective qui adopte des critères d'appréciation mixtes. Pour parfaire ce tableau disparate, aucune théorie n'opte clairement pour l'effet de la justification sur l'infraction ou sur la responsabilité pénale. Il en résulte une atomisation du régime probatoire de la justification, variant selon le caractère général ou spécial du fait justificatif et selon la nature de l'infraction concernée. Un tel désordre doctrinal n'est pas de nature à éclairer la jurisprudence dont les incertitudes aboutissent au constat selon lequel « *notre système répressif manque donc d'une*

« Essai d'une théorie générale de la justification », préc., p. 21, CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », préc., n° 200.

¹⁴⁷ LEPOINTE E., « Justifié donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, Chron. p. 250, Voir dans un sens proche MAYAUD Y., « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », *Mél. GASSIN R.*, PUAM, 2007. 301.

¹⁴⁸ LEPOINTE E., préc. p. 250 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 249.

¹⁴⁹ Voir notamment PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 212.

¹⁵⁰ Voir CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 285.

¹⁵¹ Voir *ibid.*, PIN, op. cit., loc. cit.

¹⁵² ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 123 et s., où l'auteur retrace les créations prétoriennes.

¹⁵³ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 241.

¹⁵⁴ PIN X., « L'infraction juste », *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 585, spéc. p. 590 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 249, où les auteurs font état de l'autorisation implicite de la loi de certains « *comportements lorsqu'ils ont été animés par un motif légitime* ».

¹⁵⁵ Voir notamment DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 693.

théorie générale des faits justificatifs »¹⁵⁶. Or, tout effort de systématisation des solutions, en la matière, ne peut se fonder que sur une conception substantielle et non simplement formelle de l'illicéité.

10. La nécessaire prise en compte de la dimension matérielle de l'illicéité. Considérer « la légalité » comme « la raison d'être de l'infraction »¹⁵⁷ revient à nier sa finalité de protection des valeurs, pour la réduire à une atteinte à la loi¹⁵⁸. La conception positiviste de l'infraction en tant qu'atteinte formelle est contestée dans les pays de tradition germanique, en ce qu'elle n'offre que peu de prise à la vérification de son caractère injuste fondant la répression¹⁵⁹. Un certain « légicentrisme français » expliquerait cette défiance à l'endroit de la philosophie du droit¹⁶⁰. Plus généralement, il est fait état de l'embarras du juriste face à la théorie des valeurs qu'il tendrait à confondre avec la Morale¹⁶¹. Afin d'obvier la difficulté, il peut, soit subordonner les valeurs au droit positif, soit s'en remettre « à la Morale pour donner une assise externe plus stable »¹⁶². Il est toutefois envisageable d'accorder un contenu substantiel à l'objet de protection du droit pénal qui préexiste à sa nécessaire consécration ; « le bien juridique pourra alors être défini comme une émanation de la valeur dont la protection va constituer la finalité de l'infraction »¹⁶³. Si le concept d'*antijuridicité*¹⁶⁴ a été jugé « dangereux »¹⁶⁵, c'est qu'il est introduit par le truchement de l'élément injuste de l'infraction¹⁶⁶ qui est soumise au principe de légalité criminelle. La conception allemande distingue plus clairement l'objet du jugement de valeur du jugement lui-même¹⁶⁷. En

¹⁵⁶ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 246 ; Voir aussi RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2^{ème} éd. 2006, p. 370 où l'auteur reprend ce constat.

¹⁵⁷ ROUJOU DE BOUBÉE G., art. préc.

¹⁵⁸ Voir pour une conception formelle de l'illicéité et de sa justification, VANDERMEERSCH D., *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, La charte, 2006, p. 75.

¹⁵⁹ Voir BOURTHOMIEUX C., « Une critique allemande du positivisme juridique », *RIDC* 1951, vol. 3, n° 1, p. 81 et s.

¹⁶⁰ TROPER M., *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2^{ème} éd. 2006, p. 22-23.

¹⁶¹ Voir, sur la confusion entre droit et morale, TRIGEAUD J.-M., *Justice et tolérance*, Bière, coll. *Bibl. philo. comp.*, vol. 14, 1997. Voir aussi MALABAT V., « Morale et droit pénal », in *Droit et morale* (ss dir. BUREAU D., DRUMMOND F. et FENOUILLET D.), Dalloz, 2011, coll. *Thèmes et commentaires*, Actes du colloque organisé le 4 juin 2010 par le Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas Paris II, p. 219 et s.

¹⁶² GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, 1982, p. 27.

¹⁶³ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, n° 469.

¹⁶⁴ Voir pour sa conception substantielle en tant qu'atteinte au droit, VITU A., « De l'illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée* 1984. 127.

¹⁶⁵ ROUJOU DE BOUBÉE G., art. préc.

¹⁶⁶ Voir RABUT G., « Plaidoyer en faveur de l'élément injuste. Pour l'intégration du concept dans la théorie française de l'infraction », in *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice* (ss dir. SAINT-PAU J.-C.), *Cujas*, n° 1, 2011, p. 64 et s.

¹⁶⁷ Voir WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Nancy II, 2003, p. 201 et s.

positionnant le jugement porté sur l'illicéité de l'infraction à l'extérieur de celle-ci, comme le fondement même de la responsabilité, sa vérification concrète ne contrevient plus au principe de légalité criminelle. L'étude du mécanisme justificatif invite à repenser la théorie de la responsabilité par le prisme du jugement de valeur porté sur l'acte que les circonstances justificatives combattent.

11. La présomption d'illicéité comme fondement de la responsabilité. Le motif légitime, en tant que fait justificatif, écarte donc la responsabilité pénale, mais encore convient-il de savoir précisément sur quelle condition de la responsabilité il opère. Cette dernière est généralement présentée par la majorité de la doctrine française comme résultant de la réunion de trois conditions nécessaires au déclenchement de la répression¹⁶⁸. La première exigence est légale, qui se fonde sur la préexistence d'un avertissement de la loi pour attenter aux libertés individuelles. La deuxième exigence est matérielle, qui tient à la correspondance d'un comportement humain au texte d'incrimination. La dernière est morale, qui se rapporte à la volonté coupable de l'auteur des faits. Ce schéma classique ne laisse guère de place à l'appréciation judiciaire de l'illicéité réelle de la conduite, permettant d'en vérifier le caractère injuste. C'est pourquoi la justification est finalement conçue comme faisant obstacle à chacune des conditions de la responsabilité. Il ressort, en effet, des analyses doctrinales précédemment exposées, l'insuffisance de la caractérisation d'un contexte matériel rendant l'acte socialement utile. La conscience des circonstances justificatives, ainsi que leur prédétermination légale seraient, de surcroît, exigées. **Tout porte donc à croire que la justification est soumise à la réunion de conditions légale, matérielle et morale, alors qu'une telle rigueur doit rester l'apanage du prononcé de la condamnation pénale et ne se conçoit plus lorsqu'il s'agit de l'écarter.** En d'autres termes, si l'engagement de la responsabilité pénale est étroitement conditionné par la réunion de plusieurs conditions, l'anéantissement de la responsabilité se contente, en toute logique, du défaut d'une seule d'entre elles.

Pour assouplir les conditions de la justification, nul n'est besoin d'ajouter une nouvelle composante relative au caractère injuste du comportement, car la présentation classique de la responsabilité contient déjà une condition légale afférente au jugement de valeur porté sur le comportement. Il suffit, par conséquent, d'enrichir ce préalable formel d'un ancrage

¹⁶⁸ Voir AMBOS K., « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des strafprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007 (ss dir. LEBLOIS-HAPPE J.), Société de législation comparée, *Colloques*, Vol. 9, p. 147 et s.

substantiel. Cela revient simplement à admettre que l'illégalité se détermine en fonction de valeurs préexistantes et que la réprobation des atteintes à ces valeurs apparaît alors comme le fondement axiologique¹⁶⁹ de la responsabilité. Aussi, la transgression de l'interdit engage-t-elle une présomption d'atteinte à une valeur, au sens de bien juridique protégé¹⁷⁰. Le juge se contente de prouver la correspondance des faits à l'incrimination et n'a donc pas à établir la preuve d'une lésion. Il peut cependant la vérifier *a posteriori* au regard des circonstances extérieures à définition légale. Loin de s'opposer à l'illicéité formelle, la vérification exceptionnelle de l'illicéité matérielle se présente comme une garantie supplémentaire de la répression. Quoiqu'en disent certains auteurs, il ne s'agit pas de faire prévaloir la justice matérielle sur la justice formelle¹⁷¹, puisque le comportement illégal est réputé injuste jusqu'à preuve contraire. La démonstration de l'existence de circonstances justificatives renversera alors la présomption d'illicéité qui fonde la responsabilité pénale. Si l'on veut bien distinguer le jugement de valeur de l'objet sur lequel il porte, les faits justificatifs apparaissent comme un instrument d'appréciation de l'illicéité du comportement, distinct de sa réalisation effective. Afin de savoir si les critères de la justification sont de nature objective ou subjective, il reste encore à cerner précisément l'objet sur lequel porte le reproche social, autrement dit, savoir s'il se rapporte à une composante matérielle ou morale de la responsabilité.

12. La revalorisation de l'infraction en tant qu'objet de la présomption d'illicéité.

L'infraction est traditionnellement conçue par la doctrine française comme réunissant toutes les conditions légale, matérielle et morale de la responsabilité pénale conduisant à la déclaration de culpabilité¹⁷². Elle tend progressivement à être réduite au fait générateur de la responsabilité, distinct de son fondement légal et de ses modalités d'attribution à l'auteur¹⁷³. Si la doctrine est encline à considérer le préalable légal comme un élément constituant plus que constitutif de l'infraction¹⁷⁴, il n'existe pas de consensus sur l'articulation précise des notions d'infraction et d'imputation¹⁷⁵. La notion germanique d'infraction a connu une évolution inverse, puisqu'elle était classiquement réduite à la matérialité des faits et est

¹⁶⁹ Cet adjectif renvoie à la théorie philosophique des valeurs, V° « Axiologie » : www.larousse.fr.

¹⁷⁰ PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 200.

¹⁷¹ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 119.

¹⁷² Voir, pour la réaffirmation d'une conception large de la notion d'infraction assimilable à celle de responsabilité pénale, STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009.

¹⁷³ Voir AMBOS K., « Théorie de l'infraction pénale », art. préc. Voir aussi ROBERT J.-H., « Histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977. 267.

¹⁷⁴ Voir particulièrement CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 219.

¹⁷⁵ Voir *Ibid*.

désormais étendue au concept de responsabilité pénale¹⁷⁶. Au delà de leur singularité, ces deux systèmes juridiques convergent vers le même écueil, une subjectivisation de toutes les composantes de la responsabilité. Les conditions tenant à l'état d'esprit se retrouvent non seulement dans l'imputabilité de l'infraction à l'auteur, mais aussi dans l'élément moral de l'infraction qui correspond à la *typicité* subjective germanique¹⁷⁷ et, par là même, dans l'appréciation de la justification de l'infraction. La ventilation des aspects subjectifs de la responsabilité dans chacune de ses conditions complexifie inutilement la matière. En outre, la prise en compte des dispositions psychologiques au sein même de l'infraction et, par incidence, dans sa justification, est particulièrement redoutable, en ce qu'elle sous-tend la possibilité de porter un jugement de valeur sur la personne même de l'agent. Or, seule une activité matérielle constatable objectivement est susceptible de faire l'objet d'un reproche social, à l'exclusion de toute considération subjective relevant de l'attribution du reproche à l'auteur des faits. Sauf à refuser de concevoir l'infraction en tant qu'objet de la présomption d'illicéité attachée à l'incrimination, elle doit nécessairement être restreinte à l'élément matériel. Il s'agit d'ailleurs de la seule composante de l'infraction qui soit invariablement décrite par les textes et qui n'ait jamais prêté à discussion en doctrine, quelle qu'en soit la tradition juridique. Cette acception stricte de la notion d'infraction lui confère une place centrale au sein de la responsabilité pénale dont elle est le fait générateur. **En tant qu'objet matériel de la réprobation sociale, l'infraction se distingue, non seulement de l'appréciation axiologique de son illicéité qui est la raison d'être du reproche, mais encore de l'appréciation de son imputation morale à l'auteur qui est une modalité d'attribution du reproche.** C'est précisément parce qu'elle est l'unique objet de la présomption d'illicéité que l'infraction est la seule condition de la responsabilité à devoir être prouvée par les autorités de poursuite.

13. La singularité du régime probatoire de l'infraction. Si l'infraction doit être prouvée dans tous ses éléments légalement décrits, l'absence de fait justificatif n'en relève pas puisqu'il a été montré que l'infraction était présumée injustifiée jusqu'à preuve contraire. Il en va de même de la volonté infractionnelle car sa présomption est incompatible avec le régime probatoire de l'infraction, ce qui achève de convaincre qu'elle ne peut être l'objet d'un jugement de valeur. Les questions de culpabilité, d'imputabilité et de justification sont,

¹⁷⁶ Voir WALTHER J., *op. cit.*

¹⁷⁷ PIN X., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 138.

par ailleurs, traitées dans la partie générale du Code pénal¹⁷⁸ correspondant aux règles de mise en œuvre de la responsabilité. Les incriminations décrivent principalement des comportements humains circonstanciés et ne font qu'accessoirement référence à l'absence de justification ou à l'existence d'une donnée psychologique. La doctrine demeure pourtant farouchement attachée à une conception large de l'infraction assimilée à la notion de faute comportant deux aspects, matériel et moral, « *qui correspondent, peu ou prou, au 'fait' et à 'l'intention' décrits par MUYARD DE VOUGLANS, ou à la 'matérialité' et à la 'moralité' de HAUS* »¹⁷⁹. Il est vrai que la culpabilité recèle une dimension matérielle et morale, mais ces deux aspects renvoient à des composantes différentes de la responsabilité, dotées d'une fonction et d'un régime probatoire distincts. Si la majorité de la doctrine parvient à distinguer l'élément moral de l'élément matériel au sein de l'infraction, la jurisprudence, en revanche, « *infère l'intention d'un comportement matériel, sans prendre la peine de l'apprécier, ni de la définir* : le dol apparaît alors comme une notion bien vide »¹⁸⁰. De nombreux auteurs relèvent ainsi la tendance de la jurisprudence à faire fi de « *l'échelle légale des fautes* », en ce qu'elle « *semble respecter plus la matérialité des délits que leur moralité* »¹⁸¹. On explique, généralement, que l'élément moral doit être établi positivement et distinctement¹⁸² et que sa présomption n'est qu'un mode de preuve parmi d'autres¹⁸³. Pourtant, reconnaître l'impossibilité de l'appréhension directe des données psychiques revient à admettre l'impossibilité de toute appréciation sociale indépendante de la matérialité. A ce titre, l'état d'esprit semble réfractaire à toute incrimination et se rapporte davantage à l'attribution de sa réalisation à l'agent. Il ne serait donc pas seulement un mode de preuve ; dès qu'une condition se déduit d'une autre condition substantielle, c'est que la première n'a pas de réelle autonomie. Partant, la faute ne serait pas une condition à part entière de l'infraction, mais la réunion de la matérialité infractionnelle et de la présomption d'accomplissement volontaire des actes relevant de l'imputabilité. Lorsqu'il est fait état d'une « *volonté coupable* »¹⁸⁴, ce jugement de valeur négatif n'est que le reflet de celui porté sur l'acte. Il sera établi, à cet

¹⁷⁸ Voir respectivement C. pén., art. 121-3, 122-1 et s., 122-4 et s.

¹⁷⁹ PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 95 ; Voir aussi ROBERT J.-H., « Histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977. 267.

¹⁸⁰ PIN X., art. préc. p. 100.

¹⁸¹ *Ibid.*, p. 95 et s., spéc. p. 109 ; Voir dans le même sens MORVAN P., « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *Mél. PRADEL J.*, Cujas, 2007, p. 443 et s.

¹⁸² Voir notamment SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 660.

¹⁸³ Voir par exemple STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 251 et s.

¹⁸⁴ SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, *op. cit.*, *loc. cit.*

égard, que les différents types de dols dégagés par la doctrine¹⁸⁵ et délaissés par la jurisprudence ne sont jamais nécessaires à la qualification des infractions¹⁸⁶ qui se distinguent essentiellement par les différents degrés d'intensité causale exigés¹⁸⁷.

14. La caractérisation de l'infraction ou la présomption de responsabilité. La caractérisation de l'infraction engage deux présomptions, la présomption d'illicéité et la présomption d'imputabilité¹⁸⁸. Elles aboutissent à une apparence de responsabilité tout à fait conforme aux principes généraux du droit pénal. De la même manière que la présomption d'absence de justification a pu être contestée par les tenants de l'élément injuste de l'infraction, la présomption de faute est largement dénoncée comme contraire au principe de légalité criminelle¹⁸⁹, voire même à la présomption d'innocence¹⁹⁰. En persistant à présumer la faute morale à partir de l'acte correspondant, la jurisprudence criminelle ne paraît pourtant pas conforter les analyses doctrinales en la matière. En témoigne particulièrement nettement le rejet par la chambre criminelle d'un pourvoi formé dans l'intérêt de la loi invoquant une violation patente de l'article 121-3 du Code pénal¹⁹¹. Il convient alors de se résoudre à l'idée que la volonté de l'infraction n'a pas d'illicéité propre mais qu'elle l'emprunte seulement à l'infraction. Si la volonté ne peut être l'objet d'un jugement de valeur négatif autonome, sa présomption simple ne contrevient en aucun cas au principe de légalité, ni même à la présomption d'innocence. D'une part le principe de légalité des délits et peines est cantonné, comme son nom l'indique, à l'incrimination. Seuls les éléments considérés illicites par le législateur doivent être prouvés par le Ministère public. Rien ne s'oppose, par conséquent, à ce que les autres éléments qui concourent à l'établissement de la responsabilité soient

¹⁸⁵ Voir notamment *ibid.*

¹⁸⁶ Voir sur ce point LARGUIER J., « 'Théorie des ensembles' et qualification pénale », *Mél. CHAVANNE A.*, Litec, 1990, p. 95.

¹⁸⁷ Pour la démonstration de ce qu'une volonté tendue vers un but n'est jamais qu'un acte dirigé vers lui et qu'un relâchement de la volonté consiste simplement en un lien de causalité distendu, Cf. *infra* n° 185.

¹⁸⁸ Les actes incriminés correspondent à des faits humains qui sont, par principe, volontaires.

¹⁸⁹ *Ibid.*, Voir aussi BONFILS P., *Droit pénal des affaires*, LGDJ, coll. *Manuel*, 2009, n° 45 ; SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 660 ; 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. 40.

¹⁹⁰ « En vertu des principes de présomption d'innocence et de présomption de bonne foi, c'est à la partie poursuivante, Ministère public ou partie civile, qu'il appartient d'établir la culpabilité du mis en cause : actori incombis probatio » SAINT-GERAND V., *op. cit.*, *loc. cit.* ; Voir aussi MAYAUD Y., art. préc., *loc. cit.*, où il est même affirmé que « c'est l'un des mérites de la réforme que d'avoir définitivement rompu avec toute présomption en matière de culpabilité, afin de la soumettre au principe d'une juste évaluation conforme à la réalité des faits », ce qui indique pourtant bien qu'il est question des faits et non de l'état d'esprit.

¹⁹¹ Voir, s'agissant d'une présomption de faute intentionnelle, *Crim.*, 22 janv. 1997, *Dr. pén.* 1997, comm. 83. Voir plus généralement sur les difficultés d'interprétation de cette disposition légale, CONTE P., « Les Messieurs Jourdain dans les palais de la république : variations sur l'article 121-3 du Code pénal et ses avatars », in *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 137.

présupposés. D'autre part, la présomption d'innocence ne vaut que jusqu'à l'établissement de la réalisation de l'infraction qui emporte une présomption simple de culpabilité de l'auteur. Ce dernier pourra donc combattre les présomptions d'illicéité et d'imputabilité selon les conditions du Livre I du Code pénal. Le meilleur moyen de préserver les libertés individuelles est de définir et d'interpréter strictement le contenu de l'infraction, tout en admettant largement la contestation de son illicéité et de son imputabilité. En tout état de cause, la liberté dont fait preuve la jurisprudence dans la détermination des causes objectives et subjectives d'irresponsabilité ne serait pas contraire au principe de légalité relatif à l'infraction strictement entendue.

15. La distinction des modes de contestation des présomptions d'illicéité et d'imputabilité. La confusion de ces causes d'irresponsabilité provient largement de l'immixtion dans le domaine de la justification de la comparaison au « bon père de famille », conçue à tort comme relevant de l'appréciation de l'illicéité de l'acte. Le standard moyen de comportement peut en effet accomplir des actes illicites, dès lors qu'il n'a pu les éviter en raison de circonstances objectivement trompeuses ou contraignantes. **Afin de départir l'illicéité de l'imputabilité, il suffit de rechercher si les circonstances permettant leur appréciation procèdent d'un jugement de valeur ou de réalité¹⁹².** Or, les diligences normales de l'auteur demeurent étrangères à l'appréciation de la nocuité sociale de l'acte. Elles établissent seulement l'impossibilité, pour le modèle moyen replacé dans le même contexte, d'agir autrement et permettent, par là même, de lever la présomption de manifestation de la volonté par l'acte. Il s'agit d'un jugement sur la possibilité réelle d'éviter la conduite antisociale et non d'un jugement de valeur sur l'illicéité de l'acte dont les circonstances justificatives sont l'instrument de mesure. S'il est vrai que le droit pénal postule logiquement le caractère évitable des infractions, la démonstration inverse remet seulement en cause l'imputation de l'infraction. Si l'illicéité comme l'anormalité sont appréciées objectivement au regard des circonstances de réalisation de l'acte, les circonstances justificatives opèrent sur l'utilité objective de l'acte, alors que les circonstances qui affectent l'exercice de la volonté déterminent la possibilité d'un rattachement subjectif à l'auteur. Il ressort par ailleurs de cette analyse que les mobiles, renvoyant aux causes psychiques

¹⁹² Voir pour cette distinction fondamentale, MALABAT V., Th. préc., n° 4, où l'auteur adopte néanmoins une conception large du jugement de valeur. Voir aussi DURKHEIM E., *Sociologie et philosophie*, PUF, coll. *Quadrige*, 1996, p. 117.

profondes de la volonté et par conséquent non transposables matériellement¹⁹³, ne peuvent participer de l'appréciation objective des causes d'irresponsabilité. Ils sont *a fortiori* insusceptibles de faire l'objet d'un jugement de valeur, de sorte qu'il convient de les reléguer définitivement à l'examen de la personnalité de l'auteur dans le cadre de l'individualisation de la sanction¹⁹⁴.

16. La neutralisation *in rem* de toutes les responsabilités fondées sur l'illicéité. La présomption d'illicéité de l'infraction étant le fondement de la responsabilité pénale, son anéantissement paralyse toutes les autres conditions. La raison d'être du reproche ayant disparu, l'infraction est alors privée d'effet et son imputation à l'auteur est privée d'objet. Ainsi conçu, le mécanisme justificatif dont relève le motif légitime, s'apparente à une cause objective d'exonération qui requiert, par définition, une apparence préalable de responsabilité. La neutralisation du fondement de la responsabilité opère *in rem*, à l'égard de tous les participants, quel que soit leur état d'esprit, car la question de l'attribution morale d'un acte à son auteur ne se pose que dans la mesure où cet acte est jugé contraire au droit. Aucune condition intellectuelle n'étant prise en compte par le législateur pour la constitution de l'infraction, il en va de même de sa justification par le juge. Ainsi, la nature fautive ou non fautive de la responsabilité importe peu, dès lors qu'elle est fondée sur l'illicéité de son fait générateur. Par conséquent, aucune responsabilité civile ne peut être retenue, quand bien même la victime serait un tiers innocent. La logique d'exonération est, cependant, contestée au profit de celle de l'absence de caractérisation de la faute¹⁹⁵, car l'auteur d'une atteinte justifiée n'aurait pas un comportement déviant de celui du standard moyen de prudence et de diligence¹⁹⁶. Or, la normalité de l'atteinte que l'auteur ne pouvait éviter, est une cause d'irresponsabilité subjective qui opère *in personam*¹⁹⁷. L'objet illicite du reproche persiste et pourra être adressé à d'autres auteurs ou participants, mais il ne pourra être imputé à celui qui ne pouvait l'éviter en raison de circonstances faisant obstacle au libre exercice de la volonté.

¹⁹³ Voir YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A. *Les mobiles du délit, étude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, Bibli. sc. crim., Paris, 1974, p. 42 et s.

¹⁹⁴ Le droit positif n'intègre, en effet, aucun mobile à l'infraction mais seulement des buts qui transparaissent dans l'aptitude causale de l'acte et ne prend en compte que des motifs objectifs dans le cadre des causes d'irresponsabilité (Cf. *infra* n° 149).

¹⁹⁵ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 157 ; ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 157.

¹⁹⁶ Voir, sur la caractérisation de la faute civile, CONTE P., *Rép. civ. Dalloz*, V° « Responsabilité du fait personnel », n° 10, LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2012-2013, n° 6705 et 6707, BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, n° 288 et s., spéc. n° 303, TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd. 2009, n° 715 et s., JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, fasc. 120-10, n° 18.

¹⁹⁷ Voir cependant DEJEAN DE LA BATIE N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ 1965, PUECH M., *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973.

Il n'y a donc pas lieu de distinguer selon qu'il s'agisse d'une responsabilité civile pour faute ou sans faute, puisqu'elle est invariablement fondée sur la présomption d'illicéité du fait causal dommageable. Que l'illicéité soit civile ou pénale, elle ne dépend jamais de la faute dont l'appréciation n'a, du reste, aucun sens, à défaut d'un comportement contraire au droit. La responsabilité sans faute est instrumentalisée à des fins indemnitaires pour éviter de faire supporter le dommage à une victime innocente, alors qu'il n'est guère plus opportun d'attribuer la charge de la réparation à l'auteur d'un acte conforme à l'intérêt général, ni au tiers bénéficiaire. Il existe pourtant un recours en responsabilité non fondé sur l'illicéité et spécialement conçu pour la réparation des préjudices issus d'atteintes nécessaires au bien commun. Il s'agit de la responsabilité publique fondée sur le risque pris par l'Etat du fait de l'intervention des collaborateurs occasionnels du service public¹⁹⁸. Contrairement à la responsabilité civile délictuelle, ce régime permet la réparation du dommage subi par l'auteur dès lors qu'il a participé à une mission d'intérêt général¹⁹⁹. Ce recours a été progressivement étendu aux dommages causés par les collaborateurs occasionnels²⁰⁰, dont l'intervention peut être spontanée, si elle est justifiée par l'urgence. Il s'agit souvent d'hypothèses de nécessité de porter secours à des personnes en péril²⁰¹ ou d'appréhension de délinquants²⁰², dans la mesure où la prise de risque est justifiée par une autorisation ou par les circonstances. Cette compétence administrative posée par le Conseil d'Etat est progressivement reconnue par les juridictions judiciaires, tant à l'égard des dommages subis par les collaborateurs²⁰³, qu'à l'égard des dommages causés par eux²⁰⁴. L'obligation pénale comme civile n'a pas vocation à s'appliquer à celui qui agit conformément à la finalité protectrice de ces branches du droit. Si l'exception de motif légitime répond au droit commun de la justification par sa nature objective et son effet justificatif, ses conditions de mise en œuvre apparaissent doublement dérogatoire, tant à l'égard de ses critères souples et que de son domaine étroit.

¹⁹⁸ Voir notamment WALINE J., *Droit administratif*, Précis Dalloz, 22^{ème} éd. 2008, n° 482 et s., FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, Domat Droit public, 5^{ème} éd. 2008, n° 845.

¹⁹⁹ Voir, pour deux tireurs bénévoles de feux d'artifices, blessés par une explosion, CE Ass., 22 novembre 1946, *Cne de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. 279, *GAJA*, n° 57.

²⁰⁰ Voir pour un accident causé à un tiers par un particulier, alors qu'il conduisait en automobile des douaniers sur leur demande, CE, 8 juin 1966, *Ministre des finances c. Lemaire*, D. 1967. 343, note LAVROFF D. G.

²⁰¹ Voir, pour personne blessée en venant au secours d'une femme tombée dans une fosse, CE, 9 oct. 1970, *Sieur Gaillard* ; CE, 27 novembre 1970, *Appert-Colin*, *AJDA* 1970. 37 ; pour un incendie, CE Ass., 30 nov. 1946, *Faure*, Rec. 245 ; pour une noyade, CE Sect., 25 septembre 1970, *Cne de Batz-sur-Mer*, Rec. 540, *AJDA* 1970. 37, D. 1971. 55, concl. MORISOT.

²⁰² Voir, pour le cas d'un passant blessé tandis qu'il tentait de maîtriser un malfaiteur, CE Sect., 17 avril 1953, *Pinguet*, Rec. 177, S. 1954. III. 69, note ROBERT G. ; D. 1954. 7, note MORANGE G.

²⁰³ Voir Civ., 23 novembre 1956, *Trésor public c/ docteur Giry*, *GAJA*, n° 76, D. 1957. 34, concl. LEMOINE ; Civ. 1^{ère}, 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*, *Bull. civ. I*, n° 51, *Gaz. Pal.* 1996. 177, note OLIVIER, *JCP* 1996. II. 22608, rapp. SARGOS, D. 1997. 83, note LEGRAND.

²⁰⁴ Voir Saint-Denis de la Réunion, ch. com., 29 janvier 2007, *CGE c/ SA Fibres coopérative*, *AJDA* 2007. 754.

17. La critique de l'affectation spéciale de l'exception générale de motif légitime.

Contrastant avec la précision de toutes les dispositions justificatives, le motif légitime offre une latitude considérable dans la vérification concrète de l'illicéité réelle des infractions. Si ses conditions d'application sont larges, son domaine d'application est paradoxalement restreint, bien qu'il ne cesse de se développer. Il apparaît alors comme un fait justificatif spécial, atypique puisqu'il est indéterminé, au lieu d'être plus précis que les faits justificatifs généraux d'application générale. Il convient donc de procéder à l'étude inédite des infractions affectées de cette exception originale, afin d'apprécier les critères qui ont présidé à un tel choix législatif. Cette analyse dévoile un domaine d'application singulier et homogène.

Au plan formel, « les infractions à motif légitime » correspondent à des contraventions et à des délits mineurs. Or, le champ contraventionnel est coutumier des exceptions aux règles de fond et de procédure puisqu'il recouvre des atteintes à l'ordre public de faible gravité et que les peines fulminées sont, réciproquement, faiblement attentatoires aux libertés individuelles. On serait tenté de penser que ce type d'infractions requiert un niveau moins élevé de garanties qui viendrait équilibrer l'imprécision des conditions d'application du motif légitime. L'analyse de leurs éléments constitutifs laisse pourtant apparaître une toute autre logique. La souplesse du motif légitime ne serait pas tempérée par un domaine dérogatoire au droit commun, mais elle serait plutôt exigée par celui-ci.

Au plan matériel, les infractions à motif légitime se caractérisent essentiellement par une logique préventive portée à son comble²⁰⁵. Il s'agit accessoirement d'infractions formelles dépourvues d'atteinte effective aux valeurs protégées²⁰⁶ et principalement d'infractions-obstacle dont l'aptitude causale au résultat redouté est incertaine. Sont plus précisément incriminés de simples faits préparatoires d'omission ou de détention qui dérogent tant aux règles de la tentative qu'à l'exigence d'une activité matérielle²⁰⁷. On constate parfois même des cumuls de dérogations, comme l'atteste l'incrimination de la tentative d'actes préparatoires²⁰⁸ et de la préparation d'actes préparatoires des atteintes informatiques²⁰⁹ ou encore l'incrimination de la complicité de téléchargement illégal par omission et par

²⁰⁵ Voir sur cette question MALABAT V., « Retour sur le résultat de l'infraction », in *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, p. 443.

²⁰⁶ Voir par exemple l'abandon moral de famille C. pén., art. 227-17.

²⁰⁷ Voir, sur la banalisation des exceptions aux principes généraux du droit pénal, MAYER D., « Peut-on encore enseigner le droit pénal général ? », in *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 523.

²⁰⁸ Voir C. pén., art. 323-7.

²⁰⁹ Voir C. pén., art. 323-4.

imprudence²¹⁰. En raison de leur déficit causal les infractions assorties de la réserve de motif légitime se singularisent par la réalisation d'un risque purement hypothétique d'atteinte, insuffisamment compensé par la gravité des circonstances ou par l'importance des valeurs en cause.

Au plan axiologique, ces infractions protègent essentiellement des valeurs dérivées ou secondaires, telles que la bonne administration de la justice, la sécurité, l'obéissance à l'administration²¹¹, la discipline sociale ou professionnelle²¹² ou se rapportent à des préoccupations de régulation administrative²¹³. La faible densité matérielle et axiologique des atteintes décrites leur confère une dimension essentiellement formelle. Quant à leurs pénalités, elles semblent finalement assez sévères, puisque des qualifications délictuelles²¹⁴ sont accordées à des faits d'essence contraventionnelle, comme en témoigne la détention, sauf motif légitime, de marchandises falsifiées²¹⁵. Le recours à un fait justificatif standard s'est alors imposé pour compenser l'artificialité d'un pan entier de la répression et rétablir l'illicéité réelle au gré des circonstances non prévues par les incriminations. Le motif légitime apparaît, par conséquent, comme un fait justificatif spécial « *innommé* »²¹⁶ dont l'imprécision serait justifiée par un domaine très répressif du droit pénal. Le recours devenu systématique à cette exception générique érige cette dernière au rang de technique d'incrimination inhérente à la répression du « *risque (qui) s'impose désormais comme une nouvelle rationalité du droit, c'est-à-dire une nouvelle manière de raisonner en droit, de penser le droit* »²¹⁷. Autant dire que le droit pénal est en proie à l'« *utopie de son éradication totale* »²¹⁸ et que l'exception expresse de motif légitime y participe au premier chef en se portant caution d'une répression anticipée.

²¹⁰ Voir CPI, art. R. 335-5.

²¹¹ Par exemple, l'infraction de soustraction à l'obligation de répondre à une convocation lors de manifestations sportives punit d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende en vertu de l'article L. 332-13 du Code du sport, tel que modifié par l'article 2 de la loi n° 2006-784 du 5 juillet 2006.

²¹² Sont qualifiées d'« *infractions contre la discipline* » certaines insubordinations comme le refus, sans motif légitime, de siéger à l'audience d'une juridiction militaire, puni d'une peine d'emprisonnement (C. just. mil., art. L. 323-18). Voir aussi la contrebande par inobservation des itinéraires et horaires fixés (Art. 417 C. douanes).

²¹³ Voir sur cette évolution du droit pénal LEBLOIS-HAPPE J. et COMBEAU P., « Droit pénal et droit administratif », in *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés, Actes du XXème Congrès de l'AFDP*, organisé par l'ISJC-Bordeaux, les 5, 6 et 7 octobre 2011, Cujas, coll. *Actes et études*, 2012 (à paraître).

²¹⁴ Voir, pour une appréciation critique des courtes peines d'emprisonnement, LEBLOIS-HAPPE J., *Quelles réponses à la petite délinquance ?*, PUAM, coll. *Ispéc*, 2002, p. 571, n° 1320.

²¹⁵ Voir C. douanes, art. 417. 2.

²¹⁶ Ce terme qualifie les contrats qui ne sont pas prévus nommément par la loi qui ne saurait tout prévoir, ni réglementer spécifiquement, et qui restent soumis au droit commun des contrats, tant qu'ils répondent à leurs conditions d'existence. Ils sont évidemment opposés aux contrats spéciaux nommés (bail, vente), V° « Contrat innommé », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007.

²¹⁷ BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, Th. Aix-Marseille III, 2009, p. 19.

²¹⁸ MOURY J., « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.* 2012. 1020.

18. Le motif légitime comme palliatif illusoire de l'anticipation de la répression. La réserve expresse de motif légitime, au sein d'infractions particulièrement dérogatoires au droit commun, constitue l'aveu de ce que le législateur doute lui-même de leur illicéité, en laissant au juge le soin de les réprimer ou non. Or, « *il n'est pas sain qu'un texte comporte en lui-même la propre négation de la norme qu'il édicte* »²¹⁹. La nocuité sociale des faits incriminés est à ce point sujette à caution que le législateur est dans l'incapacité de prédéterminer la multitude de circonstances à même de rétablir leur conformité au droit. Qu'il s'agisse de dissimulation de visage dans une manifestation ou de détention d'objets potentiellement dangereux²²⁰ dans une enceinte sportive²²¹ ou scolaire²²², de nombreuses raisons objectives pourront rendre ces comportements équivoques socialement utiles ou neutres. Ainsi, la détention d'informations sur les failles de sécurité d'un système informatique est présumée illicite, alors qu'elle peut aussi bien permettre la sécurisation des données que leur piratage. Les circonstances justificatives perdent donc leur caractère exceptionnel, censé fonder l'inversion de la charge de la preuve de l'innocence du prévenu. Le recours à une justification spéciale s'en trouve doublement instrumentalisée par le législateur qui semble jouer sur l'ambiguïté qui subsiste entre élément constitutif et fait justificatif. D'une part, son insertion au sein de l'incrimination donne l'apparence d'une condition supplémentaire de la répression. Cette intégration prête alors à confusion car le motif légitime est souvent compris comme relevant de la constitution de l'infraction, alors qu'il s'agit d'une exception imprécise, inapte à délimiter positivement et précisément le champ de la répression. D'autre part, envisagée sous l'angle de la justification, l'exception de motif légitime semble favorable au prévenu, alors qu'il lui revient pourtant de renverser une présomption infondée d'illicéité. **En clair, soit le motif légitime relève de la caractérisation de l'infraction et son imprécision porte atteinte au principe de légalité criminelle, soit il relève de la justification d'atteintes purement formelles et il porte atteinte à la présomption d'innocence.** Lorsque la justification intervient prématurément, à un stade où l'illicéité est équivoque et la culpabilité qui s'en déduit, ambiguë, elle constitue une atteinte sournoise à la présomption d'innocence. L'*antijuridicité* matérielle est en principe présumée dès que sont réalisés les éléments constitutifs d'une infraction conforme aux principes de

²¹⁹ Caille C., art. préc.

²²⁰ Voir, pour la détention sauf motif légitime de marchandises falsifiées, C. douanes, art. 417. 2.

²²¹ Voir C. sport, art. L. 332-8.

²²² Voir C. pén. art. 431-28.

nécessité et de proportionnalité²²³. Au fond, le motif légitime est destiné à renverser une présomption qui n'a pas lieu d'être lorsque la loi ne satisfait pas aux principes fondamentaux qui s'imposent à elle. Sa prévision spéciale donne, de surcroît, l'illusion que la loi peut restreindre le champ d'application de la justification, alors que le juge doit conserver toute latitude pour apprécier l'acte au regard des circonstances concrètes de réalisation.

19. L'insuffisance du contrôle de la nécessité abstraite de la répression. Les infractions à motif légitime ne sont pas le témoignage le plus abouti du principe d'*ultima ratio* de la répression. Ce domaine dérogatoire s'inscrit dans un mouvement plus général de normalisation de l'exception²²⁴, faute de critères techniques d'appréciation des atteintes graves aux valeurs essentielles²²⁵. Le droit français manque de concepts permettant de contenir la prolifération des délits-obstacle et de la responsabilité quasi-objective qu'ils engendrent²²⁶. En tant que stigmates d'une répression « *proactive* » à visée régulatrice, les infractions à motif légitime procèdent plus précisément d'une « administrativisation » rampante du droit pénal²²⁷. Cette survivance des « délits matériels », malgré la réforme du Code pénal, invite à s'interroger sur leur dépénalisation²²⁸. La question de l'appartenance des infractions de nature contraventionnelle au domaine du droit pénal ne va pourtant pas de soi, en raison de l'ancrage positiviste de la pensée juridique²²⁹. Si des réticences théoriques existent quant à la légitimité de l'application de la norme pénale, elles sont encore plus marquées quant à la légitimité de son existence même. Il serait impossible d'« *élaborer un critère juridique d'illicéité pénale, car la notion de valeur protégée n'est pas un concept juridique* »²³⁰ et relève davantage des « *sciences politiques* »²³¹. Il est excipé de ce que les

²²³ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 198.

²²⁴ Voir, sur l'analyse critique de la répression des actes préparatoire, particulièrement MALABAT V., « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », in *La cohérence des châtements*, Dalloz, coll. *Essai de philosophie pénale et de criminologie*, Vol. 10, 2012, Actes de la Journée d'étude organisée le 10 juin 2010 par l'Institut de criminologie de Paris II consacrée au Bicentenaire du Code pénal.

²²⁵ Voir, sur le rôle de la doctrine dans la limitation de l'intervention du droit pénal, MOCCIA S., « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société* 1997, n° 2.

²²⁶ Voir, sur la notion de bien juridique et sur le légitimisme français, LEBLOIS-HAPPE J., PIN X. et WALTHER W., « Chronique de droit pénal allemand », *RIDP* 2007, Vol. 78, p. 621 et s.

²²⁷ Voir LEBLOIS-HAPPE J. art préc., DELMAS-MARTY M., « Les contradictions du droit pénal », *RSC* 2000. 1.

²²⁸ DELMAS-MARTY M., « Le standard en droit pénal », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988. 1020, spéc. p. 1026 « *dépénalisation et standard de l'élaboration des lois* » « *actions nuisibles* » MATSOPOULOU H., « La dépénalisation de la vie des affaires », *RSC* 2008. 475. MULLER Y., « La dépénalisation de la vie des affaires ou... de la métamorphose du droit pénal », *AJ Pénal* 2008. 63 et s.

²²⁹ TRIGEAUD J.-M., *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bière, coll. *Bibl. philo. comp.*, vol. 17, 1999. CHEVALLIER J., « Juriste engagé(e) ? », in *Frontières du droit, critique des droits*, *Mél. LOCHAK D.*, LGDJ, coll. *Droit et société*, Vol. 14, 2007, p. 305 et s.

²³⁰ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 121, où l'auteur explique qu'« *en effet, la graduation des atteintes à une valeur sociale est politique, plutôt que juridique* ».

interprètes de la loi ne parviennent pas toujours à s'entendre sur la valeur protégée par telle ou telle incrimination²³². Les valeurs ne se résument pourtant pas « à de pures opinions insusceptibles d'appréciation axiologique » et leur délicate identification ne doit pas conduire à leur éviction car elle révèle avant tout que le législateur n'est pas infaillible dans sa fonction déclarative²³³ et qu'il a besoin de théories philosophiques, sociologiques et juridiques pour l'éclairer. ROUBIER expliquait que l'on ne pouvait faire l'économie d'une réflexion sur le fondement de la norme ni sur la valeur de son contenu « car tout ce 'positivisme juridique' aboutit bien en définitive aussi à une justification, d'ailleurs assez rudimentaire du droit, du caractère obligatoire de la règle de droit : à savoir qu'il faut se soumettre à une certaine autorité sociale organisée. Toute position positive et formelle contient nécessairement en elle une proposition métaphysique, et cela ne peut pas être éludé ; mais la proposition métaphysique cachée dans la doctrine normative ne donne en réalité aucune garantie contre les abus de pouvoirs »²³⁴. **Cela revient à dire que la neutralité axiologique²³⁵ revendiquée par une partie de la doctrine est déjà un parti pris qui recèle la légitimation des normes, quel que soit leur contenu²³⁶.** Au contraire, l'approche substantielle et non plus seulement formelle de l'illicéité « conduit à assumer le caractère éminemment axiologique, et nécessairement politique du droit pénal »²³⁷. S'il est vrai qu'il n'appartient pas au juriste de prédéfinir les valeurs essentielles, il lui revient de guider le législateur dans l'élaboration de la norme et le juge dans leur application ainsi que dans leur contrôle. Il ressortait déjà des travaux d'ORTOLAN que la « théorie véritable de la pénalité humaine » devait limiter le domaine du droit pénal à « tout acte contraire à la notion de juste et qu'il importe à la conservation ou au bien-être social de réprimer »²³⁸. Or, toute recherche juridique portant sur les critères de l'atteinte sociale suffisamment grave suppose d'en appeler aux grands

²³¹ MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003 n° 104.

²³² *Ibid.*, n° 69.

²³³ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 472. L'auteur reprend à ce titre la métaphore de la caverne de PLATON pour considérer que « si les valeurs existent, elles ne parviennent aux hommes que de façon déformées et le législateur, lorsqu'il saisit la valeur, est lui-même soumis à cette déformation et n'est pas à l'abri d'une erreur. Le bien juridique serait alors l'ombre de la valeur morale et non la valeur elle-même » (n° 471).

²³⁴ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Dalloz, coll. *Bibliothèque*, 2^{ème} éd. 2005, n° 8, p. 71

²³⁵ Voir, pour une critique de cette posture scientifique, BOURDIEU P., « Pour un savoir engagé », février 2002 : www.monde-diplomatique.fr.

²³⁶ Voir LEBLOIS-HAPPE J., PIN X. et WALTHER W., « Chronique de droit pénal allemand », *RIDP* 2007, Vol. 78, p. 621 et s., RAYNAUD P., « Positivisme juridique et démocratie », in *L'architecture du droit*, *Mél. TROPPEL M.*, Economica, 2006, p. 1028, BOURTHOMIEUX C., « La critique allemande de la pensée politique française du XVIIIème siècle et le national-socialisme », *RIDC* 1949, vol. 1, n° 3, p. 299 et s.

²³⁷ LACAZE M., *op. cit.*, n° 475.

²³⁸ ORTOLAN J., *Eléments de droit pénal*, t. 1, Paris, 1863, p. 91.

principes qui légitiment la création de l'interdit pénal du droit pénal²³⁹. La discussion ne porte plus sur la prise en considération d'un droit naturel car les principes, autrefois déduits de la raison ou d'une « *invocation métalégale ou jusnaturaliste, sont aujourd'hui consacrés comme règles de la loi internationale ; et leur mise en oeuvre est soumise non seulement à des contrôles politiques internationaux, mais aussi, de manière considérable et de plus en plus fréquente, au contrôle de juridictions internationales* »²⁴⁰. Ainsi, la question cruciale est de savoir comment les principes de nécessité et de proportionnalité de la répression²⁴¹, consacrés pas des normes supra légales²⁴² peuvent faire l'objet d'un contrôle effectif. Les insuffisances de la vérification de la conformité de la loi au droit européen²⁴³, ainsi qu'à la Constitution²⁴⁴ semblent imputables au défaut d'élaboration théorique des modalités d'un véritable contrôle. Or, le concept de « *biens juridico-pénaux* »²⁴⁵ emprunté par un auteur français à une doctrine hispanophone particulièrement autorisée, reflète précisément l'exigence fondamentale de subsidiarité du droit pénal. Cette notion permettrait, davantage que celle d'« *intérêt protégé* », de faire prévaloir l'autonomie du droit pénal sur sa fonction de « *gendarme du droit* »²⁴⁶ sanctionnant des biens extra pénaux²⁴⁷. Il apparaît comme un critère opérationnel de nécessité et de proportionnalité de la répression par la gradation des valeurs et la balance des atteintes²⁴⁸. Il sous-tend, en effet, l'exigence d'un risque pour l'ordre public traditionnel au titre de la soumission de notre ordre juridique à un Etat de droit, « *la simple violation formelle d'un interdit dépourvu de fondement juridique véritable étant insuffisante au prononcé d'une*

²³⁹ Voir, sur le lien entre standard et principes généraux du droit, DELMAS-MARTY M., « Les contradictions du droit pénal », RSC 2000. 1.

²⁴⁰ ZAFFARONI R., « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », RSC 2009. 43, RADBRUCH G., « Injustice légale et droit supralégal » (Trad. WALZ M.), *Association française de philosophie du droit* 1994. 304 : www.philosophie-droit.asso.fr.

²⁴¹ DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P., « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », *Politeia* n° 5, 2004, p. 113,

²⁴² Voir RADBRUCH G., « Injustice légale et droit supralégal » (Trad. WALZ M.), *Association française de philosophie du droit* 1994. 304 : www.philosophie-droit.asso.fr.

²⁴³ Voir notamment TILLEMENT G., « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Droit Pénal*, décembre 2003, chron. n° 34,

²⁴⁴ Voir notamment DE LAMY B., « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 377, spéc. p. 387, WEIGEND T. et al., « Droit constitutionnel allemand », RSC 2004. 688.

²⁴⁵ Reprenant notamment les travaux des professeurs MIR PUIG S. ainsi que CUESTA PASTOR P., LACAZE M., *op. cit.*, n° 472.

²⁴⁶ L'intérêt protégé ne suffirait pas à justifier l'incrimination d'un comportement et traduirait au contraire « la contamination du Droit par la logique économique ». En outre, « *Entendre le droit comme un moyen technique de résolution des conflits d'intérêts conduit en effet à nier la séparation du monde des valeurs de celui des faits et à éliminer la question de la justice du champ du droit* » (LACAZE M., *op. cit.*, n° 473).

²⁴⁷ Les infractions à motif légitime en témoignent par leur positionnement dans les codes électoral, disciplinaire et pénal de la marine marchande, de la construction et de l'habitation, de la santé publique, de la défense, du travail, de l'éducation, de procédure pénale, de la justice militaire, du sport, de la consommation, de la propriété intellectuelle, des douanes...

²⁴⁸ Le droit pénal recèle d'ailleurs en lui-même la pondération des impératifs de protection de la personne humaine et de préservation des libertés individuelles, dont il est une manifestation (Voir en ce sens *ibid.*).

sanction pénale, même contraventionnelle »²⁴⁹. En s'inspirant des concepts des pays de tradition germanique, il est permis d'analyser les infractions à motif légitime non pas seulement comme des exceptions légales au principe d'atteinte effective aux valeurs protégées mais comme des infractions de risque abstrait pour des valeurs secondaires, contraires au principe de nécessité de la répression. Si une dérogation à l'exigence minimale d'une menace réelle et non potentielle est envisageable, ce n'est qu'à titre infiniment subsidiaire et pour la protection de valeur de premier plan²⁵⁰. L'irréductible condition de risque concret ressort, de surcroît, de l'article 5 de la Déclaration de 1789 que le Conseil constitutionnel néglige scrupuleusement de contrôler²⁵¹. Bien que sa jurisprudence ne fasse pas encore état de cette disposition, elle permettrait la vérification que la réunion des éléments constitutifs d'une infraction implique un tel risque, et serait susceptible de guider le juge répressif dans l'interprétation stricte des incrimination.

20. Libre appréciation judiciaire de la nécessité concrète de la répression. La justification de l'infraction ne remet pas en cause l'existence de la norme mais son application à des faits accomplis dans des circonstances qui mettent généralement en concurrence une valeur différente de celle initialement prévue. La doctrine tend, cependant, à considérer que « *si seul le législateur est compétent pour déterminer l'incrimination, il est donc seul compétent pour en suspendre l'application* »²⁵². Or, le juge répressif doit demeurer libre d'écarter l'application d'une incrimination, lorsqu'elle serait contraire à sa finalité de protection des valeurs, en sorte que la mention textuelle de l'exception de motif légitime apparaît pour le moins inutile. Le législateur ne saurait restreindre cette garantie à un domaine particulier de la répression. Si la jurisprudence a pu ériger l'état de nécessité en fait justificatif, c'est bien parce qu'en présence de circonstances rendant l'infraction socialement utile, la répression pénale perd toute raison d'être²⁵³. La plupart des auteurs demeurent réticents à l'endroit de la libre appréciation judiciaire des circonstances justificatives, estimant qu'en tant que « *correctif de la loi, (la nécessité) doit être enfermée dans de*

²⁴⁹ LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5, n°45.

²⁵⁰ Voir, sur ces critères, PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, Tome 48, 2010, n° 227.

²⁵¹ « *La loi n'a le droit de défendre que des actions nuisibles à la société* ». Sur la notion d'« *actions nuisibles* » en tant que standard de dépenalisation, Voir DELMAS-MARTY M., « Le standard en droit pénal », *préc.*).

²⁵² CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 244.

²⁵³ Voir en ce sens MAYER D., « La violence est-elle un mode légitime de contestation de la loi ? » *D.* 2003. 1315.

rigoureuses limites »²⁵⁴ ou encore que la « *notion d'utilité sociale* (...) *est vague, au surplus dangereuse si elle est interprétée largement* »²⁵⁵. En tant qu'exception, la justification serait de droit étroit et ne pourrait faire l'objet que d'une interprétation stricte²⁵⁶. Il semble pourtant que ce sont les conditions de l'infraction qui doivent être enfermées dans de rigoureuses limites et interprétées strictement, non celles de la justification, tant il est vrai que la liberté est la règle et la répression l'exception. De la même manière que l'application des incriminations doit être conforme à leur finalité protectrice des valeurs essentielles, le principe de légalité ne peut régir que les délits et les peines, conformément à sa finalité de protection des libertés individuelles. Ni le principe de légalité criminelle, ni celui d'interprétation stricte de la loi pénale n'ont, par ailleurs, empêché la création ou la généralisation des faits justificatifs, puis la consécration légale de cet édifice prétorien. Le juge ne remet pas en cause l'appréciation abstraite de l'illicéité puisqu'il procède à une appréciation concrète du comportement infractionnel au regard de son contexte dont le législateur n'a pas la maîtrise. La libre détermination judiciaire de la justification n'affecte pas le principe de légalité criminelle attaché aux incriminations et non aux causes d'exonération de la responsabilité. Bien au contraire, la prise en compte des réalités de chaque espèce, offerte par la technique du standard, renforce la légitimité de répression. Il s'agit même d'un « *devoir* »²⁵⁷ pour le juge « *de dégager soit des intentions tacites du législateur, soit de la combinaison des textes en conflit, soit du fondement des dispositions légales, un fait justificatif que la loi n'a pas expressément prévu dans l'énumération des causes de justification* »²⁵⁸. Le juge est, donc, guidé par « *la source formelle (qui) doit garder son rôle prédominant* »²⁵⁹. Le standard juridique permet précisément d'exprimer la *ratio legis*²⁶⁰. Ce procédé permet de dégager les fondements de la règle²⁶¹, à l'aide des principes

²⁵⁴ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel - Droit pénal général*, op. cit., n° 468, p. 591.

²⁵⁵ FELDMAN J.-P., « Les 'faucheurs d'OGM' et la Charte de l'environnement », *D.* 2006. 814, où l'auteur explique maladroitement que « *Cela explique la raison pourquoi la jurisprudence et la doctrine ont pendant très longtemps rejeté la notion d'état de nécessité, considérée suivant les cas comme contraire à la loi, au droit ou encore à la morale* ».

²⁵⁶ Voir ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 255 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 377, LARGUIER J., obs. ss Crim., 21 nov. 1974, *RSC* 1976. 89.

²⁵⁷ DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal*, Th. Lyon III, 2006, n° 125.

²⁵⁸ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel - Droit pénal général*, op. cit., n° 432.

²⁵⁹ MOTULSKY H., op. cit., n° 13.

²⁶⁰ Voir RIALS S., « Les standards, notions critiques du droit », in *Les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique (ss dir. PERELMAN C. et ELST V.), Bruxelles, 1984, p. 48. Voir aussi MAYAUD Y., « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », in *Mél. GASSIN R.*, PUAM, 2007. p. 301.

²⁶¹ Voir MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Th. Paris II, 1997, n° 65.

généraux du droit²⁶², afin de faire prévaloir la finalité de la loi sur ses moyens²⁶³. La technique du standard ne va pas sans offrir des garanties de sécurité juridique²⁶⁴ qui autorisent sa « généralisation »²⁶⁵. L'impossibilité de déterminer *a priori* toutes les circonstances d'espèce²⁶⁶, explique le recours du droit romain aux notions adaptables de « *bonne foi* » ou de « *bon père de famille* »²⁶⁷, ainsi que l'essor de celle d'« *intérêt légitime* » dans les pays de *Common Law*²⁶⁸. Aussi, la liberté d'appréciation judiciaire n'est-elle pas l'apanage des causes subjectives d'irresponsabilité, en sorte qu'il y aurait place pour un standard de légitimité au côté du standard de normalité. En dépit de leur accroissement, les faits justificatifs légaux demeurent lacunaires et n'empêchent pas les juges d'apprécier librement les critères de nécessité et de proportionnalité qu'ils ont progressivement dégagés. C'est en vain que la loi tente d'entériner les créations jurisprudentielles, telles que la justification par les droits de défense ou par la liberté d'expression qui sont autant de motifs légitimes particuliers indiquant que « *le catalogue des faits justificatifs n'est pas fermé* »²⁶⁹. Rien ne sert, pour autant, de lister l'ensemble des valeurs susceptibles de prévaloir, selon les circonstances, sur des valeurs de moindre importance. Il est bien plus utile de théoriser les conditions générales d'application du motif légitime. La présente étude propose, par conséquent, d'analyser plus avant les principes généraux gouvernant la justification des atteintes socialement utiles ou insignifiantes, car plus que la nécessité concrète de l'infraction, c'est l'absence de nécessité concrète de la répression qui fonde le motif légitime.

21. Le motif légitime ou la recherche du juste par la prise en compte du réel. L'étude du standard de motif légitime en droit pénal invite à consolider la théorie objective de la

²⁶² Voir PETEV V., « Standard et principes généraux du droit », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988. 826.

²⁶³ Voir en ce sens MAYAUD Y., art. préc.

²⁶⁴ Voir PINARD D., « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative dans la charte canadienne des droits et libertés », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988. 1068 et s.

²⁶⁵ Voir sur la généralisation de l'« *intérêt légitime* », ORIANNE P., « Les standards et les pouvoirs du juge », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988. 1038, spéc. p. 1039 et 1059.

²⁶⁶ « *Qu'ont gagné nos législateurs à choisir cent mille espèces et cas particuliers, et y rattacher cent mille lois ? Ce nombre n'a aucune proportion avec l'infinie diversité des actions humaines. [...] Il y a peu de relation de nos actions, qui sont en perpétuelle mutation, avec les lois fixes et immobiles. Les plus désirables, ce sont les plus rares, plus simples et plus générales ; et encore crois-je qu'il vaudrait mieux n'en avoir point du tout que de les avoir en tel nombre que nous avons* », (MONTAIGNE M., *Essais*, L.III, 1588, C. XIII, De l'expérience, Folio classique, Paris 2003, t.III, p. 353 et s.).

²⁶⁷ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1951, n° 12, p. 111-112.

²⁶⁸ TUNC A., « La doctrine du mobile légitime dans le droit des sociétés des pays de Common Law », *Mél. MARTY G.*, Université des Sciences sociales, Toulouse, 1978, p. 1085 et s.

²⁶⁹ PIN X., obs. ss Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 77, RPDP 2005. 638 ; Voir aussi PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 223.

justification fragilisée par sa conception essentiellement formelle. L'insuffisance de l'approche en termes de conflits de normes a engendré une subjectivation plus ou moins marquée de son régime juridique, allant jusqu'à la prise en compte des ressorts psychiques de la personnalité de l'agent, au travers des mobiles. L'atomisation des conditions d'application de la justification et de ses effets sur la responsabilité pénale et civile n'est pas indépassable, si l'on veut bien admettre qu'elle opère objectivement sur le fondement axiologique de la responsabilité. Tout essai de systématisation des solutions en matière de justification suppose de revisiter la théorie de la responsabilité pénale en remplaçant l'infraction en son cœur et le concept de *juste* en sa base. Le renversement de la présomption d'illicéité n'affecte pas l'existence de l'incrimination mais lui garantit une application conforme à sa finalité de protection des valeurs. Le juge ne remet pas en cause l'appréciation abstraite de l'illicéité mais vérifie l'illicéité concrète du comportement au regard des circonstances de réalisation. Non seulement le motif légitime, par sa nature objective et son effet exonératoire de responsabilité, correspond à la finalité justificative ainsi dégagée, mais l'indétermination de ses critères de mise en œuvre l'érige au rang de standard général de justification. Il n'est d'ailleurs pas un seul fait justificatif qui ne réponde à la notion souple de motif légitime, en tant que circonstance objective de l'acte permettant d'en apprécier l'utilité sociale par la résolution d'un conflit de valeurs. De ce point de vue, la vocation du motif légitime ne peut qu'être générale, en sorte qu'il doit être étendu au-delà du domaine dérogatoire dans lequel il est apparu. Les principes de nécessité et de proportionnalité permettent l'adaptation de la justification à toutes les atteintes sociales d'origine individuelle ou étatique. En tant que standard général de justification, le motif légitime ne se borne pas à l'exonération de responsabilité mais permet de fonder le droit de punir. Le principe général de nécessité de l'existence de la norme et de son application n'affecte pas l'autorité de la loi mais lui confère au contraire sa pleine légitimité.

Cette thèse peut être qualifiée de « *radicale* »²⁷⁰ au sens où elle propose de revoir les fondements de la responsabilité et, par là même, du droit de punir à travers une conception axiologique apte à fortifier leurs « racines ». On objectera sans doute qu'en matière de responsabilité pénale, « *la question qui s'impose est moins de savoir pourquoi (...) - question qui renverrait du reste à des débats moins juridiques que politiques - que comment* »²⁷¹. S'il

²⁷⁰ Voir sur cette posture théorique CAHN O., « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, Journée d'Etudes Radicales, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012, (à paraître).

²⁷¹ BENEJAT M., « Introduction à la responsabilité pénale professionnelle », in *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice* (ss dir. SAINT-PAU J.-C.), *Cujas*, n° 1, 2011, p. 11, n°11.

est vrai que la mise en œuvre technique des concepts intéresse au premier chef le juriste, elle ne trouvera de cohérence que conformément à leur finalité qu'il convient d'envisager en premier lieu, en tentant d'assumer la délicate, mais non moins nécessaire, dimension philosophique et politique qu'elle sous-tend, en particulier lorsqu'il est question de légitimité. Selon DABIN, « *la théorie sera générale surtout en ce qu'elle tentera de dégager la signification de la norme juridique telle que peut la révéler une analyse de sa finalité et de sa fonction d'une part, de sa structure et de ses procédés d'autre part, de manière à doter la 'pensée juridique' d'une méthode qui soit adéquate à son objet* »²⁷². L'analyse du motif légitime en tant que standard juridique de légitimité contribue pleinement à la théorie générale de la justification. C'est bien l'étude de la finalité du motif légitime qui guidera l'appréciation de ses conditions originales de mise en œuvre, ce cheminement théorique permettant d'aller « *de la loi ou juste abstrait au droit ou juste concret* »²⁷³. Dans la mesure où le comportement infractionnel est objectivement conforme au droit, la réprobation sociale perd sa raison d'être. Cette vérification concrète se présente comme l'auxiliaire indispensable de l'appréciation abstraite portée par la loi. Partant, les restrictions formelles du domaine d'application des faits justificatifs innommés ou des conditions d'application des faits justificatifs nommés n'ont que peu de sens. Alors que les « *approches normativistes (sont) toujours menacées de perdre pied avec la réalité* »²⁷⁴, la finalité justificative du motif légitime induit une mise œuvre concrète tenant compte de l'illicéité réelle de l'acte au regard des conflits de valeurs révélés par ses circonstances de réalisation. Aussi s'agira-t-il d'envisager d'abord la finalité du motif légitime ou la recherche du juste (Partie I) puis la mise en œuvre du motif légitime ou la prise en compte du réel (Partie II).

²⁷² DABIN J., *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969, n° 7.

²⁷³ PAPAUX A., *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, LGDJ, coll. *Quid iuris ?*, Bruxelles, 2006, p. 87.

²⁷⁴ HABERMAS J., *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997, p. 20-21.

PARTIE I :
LA FINALITE DU MOTIF LEGITIME OU
LA RECHERCHE DU JUSTE

22. Le motif légitime comme cause objective d'exonération de responsabilité. La recherche portant sur la finalité du motif légitime invite à s'interroger sur le but poursuivi par le législateur lors de l'introduction d'une telle exception à la responsabilité pénale. Il ressort à l'évidence de l'expression « *sauf motif légitime* », la volonté législative d'accorder l'irresponsabilité pénale aux agents susceptibles de s'en prévaloir. Encore convient-il de savoir sur quel aspect de la responsabilité il opère, car il existe différentes causes d'irresponsabilité selon qu'elles agissent sur des conditions objectives ou subjectives. L'enjeu du rattachement du motif légitime à l'une ou à l'autre catégorie est d'importance puisqu'elles n'engendrent pas les mêmes conséquences. Les premières, objectives, opèrent sur le fait matériel générateur de responsabilité et les secondes, subjectives, sur son imputation morale à l'auteur. Or, l'effet *in rem* sur la responsabilité est bien plus étendu que l'effet *in personam* qui ne profite pas aux différents participants du fait générateur et qui ne s'apprécie pas de la même manière selon la nature pénale ou civile de la responsabilité en cause. La détermination précise des effets du motif légitime appelle, par conséquent, l'examen de sa nature juridique précise. Or, le motif légitime tend à être appréhendé sous un aspect éminemment subjectif. Il est considéré, par assimilation aux mobiles, en tant que cause de l'action humaine prenant nécessairement sa source dans le psychisme individuel. D'ailleurs, lorsque l'on tente d'intégrer le mobile au concept de responsabilité pénale c'est bien souvent à une condition intellectuelle ou morale qu'il est rattaché. Si le terme de motif est ambivalent, l'adjectif légitime ne l'est pas, qui renvoie au concept résolument objectif de *juste*. La légitimité procède d'un jugement de valeur sur la licéité de l'acte faisant obstacle au fondement même de la responsabilité pénale. Un tel jugement de valeur ne peut avoir pour objet qu'une condition objective de la responsabilité et pour mesure qu'un instrument objectif. La notion de motif ne saurait être subjective dès lors qu'elle permet de vérifier l'illicéité du fait infractionnel. Or, ce sont précisément les circonstances matérielles de l'acte qui apparaissent comme l'instrument de mesure objectif de sa légitimité. Partant, l'exception de motif légitime n'est autre qu'une circonstance justificative de l'infraction permettant l'exonération totale de la responsabilité pénale et civile, de tous les participants, indépendamment des dispositions psychologiques de chacun. Le motif légitime fait perdre à l'objet du reproche sa raison d'être, il n'y a donc plus lieu de chercher à l'attribuer, par un jugement de réalité sur la possibilité pour l'agent de l'éviter. Aussi, la nature objective du motif légitime (titre I) lui confère-t-elle un effet justificatif sur la responsabilité (titre II).

TITRE I :

LA NATURE OBJECTIVE DU MOTIF LEGITIME

23. Le motif légitime comme circonstance objective de l'acte. Le terme de « motif » évoquerait davantage l'état d'esprit éminemment subjectif de l'agent, qu'une donnée objective. Le motif est, dès lors, assimilé au mobile et, en tant que tel, rapproché de la composante morale de la responsabilité. Ce syllogisme est toutefois loin d'être convainquant, tant il semble trahi par ses deux propositions, majeure comme mineure. La première postule le caractère subjectif du motif en tant que cause psychique, assimilable au mobile. Or, les notions de raison et de cause peuvent faire l'objet de définitions juridiques distinctes. Le motif relève bien plus d'une circonstance objective que d'une cause interne, tant et si bien qu'il semble superficiel de s'en tenir à une synonymie usuelle. Quant à la seconde proposition, elle postule l'attraction naturelle du mobile vers la composante morale de la responsabilité. L'analyse ne tient pas, qui confond la cause et le but, ramenant toute subjectivité à la faute morale participant de l'établissement de la responsabilité dont les conditions ne peuvent être que générales et impersonnelles. D'aucuns s'émeuvent, à ce propos, des excès d'abstraction de la responsabilité pénale et plaident pour une « subjectivation » de ses composantes. C'est occulter l'aspect essentiellement subjectif et concret de la mesure de la responsabilité, trop souvent délaissée par la théorie juridique, en raison même de sa coloration psychosociale et criminologique. Aussi, l'approche subjective méconnaît-elle l'incompatibilité de fond entre la notion concrète de mobile et celle abstraite d'intention. Si un effort de subjectivation reste à faire et qu'un combat pour une justice proche des réalités concrètes est à mener, il se situe à n'en pas douter, sur le terrain de la personnalisation des peines. Le mobile est à reléguer au choix de la peine, sauf à dénaturer l'équilibre entre l'égalité abstraite de tous devant la loi pénale, quant à l'établissement de la responsabilité et la considération des particularités de chacun, quant à la mesure de la sanction. L'absence de transposition matérielle univoque du mobile achève d'en convaincre car elle s'oppose à ce qu'il puisse être qualifié de légitime ou d'illégitime. Seul le motif, en tant que circonstance objective de l'acte est à même d'en modifier le jugement de valeur.

La conception subjective fondée sur la terminologie équivoque du motif (chapitre I) doit donc laissée place à une conception objective fondée sur sa matérialité univoque (chapitre II).

Chapitre I :

La conception subjective fondée sur une terminologie équivoque

24. La terminologie approximative du motif. La proximité terminologique entre les notions de motif et de mobile n'équivaut pas à leur identité sémiologique. L'assimilation de ces notions manque de nuance, qui est induite par un défaut de précision dans la définition de termes, pourtant, bien distincts. Un tel amalgame a de quoi surprendre, tant il est vrai que les juristes ne sont pas les derniers à manier des concepts abstraits et à rivaliser d'ingéniosité dans l'art de distinguer. Cette réticence scientifique, à l'endroit de la cause psychique, est à relativiser car c'est surtout la doctrine française qui a fait montre de moins d'hardiesse que ses voisines européennes dans les propositions de définitions nuancées des notions de motif et de mobile. A en croire certains comparatistes, il s'agirait moins de réticences que d'un manque d'intérêt scientifique, justifié par le fait que ces notions sont moins intégrées dans le droit positif français qu'ailleurs²⁷⁵. Les commentateurs du Code pénal auraient eu assez peu d'occasions et, par là même, aucune réelle nécessité d'éclaircissement de ce domaine. Il devrait en aller autrement désormais que le législateur contemporain connaît un regain d'intérêt pour ces notions. On en voudra pour preuve la création progressive de différents mobiles tels que les mobiles discriminatoires²⁷⁶ et l'expansion récente de l'exception de "motif légitime".

25. L'attraction du motif vers une composante morale de la responsabilité. L'enjeu de la nature subjective du motif est de taille, en responsabilité pénale, puisqu'il intégrerait alors sa composante morale pour constituer une cause d'irresponsabilité subjective. C'est précisément la synonymie évidente, quoique simpliste, du « *motif* » et du « *mobile* » (section 1) qui expliquerait que l'on soit tenté d'attirer, quitte à forcer quelque peu les concepts, le motif légitime vers la faute morale (section 2).

²⁷⁵ Pour une étude comparée des différentes doctrines européennes relatives à la théorie des mobiles et à leur rôle en droit pénal, Voir YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A. *Les mobiles du délit, étude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, Bibli. sc. crim., Paris, 1974, p. 66 et s.

²⁷⁶ Sur la Loi n°2003-88 du 3 février 2003, Voir notamment LE GUNEHEC F. « L'institution d'une circonstance aggravante de "racisme" », *JCP G* 2003. 869.

Section 1 : La synonymie supposée du motif et du mobile

26. L'absence de définition et amalgame. De prime abord, le lien de parenté entre les notions de motif et de mobile paraît s'imposer tant elles affichent les stigmates communs d'un ancêtre latin. Ces deux notions sont, en effet, issues de la racine latine *movere* qui signifie mouvoir. Partant, leur assimilation commune à une « *cause impulsive et déterminante de l'acte* »²⁷⁷ semble aller de soi. L'approche juridique s'est bornée, en la matière, à l'acception courante des deux termes. C'est finalement l'absence de définition juridique précise du motif et du mobile (§1) qui a conduit à l'assimilation de ces notions (§2).

§1 : L'absence de définition juridique précise du motif et du mobile

27. Des approches juridique et criminologique contrastantes. Le motif ne s'est pas vu doté d'une définition juridique autonome. Il est simplement rapproché du mobile dont la définition demeure assez superficielle. Le motif et le mobile sont seulement appréhendés comme la cause personnelle des actes et, parfois, comme le but particulier poursuivi. Ces éléments de définition qui ne permettent pas de distinguer le motif du mobile, pas plus que la cause du but, paraissent pour le moins simplistes (A). En revanche, la criminologie, qui s'est attachée à l'étude de la psychogénèse de l'acte criminel, est remontée jusqu'aux confins de l'inconscient. Ce faisant, elle a apporté les clefs d'analyse des motivations humaines qu'elle perçoit comme plures, en les classant selon leur profondeur et selon leur degré causal. Aussi, la criminologie offre-t-elle, pour sa part, des définitions d'une sophistication particulièrement contrastée (B).

A) Des définitions juridiques simplistes

28. L'assimilation du motif et du mobile à la cause de l'acte. Le motif a rarement fait l'objet d'analyses, même succinctes. C'est uniquement en tant qu'élément de définition du mobile qu'on le voit mentionné. Le mobile qui a davantage été évoqué en doctrine, n'a pas véritablement été doté d'une définition juridique idoine. La terminologie juridique épouse, en la matière, les contours du langage courant qui assimile ces notions aussi bien à

²⁷⁷ RIGAUD C., *De l'influence du motif en matière criminelle*, Th. Paris, 1898, p. 8.

celle de cause qu'à celle de but. Le motif et le mobile sont alors principalement définis en tant que cause des actes (1). La cause étant peu distinguée du but, le motif et le mobile sont accessoirement définis en tant que but des actes (2).

1) La définition principale du motif et du mobile en tant que cause

29. La coloration criminelle du mobile. Le mobile est couramment conçu comme « *un motif qui pousse quelqu'un à agir, qui détermine certaines de ses conduites* »²⁷⁸. Il y aurait donc une synonymie quasi parfaite entre ces deux termes. Il en va de même s'agissant du langage juridique. Selon le vocabulaire juridique, le mobile est synonyme de motif, quoique le premier soit défini, plus précisément que le second, comme le « *motif, variable d'un individu à l'autre dans un même type d'acte, qui pousse une personne à agir : but qu'elle poursuit ; considération décisive de la pensée* »²⁷⁹.

Il est ainsi principalement conçu comme « *la raison qui pousse l'agent à accomplir une action* »²⁸⁰ ou plus précisément « *une infraction* »²⁸¹. Il s'agirait, selon l'expression plus redondante, mais néanmoins récurrente, de « *la cause impulsive et déterminante de l'acte* »²⁸². Les définitions les plus précises envisagent la cause particulière, l'intérêt personnel à agir de l'auteur de l'infraction ou « *le sentiment qui a déterminé l'action* »²⁸³. On voit que le mobile est une cause mais qu'il est, de surcroît, rattaché à une activité criminelle et non à une activité quelconque comme le simple motif. Le premier se distinguerait seulement du second par sa coloration criminelle, ce mince degré de précision existant également dans le langage courant. La seule nuance qui se dessine réside dans le fait que le mobile serait une cause intime et personnelle, le motif serait une raison, sans doute plus neutre.

30. L'amalgame de la cause et du but. Il ressort de ces éléments de définition que les notions de motif, de mobile, de raison et de cause sont largement interchangeables. A cela s'ajoute que la notion de cause est sans cesse ramenée à celle de but.

²⁷⁸ V° « *Mobile* », *Dictionnaire Le petit Larousse*, Grand format, 2001.

²⁷⁹ V° « *Mobile* », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 8^{ème} éd. 2007.

²⁸⁰ CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 383.

²⁸¹ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°171.

²⁸² Expression employée notamment par BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 534 ; RIGAUD C., *De l'influence du motif en matière en matière criminelle*, Th. Paris, 1898, p. 8. ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 273.

²⁸³ DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n°121.

2) La définition accessoire du motif et du mobile en tant que but

31. L'assimilation de la cause au but final. Le mobile se distingue également assez peu de l'intention car la cause est souvent assimilée au but des actes. Alors que la plupart des auteurs prennent le soin de préciser que les motifs ou mobiles sont bien distincts de l'intention qui est l'élément psychologique de principe des infractions²⁸⁴, la notion de cause et sans cesse rapprochée de celle de but. Le mobile serait « *le but final* »²⁸⁵ poursuivi par l'agent. L'intention délictueuse peut, en effet, être conçue comme un moyen et, partant, distinguée de l'intention finale qui serait la cause véritable de l'infraction. « *On n'exécute pas l'acte pour l'acte lui-même, mais en vue des avantages, des satisfactions directes ou indirectes qu'il procure [...] : le voleur soustrait un objet non pas seulement pour le soustraire, mais pour s'assurer le bénéfice de sa possession ou l'assurer à d'autres* »²⁸⁶. L'exemple est parlant, qui met en exergue les difficultés d'application concrète de la distinction du but direct et du but éloigné, tant il est délicat de distinguer l'intention de déposséder de celle de posséder.

Quoi qu'il en soit, le mobile peut être qualifié d'intention particulière quand l'intention délictueuse est, elle-même parfois, conçue comme un « *mobile prochain* »²⁸⁷ par opposition à l'ensemble des mobiles éloignés. C'est ainsi que certains ont pu dire que « *l'intention regarde le motif pour lequel l'acte est voulu* »²⁸⁸. Force est de constater qu'il existe une interchangeabilité des termes d'intention et de mobile qui, à l'instar du but et de la cause, n'est pas de nature à éclaircir le contenu des notions. GARRAUD qui distinguait le mobile et l'intention selon le caractère direct ou indirect du but recherché, insistait déjà, voici près d'un siècle, sur la nécessité pour le juge « *de ne pas confondre l'intention juridique et l'intention-mobile* »²⁸⁹, tout en employant paradoxalement la même notion. Si le critère de distinction du but, fondé sur son caractère médiat ou immédiat, est d'un emploi souvent malaisé, il a au moins le mérite d'exister, évitant de la sorte une fusion totale des deux concepts.

²⁸⁴ Cf. *infra*, n° 57.

²⁸⁵ DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n°121.

²⁸⁶ JACQUEMIN M., *De l'intention en droit pénal*, Th. Paris, 1888, p. 92.

²⁸⁷ MIMIN P., « L'intention et le mobile », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mél. PATIN M., éd. Cujas, 1965, p.118.

²⁸⁸ VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1947-1949, n° 123.

²⁸⁹ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n° 290, p. 578.

32. L'assimilation du motif et du mobile à l'intention. La plupart des auteurs se bornent, cependant, à évoquer, à l'endroit du mobile, un « *but* »²⁹⁰, un « *dessein déterminé* »²⁹¹, un « *but particulier* »²⁹², sans proposer de critère à même de le distinguer du but poursuivi dans l'intention délictueuse. Or, l'intention délictueuse se rapporte, étymologiquement, à une volonté tendue vers un but, qui est bien particulier pour chaque infraction. L'assimilation du mobile à un but particulier prête nécessairement à confusion, même lorsqu'il s'agit d'un but plus éloigné car l'intention délictueuse ne comporte aucune restriction quant à son caractère lointain ou indirect, précisément pour pouvoir s'adapter à la diversité des incriminations, plus ou moins précises s'agissant du résultat recherché. Un tel critère permettrait seulement, lorsqu'il est applicable, de considérer le mobile ou le motif comme une forme particulière d'intention.

33. Des réticences juridiques dues à la complexité du processus décisionnel. Ces définitions manquent, en somme, de précision. Les concepts sont, par là même, insuffisamment opérationnels, puisqu'il sera délicat d'appliquer différents régimes juridiques à des notions étroitement imbriquées. Il est question de cause déterminante, de raison d'agir, de but particulier ou d'intention finale. Cette frilosité juridique s'explique par la grande complexité de la notion de mobile qui relève de l'arrière-plan psychologique de la volonté. Le compte rendu des analyses plus poussées de la notion de mobile que l'on trouve en psychologie ainsi qu'en criminologie permettra, en filigrane, de percevoir la technicité d'une telle notion et, par là même, le *hiatus* qui existe entre ces analyses et les maigres éléments de définition juridique.

B) Des sophistications criminologiques contrastées

34. La diversité des mobiles selon leur nature et leur profondeur. La complexité de l'approche criminologique est pareille à celle du phénomène humain qu'elle entend analyser, alors que le droit prétend le régir et non l'observer. Cette complexité tient principalement à deux aspects essentiels du mobile : sa profondeur psychique (1) et sa pluralité dans la psychogénèse de l'acte criminel (2).

²⁹⁰ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 188.

²⁹¹ PIN X. *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°172.

²⁹² Voir notamment LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. *U*, 11^{ème} éd. 2004, n° 23.

1) Le mobile comme cause psychique profonde

35. La prédominance de l'inconscient sur le conscient. Les mobiles, en tant que moteurs de l'activité humaine, ont fait l'objet du plus grand intérêt de la criminologie qui les perçoit comme les éléments psychiques les plus éclairants de la personnalité. Ils sont considérés comme prenant leur source dans les pulsions, les tendances et les phénomènes affectifs mais, surtout, comme laissant peu de place à l'intellect. Ce dernier serait cantonné au revêtement logique des élans pulsionnels et affectifs, à la production d'arguments auto-justificatifs, ainsi qu'à la découverte des moyens d'atteindre le but criminel²⁹³. Les psychologues admettent depuis longtemps que l'inconscient et le subconscient jouent un rôle de la plus haute importance dans la vie psychique²⁹⁴. Les mobiles conscients sont évidemment pris en compte mais de manière très secondaire, pour deux séries de raisons. Ils ne suffisent pas, d'une part, à expliquer la raison pour laquelle le crime est préféré à une solution légale moins dangereuse et parfois plus efficace, bien qu'ils donnent des indications sur le but final ou la nature de l'incitation psychique. Ainsi, le mobile d'épouser sa maîtresse n'explique pas pourquoi le meurtre est préféré au divorce²⁹⁵. D'autre part, le mobile conscient est d'autant plus secondaire qu'il n'est pas nécessairement présent au sein des causes de l'acte. Les criminalistes évoquent des cas où les mobiles sont exclusivement inconscients, lorsque l'acte est inexplicable même pour l'auteur et révèle des pulsions aveugles profondes et particulièrement fortes. Il existerait aussi des cas où l'auteur a partiellement conscience de ses mobiles et fourni des explications incomplètes, ainsi que des hypothèses où il estime en avoir une connaissance pleine et entière. Dans ces deux derniers cas, il existerait encore des mobiles plus profonds et principaux, alors que l'auteur n'aurait conscience que des mobiles secondaires. C'est ainsi que la plupart des analyses soutiennent que le criminel n'a jamais conscience de l'ensemble du faisceau de mobiles dont la synthèse a conduit à l'acte criminel²⁹⁶.

36. La complexité psychique des mobiles. Non seulement les mobiles se définissent par leur profondeur, mais également par leur pluralité. Dans les deux cas, ils semblent largement échapper à la raison du sujet.

²⁹³ Voir, notamment, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *Les mobiles du délit, Etude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, Bibli. sc. crim., LGDJ, 1974, p. 4.

²⁹⁴ Voir, notamment, GORPHE F., *La psychologie appliquée en Justice*, in *Traité de psychologie appliquée*, PUF, 1959, p. 1952.

²⁹⁵ Exemple développé par YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 42.

²⁹⁶ Voir, en ce sens, *ibid.*, p. 22 et p. 42 et s., et GORPHE F., *op. cit.*, p. 1650.

2) La pluralité des mobiles dans la psychogénèse du crime

37. La prédominance de l'affect sur l'intellect. Les études criminologiques envisagent le point de départ de toute activité criminelle comme un état de tension dû à une frustration²⁹⁷. La naissance du mobile résulte du besoin d'y remédier en transformant cet état désagréable en état agréable²⁹⁸. Il existe toujours une pluralité de mobiles conscients, ou non, qui varient en nombre et en intensité dans chaque acte déterminé. Le passage à l'action serait induit par le mobile qui a prévalu²⁹⁹. Il s'agit du mobile principal qui se révèle souvent profond. Quant au mobile dernier, il se rapporterait au dernier stimulus externe qui a influencé un état psychique déjà mûr pour l'acte³⁰⁰. Néanmoins, tout facteur criminogène et tout stimulus externe ne peuvent donner naissance à des mobiles que lorsqu'il existe « *une force psychique affective incitant à l'action* »³⁰¹. Si le crime prend sa source dans le caractère profond de l'auteur et se déclenche par l'effet de stimuli externes, le même facteur, endogène ou exogène, peut provoquer, consciemment ou non, les réactions les plus diverses selon la personnalité de chacun. Cette personnalité est alors déterminante, qui participe « *au combat que se livrent les mobiles incitateurs et inhibiteurs* »³⁰². La conception du bien et du mal absorbée durant l'enfance, appelée le « Sur-moi » ou le subconscient en psychanalyse, est le premier obstacle auquel se confronte le mobile incitateur. Dans un milieu pathogène, le Sur-moi peut à l'inverse encourager au crime, les mobiles se confortent alors mutuellement. Le « Moi » conscient n'interviendrait, dans ce processus, qu'après la défaite ou l'absence de résistance subconsciente. Il apporte les raisons contre-indiquant l'acte criminel. Mais l'intellect est insuffisant sans le relai du monde affectif de l'auteur, car les pensées ne sont modératrices que lorsqu'elles résonnent de manière psychoaffective. « *Pour qu'elles deviennent des forces inhibitrices, elles doivent avoir une teinte affective c'est-à-dire provoquer la peur, le chagrin* »³⁰³. L'intellect qui n'est pas parvenu à neutraliser les incitations profondes, intervient avant le passage à l'acte dans la phase d'auto-légitimation pour donner une justification rationnelle à la résolution criminelle. Si ces raisons ne sont pas absolument convaincantes, l'auteur agit sans succès, se désiste ou se repent.

²⁹⁷ LAGACHE V. « Psycho-criminogénèse », in *Actes du IIe Congrès Intern. de Crim.*, t. VI, PUF, 1952, p. 143 et 150.

²⁹⁸ De GREEF E., « Criminogénèse », in *Actes du IIe Congrès Intern. de Crim.*, t. VI, PUF, 1952, p. 271.

²⁹⁹ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 27 et s.

³⁰⁰ *Ibid.*, p. 28.

³⁰¹ *Ibid.*, p.44 et s.

³⁰² *Ibid.*, p.45 et s.

³⁰³ *Ibid.*, p.46 et s.

38. La superficialité de l'approche juridique. Quelle que soit l'approche envisagée, on constate une prédominance sensible des mobiles d'ordre affectif, inconscient, voire irrationnel, sur les mobiles conscients et noétiques. Il en résulte un intérêt accru des études criminologiques pour les mobiles profonds. L'approche juridique est demeurée, en revanche, plus superficielle, n'ayant accordé aucun intérêt particulier à ces concepts. En l'absence de définition juridique idoine et propre à chacune de ces notions, la majorité des auteurs les assimile purement et simplement, tout en se bornant à une acception très large.

§2 : L'absence subséquente de distinction du motif et du mobile

39. L'assimilation paradoxale du motif à une notion criminologique. La notion de motif apparaît plus large et moins précise que celle de mobile. Cela conforte, par ailleurs, l'idée qu'il n'y aurait pas d'objections à ce que la première englobe parfaitement la seconde. La position est arrangeante, qui permet d'éviter de trop se pencher sur les spécificités du mobile, en le réduisant à sa plus simple expression, celle de motif. Le droit pénal qui a éludé les distinctions criminologiques entre le motif et le mobile (A), a paradoxalement assimilé le motif à la notion de mobile, en dépit de son essence criminologique (B).

A) Les distinctions criminologiques éludées par le droit pénal

40. Des apports criminologiques essentiels. L'approche criminologique ne manque pas d'intérêt qui est parvenue à extraire la notion de motif de celle de mobile (1), ainsi qu'à départir le but des actes, de leur cause (2).

1) La distinction criminologique du mobile et du motif

41. L'absorption apparente du motif par le mobile. De prime abord, la conception criminologique du mobile apparaît à ce point vaste qu'elle semble absorber le motif. Le sociologue FERRI a défini le mobile au sens large comme « *toutes les conditions psychophysiologiques qui, à chaque instant, agissent chez l'individu délibérant, c'est-à-dire et*

l'élément cogitatif intellectuel et les sentiments de l'individu »³⁰⁴. Et LISZT, de le présenter comme « *toute l'individualité psychique envisagée comme déterminant, sous l'influence d'excitations extérieures, la conduite criminelle de l'agent* »³⁰⁵. Il s'agirait, en somme, de l'être, lui-même, pris dans son individualité psychique³⁰⁶. Contrastant avec cette présentation tentaculaire des mobiles³⁰⁷, le motif est perçu de manière beaucoup plus restreinte. En effet, généralement synonymes, la criminologie, inspirée du langage philosophique, entend plus spécialement par motif, un état intellectuel, dit noétique, et par mobile, un état affectif³⁰⁸.

42. La concordance seulement occasionnelle du motif et du mobile. Le mobile suppose ainsi une pulsion, un désir, une émotion, une passion ou un sentiment quelconque qui incite à agir. Le motif implique, au contraire, une poussée vers une action plus ou moins réfléchie ; il fait agir après détermination. « *Cela ne signifie pas que le facteur affectif soit absent du motif mais que le facteur noétique ou intellectuel ne peut en être absent, cependant qu'il peut ne pas exister dans les mobiles* »³⁰⁹. C'est pourquoi les mobiles, conçus comme non nécessairement conscients, pourront recouvrir, le cas échéant, un motif d'ordre intellectuel.

43. La concordance résiduelle et secondaire du motif et du mobile. Outre que l'absorption du motif par les mobiles est tout à fait ponctuelle, elle est aussi secondaire et résiduelle. Si l'acception large du mobile, en tant que faisceau, englobe parfois des motifs noétiques, ceux-ci restent résiduels, comparés à l'ensemble des causes profondes et sont, de surcroît, moins déterminants³¹⁰. D'ailleurs, dans une acception plus étroite du mobile, il est entendu comme le mobile principal de l'acte, celui qui résulte de la synthèse de tous les autres. Là encore, ce sont les pulsions irrationnelles et inconscientes qui l'emportent souvent. Les motifs rationnels sont, en toute logique, plutôt inhibiteurs et se bornent souvent, on l'a vu, à la justification rationnelle des actes, demeurant par là même assez artificiels³¹¹. C'est ainsi

³⁰⁴ FERRI E., *La sociologie criminelle*, présentation de GASSIN R., Dalloz, Coll. *Bibliothèque Dalloz*, 3^{ème} éd. 2004, p. 416.

³⁰⁵ VON LISZT F., dans un extrait d'une revue allemande, parue en 1896, cité par RIGAUD C., *De l'influence du motif en matière en matière criminelle*, Th. Paris, 1898, p. 8.

³⁰⁶ Selon RIGAUD C., *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁰⁷ Les auteurs distinguent tout de même les mobiles de la disposition criminelle, qui est la synthèse de plusieurs tendances psychiques dues à un besoin pulsionnel quelconque, sous l'effet de laquelle l'individu cède plus facilement au mobile criminel. Voir, notamment, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p.117.

³⁰⁸ Pour un développement des nuances philosophiques, Cf. *infra* n° 133.

³⁰⁹ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p.28.

³¹⁰ Cf. *supra* n° 35.

³¹¹ Cf. *supra* n° 37.

que, généralement, les motivations sont beaucoup plus conscientes dans les actes ordinaires que dans les actes criminels³¹².

44. L'intérêt restreint du motif pour la criminologie. Voici pourquoi la criminologie s'intéresse aux motifs dans une moindre mesure et préfère sonder les motivations plus profondes, qui reflètent davantage la complexité de la personnalité humaine. Les mobiles, en ce qu'ils se rapportent au noyau dur de cette personnalité, sont les mieux à même d'expliquer le passage à l'acte criminel. Il en va de même du but, perçu comme plus superficiel que la cause des actes et, partant, comme tout à fait secondaire.

2) La distinction criminologique de la cause et du but

45. Le rapprochement du motif et du but par leur caractère conscient. Si les mobiles sont toujours en partie et souvent même en grande partie, inconscients, un but inconscient semble inconcevable³¹³, car il est la représentation du résultat auquel l'auteur tend par son acte. Le but est donc un phénomène cognitif ou noétique et non affectif. Si le motif et le but partagent leur aspect conscient, en revanche, le mobile a nécessairement une coloration affective et le motif n'en est pas forcément dépourvu.

46. La concordance partielle et occasionnelle des mobiles et du but. On pourrait être dès lors tenté de conclure à une concordance partielle des deux phénomènes psychiques, le but constituant la partie cognitive du mobile. Pourtant, il existe des mobiles sans partie consciente et des cas où le mobile conscient est simplement putatif³¹⁴. L'auteur de l'acte ou un tiers pourra, de manière rationnelle, déduire du but, un mobile correspondant qui ne sera que putatif et pas forcément déterminant. Il serait donc plus exact de considérer que le but peut occasionnellement coïncider avec la partie noétique du mobile conscient, réel ou putatif.

47. La différence irréductible entre le but et la cause préexistante. La criminologie s'intéresse moins au but direct, considéré comme le moyen d'atteindre le but final, qu'à ce dernier qui représente le changement espéré par la réalisation du but direct, la satisfaction du

³¹² YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 30 et s.

³¹³ Selon certains psychologues, il existe un « *inconscients cognitif* », qui renvoie aux mécanismes intimes qui forment la pensée, mais leur résultat est conscient. Voir notamment PIAGET J., *Problèmes de psychologie génétique*, Denoël-Gonthier, coll. *Bibli. Médiations*, Paris 1972, p. 37 et s.

³¹⁴ Cf. *supra*, n° 35 et n° 37. Voir YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 26 et 77.

désir profond³¹⁵. Le but permettant d'assouvir le désir qui en est la cause, la tentation est grande de les assimiler. En considérant l'acte par rapport au passé, on l'expliquerait par le mobile et en l'envisageant par rapport à l'avenir, on l'expliquerait par son but. Or, cette opinion répandue est incorrecte qui voit dans le but, une cause. C'est précisément ce lien de cause à effet qui les rapproche et les sépare irréductiblement. Le but est la fin, alors que le mobile est la source de l'acte et, en tant que cause, le mobile ou le motif préexiste nécessairement au but. Si le but est toujours issu d'un désir causal, il ne permet pas forcément, en lui-même, de savoir précisément lequel³¹⁶. La preuve de leur différence est, justement, établie par le fait qu'**à un seul et même but peuvent correspondre des mobiles les plus variés**³¹⁷.

48. L'ignorance des distinctions et confusions des disciplines. Ces distinctions, pour accessibles au droit pénal qu'elles paraissent, sont parfaitement éludées par lui. L'absence de distinction juridique entre motif et mobile conduit paradoxalement à l'assimilation du motif à une notion criminologique qui échappe en partie au droit pénal.

B) L'assimilation paradoxale du motif à la notion criminologique de mobile

49. L'empiètement paradoxal sur la criminologie. L'assimilation des notions de motif et de mobile, issue d'un défaut de prise en compte des distinctions existantes, s'explique sans doute par une certaine défiance à l'égard de l'approche criminologique. Les complexités concrètes de cette dernière sont perçues comme inadaptées à la rigueur qu'exige la matière juridique, à la généralité de ses normes, ainsi qu'au caractère nécessairement abstrait de ces concepts (1). L'amalgame de ces notions, né d'une volonté de simplification et d'application plus aisée des règles de droit pénal, mène paradoxalement à une complexification patente de la matière pénale (2).

1) Le refus des complexités criminologiques

50. L'assimilation doctrinale des notions de mobile, de motif et de but. Les auteurs ne définissent pas ou peu les notions de motif ou de mobile. Les rares éléments de définition

³¹⁵ *Ibid.*, p.103.

³¹⁶ Pour des illustrations du propos, Cf. *infra*, n° 88.

³¹⁷ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 23.

sont extraordinairement larges qui renvoient aux raisons et à la cause des actes³¹⁸. Aussi, ces deux notions sont-elles, en l'absence de précision, parfaitement amalgamées. Bien souvent, le mobile est défini comme un motif déterminant³¹⁹, ce qui apporte assez peu de précision, étant entendu que le motif peut être conçu comme plus neutre que le mobile qui, lui, est doté d'une coloration criminelle.

Parfois, les deux termes sont employés indistinctement, comme parfaitement équipollents³²⁰. De manière légèrement plus précise, le mobile peut être défini comme un but ou un motif³²¹, ce qui semble suggérer une certaine distinction entre le but et la cause. N'étant pas approfondie, cette dernière distinction manque d'intérêt, car les notions de motif et de but sont surtout rapprochées, ou plutôt regroupées au sein de la même catégorie de « mobile »⁷³, dont ils suivent le régime³²². En tout état de cause, ces trois notions sont le plus souvent totalement assimilées les unes aux autres et se substituent entre elles³²³. Même lorsque certains auteurs invitent à ne pas confondre le but de l'action volontaire et les causes d'un tel but, c'est pour définir ensuite le mobile comme le but recherché³²⁴. L'un des rares auteurs à avoir entrepris une séparation de la cause et du but fut SALEILLES, qui amalgamait, cependant, le motif et le mobile³²⁵.

51. La volonté implicite de simplification du droit. Il est alors possible d'analyser l'absence de distinctions entre les notions de motif, de but et de mobile, comme une volonté de simplification du droit. Il s'agirait d'obvier les questions embarrassantes et complexes d'ordre criminologique, s'adaptant mal à la matière juridique qui requiert, pour sa part, des concepts opérationnels et aisément applicables. Néanmoins, cette volonté simplificatrice,

³¹⁸ Voir notamment, CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 383, Cf. *supra*, n° 26.

³¹⁹ PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, p. 215. Pour d'autres illustrations doctrinales de cette définition, Cf. *supra*, n° 28.

³²⁰ VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1947-1949, n° 123 et s. BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 276.

³²¹ Les mobiles sont alors compris « à la fois comme les raisons qui ont poussé l'auteur des faits à agir et comme l'intention de parvenir à un résultat plus lointain que le résultat normalement exigé par la loi pénale » (DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 478). Dans le même sens, Voir notamment, MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 2^{ème} éd. 2007, n° 200, GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n° 290, BOULAICH A., *Etude de la capacité pénale dans la doctrine contemporaine*, Th. Toulouse, 1985, n° 60.

³²² Voir *infra*, n° 73 et s.

³²³ Voir, notamment, DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n° 123, LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. *U*, 11^{ème} éd. 2004, n° 23, JACQUEMIN M., *De l'intention en droit pénal*, Th. Paris, 1888, p. 93 et s.

³²⁴ MOINE-DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, chron. p. 2146 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *op. cit.*, n° 477 et s.

³²⁵ Voir, *infra*, n° 103 et s.

réelle ou supposée, n'est qu'implicite, puisque nul ne tente véritablement d'expliquer le *hiatus* qui existe entre les sophistications criminologiques et la superficialité de l'approche juridique. Cette superficialité est d'ailleurs reprochée au droit pénal, qui tend à négliger les mobiles profonds et inconscients – que la psychologie actuelle considère comme primordiaux – alors que « *les théories abstraites relatives à la volonté et à la décision, à la responsabilité et à la culpabilité, continuent le plus souvent à se rapporter à un être abstrait 'l'homme moyen', qui est un individu tout à fait différent de l'auteur d'un acte concret* »³²⁶. L'objection ne tient toutefois pas car elle méconnaît le rôle singulier du droit, qui diffère évidemment de celui des sciences criminelles en ce qu'il est unificateur et, par essence, abstrait. Les incriminations ne sauraient tenir compte des particularités de chaque cas et de chaque individu et, partant, leurs interprètes n'ont pas à distinguer là où la loi se doit d'être uniforme³²⁷.

52. La critique de l'amalgame notionnel. La critique adressée au droit pénal est doublement infondée car, en partant de l'idée qu'il ignore les mobiles profonds pour ne s'intéresser qu'aux mobiles superficiels, elle sous-entend qu'il opère une distinction entre différentes catégories de causes. Or, il n'en est rien, loin s'en faut, puisqu'en adoptant une définition d'une imprécision inouïe, il intègre, de fait, tous les modes et degrés d'explication de l'action humaine. C'est précisément là où se situe la problématique car, en ne proposant pas de définition juridique précise et propre à chaque notion, le mobile peut être entendu dans son acception criminologique, seule existante. En évitant de trop se pencher sur les distinctions criminologiques, on obtient paradoxalement le résultat redouté du rapprochement du but et du motif, de la notion, d'essence criminologique, de mobile. Or cette assimilation obscurcit singulièrement la matière pénale.

2) La complexification paradoxale du droit

53. La non-éviction des causes inconscientes du champ du motif et du but. En n'accordant pas de définition juridique idoine du motif et du but, ces derniers sont naturellement assimilés au mobile. Le droit ne se contente pas, on le sait, d'observer ou de comprendre les phénomènes humains, il doit les régir. Mais, pour régir au mieux, il faut bien

³²⁶ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 3.

³²⁷ Voir *infra*, n° 62 et s.

préalablement comprendre les phénomènes³²⁸. Avant de pouvoir exclure du champ de la responsabilité pénale la cause et le but des actes³²⁹, ou l'un des deux seulement³³⁰, il faut savoir définir leurs contours, afin que de telles évictions aient du sens. Une définition juridique claire permettrait de reconnaître, grâce à des critères, si telle ou telle explication d'un acte correspond à son but ou à sa cause, à un mobile profond relevant de l'affect ou à un motif conscient ayant trait à l'intellect. Il s'agirait de se servir des distinctions criminologiques, non pas pour en tirer les mêmes conclusions mais pour en extraire des conséquences propres au droit pénal. Les mobiles inconscients d'ordre affectif ou pulsionnel intéressent au premier chef la criminologie car ils seraient les mieux à même d'expliquer le passage à l'acte. Le droit pénal, qui n'a pas le même rôle, pourrait prétendre clairement les évincer du champ des conditions de la responsabilité pénale. Ces mobiles profonds d'un maniement délicat requièrent des méthodes extra juridiques d'investigation³³¹ et pourraient ainsi être cantonnés à l'individualisation de la peine.

54. L'absence de distinction des régimes juridiques du but et du motif rationnel.

Les motifs et les buts partagent leurs aspects conscients et noétiques et recevraient de la sorte le même traitement juridique. Ils sont d'ailleurs considérés comme des composantes occasionnelles de l'élément moral de l'infraction³³². Ils pourraient, au contraire, être clivés selon qu'ils relèvent des causes de l'intention ou de la précision de celle-ci. Dans un cas, ils seraient antérieurs et, partant, extérieurs à elle; dans l'autre, ils constitueraient un degré supplémentaire de précision de la faute morale. Les motifs, même conscients et rationnels, relèvent de l'explication des actes et non du but, comme les mobiles au sens large. Plus précisément, le motif explique que la volonté soit tendue vers un but, il est la cause de la volonté qui génère elle-même l'acte.

En revanche, si le but peut éventuellement être conçu comme la cause de l'acte, il ne saurait être conçu comme la cause de la volonté dont il émane. La confusion entre but et cause provient manifestement du point où l'on se place pour les envisager: sous l'angle de l'intention, le but fait corps avec celle-ci, le fait qu'il s'agisse d'un but direct ou final, n'y changeant rien. C'est une simple affaire de degré de précision de celle-ci. Le but ne saurait,

³²⁸ Sur l'interdépendance des deux disciplines et la nécessité pour le Droit d'avoir une connaissance du fait qu'il entend réprimer, Voir notamment LARGUIER J., *Criminologie et science pénitentiaire*, Dalloz, coll. *Mémentos*, 10^{ème} éd. 2005, p. 5.

³²⁹ Cf. *infra*, n° 63 et s.

³³⁰ Cf. *infra*, n° 89 et s.

³³¹ Pour une étude approfondie des méthodes d'investigation, voir notamment, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 132 et s., pour une étude de cas concrets, Voir p. 142 et s.

³³² Cf. *infra*, n° 73 et s.

en revanche, jamais répondre à la question de savoir pourquoi la volonté a été tendue vers ce but. Le mobile et le motif pourraient répondre à cette question, car ils préexistent à la volonté, qui en résulte. Seul le but final pourrait intégrer, occasionnellement, l'élément moral de l'infraction, tant il se rapproche de l'intention. Le motif devrait, pour sa part, en demeurer extérieur. Il n'en est toutefois rien puisque de telles distinctions sont éludées.

55. L'assignation au motif d'un régime identique au mobile et au but. La seule place conférée au mobile, largement entendu, dans la responsabilité pénale étant celle de composante occasionnelle de l'élément moral, la tentation première est de rattacher le motif à cet élément de l'infraction au sens large. Le motif étant assimilé à la notion éminemment subjective de mobile, il a naturellement été attiré vers une composante psychologique de la responsabilité. A l'analyse, ce rapprochement paraît plutôt forcé puisque tout ce qui est subjectif ne se rattache pas indubitablement à la faute morale participant de l'établissement de la responsabilité. C'est davantage le domaine de la mesure de la responsabilité qui est le siège par excellence des considérations subjectives.

Section 2 : L'attraction imposée du motif vers la faute morale

56. Une intégration peu cohérente. D'après la conception classique, le motif, quel qu'il soit, a trait à l'état d'esprit de l'agent, en ce qu'il en constitue sa cause. Il serait alors antérieur à la faute morale et, par là même, distinct de celle-ci. Dès qu'un motif paraît être exigé par une incrimination, il est néanmoins appréhendé comme faisant corps avec la faute morale. On considère traditionnellement que ces infractions impliquent, au-delà du dol général, un dol dit "spécial". En dépit de l'indifférence de principe du motif sur la faute morale (§1), qui postule leur incompatibilité théorique, il est admis que le législateur peut s'en affranchir pour intégrer, exceptionnellement, le motif à la faute (§2).

§ 1 : Le principe de l'indifférence du motif sur la faute morale

57. Une incompatibilité théorique. La doctrine s'accorde unanimement sur l'indifférence de principe du motif – en tant que mobile – sur la faute morale. Cette dernière est définie de manière abstraite : « *elle est le fait de vouloir un acte (que l'on sait interdit) et*

elle n'est rien d'autre »³³³. L'indifférence des motifs est alors justifiée par l'assise objective de la répression (A), et se traduit naturellement par leur absence d'effet sur la faute morale (B).

A) Une indifférence justifiée par l'assise objective de la répression

58. La dimension exclusivement abstraite de la faute. C'est en examinant les dispositions prévues à l'article 121-3 du Code pénal – conçu comme la matrice de la culpabilité juridique³³⁴ – et en les confrontant aux conclusions qui ressortent des avancées criminologiques, que peuvent être révélées la conception particulièrement abstraite de la faute (1) ainsi que son opposition à la conception criminologique qui entraîne inmanquablement le rejet radical d'une approche concrète de la faute en droit pénal³³⁵ (2).

1) La conception éminemment abstraite de la faute en droit pénal

59. La consécration législative du caractère abstrait de la faute. En posant, dans l'article 121-3 alinéa 1^{er} du Code pénal, le principe qu' « *Il n'y a point de crime ou de délit sans intention de le commettre* », le législateur consacre une conception exclusive de toute considération tenant à la complexité psychique du délinquant, comme aux ressorts de l'acte délictueux³³⁶. Il ne se réfère qu'à « *l'attitude d'un individu pris dans son comportement et par son comportement* »³³⁷. L'intention serait une notion d'ordre purement social et, à ce titre, il incomberait au législateur de donner une définition de la faute afin que les juges puissent la caractériser au moyen de simples constatations objectives³³⁸.

60. La consécration jurisprudentielle du caractère abstrait de la faute. La jurisprudence constante de la chambre criminelle de la Cour de cassation soutient, sans la moindre équivoque, cette option doctrinale et législative en posant clairement « *que la seule violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3 alinéa 1^{er} du Code*

³³³ PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 505.

³³⁴ Pour cette affirmation, Voir MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 284.

³³⁵ Un rejet à nuancer s'agissant de la faute non-intentionnelle, selon PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 127 et s.

³³⁶ *Ibid.*, n° 128.

³³⁷ PUECH M., « Scolies sur la faute pénale », *Droits* 1987. 77, spéc. p. 82.

³³⁸ *Ibid.*, p. 81.

pénal »³³⁹. Cette définition est à ce point large, qu'elle semble correspondre davantage aux fautes d'imprudence qu'à la faute intentionnelle, pour laquelle elle a été formulée. C'est dire si la conception abstraite se décline *a fortiori*, pour tous les types de fautes, parce qu'elles partagent, toutes, le caractère conscient de l'accomplissement d'un acte prohibé³⁴⁰. Le socle irréductible et invariable de la faute en droit pénal se trouve bien dans une volonté essentiellement présumée³⁴¹. La jurisprudence était déjà en ce sens, avant la réforme du Code pénal, qui avait pu affirmer que « *l'élément intentionnel résulte de la nature même du délit et n'a pas à être affirmé par le juge* »³⁴².

61. La consécration doctrinale du caractère abstrait de la faute. Dans une perspective d'enquête, l'analyse des mobiles est décisive car, comme l'écrivait GIDE, il s'agit de « *l'anse par lequel on tient le criminel* »³⁴³. Mais la loi étant par principe « *générale et abstraite* »³⁴⁴, les mobiles lui sont indifférents. Certains considèrent, dans le même sens, que la responsabilité ne peut que dépendre d'un critère objectif sauf à renoncer au concept même d'ordre public³⁴⁵. La doctrine conçoit largement la faute comme la « *volonté de commettre le délit tel qu'il est défini par la loi* »³⁴⁶ et « *la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales* »³⁴⁷. Le dol général apparaît alors comme une volonté relativement abstraite qui se réduit à la simple conscience de la violation de la loi pénale au moment de

³³⁹ Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 203, arrêts n° 1 et 2, p. 474, *D.* 1994, I.R. p. 217, *Dr. pén.* 1994, comm. 237, 1^{ère} espèce, obs. ROBERT J.-H., *RSC* 1995. 97, obs. BOULOC B., *ibid.* 356, obs. ROBERT J.-H. ; Crim., 12 juill. 1994, *Bull. crim.*, n° 280, *Dr. pén.* 1994, comm. 237, 2^{ème} espèce, obs. préc. ROBERT J.-H., *RSC* 1995. 343, obs. BOULOC B., *ibid.* 356, obs. préc. ROBERT J.-H. ; Crim., 8 juin 1995, *Bull. crim.*, n° 211, *D.* 1995, I.R., p. 225 ; Crim., 30 oct. 1995, *Bull. crim.*, n° 335, *D.* 1996, I.R., p. 27, *RSC* 1996. 645, obs. BOULOC B., *Dr. pén.* 1996, comm. 70, obs. ROBERT J.-H. ; Crim., 10 janv 1996, *Bull. crim.*, n° 13, *Dr. pén.* 1996, comm. 89, obs. ROBERT J.-H. ; Crim., 25 janv 1996, *Bull. crim.*, n° 50, *Bull. Joly* 1996, p. 229 ; Crim., 22 janv 1997, *Juris-Data* n° 001194 (non publié), *Dr. pén.* 1997, comm. 83, obs. ROBERT J.-H. (rejet du pourvoi formé dans l'intérêt de la loi sur ordre du Garde des sceaux) ; Crim., 5 févr. 1997 (non publié), *Gaz. Pal.* 1997. I. chron. crim., p. 113 ; Crim., 28 mai 1997, *Bull. crim.*, n° 209, *D.* 1999, somm. p. 153, obs. ROUJOU DE BOUBÉE G. ; Crim., 18 juin 1997, *Bull. crim.*, n° 242, *Dr. pén.* 1997, comm. 147, obs. ROBERT J.-H., *JCP G* 1998. IV. 1241 ; Crim., 7 déc. 1999, *Juris-Data* n° 00468 (*inédit*), *Dr. pén.* 2000, comm. 77, obs. ROBERT J.-H.

³⁴⁰ Sur le caractère commun à toutes les fautes d'une volonté abstraite réduite à sa plus simple expression, Voir PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007.

³⁴¹ Cf. *infra* n° 186 et s.

³⁴² Crim., 16 janv. 1947, *Bull. crim.*, n° 23.

³⁴³ GIDE cité par PIN X., *op. cit.* n° 171.

³⁴⁴ Voir, sur cet argument avancé pour évincer les mobiles du champs de la faute, PIN X., *op. cit.*, *loc. cit.* ; BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 534.

³⁴⁵ Voir MAYAUD Y., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 200, p. 183.

³⁴⁶ PRADEL J., *op. cit.*, n° 504, où le dol est aussi défini comme la connaissance de l'interdit et la volonté de le transgresser (*sciens et volens*).

³⁴⁷ GARCON E., *Code pénal annoté*, T. 1, Rec. Sirey, 1952, art. 1, n° 77.

l'acte³⁴⁸. La faute se conçoit comme la résultante d'une double présomption de connaissances, celle de la loi et celle de la réalité matérielle des faits³⁴⁹. On considère généralement qu'il incombe au prévenu de rapporter la preuve d'une erreur de fait pour contester une faute intentionnelle, ou la preuve plus délicate d'une erreur qu'aurait commise le bon père de famille, en matière non intentionnelle³⁵⁰. C'est encore au prévenu qu'il incombera de rapporter la preuve d'une erreur invincible de droit³⁵¹. La règle *nemo censetur ignorare legem*, pour artificielle qu'elle soit, témoigne particulièrement d'un rejet radical d'une conception concrète de la faute.

62. Une conception résolument abstraite. Outre l'affirmation de la conception abstraite de la faute morale, l'impossibilité catégorique d'une approche concrète est souvent exposée pour expliquer l'indifférence des états d'esprit particuliers, des motivations plus ou moins profondes et de l'arrière-plan psychologique des actes volontaires en général.

2) Le rejet radical d'une conception concrète de la faute morale

63. L'impossible prise en compte légale de l'infinie variété des motifs. Il en va de l'efficacité de la répression : la loi pénale ne saurait prévoir les circonstances particulières de chaque espèce, sauf à devenir d'une redoutable complexité³⁵². Généralement perçue comme une nécessité de la répression³⁵³, et quelquefois déplorée³⁵⁴, la conception abstraite de la faute est toujours opposée à l'approche criminologique. La majorité des auteurs affirme le caractère abstrait de la faute et rejette d'emblée l'arrière-plan psychologique du délinquant, ses

³⁴⁸ Pour cette affirmation, voir PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 169, MOINE-DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, chron. p. 2144.

³⁴⁹ Voir, notamment, PRADEL J., *op. cit.*, *loc. cit.*, où le dol est aussi défini comme « la conscience chez le coupable de la réalité factuelle et légale ».

³⁵⁰ Pour une conception uniforme de la faute, Cf. *infra* n° 187.

³⁵¹ Sur le caractère exceptionnel de l'admission de l'erreur de droit, Voir LESCLOUS V., MARSAT C., « Circulaires : éléments de bonne foi », *Dr. pén.* 1996, chron. 44 ; HOSNI N., « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1999. 711-727 ; MAYAUD Y., « Erreur en droit pénal », *Cahier des sciences morales et politiques* 2007. 125.

³⁵² Voir, en ce sens, BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005. 534.

³⁵³ « Les problèmes psychologiques, les mobiles risquent de peser peu devant les nécessités collectives d'une société toujours plus complexe, surtout alors qu'aucune époque, plus que la nôtre, n'a offert autant d'occasions de nuire à ses semblables, par intention malveillante mais aussi, et surtout, par imprudence [...] la société, de plus en plus et parfois avec excès, ressent comme une nécessité morale l'identification d'un coupable, quel qu'il soit » selon CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 349, p. 200.

³⁵⁴ Voir, en ce sens, PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 127 et s. Voir, aussi, MOINE-DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, chron. p. 2145.

sentiments particuliers, et l'ensemble de ses raisons ou mobiles considérés comme éminemment variables pour une même intention et abondamment illustrés³⁵⁵. Sont généralement cités à titre d'exemples de sentiments dont le droit pénal ne saurait tenir compte pour la caractérisation de la faute, la jalousie, la vengeance, la cupidité, la colère, la haine, mais aussi l'amour, la passion, la pitié, la plaisanterie, la compassion. L'infinie variation des motivations personnelles de chaque individu et pour chaque acte, place la loi pénale dans l'impossibilité de prendre en compte toutes les données concrètes³⁵⁶. Les motifs sont unanimement relégués à la mesure de la peine, puisque le juge a la possibilité de tenir compte des circonstances et de la personnalité de l'auteur dans un but d'individualisation de la sanction³⁵⁷. Cette approche concrète de la faute, nécessairement casuistique, se rapporte alors davantage à l'office du juge, car il est finalement le seul en mesure de l'effectuer. Si l'utilisation de critères subjectifs est admise, au nom de l'individualisation de la sanction, « celle-ci ne saurait aller jusqu'à déborder sur les assises objectives de la répression »³⁵⁸.

64. L'absence de fondement scientifique de la théorie de l'intention. On voit fréquemment opposée la complexité des mécanismes menant à la consommation de l'acte, mis en évidence par les données de la criminologie, à l'attitude objective que retient le droit pénal³⁵⁹. C'est précisément parce que la notion de culpabilité criminologique correspond à un phénomène éminemment concret³⁶⁰ – la personnalité du délinquant – et intègre, en son sein, la motivation du crime, qu'elle ne peut constituer un fondement à la théorie classique de l'intention. Nombreux sont les auteurs qui considèrent que la théorie de l'intention n'a pas de fondement scientifique³⁶¹. Elle ne pourrait même pas se fonder sur la science, car sa prise en

³⁵⁵ Voir pour cette opposition entre faute abstraite et données concrètes illustrées, PIN X., *op. cit.*, n° 171 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 199, PRADEL J., *op. cit.*, n° 505 ; DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n° 121 ; DESPORTES F. et LE GUNHEC F., *op. cit.*, n° 477.

³⁵⁶ Voir pour cette affirmation, HERZOG-EVANS M., *Droit pénal général*, Vuibert, coll. *Dyna'sup droit*, 2^{ème} éd. 2009, n° 270.

³⁵⁷ Sur la relégation du mobile à la mesure de la peine, Voir notamment HERZOG-EVANS M., *op. cit., loc. cit.* ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit., loc. cit.* ; BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », RSC 2005. 535. Cf. *infra* n° 133.

³⁵⁸ MAYAUD Y., *Droit pénal général, op. cit., loc. cit.*

³⁵⁹ ROUJOU DE BOUBÉE G., « La genèse de l'acte infractionnel », in *Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie*, Travaux du colloque de science criminelle de Toulouse, 30 janv. au 1^{er} févr. 1969, Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse, t. XVII, Fasc. 1, 1969, p. 71 ; GASSIN R., CIMAMONTI S., BONFILS P., *Criminologie*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2011, n° 799.

³⁶⁰ GASSIN R., CIMAMONTI S., BONFILS P., *op. cit., loc. cit.*

³⁶¹ *Ibid.*

considération impliquerait une étude générale et approfondie de la personnalité du délinquant³⁶².

65. La primauté de l'ordre social sur l'ordre moral. L'idée est, en effet, répandue que l'intention serait une notion d'ordre social, distincte de celle d'ordre moral qui analyse l'intention, en tant que « *résultat d'états psychologiques profonds mettant en évidence la moralité (répréhensible ou non) de l'agent* »³⁶³. Il est vrai que « *La justice des hommes est sociale, elle n'est pas, à ce titre, celle du Créateur. Au regard de l'ordre social, et donc du droit pénal, celui qui désire commettre une infraction mais s'en abstient par crainte de la peine, n'est pas différent de celui qui a le même comportement par simple respect spontané de la valeur protégée* »³⁶⁴. C'est pourquoi certains auteurs considèrent que les investigations psychologiques du juge doivent rester élémentaires, qu'il n'est pas nécessaire de se perdre dans les méandres de la mentalité criminelle pour déterminer que les contraintes sociales n'ont pas été respectées et qu'il serait inopportun, pour infliger un blâme social, de tenir compte des histoires individuelles et complexes de chacun³⁶⁵.

66. L'impossible prise en compte des données concrètes. La faute morale ne pouvant qu'être vierge de toute considération concrète tenant aux motivations de son auteur, les motifs ou mobiles n'ont, en toute logique, aucun effet sur sa caractérisation et en demeurent extérieurs.

B) L'absence d'effet du motif sur la faute morale

67. L'absence d'opposition entre motif et faute. La motivation particulière et le but lointain poursuivi, quoiqu'extérieurs à la volonté infractionnelle permettent de l'établir plus aisément. Qui veut le plus, veut le moins, pourrait-on dire. Le motif confirme plus, qu'il ne

³⁶² Voir PINATEL J., « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme », *Mél. LEBRET J.*, PUF, 1968, p. 192 et 193.

³⁶³ Voir PUECH M., *op. cit.*, n° 4, p. 81, où l'auteur considère qu'ainsi seraient soumis à la répression, les actes inspirés par des mobiles pervers et y échapperaient ceux inspirés par les mobiles plus nobles, tels que la pitié ou l'altruisme.

³⁶⁴ CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁶⁵ *Ibid.* Par ailleurs, l'expulsion des mobiles de la constitution de l'infraction, et plus précisément de la faute, est « *indispensable à l'attestation de la faute. Dès lors, qu'importe la ou les raisons qui ont poussé le sujet à agir. L'obligation de socialisation impose le devoir de frustration* » (BOULAICH A., *Etude de la capacité pénale dans la doctrine contemporaine*, Th. Toulouse, 1985, p. 55).

l'infirme, le caractère volontaire de l'acte (1). La jurisprudence s'oppose, par conséquent, à la suppression de la faute par le motif (2).

1) Le motif comme confirmation du caractère volontaire de l'acte

68. Un raisonnement *a fortiori*. La loi n'a pas la prétention de comprendre ; elle affirme ce qui doit, jamais ce qui est. De ce point de vue, tout ce qui a poussé l'agent à agir relève bien du reproche. Ses raisons, même réelles et sérieuses, d'adopter un comportement illicite, l'ont, par définition, conduit à violer la loi pénale, qui n'occulte les mobiles que pour mieux souligner la faute³⁶⁶. Les motifs ne sont, certes, pas nécessaires à l'établissement de la faute³⁶⁷ puisqu'elle est finalement réduite au caractère volontaire de la violation de la loi. Ils peuvent, néanmoins, faciliter la caractérisation de la faute par un raisonnement *a fortiori*. Aussi, admet-on volontiers qu'un motif, même honorable, œuvre davantage dans le sens de l'établissement de la faute que dans celui de sa suppression.

69. Le rejet subséquent de la suppression de la faute par le motif. Tout motif, même honorable, s'analysant davantage comme une confirmation du caractère volontaire de l'acte, la jurisprudence s'oppose à ce qu'il puisse supprimer la faute. Ce n'est que de manière dissimulée que les juges prennent parfois en compte les « bons mobiles », montrant ainsi qu'il n'est pas possible de déroger expressément à la règle.

2) Le refus jurisprudentiel de la suppression de la faute par le motif

70. Une affirmation constante. En suite de la doctrine classique, les arrêts les plus anciens de la Cour de cassation ont consacré l'indépendance de l'intention criminelle et des motifs³⁶⁸. La jurisprudence a maintenu assez clairement cette posture, qu'il s'agisse du meurtre par compassion, d'appropriations frauduleuses pour alimenter des œuvres de bienfaisances, du vol pour reprendre un bien injustement acquis ou de la violation de domicile

³⁶⁶ Pour cette posture, Voir BOULAICH A., *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁶⁷ « Cette règle est traditionnelle, par la constance de sa consécration et de ses applications » (MAYAUD Y., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*)

³⁶⁸ Crim., 11 déc. 1924, S., 1925. I. 334 ; 22 juil. 1926, S. 1928. I. 73, note ROUX ; 24 oct. 1935, *Gaz. Pal.*, 5 déc. 1935 ; Cass., 12 août 1847, D. 1847. V. 510, cités par VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1947-1949, n° 124. Voir aussi, Crim., 20 août 1932, *Bull. crim.*, n° 207.

effectuée par l'ancien occupant expulsé³⁶⁹. De même, l'employé qui s'empare dans l'entreprise d'un document afin d'assurer sa défense dans un procès était, encore récemment, considéré comme un voleur, quel que soit le mobile qui avait inspiré son geste³⁷⁰. La chambre criminelle n'a pas estimé qu'il fallait tenir compte du mobile de plaisanterie entre camarades, pour condamner les violences infligées à un collègue³⁷¹, pas plus que des revendications salariales, pour condamner la séquestration des dirigeants d'une entreprise³⁷², ni de l'interprétation du *Coran*, pour condamner une provocation à la violence³⁷³. Elle a pareillement admis comme actes de torture et de barbarie ayant entraîné la mort sans intention de la donner, le fait d'avoir infligé des souffrances intolérables à une victime, au cours d'une séance de désenvoûtement, même si les actes étaient destinés « *au démon logé en elle* », le mobile ne pouvant ôter à de tels comportements, leur caractère criminel³⁷⁴. Les illustrations sont abondantes, et le principe de l'indifférence des motifs, bien établi.

71. Des contournements dissimulés du principe de l'indifférence du motif. La jurisprudence n'a désormais de cesse de répéter que « *les mobiles ne peuvent être retenus par les juges du fond autrement que pour l'application d'une peine* »³⁷⁵. Mais, il fut un temps où elle disposait d'une marge de manœuvre plus étroite dans le choix de la peine. De nombreux acquittements d'assises s'expliquaient, alors, par le fait que les peines prévues étaient trop élevées, en dépit de l'admission des anciennes circonstances atténuantes dont l'abaissement, en matière criminelle, n'était que de deux degrés maximum³⁷⁶. La confusion de l'intention et du mobile n'était pas seulement l'apanage des juges du fond³⁷⁷. La Cour de cassation a pu,

³⁶⁹ Voir, pour ces illustrations jurisprudentielles, Crim., 5 juin 1940, *DC* 1941. 30, note DONNEDIEU de VABRES H. ; 15 déc. 1943, *D.* 1945. 131 ; 12 mars 1970, *D.* 1970. 385, note DELMAS-MARTY M. ; 29 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973. I. 109 ; 15 mars 1977, *D.* 1977. I.R.. 239 ; 19 mai 1983, *Bull. crim.* n° 150 ; 8 janv. 1992, *Bull. crim.* n° 5.

³⁷⁰ Crim., 24 avril 2001, *Bull. crim.* n° 98, *RSC* 2001. 829, obs. GIUDICELLI-DELAGE G. Elle avait déjà censuré la relaxe fondée sur le motif d'assurer sa défense dans une instance prud'homale, après avoir rappelé que « *toute appropriation frauduleuse de la chose d'autrui contre le gré de son propriétaire caractérise la soustraction frauduleuse constitutive du vol, quelque soit le mobile qui a inspiré son auteur* », (Crim. 8 déc. 1998, *Bull. crim.* n° 336, *Dr. pén.* 1999, comm. 67. *Contra*, Soc., 2 déc. 1998, *JCP* 1999. II. 10166, note BOURETZ S.), Cf. le revirement ultérieur, *infra* n° 287.

³⁷¹ En l'espèce, les intestins avaient été perforés par une propulsion d'air comprimé dans le fondement de victime, Crim., 21 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 258. Comp. Toulouse, 21 févr. 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. n°83, obs. VERON M., pour la relaxe du chef de violences volontaires relative à l'envoi de poudre blanche similaire à l'anthrax.

³⁷² Crim., 23 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 384.

³⁷³ Crim., 6 fév. 2007, *JCP* 2007. II. 10091, note DREYER E.

³⁷⁴ Crim., 3 sept. 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. n° 4, obs. VERON M., *Gaz. Pal.*, 1997. I. 20.

³⁷⁵ Crim., 12 mai 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. n° 279 ; 3 sept 1996, *Bull. crim.* n° 311.

³⁷⁶ Voir, pour des illustrations de ce constat, VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire, op. cit., loc. cit.*

³⁷⁷ Voir, pour de nombreux exemples d'arrêts d'appel, *ibid.*

parfois, approuver la prise en compte des mobiles pour considérer que l'infraction n'était pas constituée, faute d'élément moral³⁷⁸. La jurisprudence n'a donc pas expressément reconnu le rôle des mobiles. Afin de ne pas afficher sa contradiction, elle se contentait de relever l'absence d'intention coupable, dans des espèces où se reconnaissaient, pourtant, une volonté coupable mais assortie d'un motif « compréhensible »³⁷⁹.

72. La multiplication des exceptions. La prise en compte judiciaire des mobiles, en dépit de l'indifférence proclamée, explique que des auteurs, tels que GARRAUD, aient pu considérer que « *la préoccupation de la recherche du mobile des actes devient tellement dominante dans les verdicts du jury qu'il y a là une indication pour les législateurs de l'avenir* »³⁸⁰. C'est ainsi que des exceptions au principe de l'indifférence des mobiles, censés être incompatibles avec l'établissement de la responsabilité, se sont multipliées dans les textes de loi.

§ 2 : L'intégration exceptionnelle du motif à la faute morale

73. L'intégration des motifs ou la prétendue subjectivisation de la faute. Il est communément admis que le législateur intègre des données de plus en plus subjectives pour restreindre l'engagement de la responsabilité. Les motifs honorables faisant obstacle à la caractérisation de la faute morale sont, cependant, moins souvent évoqués. Il y aurait, de fait, une absence de parallélisme entre les bons et les mauvais motifs. Les auteurs citent souvent de bons motifs pour affirmer leur indifférence et illustrent leur prise en compte exceptionnelle, au titre d'un dol spécial, par de mauvais motifs. Il ne saurait être question d'un principe et d'une exception, s'il ne s'agit pas du même objet. Il y aurait plutôt deux principes différents affectés à deux domaines distincts. Encore faudrait-il pouvoir donner les fondements théoriques d'une telle différence de régime entre les bons et les mauvais motifs et parvenir à dégager un critère technique de distinction des deux. L'un des moyens de rétablir un parallélisme entre les bons et mauvais motifs serait d'assimiler l'exception de motif

³⁷⁸ Voir Crim., 17 nov. 1892, *D.* 1893. I. 213 ; 1^{er} août 1908, *D.* 1909. II. 79. Voir aussi, s'agissant d'un bris de scellés (art. 249, C. pén. anc.), Crim. 2 janv. 1903, *S.* 1904. I. 57, note CHAVEGRIN M. ; en matière de faux, Cass., 17 févr. 1838, *S.* 38.1.936 ; 18 juin 1852, *S.* 1952. I. 679.

³⁷⁹ Voir, pour des illustrations du propos, MIMIN P., « L'intention et le mobile », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mél. PATIN M., Cujas, 1965, p.116.

³⁸⁰ GARRAUD R., cité par RIGAUD C., *De l'influence du motif en matière criminelle*, Th. Paris, 1898, p. 33.

légitime à une sous-catégorie du dol spécial. Les motifs, bons ou mauvais, des actes joueraient alors tous, sans distinction, un rôle exceptionnel de précision de la faute morale.

Les motifs requis pour l'établissement de la responsabilité pénale, au titre du dol spécial, seraient illégitimes puisqu'ils la conditionnent. La particularité du motif dit "légitime" serait, au contraire, de l'exclure. Il aurait le même rôle que le mauvais motif mais à l'inverse, pour ainsi dire. On pourrait alors parler de dol spécial « inversé » ou négatif. Dans les deux cas, il s'agirait de restreindre le champ de la responsabilité, tantôt en subordonnant plus strictement son engagement à l'existence d'une condition illégitime, tantôt en imposant son absence pour ne pas engager la responsabilité. En tirant toutes les conséquences de l'approche subjective du motif, il faudrait donc appréhender les motifs illégitimes en tant que dols spéciaux (A) et voir dans le motif légitime un dol spécial négatif (B).

A) Les motifs illégitimes en tant que dols spéciaux

74. L'amalgame du but et de la cause au sein du dol spécial. Bien que fondée sur une incompatibilité théorique, la règle de l'indifférence des motifs serait loin d'être absolue. « *Bien souvent, au contraire, la loi fait dépendre la culpabilité d'un acte de l'illégitimité des motifs [...] elle s'en explique formellement, en faisant rentrer, dans la définition du crime ou délit, la mention du dessein méchant* »³⁸¹. Pour être intégré au dol, le motif illégitime doit donc être entendu comme un but illicite. En introduisant ce que l'on appelle communément le dol spécial, d'aucuns estiment qu'il s'est agi de pouvoir enfin mettre en œuvre un concept plus concret et plus réaliste que celui de dol général, qu'il faudrait éviter d'enfermer dans un « *carcan conceptuel* »³⁸². Les réticences de la doctrine classique à l'endroit de l'intégration des mobiles dans le concept de dol (1) ont progressivement cédé le pas à un consensus contemporain autour de leur admission exceptionnelle (2).

1) Les réticences de la doctrine classique

75. L'éviction de la cause du dol général ou spécial. D'aucuns ont contesté la notion de dol spécial, lorsqu'elle intègre les motivations des actes. Ils définissent ce type de faute par

³⁸¹ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n° 290, p. 579.

³⁸² Selon MOINE-DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, chron. p. 2145.

une conception large de l'intention demeurant réfractaire à la notion de mobile³⁸³. Ainsi, ce que beaucoup d'auteurs reconnaissent, désormais, comme des motifs pris en compte par le législateur au titre de la faute morale, est englobé par d'autres dans une conception large de l'intention qui ne saurait, toutefois, intégrer les mobiles. Il leur a été objecté qu'à trop diluer le contenu du dol général, afin de minorer les évolutions textuelles de la faute, il tend à se vider de sa substance³⁸⁴.

D'autres auteurs, en revanche, furent enclins à substituer la notion de dol spécial à celle de dol général, sans que cette hypertrophie ne porte véritablement sur les motifs des actes, largement ignorés de cette théorie. Cette dernière a, par ailleurs, souffert de la même critique que la précédente puisqu'elle aboutit à une perte d'intérêt des notions de dols général et surtout spécial³⁸⁵. En définissant le dol spécial comme la volonté d'une atteinte précise, elle recoupe finalement la distinction existant entre les infractions formelles et matérielles, dont le critère est d'ordre matériel et non moral³⁸⁶.

76. La relégation de la cause au dol aggravé. Cette approche classique est, à présent, relayée par un courant assez marginal qui tend à concevoir le dol spécial de manière extensive, comme « *la volonté d'atteindre un résultat déterminé*³⁸⁷ » et, partant, à le distinguer des mobiles en tant que causes variables³⁸⁸. Ces derniers seraient, néanmoins, pris en compte au titre des circonstances aggravantes. Il existerait, de la sorte, une distinction entre dol spécial et dol aggravé. Sont souvent cités à titre d'illustration les infractions aggravées par des mobiles terroriste, racial ou religieux, mais également les violences et dégradations volontaires dans le but de faire taire un témoin ou une victime³⁸⁹. Cette dernière illustration met, pourtant, en exergue une incohérence rendant l'approche moins attrayante que de prime abord. L'effort de distinction du but et de la cause quant au dol spécial a fléchi s'agissant du dol aggravé, puisqu'il reprend finalement l'amalgame initialement désapprouvé.

³⁸³ L'intention correspond parfaitement au « *contenu de ce que la théorie classique appelle dol spécial* », ce type de dol est caractérisé par « *la volonté de produire le résultat prohibé par la loi* » (MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 596 et s.).

³⁸⁴ Voir, en ce sens, MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 284, PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 327. Cf. *infra* n° 149 et s.

³⁸⁵ Voir en ce sens, MORVAN P., *préc.*, *loc. cit.*, PY-LEBRUN H., *op. cit.*, *loc. cit.*

³⁸⁶ Pour l'étude critique de cette théorie, Cf. *infra* n° 155.

³⁸⁷ DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 478.

³⁸⁸ Voir *ibid.*, n°477.

³⁸⁹ Voir respectivement, pour toutes ces aggravations, les articles 421-3, 225-18, 222-3, 5° et 322-3, 4° du Code pénal.

77. L'effort non abouti de distinction du but et de la cause. L'éviction de la cause des dols général et spécial et sa relégation au dol aggravé ne manquaient pas de pertinence. Cette présentation n'a, toutefois, pas prospéré, en raison des divisions qui opposent la doctrine quant au clivage exact des différents types de dols. Dans un effort de rationalisation du dol, elle a été tentée d'y attirer toutes les expressions législatives qui s'apparentent aux notions de cause ou de but précis des actes.

2) Le consensus doctrinal contemporain

78. La confusion du but précis et de la cause au sein du dol spécial. La division du dol en plusieurs catégories est désormais largement perçue comme le témoignage de l'intégration des « *subtilités psychologiques* »³⁹⁰. Cette prise en compte législative serait particulièrement mise en exergue par l'institution du dol spécial. Ce dernier, que l'on considère généralement constitué d'une intention à laquelle s'ajoute un mobile précis, se distingue des autres formes de dol par la prise en considération explicite des données psychiques³⁹¹. La majorité des auteurs considère ainsi qu'il y a dol spécial lorsqu'un but ou un mobile paraît exigé par le législateur en tant qu'élément constitutif d'une infraction autonome ou aggravée³⁹². Si d'autres adoptent une conception plus large, intégrant la volonté d'un résultat telle que l'intention de tuer dans le meurtre, ils intègrent aussi les buts plus précis qu'ils analysent en mobiles³⁹³.

79. Les nombreuses illustrations. Il y aurait dol spécial lorsque le mobile est pris en compte par le législateur au titre de l'élément intentionnel, généralement sous la forme d'un dessein déterminé³⁹⁴. Le mobile est alors perçu comme entrant dans la constitution du délit car, à défaut du mobile légalement prévu, la répression n'intervient pas³⁹⁵. Il en irait ainsi de

³⁹⁰ MAYAUD Y., « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mél. LARGUIER J.*, PUG, 1993, p. 207.

³⁹¹ Voir, pour cette définition, PY-LEBRUN H., *op. cit.*, n° 129.

³⁹² Voir, notamment, pour l'assimilation des circonstances aggravantes précitées au dol spécial, *ibid.*

³⁹³ Voir, notamment, VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1949, n° 125 bis ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 509 et BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005. 534 et s., mais aussi HERZOG-EVANS M., *Droit pénal général*, Vuibert, coll. *Dyna'sup droit*, 2^{ème} éd. 2009, n° 270 et s. où l'auteur voit dans l'intention de tuer un dol spécial tout en considérant que les mobiles aussi peuvent intégrer l'élément intentionnel comme en matière de génocide et de terrorisme (C. pén., art. 211-1 et 421-1) ou alors intégrer une circonstance aggravante.

³⁹⁴ Selon PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°171.

³⁹⁵ Selon DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n°123 et LABORDE-LACOSTE M., « Le but de l'Agent, Élément constitutif de l'Infraction », *RIDP* 1926. 125.

l'abus de biens sociaux accompli à « *des fins personnelles* »³⁹⁶ et de l'organisation frauduleuse de l'insolvabilité³⁹⁷ pour se soustraire à l'exécution d'un jugement³⁹⁸, mais encore, de l'atteinte à l'autorité de la justice faite par un commentateur ayant pour but « *de jeter le discrédit* »³⁹⁹ sur la justice, du délit de révélation d'informations issues d'une enquête ou d'une instruction à une personne susceptible d'être impliquée qui suppose le « *dessein d'entraver les recherches* »⁴⁰⁰, de celui de rassemblement de renseignements « *en vue de les livrer à une puissance étrangère* »⁴⁰¹ et du crime contre l'humanité dont les actes de déportation ou d'exécutions sommaires⁴⁰² doivent être inspirés par « *des motifs politiques, philosophiques ou religieux* »⁴⁰³. On trouve également citée l'« *intention de porter atteinte aux droits d'autrui* »⁴⁰⁴ en matière de chèque.

Sont couramment englobés, dans la catégorie du dol spécial, les mobiles terroriste, racial ou religieux susmentionnés, érigés en circonstances aggravantes⁴⁰⁵. A titre d'exemple, sont intégrés les mobiles discriminatoires tel que le mobile raciste aggravant les infractions d'atteinte à l'intégrité d'un cadavre⁴⁰⁶ et de diffamation ou d'injure⁴⁰⁷, cette dernière étant également aggravée lorsqu'elle est accomplie à raison du sexe, de l'orientation sexuelle ou du handicap⁴⁰⁸.

80. L'intégration du motif légitime à la faute ou l'équilibre rétabli. L'approche subjective du motif a déjà laissé entrevoir ses premières failles puisque les mobiles dont il est fait état, s'apparentent davantage à des buts⁴⁰⁹ et que ceux qui se rapprochent de la notion de cause ne conditionnent pas la responsabilité mais l'aggravent⁴¹⁰. Force serait pourtant d'admettre que, selon cette conception, il existe une liste pléthorique de dols spéciaux

³⁹⁶ C. com., art. L. 242-3.

³⁹⁷ C. pén., art. 314-7.

³⁹⁸ Exemples cités par PIN X., *préc.*, *loc. cit.*

³⁹⁹ C. pén., art. 434-25.

⁴⁰⁰ C. pén., art. 434-7-2.

⁴⁰¹ C. pén., art. 411-7. Voir, en ce sens, DONNEDIEU de VABRES H., *op.cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur voit dans le but d'espionnage, notamment, l'intégration d'un mobile.

⁴⁰² C. pén., art. 212-1.

⁴⁰³ Selon PRADEL J., *op. cit.*, *loc. cit.*, dont la définition extraordinairement large du dol spécial, en tant que volonté d'un résultat, conduit à assimiler également l'*animus necandi* exigé dans le meurtre.

⁴⁰⁴ Exemples cités par LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. U, 11^{ème} éd. 2004, n° 23 et 153.

⁴⁰⁵ En ce sens, notamment, PRADEL J., *op. cit.*, *loc. cit.*, MAYAUD Y. *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 200, BENILLOUCHE M., *art. préc.*, p. 535.

⁴⁰⁶ Selon HERZOG-EVANS M., *op. cit.*, n° 271. Voir C. pén., art. 225-17 et 18.

⁴⁰⁷ Voir C. pén., art. R. 624-3 al. 1.

⁴⁰⁸ Voir BENILLOUCHE M., *op. cit.*, p. 537. Voir C. pén., art. R. 624-3 al. 2.

⁴⁰⁹ Cf. *infra* n° 150.

⁴¹⁰ Cf. *infra* n° 158.

intégrant des mauvais mobiles. Les auteurs sont, en revanche, moins prolixes s'agissant de l'intégration des bons mobiles. Il ne semble pas exister, en effet, d'équivalent en la matière, sauf à considérer l'exception de motif légitime comme un dol spécial inversé ou négatif. Cette conception du motif légitime, pour hasardeuse qu'elle paraisse, permettrait d'aller au bout de l'analyse subjective des motifs.

B) Le motif légitime en tant que dol spécial négatif

81. L'imprécision du motif légitime ou le traitement déséquilibré des motifs. On ne relève que peu d'expressions législatives se rapportant à la faute, qui évoquent la prise en compte d'un bon mobile. L'une des rares pouvant être interprétée en ce sens, est celle de « motif légitime ». Contrairement aux mauvais mobiles, parfois exigés au titre de la faute, le motif légitime reste à préciser. Il n'est jamais fait état d'incriminations exigeant un « mauvais motif » ou la poursuite d'un but seulement « illégitime ». L'imprécision du motif légitime constituerait alors une brèche considérable dans la répression, comparée à la détermination précise du dol spécial, qui mentionne le but ou le motif en cause. Il serait, au surplus, délicat d'exiger la preuve d'un fait négatif. Il est vrai que l'égalité de traitement des motifs semble imparfaite; mais, il ne serait guère plus logique de considérer que le bon mobile n'est pas apte à intégrer la faute, quand le mauvais le pourrait. L'admission de l'absence de motif légitime, en tant que dol spécial « inversé » ou négatif, paraît donc imposer par la conception subjective des motifs. Alors qu'un texte exigeant un dol spécial considérerait tous les autres motifs comme bons ou indifférents, le texte imposant l'absence d'un motif légitime verrait tous les autres motifs comme illégitimes, à tel point qu'il serait même illusoire de les rechercher. Aussi, le dol spécial négatif apparaît-il comme un effet logique de l'approche subjective (1), bien que sa nécessaire présomption soit illogique (2).

1) Le dol spécial négatif comme effet logique de l'approche subjective

82. Un effet logique éludé par l'approche subjective. La possibilité d'une intégration des bons mobiles au sein de la composante psychologique de la responsabilité a été très peu évoquée en doctrine, sauf pour la réfuter, eu égard au principe de l'indifférence des motifs⁴¹¹. Il est vrai que le législateur soumet rarement la répression à l'exigence de

⁴¹¹ Cf. *supra*, n° 57.

l'absence de tel mobile honorable, laquelle induirait sans doute le caractère répréhensible de tous les autres. Or, de l'avis majoritaire, cette mention expresse s'impose comme le préalable nécessaire à toute prise en compte des mobiles. Ces exceptions législatives sont surtout constatées à l'endroit des mauvais motifs, à tel point que l'on en viendrait à croire que l'indifférence des mobiles est absolue, pour certains, mais relative, pour les autres. L'exception expresse de motif légitime viendrait justement contredire cette analyse. Il est, à ce titre, surprenant que l'expansion récente de cette exception⁴¹² ait échappé à ceux qui envisagent le dol spécial comme une prise en compte législative des mobiles⁴¹³. Un tel silence est d'autant moins compréhensible que la légitime défense et la bonne foi dans la diffamation sont parfois citées comme des illustrations de la prise en compte des bons mobiles⁴¹⁴, alors que leur appartenance au mobile est plus douteuse que pour le « motif », conçu comme parfaitement synonyme.

83. Une prise en compte progressive. Au regard de la conception subjective, le motif légitime semble naturellement s'inscrire dans le mouvement dit de « *subjectivisation de l'élément moral* »⁴¹⁵, censé atténuer le caractère stéréotypé de la faute pénale. Le motif légitime constituerait, dès lors, une cause subjective d'irresponsabilité faisant obstacle à la caractérisation de la faute morale exigée. L'établissement d'un motif légitime induirait l'absence de tout mauvais motif et rendrait la faute morale incomplète. Aussi, la faute ne serait-elle pas supprimée mais bien insuffisante. On a vu, à cet égard, que les motivations bonnes ou mauvaises, des actes appuyaient l'existence de leur accomplissement en connaissance de cause⁴¹⁶. La conscience infractionnelle ne suffirait pas à l'engagement d'une responsabilité soumise à la présence d'un mobile autre que légitime. L'absence d'un motif légitime suggère, en effet, la présence de mauvais motifs, tout acte étant porté par des motivations intérieures légitimes ou illégitimes. De rares auteurs avaient, ainsi, pu considérer la détention, sans motif légitime, d'une arme prohibée comme une illustration de l'exigence exceptionnelle d'un motif ou d'un but illicite pour caractériser l'existence de la culpabilité⁴¹⁷.

⁴¹² Pour le phénomène récent de multiplication des infractions assorties de l'exception de motif légitime, Cf. *supra*, n° 4.

⁴¹³ Cependant quelques auteurs, Cf. *supra*, n° 4 et s.

⁴¹⁴ Cf. *infra*, n° 164.

⁴¹⁵ Expression employée notamment par BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005. 534.

⁴¹⁶ Cf. *supra*, n° 68.

⁴¹⁷ Voir, pour ce projet d'incrimination, VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 6^{ème} éd. 1921, n° 125.

84. L'incohérence du dol spécial négatif. Les motifs légitimes tendent progressivement à être considérés, à l'instar des motifs illégitimes, comme relevant de la détermination de la faute. Afin que le parallèle soit complet, encore reste-il à déterminer si l'absence d'un bon mobile doit être ou non présumée. Or, il apparaît que le régime probatoire de l'absence de motif légitime, en raison de son caractère imprécis et négatif, ne peut être que discordant avec celui des mauvais mobiles.

2) La présomption illogique d'un dol spécial négatif

85. L'impossible application du régime probatoire de l'infraction. Par principe, toutes les composantes de l'infraction doivent être établies par le ministère public, en ce qu'elles conditionnent la répression. L'absence de motif légitime qui apparaît comme une condition de certaines incriminations, devrait donc faire l'objet d'une démonstration par l'autorité de poursuite. Un tel syllogisme s'imposerait d'autant plus que la réserve de motif légitime figure dans le texte même d'incrimination⁴¹⁸. La preuve d'un fait négatif semble, toutefois, difficile à rapporter. La preuve d'un motif illégitime serait, de surcroît, inopérante car les motifs sont par définition pluriels et des motifs de différentes natures peuvent se superposer⁴¹⁹. L'argument de l'inscription de la réserve de motif légitime au sein de l'incrimination n'est, au demeurant, guère dirimant, puisqu'elle peut être interprétée comme une exception spécifique à certains textes.

86. La présomption dissonante d'absence de motif légitime. L'absence de motif légitime ne pourrait alors qu'être présumée, sauf preuve contraire, contrairement aux conditions de l'infraction. Cette thèse serait, pourtant, confortée par le fait que les motifs sont généralement considérés comme mauvais, puisqu'ils font corps avec la faute. Le principe de leur indifférence vaudrait surtout pour l'établissement de l'irresponsabilité. S'ils n'ont pas à être établis pour caractériser la faute, c'est qu'ils forment, avec elle, un tout⁴²⁰. Quelle bonne motivation, en effet, pourrait entraîner une volonté coupable aboutissant elle-même à l'accomplissement d'un acte contraire à l'ordre social ? Voilà bien poser la délicate question de la détermination de la légitimité d'un motif, voire de la pertinence, en général, du jugement de valeur posé sur les mobiles.

⁴¹⁸ Selon CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », *RPDP* 1998. 194.

⁴¹⁹ Cf. *supra*, n° 34 et s.

⁴²⁰ Cf. *supra*, n° 68 et s.

Conclusion du chapitre I

87. Les faiblesses théoriques de la conception subjective du motif légitime. Il ressort de la conception subjective du motif, un soupçon de méprise sur sa définition juridique. Il est trop rapidement assimilé au mobile, dont la distinction avec la notion de but demeure insatisfaisante. Quand certains auteurs relèvent que l'intégration des motifs illégitimes à la faute morale n'a finalement rien d'exceptionnel, c'est pour donner des exemples de buts⁴²¹. La doctrine se montre, en revanche, plus réservée sur la question de l'anéantissement de la faute par le motif légitime, tant il paraît délicat d'attribuer la charge de la preuve de son absence, à l'autorité de poursuite. L'imprécision de la réserve de motif légitime laisserait, de surcroît, au juge le soin de déterminer les bons mobiles, ce qui affaiblit encore la thèse du dol spécial négatif. On comprend mieux la tentation d'attirer le mobile légitime dans le domaine de la justification. Outre qu'il s'agirait fatalement d'une conception subjective des faits justificatifs, il y aurait une différence de régime juridique infondée entre les bons et les mauvais mobiles, relevant de conditions distinctes de la responsabilité. Il y a certainement là, un double aveu d'incohérence de la théorie subjective. L'asymétrie révèle, au-delà de la différence de régimes probatoires, la difficulté de qualifier de "légitime" un mobile, ce qui met également en doute la possibilité de son illégitimité. On perçoit mal, en effet, comment porter un tel jugement de valeur sur une cause psychique profonde ne ressortant pas de manière univoque dans la matérialité des faits et, à plus forte raison, comment elle pourrait avoir un effet sur la nocuité sociale du comportement. Les faiblesses théoriques de la l'approche subjective du motif légitime sont, par conséquent, imputables aux faiblesses terminologiques. A l'analyse, on s'aperçoit, cependant, que tout éloigne le motif légitime d'une quelconque parenté avec la faute morale et que le même *hiatus* sépare radicalement les mobiles de l'établissement de la responsabilité. Leur intégration induirait une très large individualisation judiciaire de la responsabilité, bien que seule celle de la peine soit admissible. En engageant une réflexion sur la notion de motif, on peut parvenir à le départir des notions de but et de mobile. L'approche criminologique a posé les bases d'une distinction permettant d'adopter une conception objective du motif légitime, fondée sur son existence matérielle.

⁴²¹ Voir PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 509.

Chapitre II :

La conception objective fondée sur une matérialité univoque

88. L'existence matérielle comme critère de distinction du motif et du mobile. Le mobile ne doit pas empiéter sur le concept de motif. Il doit alors être délimité, car sa conception floue va à l'encontre de la raison d'être de son indifférence de principe. Il convient de rechercher les critères de définition qui s'opposeraient à son extension au concept de but, même final. Les apports de la criminologie sont précieux, à cet égard, car sa vision complexe du mobile n'en est pas moins fine, qui met en lumière le fait que les mobiles les plus déterminants au plan causal, sont à chercher dans les confins de la psyché. Cette restriction des mobiles aux causes profondes permet de constater qu'il n'est pas, en tant que tel, transposable matériellement. Il ne peut donc participer d'un jugement de valeur ou de normalité sur la conduite. En revanche, la légitimité du but peut être appréciée par le biais de l'aptitude causale de l'acte, qui le révèle. En tant que raison circonstanciée, le motif est l'instrument de la mesure de la nocuité sociale du moyen employé pour parvenir à ses fins. Les mobiles ne doivent relever que de l'examen de la personnalité de l'auteur permettant l'individualisation de la sanction. C'est bien ce qui ressort du droit positif qui n'intègre véritablement que des buts dans le cadre de la faute intentionnelle et que des motifs objectifs dans le cadre de la justification.

Il existe bien une incompatibilité profonde entre le mobile *stricto sensu* et les conditions d'existence de la responsabilité pénale (section 1), en sorte qu'il faudrait reléguer définitivement ces derniers à la seule mesure de la responsabilité (section 2), qui est sa fonction première et dans laquelle le motif légitime, figurant au sein de l'incrimination, n'a pas vocation à intervenir.

Section 1 : L'incompatibilité entre mobile et existence de la responsabilité

89. L'absence de prise en compte des données non matérialisables. L'affirmation a de quoi surprendre, car si tous les pénalistes s'accordent sur l'indifférence de principe du mobile dans la responsabilité, ils constatent quasi unanimement son rôle exceptionnel, dès qu'une infraction suggère un but. Le mobile est alors analysé comme une des formes du dol spécial. La thèse de l'assimilation du motif légitime au bon mobile est incorrecte, en ce qu'elle méconnaît l'essence même de la responsabilité pénale, fondée sur des incriminations générales et impersonnelles. Cette position vaut *a fortiori* pour le « mobile légitime ». Lorsque les auteurs envisagent de mauvais mobiles, au moins sont-ils précisés. Si le motif légitime était un mobile, il serait, de surcroît, demandé au juge de savoir quand il est bon, empiétant alors sur la détermination légale de l'illicéité. En tout état de cause, la légitimité d'un mobile est impossible à établir pour le législateur et, à plus forte raison, par le juge. La seule définition techniquement cohérente et juridiquement envisageable du mobile, conduit à le restreindre à la cause profonde de la volonté qui présente la singularité de ne jamais transparaître de manière univoque dans la matérialité des faits. Ce cantonnement permet de le distinguer du but, qui transparaît dans la matérialité des faits, et du motif, qui relève des circonstances objectives de l'acte. Or, l'impossible transposition matérielle du mobile a pour corolaire l'impossibilité d'en apprécier la légitimité, alors que le jugement de valeur est le propre de la responsabilité pénale.

L'incompatibilité catégorique du mobile avec l'établissement de la responsabilité pénale provient ainsi de l'impossible réalisation matérielle qui le caractérise (§1) et qui engendre une impossible appréciation de sa légitimité (§2).

§1 : L'impossible réalisation matérielle du mobile

90. La distinction du mobile des notions matérialisables de but et de motif. L'impossible réalisation matérielle et univoque du mobile en tant que cause psychique profonde, permet de le distinguer du but réalisable, transparaissant dans la matérialité de l'acte, ainsi que de la raison objective et extérieure à l'agent, qui relève des circonstances matérielles de l'acte. Le mobile doit donc être définitivement évincé de l'intention et de la justification qui participent, de manière positive ou négative, des conditions de la

responsabilité. L'impossible matérialisation du mobile le sépare, en effet, du but qui est transposable matériellement (A), ainsi que du motif qui revêt une existence matérielle (B).

A) La transposition matérielle comme critère de distinction du mobile et du but

91. La transposition matérielle comme critère de distinction de la cause et du but.

La posture législative paraît claire, qui consacre le caractère intentionnel de principe de la faute pénale, autrement dit, du dol général. Le dol renvoie donc à l'idée de but sous-tendue par la notion d'intention. Les auteurs relèvent, néanmoins, l'exception de dol spécial en présence de buts précis ou de causes. Les divergences doctrinales sur la frontière entre les dols général et spécial sont précisément imputables au critère incertain de la précision du but et de sa distinction avec le mobile. La tâche de distinguer selon un tel critère est d'autant plus délicate que les degrés possibles de précision sont pratiquement infinis. En outre, plus le but est lointain plus il semble rejoindre le mobile. En dépit d'un enchevêtrement apparent des notions de cause et de but (1), le mobile peut être singularisé par sa restriction à une cause interne non transposable matériellement (2).

1) L'enchevêtrement apparent de la cause et du but

92. Les incertitudes sur la notion d'intention. Les principaux clivages se sont articulés autour de deux manières de distinguer le but : selon son objet ou selon ses contours. La doctrine classique a généralement qualifié de dol spécial, le but précis portant sur le résultat de l'acte infractionnel et non pas seulement sur la matérialité de l'infraction quelle qu'elle soit⁴²². Un courant doctrinal contemporain a plutôt tendance à voir dans les deux cas, un simple dol général mais opère un nouveau clivage en présence d'un but lointain assimilé au mobile⁴²³. La majorité des auteurs combinent, toutefois, ces deux clivages de différentes manières, complexifiant ainsi la notion de dol⁴²⁴. La tendance à multiplier les exceptions procède donc d'un double phénomène contradictoire. Le premier offre une vision restrictive de l'objet du but, quand le second propose une conception extensive des frontières du but débordant sur le concept de cause, conçu étonnamment comme un but précis. On mesure aisément l'étendue des complexités issues de la superposition de ces deux conceptions

⁴²² Cf. *infra* n° 94.

⁴²³ Cf. *infra* n° 96.

⁴²⁴ Cf. *infra* n° 97 et s.

diamétralement opposées. Les différents partis pris adoptés sur l'objet et les contours du but sont combinables à souhait, de sorte que l'on peut obtenir quatre définitions principales de l'intention et autant de frontières entre les dols général et spécial. La confusion entre le but et le mobile est d'autant plus redoutable qu'elle se greffe sur des incertitudes sur l'objet même de l'intention. Il convient alors de déterminer ces deux tendances particulièrement porteuses d'exceptions au dol général. La conception extensive des contours du but complexifie la faute pénale (a), à plus forte raison, lorsqu'elle se confronte aux distinctions classiques restreignant l'objet du but (b).

a) La conception restrictive de l'objet du but ou l'intention comme exception

93. Les prémisses d'une restriction de l'intention. La doctrine classique ne restreignait pas exclusivement l'intention à la volonté du résultat mais contenait le germe d'une conception de plus en plus réduite de l'intention, qui finira par devenir une exception. GARCON et GARRAUD partaient de la racine latine *in tendere* signifiant « *la direction de la volonté vers un but* »⁴²⁵ pour définir l'intention comme « *la direction de la volonté vers l'action ou l'omission incriminée* »⁴²⁶, « *la volonté de commettre le délit tel qu'il est déterminé par la loi* »⁴²⁷ ou encore « *la conscience chez le coupable d'enfreindre les prohibitions légales (qu'il est toujours réputé connaître)* »⁴²⁸. Cette formule générale fut précisée par GARRAUD qui l'assimilait à la volonté « *de léser un bien juridique protégé* »⁴²⁹ par la loi, et par ROUX, qui y voyait la volonté de porter atteinte à « *une valeur sociale* »⁴³⁰. Le but visé par l'agent était alors restreint au résultat dit juridique⁴³¹. GARRAUD admettait l'existence de plusieurs types d'intention, d'une intensité variable selon que le texte exigeait, ou non, la réalisation d'une atteinte effective, lesquels se concrétisaient au travers de la célèbre distinction entre dol général et dol spécial⁴³², voire « *plus spécial* »⁴³³. Dans cette conception, l'objet du but de l'agent pouvait être le résultat de l'acte, lorsque sa réalisation

⁴²⁵ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n° 287, p. 571.
GARCON E., *Code pénal annoté*, T. 1, Rec. Sirey, 1952, art. 1, n° 74.

⁴²⁶ GARRAUD R., *ibid.*

⁴²⁷ GARRAUD R., *op. cit.*, n° 290, p. 575.

⁴²⁸ GARCON E., *op. cit.*, art. 1, n° 77.

⁴²⁹ GARRAUD R., *op. cit.*, n° 287, p. 573.

⁴³⁰ ROUX J.-A., *Cours de droit criminel français*, T. 1: *Droit pénal*, Sirey, 2^{ème} éd. 1927, n° 156.

⁴³¹ Voir, pour cette terminologie, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 318 et s.

⁴³² Voir GARRAUD R., *op. cit.*, n° 290, qui semble être à l'origine de cette distinction attribuée à GARCON. Voir sur ce point, MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, *op. cit.*, n° 579.

⁴³³ GARRAUD R., *op. cit.*, p. 580. La distinction peu accessible entre dol spécial et plus spécial n'a pas prospéré en doctrine.

était incriminée⁴³⁴. Pour ces auteurs, néanmoins, cette précision du but n'était qu'une forme possible de la faute intentionnelle et non un principe général⁴³⁵.

94. L'intention cantonnée au dol spécial. Si la conception accordant une place primordiale à la volonté, quel que soit son objet, est tenue pour classique, elle s'opposait à la posture plus marginale de VILLEY, selon laquelle « *la volonté porte sur l'acte lui-même ; l'intention sur ses conséquences* »⁴³⁶. L'idée de cantonner l'intention aux cas particuliers où la volonté doit être tendue vers le but précis que représente le résultat⁴³⁷, se retrouvera dans les enseignements d'auteurs contemporains. Si ces derniers reprennent le clivage classique entre dol général et dol spécial, ils considèrent, en revanche, que seul le dol spécial correspond à l'intention⁴³⁸. C'est ainsi que l'on vit davantage poindre une relégation de l'intention au rang d'exception, qui ne fera que prospérer.

La distinction de l'intention en dols général et spécial a été âprement décriée comme étant largement artificielle⁴³⁹. La définition du dol général en tant que volonté de commettre le délit, en ayant conscience d'enfreindre les prohibitions légales, a été contestée dans ses deux propositions, perçues comme communes à l'ensemble des infractions. La connaissance de la loi ne serait jamais à établir⁴⁴⁰. Surtout, le caractère volontaire des actes, relevant davantage de l'imputabilité que de la culpabilité⁴⁴¹, serait commun à toutes les infractions, même non intentionnelles⁴⁴². Dès lors, le dol général est apparu comme une notion « *inutile et*

⁴³⁴ Voir GARCON E., *op. cit.*, art. 309 à 311, n° 64 et s.

⁴³⁵ En ce sens également, Voir VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1949, n° 125 bis, p. 185 ; et, plus récemment, PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 509.

⁴³⁶ VILLEY E., note sous Crim., 25 avril 1885, S. 1887. 137. Voir également JACQUEMIN M., *De l'intention en droit pénal*, Th. Paris, 1888, p. 69 et s.

⁴³⁷ Voir, par exemple, GRIFFON R., *De l'intention en droit pénal*, Th. Paris, 1911, p. 120-121., qui envisage l'intention comme « *la volonté de produire le résultat incriminé par la loi accompagnée de la connaissance des circonstances énumérées par elle comme autres éléments constitutifs du délit* ».

⁴³⁸ « *Le mot "intention" qui est inadéquat si on l'applique au dol général, car il dit trop, est parfaitement descriptif de ce que la théorie classique appelle le dol spécial* » (MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général, op. cit.*, n° 579). Voir, dans le même sens, SOULIGNAC J.-L., *L'élément moral dans les infractions en droit pénal français*, Th. Nancy, 1955, p. 147-148 ; VIDAL G. et MAGNOL J., *op. cit.*, n° 126 où les auteurs semblent, non sans ambiguïté, se rapprocher de cette posture : « *La question de l'intention ne se pose avec quelques difficultés que dans les actes qui comportent certaines conséquences nuisibles et peuvent être accomplis, soit par imprudence et négligence, soit avec intention, tels l'homicide, les coups et blessures, etc. Elle ne se pose pas en réalité et se confond avec la volonté dans les actes commandés ou défendus en eux-mêmes* ».

⁴³⁹ En particulier par DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n°456, qui s'est ingénié à démontrer « *l'inexistence conceptuelle du dol général* ».

⁴⁴⁰ Voir notamment DANA A.-C., *op. cit.*, n° 461 et s.

⁴⁴¹ Voir DANA A.-C., *op. cit.*, n°458.

⁴⁴² Voir, en ce sens, HERZOG J.-B., « *La prévention des infractions involontaires contre la vie et l'intégrité de la personne humaine* », in *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, Cujas

factice »⁴⁴³, pour certains, voire « *introuvable* » pour ceux qui la comparent à « *l'inévitable dol spécial* »⁴⁴⁴, seul à même de rendre compte des spécificités de l'intention.

Un courant de moindre ampleur a adressé une critique opposée à la division du dol, considérant que le dol général suffisait à caractériser en toute hypothèse l'intention⁴⁴⁵. On fit logiquement remarquer que « *le résultat du meurtre étant la mort de la victime, l'intention de tuer n'est rien d'autre que le dol général appliqué à ce crime* »⁴⁴⁶. La tendance majoritaire est, néanmoins, celle de la restriction de l'intention à la volonté du résultat⁴⁴⁷.

95. La pluralité des approches. Les théories ne manquent pas de cohérence, qui voient un dol spécial dès qu'une atteinte est requise, car elles partent d'une définition du dol général restreinte à volonté de l'acte. Cette distinction manque, pourtant, d'intérêt et complique inutilement la matière, puisqu'il faudra distinguer de nouveau quand le dol spécial ne suffira plus à définir, des cas encore distincts, où le but semblera se préciser davantage. C'est pourquoi certains ont pu dire que « *parler de dol spécial à la place de dol général supprime un échelon supérieur dans la gradation des fautes et prive du même coup le juriste d'une qualification applicable aux hypothèses dans lesquelles le Code pénal exige que l'auteur ait été animé d'un mobile précis* »⁴⁴⁸. Les exceptions au dol général se multiplient d'autant plus, il est vrai, que les causes sont assimilées à des buts plus précis.

b) La conception extensive des contours du but ou l'intention élargie à la cause

96. Le mobile conçu comme un but précis. Du dictionnaire le plus basique à la doctrine la plus autorisée, on retrouve une assimilation presque parfaite du but et de la cause.

1956, t. 1, p. 217 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, op. cit., n° 603 ; PAGEAUD P.-A., « La notion d'intention en droit pénal », *JCP* 1950. I. 876, n°17.

⁴⁴³ LEGROS R., « L'élément moral dans les infractions », Sirey-Desoer, 1952, n° 174. Voir également WAGNER E. *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Th. Clermont-Ferrand I, 1976, p. 99 et s., p. 132 et s., spéc. p. 141 ; SOULIGNAC J.-L., Th. préc., p. 35 à 40.

⁴⁴⁴ DANA A.-C., op. cit., n° 455 et 469.

⁴⁴⁵ Pour la proposition d'une conception standard de la culpabilité, conçue comme l'accomplissement volontaire de la matérialité incriminée, Cf. *infra* n° 149 et s.

⁴⁴⁶ DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, p. 217-218. Voir également JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1991, n° 328 ; BERNARDINI R., *L'intention coupable en droit pénal*, Th. Nice 1976, n°194 et s. qui critique également la notion de dol général ; MAYAUD Y., *Le mensonge en Droit pénal*, L'Hermès, 1979, n° 557 et s. ; MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 284, n°6 ; PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°170.

⁴⁴⁷ Constat déploré par MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003, n° 595.

⁴⁴⁸ MORVAN P., art. préc., p. 284, n° 7, spéc. note n°13.

Aux questions « *pourquoi ?* » et « *dans quel but ?* »⁴⁴⁹, répond toujours le même « *parce que* ». On peut dire, en effet, qu'un agent a tiré parce qu'il voulait tuer ou dans le but de tuer, qu'un autre a volé pour manger, parce qu'il avait faim. Le but et la cause se répondent, ils sont l'envers et l'avvers d'une même réalité. On comprend mieux pourquoi le mobile, malgré l'indifférence de principe, souvent rappelée par la Chambre Criminelle et la doctrine, est si facilement rapproché de l'élément moral. L'intention, qui est la faute morale de principe, suggère, à l'instar du mobile, l'idée de but. A tel point qu'il paraît illusoire de restreindre l'intention au but et le mobile à la cause car, là où certains verraient une cause, d'autres verraient systématiquement un but. Cette distinction serait pourtant utile, en ce qu'elle permettrait de résorber l'expansion outrancière de la notion de dol spécial. Pourraient, ainsi, être rattachées à l'intention toutes les précisions législatives se rapportant à l'idée de but, tandis qu'en seraient évincées celles se rattachant au concept de cause. **A défaut d'un critère fiable de distinction du but et de la cause, l'introduction du mobile dans le concept de dol y a fait régner le plus grand désordre.** Le mobile a, plus exactement, révélé les discordes déjà existantes s'agissant des concepts, pourtant décisifs, de dol général et de faute intentionnelle.

97. Le foisonnement des distinctions et des terminologies. Quand certains auteurs voient, dans l'intention de soustraire ou de tuer, un simple dol général⁴⁵⁰, d'autres y voient déjà l'exception de dol spécial⁴⁵¹. Lorsque les premiers analysent, en toute logique, la présence d'un mobile en dol spécial⁴⁵², les seconds, ayant épuisé le concept de dol spécial,

⁴⁴⁹ Voir CHAZAL J., *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, Th. Lyon, 1929, p. 11-13. L'auteur ne distingue pas les mobiles du but puisqu'il utilise un mot pour l'autre, mais il distingue les mobiles répondant à la question « *pourquoi ?* » de ceux répondant à la question « *à quelle fin ?* », ce qui constitue sans doute les prémisses d'une distinction du but final et des mobiles.

⁴⁵⁰ Pour les tenants de cette conception, Cf. *supra* n° 74.

⁴⁵¹ Voir, pour une définition du dol spécial comme « *l'intention d'atteindre un certain résultat prohibé par la loi pénale* » et des illustrations par le vol ou l'homicide, DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009 n° 474 ; dans le même sens, RENOUT H., *Droit pénal général*, Paradigme, 14^{ème} éd. 2009, p. 140 ; MOINE-DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, chron. p. 2145. Voir, pour une définition du dol spécial comme « *la conscience, chez l'agent, de déterminer, par son acte, un préjudice* », DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n°122 ; dans le même sens, VIDAL G. et MAGNOL J., *op. cit.*, n° 125 bis, p. 185 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général, op. cit.*, n° 596.

⁴⁵² Voir, pour une définition du dol général comme la volonté de l'acte et la conscience du résultat et une définition du dol spécial comme l'intégration d'un dessein déterminé, PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°169 et 172. Voir, pour une définition du dol général comme la volonté d'un résultat délictueux et la définition corrélatrice du dol spécial comme l'intégration d'un mobile, CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 380 et s. Voir, dans le même sens MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, p. 480. Voir, pour une distinction moins évidente entre le dol général, conçu comme la volonté « *d'un résultat déterminé* », et le dol spécial défini

sont tenus de recourir à différentes audaces terminologiques. Les uns y voient plutôt un dol aggravé⁴⁵³. Les autres, ayant déjà réservé le concept de dol aggravé au cas de la préméditation, ne disposent plus d'aucun terme précis, s'agissant de l'intégration des mobiles, qu'ils reconnaissent pourtant bien⁴⁵⁴. La prise en compte des mobiles est à ce point malaisée que certains n'hésitent pas à employer deux fois les mêmes concepts, en assimilant les mobiles tantôt au dol aggravé déjà employé pour la préméditation, tantôt au dol spécial, pourtant, déjà compris comme un but précis, tel que l'intention de soustraire ou de tuer⁴⁵⁵. Que dire alors de l'intégration du mobile, dans la conception inouïe de GARRAUD qui trouvait déjà dans l'intention homicide un « *dol spécial, plus spécial* »⁴⁵⁶ ? Pour éviter de remployer les mêmes termes, il faudrait logiquement l'analyser en « dol plus spécial, spécifique ». Si la distinction est l'art du juriste, cette surenchère n'est pas raisonnable. A tel point qu'un nombre grandissant d'auteurs déplorent que « *la littérature moderne considérée dans son ensemble offre le tableau d'une grande dysharmonie* »⁴⁵⁷.

98. La multiplication inutiles des exceptions au dol général. Au lieu de voir des entorses au principe du caractère suffisant du dol général, dès que le législateur précise un peu l'état d'esprit, il conviendrait de ne distinguer que lorsque l'utilité le commande et, partant, d'éviter d'adopter des définitions qui font du principe une exception. Or, la propension à distinguer à outrance vient de ce qu'il existe, dans l'action humaine, une chaîne de buts ou de causes quasi infinie. On en voudra pour preuve le cas d'un individu qui a tiré pour tuer, afin de voir souffrir, dans le but de se venger, parce qu'il a un caractère violent, lui-même issu de ses tendances paranoïdes... La tentation de séparer le mobile-moyen du mobile-fin, l'intention objective de l'intention subjective, ou encore, la cause immédiate de la cause finale semble souvent hasardeuse. Le juriste se perd à vouloir départir toutes ces causes ou

comme « *un mobile déterminé ou un résultat précis* », PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 248 et 249 p. 218.

⁴⁵³ Pour une conception duale du dol aggravé compris comme intégrant tantôt les mobiles, tantôt le cas, pourtant fort distinct, de la préméditation, DESPORTES F. et LE GUNHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009 n° 478 et 479.

⁴⁵⁴ Voir notamment RENOUT H., *op. cit.*, p. 142 et s. ; voir aussi DONNEDIEU de VABRES H., *op. cit.*, n° 123.

⁴⁵⁵ Voir, pour un double emploi du dol aggravé et du dol spécial, BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005. 533 et spéc. p. 540. Voir, pour un double emploi du dol spécial seulement, PRADEL J., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁴⁵⁶ Selon GARRAUD R., le meurtre contient un mobile spécial frauduleux qui est l'intention de tuer. Ce mobile, en tant que direct et immédiat, se confondrait avec le crime même, par opposition aux raisons personnelles qui ont conduit à l'acte. Ce dol plus spécial manque alors d'intérêt, qui n'intègre pas les mobiles distincts de l'intention (*op. cit.*, n° 290).

⁴⁵⁷ ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 316 ; Voir aussi MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 735.

buts infiniment déclinables. Aussi vrai que la psyché humaine ne manque pas de nuances, les étapes du processus décisionnel peuvent être scindées de multiples manières et clivées selon divers critères. Il serait donc vain de continuer à rapprocher le concept de cause de celui d'intention, qui compose déjà péniblement avec celui de but.

99. La nécessaire réduction de la notion de mobile. Si toutes les distinctions envisagées s'agissant du dol, suivent une logique propre et cohérente, elles manquent souvent d'intérêt et leur multitude nuit à la clarté du droit. La seule issue pour résorber le débat serait d'adopter une définition juridiquement opérationnelle et utile du mobile, en se rapprochant de l'essence même de la responsabilité pénale qui est générale et impersonnelle. La restriction de la notion de mobile s'impose pour éviter tout empiètement sur la notion déjà fragile d'intention. L'origine des difficultés relatives à la faute intentionnelle réside dans le contraste, qui vient d'être mis en exergue, entre le cantonnement de l'intention quant à son objet et l'élargissement de celle-ci à des notions extérieures au but. Le paradoxe qui consiste à retenir une notion de but atrophiée, d'une part, restreinte à la volonté du résultat et hypertrophiée, d'autre part, élargie au concept de cause, est, néanmoins, surmontable. Il conviendrait pour simplifier la matière de tenir pour intention tout ce qui relève de la notion de but, quel qu'il soit, précis ou moins précis, mais de ne pas l'étendre au-delà de cette limite conceptuelle. **L'intention serait le but, tout le but mais rien que du but, pourrait-on dire.**

2) Le mobile restreint à une cause interne non transposable matériellement

100. Le mobile comme unique cause déterminante de la volonté. C'est parce que le mobile est la cause de la volonté et non pas directement de l'acte, qu'il n'est pas transposable matériellement, contrairement au but. Il est vrai que le but peut, comme le mobile, être conçu comme une cause de l'acte. Il existe, pour autant, une irréductible singularité du mobile qui réside dans le fait que, lui seul, est à l'origine de la volonté d'agir (a). Cette distinction du but et du mobile quant à leur objet a des conséquences matérielles permettant le cantonnement du mobile (b).

a) L'irréductible singularité du mobile quant à son objet

101. Le but comme cause de l'acte ou la différence de degré. Le but final a un intérêt criminologique, on l'a vu, en ce qu'il représente le changement espéré par la

réalisation du but direct et, partant, la satisfaction du désir profond⁴⁵⁸. Le but, en général, et le but final, en particulier, paraissent alors pouvoir renseigner sur le désir à assouvir, qui en serait, pour sa part, la cause. En considérant l'acte de manière rétrospective, on l'expliquerait par le mobile; en l'envisageant par projection dans le futur, on l'expliquerait par son but. Le but se révèle, de ce point de vue et à l'instar du mobile, comme la cause de l'acte. Il n'en reste pas moins que le but est nécessairement conscient en tant que représentation du résultat, auquel l'auteur tend par son acte. Le but est appréhendé comme un phénomène cognitif ou noétique, mais non affectif, contrairement aux mobiles, qui sont principalement inconscients et d'ordre plus affectif que rationnel. Le but ne coïncide qu'occasionnellement avec la partie noétique du mobile conscient, lorsqu'il existe et qu'il n'est pas uniquement putatif⁴⁵⁹. Le mobile déduit du but, de manière rationnelle, ne sera pas forcément déterminant puisque le mobile principal est le plus souvent inconscient, voire irrationnel. Aussi, le but ne saurait-il se résumer au simple reflet d'un mobile plus profond. On ne pourrait se borner à les considérer comme deux causes des actes qui ne diffèrent que par leur degré de profondeur ou d'intériorité. Les différences de degré sont, par ailleurs, particulièrement délicates à cerner, en raison du caractère souvent arbitraire, sinon aléatoire, de leur seuil de séparation. C'est en se bornant à leur proximité qui n'est que partielle et occasionnelle, qu'on a eu tant de mal à distinguer ces concepts.

102. La préexistence du mobile ou la différence de nature. Si le but peut être conçu comme une cause de l'acte, toujours est-il qu'il est aussi issu d'un désir causal et qu'il ne permet pas forcément, en lui-même, de savoir précisément lequel. Ainsi, à supposer que le but et le mobile soient des causes, leur différence réside dans le fait qu'à un seul et même but correspondent des mobiles les plus variés, que le but ne laisse pas véritablement transparaître⁴⁶⁰. Cette préexistence du mobile par rapport au but laisse précisément entrevoir qu'il y a bien une différence de nature, et non pas seulement, de degré, entre ces deux notions. Même en les considérant comme des causes de l'acte, il reste que le mobile seul est la cause du but qui engendrera par la suite un acte. Si le but et le mobile sont des causes, force est d'admettre qu'ils n'ont pas le même objet. Le mobile est la cause de la volonté qui engendre l'acte. Le but est la cause directe de l'acte, quand le mobile n'en est que la cause indirecte. A

⁴⁵⁸ Cf. *supra* n° 45.

⁴⁵⁹ Les mobiles peuvent être, en effet, sans partie consciente ou alors conscients mais seulement putatifs, pour l'auteur ou un tiers. Cf. *supra* n° 47.

⁴⁶⁰ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *Les mobiles du délit, Etude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé, op. cit.*, p. 23.

cette différence de degré et de nature, se rajoute ainsi une différence d'objet, puisque le but porte sur l'acte et le mobile sur la volonté.

103. La prédominance causale du mobile ou la différence d'objet. SALEILLES fut l'un des rares auteurs à tenter de départir le mobile du but, à l'occasion de son étude portant sur l'individualisation de la peine. Il partait du constat que, dans un sens très usité, le mobile se confond avec le but poursuivi puisque l'on peut dire que le vol est le mobile du meurtre, dans le cas où un agent tue pour voler. Il objectait, cependant, que le but était tout à fait insuffisant à expliquer l'acte criminel et que le but final de payer une dette d'honneur ou d'éviter une saisie et la ruine familiale, ne révélait pas non plus l'instinct ou le sentiment qui a pu conduire à de telles exactions⁴⁶¹. Il y aurait, en somme, une prédominance causale du mobile sur le but s'agissant de l'explication de l'infraction dans son ensemble. « *Le but poursuivi, à lui seul, n'est pas un facteur essentiel de la criminalité [...]. Pour que ce but aboutisse, il faut qu'il réveille en nous ou qu'il inspire, une impulsion, un instinct, et comme une force latente, qui nous pousse à user d'un moyen criminel* »⁴⁶². La question déterminante, dans une recherche causale serait, donc, de savoir quel instinct, quel sentiment ou pulsion a poussé l'individu à vouloir payer ses dettes à n'importe quel prix. La question du but permet simplement de savoir que l'auteur a volé et tué pour l'argent, quand le mobile indique comment l'agent en est arrivé à vouloir tuer ou voler pour l'argent. Pour intéressante que soit la réponse, elle est beaucoup plus délicate à cerner pour le juge ou pour l'auteur lui-même. C'est ce qui explique que le droit pénal ne puisse s'y intéresser qu'au stade de la peine. Afin d'éviter cette question délicate, les auteurs ont largement opté pour la réduction du mobile au but alors qu'il serait préférable de le réduire à ce qui est, en dehors du but, pour l'exclure définitivement de l'étude des conditions de la responsabilité et le cantonner à l'étude de la mesure de la responsabilité.

104. Le mobile comme unique cause de la volonté. En mettant en exergue la préexistence du mobile au but, SALEILLES suggérait finalement que le mobile était la cause du but. Si le but indique pourquoi l'acte a été commis, la réponse se bornera toujours à dire que c'est parce que l'auteur voulait obtenir tel résultat proche ou lointain. Seul le mobile permet de savoir pourquoi l'auteur a voulu obtenir tel résultat, par tel moyen. Voici posée la

⁴⁶¹ Voir SALEILLES R., *Individualisation de la peine*, Bibliothèque générale des sciences sociales, FELIX ALCAN, 1909, p. 217 et s.

⁴⁶² *Ibid.*, p. 220.

question de la volonté de commettre l'infraction. Une chose est de savoir pourquoi l'auteur a commis un vol – ce sera toujours parce qu'il voulait voler (but direct) ou qu'il voulait disposer du bien volé d'une manière ou d'une autre (but final) –, une autre est de savoir ce qui l'a poussé à vouloir voler à cette fin, donc à employer un tel moyen. Le but final présente assez peu d'intérêt puisque chacun peut vouloir avoir plus de biens, honorer ses dettes, préserver sa famille matériellement ou moralement. Ce qui importe pour attribuer une responsabilité, est de savoir que l'auteur a volontairement lésé une valeur pénalement protégée. Ce qui importe pour déterminer la peine, est de savoir ce qui l'a poussé à la transgression. Ce n'est pas le but final qu'il l'a conduit à l'infraction, car il peut être atteint par des moyens légaux, voire par d'autres moyens illégaux que ceux finalement choisis. On pourrait reprendre l'exemple du but final d'épouser sa maîtresse, qui n'explique pas pourquoi le meurtre est préféré au divorce. Une recherche sur les mobiles reviendrait à retracer le processus psychique qui a conduit au meurtre et n'accorde que peu d'importance au but pseudo rationnel invoqué.

105. Le parallèle avec le droit des contrats quant à la différence d'objet. Le mobile n'est pas seulement une cause plus profonde que le but, il possède, en outre, un objet distinct. Le mobile n'explique pas uniquement l'acte mais la volonté de l'acte. Le but ne pourra évidemment jamais expliquer pourquoi la volonté a été tendue vers ce but. Le parallèle que les pénalistes affectionnent entre l'intention et la cause, en droit des obligations, est particulièrement pertinent, qui achève de convaincre de la différence d'objet entre le but et les mobiles. Il suffit de transposer le critère de distinction du but direct et du but final, au but et au mobile. Selon la conception civiliste, toute obligation est par principe causée puisque l'engagement contractuel s'accomplit en considération d'un but⁴⁶³. Voici clairement assimilé le but et la cause. Si la cause objective de l'obligation d'un co-contractant est l'obligation de l'autre, autrement dit le but immédiat, il ne s'agit que du moyen d'obtenir un but plus lointain. Ce but final est communément conçu comme une cause subjective, variable d'un contractant à l'autre, quand la cause objective est la même pour chaque type de contrat. Force est d'admettre qu'elles n'ont pas le même objet puisque la cause objective porte sur l'obligation et la cause subjective sur le contrat⁴⁶⁴. Certains pénalistes ont ainsi pu dire qu'il

⁴⁶³ Voir, pour cette affirmation courante, MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations, Droit civil*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2011, n° 604.

⁴⁶⁴ Voir notamment MAZEAUD D., *La cause*, in 1804-2004, *Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004, p. 451 et s. ; TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, Dalloz, coll.

ne fallait pas confondre la cause de l'obligation et le motif du contrat, condition non essentielle à l'origine mais devenue un instrument de justice contractuelle. Pas plus qu'il ne faut assimiler, en droit pénal, l'intention, invariable pour chaque infraction, et les motifs, indifférents par principe mais dont la prise en compte est croissante⁴⁶⁵. Il est ainsi assez fréquent de voir comparée, la subjectivation de l'intention avec celle de la cause de l'obligation⁴⁶⁶. Il convient, néanmoins, de se garder d'en conclure qu'une telle subjectivation serait due à un rôle grandissant des mobiles en droit car, dans les deux disciplines, il ne s'agit que de but.

106. Le parallèle avec le droit des contrats quant à la confusion de la cause et du but. En droit pénal, on pourrait dire que la soustraction est causée de manière invariable par la volonté de dépossession (but immédiat) alors que la volonté de dépossession serait, quant à elle, causée par un but final nécessairement variable. Ce but final en tant qu'éminemment subjectif, serait indifférent par principe, mais pris en compte à titre exceptionnel dans un nombre croissant de textes, comme indicateur des raisons d'agir de l'agent. Pourtant, ce qui explique véritablement la volonté, délictuelle comme contractuelle, n'est pas le but final, qui peut souvent être obtenu de différentes manières, mais bien les mobiles plus profonds. Or, si l'on veut pousser la comparaison jusqu'au bout, ils sont indifférents pour le droit civil comme pour le droit pénal. La motivation n'intéresse pas le droit civil « *parce qu'elle ne réside pas dans une volonté consciente mais dans la psychologie des profondeurs et dans l'irrationnel* »⁴⁶⁷. D'ailleurs, les civilistes reconnaissent que le contrôle jurisprudentiel des mobiles est un contrôle « *non de tous les mobiles* »⁴⁶⁸ mais du motif déterminant qui n'est, sommes toutes, qu'un but final, ce qui atteste d'une distinction implicite entre le mobile et le but. Partant, on ne saurait dire que les mobiles connaissent un intérêt croissant en droit, civil ou pénal, par un mouvement commun de subjectivation, car une telle évolution ne se rapporte qu'au but final⁴⁶⁹, tout à fait distinct des mobiles, au sens

Précis, 10^{ème} éd. 2009, n° 333 et s ; BENABENT A., *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. *Domat*, 12^{ème} éd. 2010, n°178.

⁴⁶⁵ Evolution déplorée en droit civil mais considérée comme inhérente au droit pénal en raison de la prédominance de la personne sur l'acte, GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n° 290, p. 579.

⁴⁶⁶ Voir notamment BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 539.

⁴⁶⁷ MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, n° 620.

⁴⁶⁸ *Ibid.*, n° 626.

⁴⁶⁹ La considération du but final n'est pas réservée à l'appréciation de la licéité de la cause mais elle se rencontre, parfois, dans l'appréciation de son existence. C'est ce que l'on nomme la subjectivation de la cause de

strict. Le droit ne peut tenir compte des mobiles, même à titre exceptionnel, sauf dans le domaine bien particulier et moins balisé de l'individualisation judiciaire de la peine, puisqu'il ne s'agit plus de s'attacher à l'acte mais à une personnalité⁴⁷⁰. Si le parallèle entre les deux disciplines a le mérite de mettre en exergue le fait que chaque cause porte sur un objet distinct, le but final n'est qu'une cause apparente du fait illicite, comme du contrat. La véritable cause de la volonté qui préexiste à l'acte, se trouve dans les mobiles et non dans le but final. Les mobiles profonds sont la cause du but final et ils expliquent surtout le but direct, autrement dit, la volonté de l'acte infractionnel qui apparaît comme déterminante.

107. Les conséquences matérielles de la distinction du but et du mobile selon leur objet. Les mobiles seraient la cause de la volonté globale, du résultat, mais surtout, du moyen de l'obtenir. En tant que cause profonde de la volonté, mais seulement, indirecte de l'acte, ils ne peuvent jamais transparaître de manière univoque dans la matérialité des faits. Les différents buts, en revanche, le peuvent toujours en ce qu'ils sont les causes directes du passage à l'acte. Cette différence théorique entre le but et les mobiles a des répercussions matérielles qui recèlent un critère opérationnel de distinction de ces concepts. C'est bien à l'aune de sa mise en œuvre pratique que l'on pourra mesurer la pertinence de la distinction abstraite entre cause de l'acte et cause de la volonté.

b) Les répercussions matérielles du mobile comme cause de la volonté

108. La double répercussion du clivage entre les causes de l'acte et de la volonté. La réduction du mobile à une cause profonde dont l'objet est la volonté, induit deux séries de conséquences qui l'opposent résolument au concept de but. La première conséquence est que les mobiles ne peuvent plus être cantonnés aux infractions intentionnelles et, la seconde, qu'ils sont réfractaires à toute transposition matérielle contrairement aux composantes classiques de l'infraction.

109. L'existence de mobiles en matière non intentionnelle. La criminologie envisage les mobiles comme inhérents à toute action même imprudente⁴⁷¹, parce qu'ils sont

l'obligation: voir notamment, pour des illustrations jurisprudentielles, CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours, 10^{ème} éd. 2012, n° 88 et s.

⁴⁷⁰ Cf. *infra* n° 134 et s.

⁴⁷¹ Voir notamment YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *Les mobiles du délit, Etude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, Bibliothèque de sciences criminelles, LGDJ, 1974, p. 108.

considérés comme une cause profonde et non réduits au but. La question des mobiles est exclusivement abordée, par le droit pénal, dans le cadre des infractions intentionnelles. Un tel constat ne s'explique que par l'assimilation du but et du mobile, puisque que le concept de but semble de prime abord incompatible avec l'idée même d'imprudence. L'acte peut être conçu comme un but direct présent dans toutes les infractions mais, si l'on considère qu'il est issu d'un but final, c'est ce dernier qui paraît déterminant et qui semble, de prime abord, absent des infractions non intentionnelles. A l'analyse, on s'aperçoit pourtant que l'incompatibilité du but et de l'imprudence est à relativiser⁴⁷². Mais, c'est certainement cette opposition apparente qui a conduit à ne pas envisager les mobiles en ce domaine. En parvenant à s'extraire de l'amalgame entre le but et la cause, on peut aisément appliquer le concept de cause à tout acte volontaire, même dépourvu de but distinct. Or, la cause première et véritable des actes est à chercher dans les mobiles en tant que cause de la volonté, cette dernière permettant l'action. Un agent peut accomplir un excès de vitesse occasionnant des blessures par besoin d'éprouver des sensations fortes ou en raison de sa tendance de compensation, due à un complexe d'infériorité, ressenti à l'égard des conducteurs de grosses cylindrées qu'il tente de devancer⁴⁷³. La facilité avec laquelle on peut concevoir de tels exemples, atteste d'un problème de définition du mobile qui n'est pas abordé, ne serait-ce qu'à titre d'hypothèse, dans les infractions non intentionnelles. Contrairement au but, le mobile existe de manière uniforme dans toutes les infractions, quel que soit le degré de culpabilité morale exigé.

110. L'existence d'un critère de distinction tenant à la transposition matérielle.

Le régime juridique du mobile est ainsi unifié et ne peut se traduire que par son indifférence lors de l'établissement de la responsabilité. Il s'agit de la conséquence principale de son opposition au but, en tant que cause de la volonté de l'acte. En raison de l'enchevêtrement apparent du but et de la cause, l'une ou l'autre de ces notions pouvait être dépouillée ou hypertrophiée. Mieux vaut, dans la mesure des possibilités techniques, réduire le champ du mobile pour éviter tout empiètement sur le concept de but, choisi implicitement par le législateur pour représenter l'élément moral de principe. Or, un critère technique de

⁴⁷² On peut envisager qu'un excès de vitesse occasionnant des blessures soit accompli dans le but final de permettre à son passager de ne pas rater son avion ou encore d'arriver à temps pour assister à un accouchement. C'est simplement le résultat direct que sont les blessures qui n'est pas consciemment voulu. Là encore, les psychanalystes relativisent la conception juridique, en estimant que souvent l'auteur d'une négligence ou d'une imprudence désire, dans son subconscient, le résultat direct atteint. Voir, pour plus d'explications, HESNARD A., *Psychologie du crime*, Payot, 1963, p. 214 ; GRASSBURGER, « La criminologie de l'accident de la circulation », in *Bulletin de la Soc. Intern. De Criminologie*, 1958. 215 et s.

⁴⁷³ Voir, pour d'autres illustrations, YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 109.

distinction existe, car seul le but de l'agent peut transparaître de manière univoque dans les faits.

111. La transposition matérielle du but. Le but transparaît toujours, soit qu'il se réalise effectivement, soit qu'on le déduise des actes et des circonstances factuelles. Toute personne accomplissant consciemment tel acte circonstancié, ne le fait que dans le but direct correspondant, quelles que soient sa personnalité et ses raisons propres. Le but qui transparaît dans les faits ne sera, d'ailleurs, pas nécessairement détaché de l'acte. La jurisprudence rappelle ainsi souvent que « *la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique l'intention coupable* »⁴⁷⁴. Aussi, le but peut-il toujours se déduire des faits alors qu'un mobile se déduit d'une analyse poussée de la personnalité de l'agent. En tout état de cause, le but peut forcément se réaliser puisqu'il s'agit d'une projection dans le futur. Il s'agit, en effet, de la situation matérielle et concrète souhaitée qui pourra être constatée objectivement, si elle se réalise. Le but se résumera parfois à l'acte, mais, il pourra être plus précis et viser un résultat concret, ou encore, la satisfaction retirée du comportement, comme celle de payer ses dettes, d'arriver à l'heure, d'offrir un présent, d'être recruté... En revanche, le mobile réduit à une cause intérieure et profonde ne saurait transparaître de manière univoque dans la matérialité des faits.

112. L'absence de transposition matérielle univoque du mobile. La pulsion de vengeance, par exemple, ne peut transparaître tel quel dans les faits. Il faudra d'abord élaborer, de manière intermédiaire, un plan d'action concret, tant et si bien qu'elle se traduira, tantôt par une atteinte physique ou psychique, tantôt par une atteinte aux biens plus ou moins grave. Quoi qu'il en soit, considérés indépendamment de l'auteur, les faits ne permettront pas de savoir si un mobile de vengeance ou alors de cruauté était à l'origine du forfait. Si un agent tire en direction d'une partie vitale d'un deuxième, le but direct de tuer est évident, même si un coup de vent dévie son tir et qu'il n'y parvient pas. Le but plus lointain d'enrichissement ou d'élimination d'un rival, tout aussi réalisable, sera décelable grâce aux circonstances, à la qualité ou aux attributs de la victime. Le mobile, en revanche, ne ressort pas clairement de la scène globale et nécessitera des investigations approfondies de la personnalité de l'auteur. Il se peut néanmoins que le mobile coïncide avec le but, dans le cas où le nombre de mobiles qui peuvent se combiner avec un but, est restreint. Tels sont les cas où la représentation du

⁴⁷⁴ Voir notamment, Crim., 7 déc. 1999, n° 98-85759 (*inédit*).

but est caractéristique d'une certaine tendance psychique, comme le but lascif qui est étroitement lié au mobile sexuel. Toujours est-il que, même étroitement liés, but et mobile ne coïncident pas forcément, si bien qu'un mobile sexuel pourra se combiner avec un but d'humiliation sexuelle de la victime, mais non avec celui de satisfaction des pulsions physiques de l'auteur⁴⁷⁵. Même en nuancant le propos, on ne peut que se résoudre à admettre que les mobiles sont d'appréhension plus délicate que les buts, parce que les premiers ne peuvent se réaliser matériellement comme les seconds. Il serait, donc, préférable de réduire les mobiles à des instincts, des sentiments ou des pulsions, juridiquement indifférents, en ce qu'ils ne sont pas directement transposables matériellement. C'est bien là l'idée même de responsabilité pénale qui repose sur des lois générales et impersonnelles dont l'application, pour être égale, ne doit pas être aléatoire, en raison d'un maniement trop délicat. Il est vrai que SALEILLES concluait déjà, dans sa réflexion sur la définition des mobiles, qu'il fallait tenir compte, au stade de la peine, du mobile déterminant qui s'incarne dans un facteur psychologique qui a inspiré le crime et se distingue clairement du but final. Il considérait, en outre, que l'avant-projet suisse allait dans le même sens, en évoquant le meurtre inspiré par la cruauté ou la vengeance⁴⁷⁶. Il relevait, d'ailleurs, des articles du Code pénal suisse visant des actes commis par espièglerie, joie de nuire, égoïsme, rancune ou méchanceté⁴⁷⁷. Cette conception large des mobiles se rapporte davantage à des traits de caractère qu'à des pulsions; mais leur point commun reste l'impossibilité d'une réalisation concrète, directe et prévisible.

113. La non-transposition matérielle du mobile en tant que cause de la volonté.

Il est frappant de constater que la doctrine française illustre généralement le principe de l'indifférence des mobiles par des sentiments, tels que la passion, la cupidité, la jalousie, la pitié, la cruauté, la haine, la vengeance ou la méchanceté, qui se rapprochent d'une conception plus stricte des mobiles⁴⁷⁸. Toutefois, lorsque sont constatées des exceptions, elles

⁴⁷⁵ « Le mobile sexuel est implicitement mais constamment exigé dans tous les délits sexuels [...]. Mais il n'est pas nécessaire que l'acte soit commis par lubricité [...]. L'acte peut avoir comme mobile la vengeance, la curiosité etc. » (YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 273).

⁴⁷⁶ Voir SALEILLES R., *Individualisation de la peine*, Bibliothèque générale des sciences sociales, FELIX ALCAN, 1909, p.227.

⁴⁷⁷ Voir, pour les articles de l'époque, *ibid.*, p. 269-270.

⁴⁷⁸ Voir notamment GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n° 290, p.580; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 221; DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947, n°121; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 505. Voir, pour une vision plus cohérente, quoique très large, des mobiles définis clairement comme englobant certains buts indifférents par principe, LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. U, 11^{ème} éd. 2004, n°23; VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1949, n° 124.

se rapportent presque toujours à des buts⁴⁷⁹. Tout porte à croire que le principe et l'exception ne portent pas sur le même objet et qu'il n'y aurait donc pas de réelle exception au principe de l'indifférence des mobiles en droit positif français, ce qu'il conviendra de vérifier⁴⁸⁰. En pareil cas, il faudrait plutôt affirmer que le mobile et le but final sont indifférents en tant que données plus ou moins explicatives, personnelles et variables. Pour autant, le but plus lointain peut être pris en compte par le législateur, car il peut se réaliser matériellement et se déduire des faits et des circonstances. Voici le mobile définitivement sorti de la gangue de l'intention grâce au critère de l'absence de transposition matérielle. Cette caractéristique qui lui fait défaut, le distingue aussi des motifs, généralement justificatifs, qui ont une existence matérielle et objective.

B) L'existence matérielle comme critère de distinction du mobile et du motif

114. Le motif comme raison d'agir tirée des circonstances objectives de l'acte.

Le motif peut être défini comme une raison d'agir. En que tel, il est d'ordre intellectuel et n'est pas nécessairement causal, contrairement au mobile (1). Par opposition à la cause véritable de nature affective, le motif est une circonstance extérieure et objectivement constatable (2).

1) La distinction entre raison et cause

115. Le motif comme raison d'ordre intellectuel. Les termes de motifs et de mobiles ont une forte proximité terminologique, qui sont issus respectivement des racines latines *motivus* et *mobilis*, dérivées de *movere* se rapportant au mouvement⁴⁸¹. C'est pourquoi ils sont largement assimilés dans le langage courant qui les appréhende comme des raisons d'agir, des causes de l'action⁴⁸². Cet amalgame provient, par conséquent, du manque usuel de distinction entre raison et cause. Il faut, néanmoins, reconnaître que le motif est davantage conçu comme « *une raison d'ordre intellectuel qui pousse à agir* »⁴⁸³. La difficulté vient de ce que le mobile est également envisagé comme une cause rationnelle et consciente, puisqu'il est fréquemment employé dans un registre policier où l'on s'attache au but final de l'auteur

⁴⁷⁹ Cf. *infra* n° 150.

⁴⁸⁰ *Ibid.*

⁴⁸¹ V° « *motif* » et « *mobile* » in *Dictionnaire de philosophie*, dir. RUSS J., Armand Colin, 2^{ème} éd. 2000.

⁴⁸² V° « *motif* » et « *mobile* » in *Dictionnaire Le petit Larousse, grand format*, 2006.

⁴⁸³ V° « *motif* », *ibid.*

pour l'appréhender. Si l'on sait que les raisons conscientes et rationnelles ne sont pas les plus déterminantes de l'action, elles sont, en revanche, plus faciles à cerner. Elles sont même tout à fait constatables objectivement, tant il est simple d'opérer le constat qu'un agent est, par exemple, l'héritier, le bénéficiaire d'une assurance-vie ou le légataire d'un autre et que le premier a, par conséquent, objectivement un intérêt pécuniaire au décès du second. Par sa dominance rationnelle, le but se rapproche du motif, les deux s'éloignant des mobiles, réduits à une conception plus stricte, insufflée par la criminologie et parfois relayée par le droit. De rares juristes ont, ainsi, suggéré l'ébauche d'une distinction. « *L'objectif du jugement est de rappeler qu'il existe des moyens que la société interdit radicalement [...]. C'est pourquoi il est indifférent aux mobiles, ensemble vaste, souvent confus, partiellement inavoué ou impalpable, donc difficilement utilisable (faut-il les distinguer des motifs, des déterminations plus ou moins rationnelles qui poussent à agir ?)* »⁴⁸⁴. La philosophie a tenté de pousser la dissociation, à l'instar de la psychologie qui distingue le motif rationnel et conscient du mobile appréhendé en tant que « *facteur affectif capable de pousser à l'action et qui peut être constitué par des forces considérées comme irrationnelles (le désir, les tendances, les passions etc.) et plus ou moins inconscientes* »⁴⁸⁵. D'autres ont, alors, pu dire que « *les mobiles sont des causes efficientes, les motifs des fins. D'où il résulte que les premiers sont des sentiments, les seconds des idées* »⁴⁸⁶, d'autres, que « *le mobile appartient plutôt au subconscient, le motif au conscient* »⁴⁸⁷.

116. Le motif comme raison non nécessairement causale. Le motif est défini, plus spécialement encore, comme un « *état mental, où prédominent les éléments intellectuels, et tel que s'il était seul en jeu, il déterminerait une certaine action volontaire* »⁴⁸⁸. Cette définition suggère que le motif pourrait être causal, s'il n'avait pas à composer avec des forces plus profondes et plus puissantes que lui. Le motif n'est donc pas seulement d'une nature différente de celle du mobile, il n'a pas non plus la même fonction causale. C'est ainsi qu'il est clairement défini, en psychologie, comme « *une raison d'agir considérée moins comme une cause du comportement que comme une détermination intellectuelle plus ou moins consciente de l'action volontaire* »⁴⁸⁹. Il est, à ce titre, rapproché des motivations, plus

⁴⁸⁴ MOINE-DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, chron. p. 2148.

⁴⁸⁵ V° « *mobile* » in *Dictionnaire de philosophie*, dir. RUSS J., Armand Colin, 2^{ème} éd. 2000.

⁴⁸⁶ GOBLOT E., cité par LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 17^{ème} éd. 1991, p. 633-634 (v° « *Mobile* »).

⁴⁸⁷ LALANDE A., V° « *Mobile* », *op. cit.*, p. 634.

⁴⁸⁸ LALANDE A., V° « *Motif* », *op. cit.*, p. 657.

⁴⁸⁹ V° « *motif* » in *Dictionnaire de philosophie*, *op. cit.*

larges, qui sont invoquées rétrospectivement à titre de justifications ou d'explications⁴⁹⁰. Ces définitions rejoignent le second sens courant du motif qui est tantôt synonyme de mobile, tantôt considéré moins en tant qu'impulsion qu'en tant que raison, occasion ou prétexte⁴⁹¹.

Envisagé de la sorte, le motif n'a plus rien de commun avec une cause impulsive et déterminante. Il sert avant tout à donner un paravent raisonnable aux actes dont les auteurs ignorent souvent, eux-mêmes, les tenants et les aboutissants, dans le processus décisionnel. Aussi peuvent-ils se convaincre qu'ils tuent pour dérober des biens, alors que d'autres pulsions entrent en jeu, les poussant à préférer ce moyen à d'autres plus simples, plus efficaces, moins risqués et moins disproportionnés. Les motifs peuvent aussi être relevés par un tiers qui donnera des raisons plausibles à tels faits. C'est ainsi qu'ils pourront être invoqués par un avocat pour tenter de donner des justifications au comportement de celui qu'il défend, sans pour autant qu'elles aient un quelconque lien avec la cause ou le but effectif de ce dernier.

117. Le motif distinct de la cause et du but. Non seulement, le motif se distingue du mobile, en ce qu'il est rationnel et non nécessairement causal, mais, il est plus large que le but car il n'est pas forcément envisagé par l'auteur et peut demeurer extérieur à lui. Le motif est, en cela, plus facilement constatable car le but non réalisé est parfois délicat à cerner, alors que le motif peut être envisagé comme ayant une existence objective.

2) Le motif comme circonstance objective

118. L'extériorité du motif. C'est en approfondissant la distinction entre raison et cause que l'on peut admettre que le motif est extérieur à l'agent, qui pourra, ou non, le faire sien. Ainsi, « *la causalité psychologique ne peut pas être attachée aux raisons elles-mêmes [...]. Supposons qu'il y ait maintenant de bonnes raisons de faire une promenade, par exemple le beau temps. S'il en est ainsi, quelqu'un qui fait maintenant une promenade est occupé à faire une chose raisonnable* »⁴⁹². Cet agent réalise, en effet, une chose pour laquelle on peut donner des raisons, mais cela ne veut pas dire qu'il le fasse pour ces raisons, car il peut aussi bien le faire pour de mauvaises raisons. De même, on peut connaître les bonnes

⁴⁹⁰ Voir, sur le rapport entre le motif et les motivations, FRAISSE P., *La psychologie expérimentale*, PUF, QS, 2010, p. 87-98.

⁴⁹¹ V° « motif » in *Dictionnaire Le nouveau petit Robert de la langue française*, 2010.

⁴⁹² RICOEUR P. et alii, V° « Causes de l'action », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dir. CANTO-SPERBER M., PUF, 3^{ème} éd. 2001, p. 238.

raisons d'agir et ne pas avoir la force morale de les adopter pour agir en conséquence. Le motif défini comme une raison existe indépendamment du sujet. Le beau temps n'est pas, à l'évidence, un état mental mais un état du ciel. Le motif ne sera que rarement causal puisqu'on l'a vu, les causes véritables et déterminantes sont intérieures et subjectives. Contrairement au mobile, le motif, en ce qu'il est extérieur, revêt une existence matérielle et peut alors être constaté objectivement.

119. La constatation objective du motif. Les besoins impérieux d'un animal domestique peuvent être constatés matériellement et constituer de bonnes raisons de le promener. En dépit de l'existence de ce motif valable, un agent peut promener son chien, pour espionner ses voisins (but final conscient et réalisable), parce qu'il a des pulsions paranoïaques (mobile irrationnel souvent inconscient et non directement transposable). Le motif est ici une occasion, voire un prétexte, et ne s'en trouve que plus aisément constatable. Le but final se déduira plus difficilement et le mobile principal nécessitera des investigations techniques. Se trouver le jour de l'anniversaire de son épouse est un excellent motif de lui acheter des fleurs. Pourtant, l'agent qui va acheter des fleurs ce jour-là, le fait peut-être pour revoir la fleuriste (but final) parce qu'il souffre d'insécurité affective, d'un besoin de plaire (mobile). On pourrait multiplier les exemples mais, ici comme ailleurs, le constat le plus aisé est celui de la date anniversaire, puisqu'il s'agit d'un constat purement matériel.

Le parallèle le plus convainquant est certainement celui que l'on peut faire avec la motivation d'une décision judiciaire, qui est le sens juridiquement consacré du terme de motif. Il est entendu, au sens large, en tant que « *fondement ; cause de justification ; raison de principe ou de circonstance invoquée pour justifier une décision ou un comportement* » et, au sens strict, en tant que « *raison de fait ou de droit qui commande la décision et que le jugement doit exposer avant le dispositif (art. 455 CPC) ; dans leur ensemble, raisons (nécessaires ou surabondantes, exactes ou erronées, suffisantes ou non) que le juge indique comme l'ayant déterminé à se prononcer comme il l'a fait* »⁴⁹³. Ces raisons peuvent être constatées objectivement et souvent même matériellement, lorsque des faits ou des textes fondent une décision. Les motifs n'ont toutefois pas à être causaux. La cause d'une décision judiciaire se trouvera plutôt dans des considérations d'équité, de politique criminelle locale, d'opportunité, voire, parfois, dans des pressions politiques, médiatiques ou, plus rarement, dans des pulsions irrationnelles et inconscientes. En tout état de cause, la décision devra comporter des motifs

⁴⁹³ V° « motif », Cornu G., *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007.

factuels et juridiques, rationnels et cohérents, qui seront difficilement contestables, s'ils ne souffrent ni de contrariété, ni d'insuffisance. De même, un licenciement causé par des considérations personnelles ne sera pas utilement contesté, s'il respecte la procédure prescrite et qu'est dûment énoncé un motif réel et sérieux. Un tel motif n'est pas incompatible avec des motivations plus contestables⁴⁹⁴.

120. L'impossible appréciation de la légitimité à défaut de matérialisation. Les mobiles sont insusceptibles de faire l'objet d'une transposition matérielle, contrairement aux motifs qui ont une existence matérielle et, aux buts, qui peuvent se réaliser. Cette impossibilité de matérialisation engendre l'impossibilité subséquente d'en apprécier la légitimité, tant ce jugement objectif nécessite une extériorisation univoque et tant il serait incongru de le porter sur des pulsions internes non issues d'une volonté libre et éclairée.

§ 2 : L'impossible appréciation de la légitimité des mobiles

121. L'impossibilité de tout jugement de valeur. Il s'agit là du second obstacle à la conception subjective du motif légitime, d'autant plus redoutable qu'il s'oppose à la reconnaissance juridique du caractère légitime de tout mobile. Contrairement aux motifs, et dans une certaine mesure, aux buts, les causes psychiques profondes ne peuvent participer d'aucun jugement de valeur. Cette impossibilité est relative, au plan moral, et absolue, au plan social. En l'absence de transposition matérielle univoque du mobile, le seul jugement de valeur éventuellement envisageable est moral et, en cela, il n'est ni opérationnel ni même concevable juridiquement. Le seul jugement de valeur admissible en droit est d'ordre social, mais, il n'est envisageable qu'en présence d'un fait constatable objectivement et n'aurait aucun sens s'agissant d'une pulsion interne. A l'impossible appréciation morale de la légitimité des mobiles (A), s'ajoute l'impossible appréciation sociale de leur légitimité (B).

A) L'impossible appréciation morale de la légitimité des mobiles

122. Une appréciation juridiquement inadéquate. S'il semble délicat de se prononcer sur le caractère honorable d'un mobile, l'exercice est d'autant plus périlleux s'agissant du motif légitime. D'une part, l'indétermination de la notion de motif légitime

⁴⁹⁴ On peut imaginer qu'alors que deux salariés ont commis des fautes graves, seul l'un soit licencié parce qu'il refuse d'épouser la fille de l'employeur. La cause subjective peut coexister avec des motifs réels et sérieux.

implique une appréciation judiciaire des plus aléatoires et, partant, assez peu cohérente avec la précision législative afférente au dol spécial traditionnellement conçu. D'autre part, le concept même de légitimité ne saurait être appréhendé de manière purement morale, sauf à quitter la sphère juridique⁴⁹⁵. C'est précisément le caractère éminemment subjectif du jugement d'ordre moral (1), qui emporte son caractère extra-juridique (2).

1) Le caractère éminemment subjectif du jugement d'ordre moral

123. Une appréciation aléatoire. Au sens strict, la légitimité a trait à ce qui est conforme à la loi⁴⁹⁶. Or, celui qui viole la loi en ayant une « bonne » raison de le faire, n'en a pas moins conscience d'y contrevenir. En tout état de cause, il y contrevient effectivement, de sorte que ses raisons ne sauraient être considérées comme conformes au droit positif. Dans un sens plus large, la légitimité renvoie à ce qui est conforme à l'équité⁴⁹⁷. On pourrait sans doute estimer que la loi peut être inique et que chacun peut s'en affranchir lorsque ses dispositions sont injustes ou abusives. Il s'agirait, alors, de ne respecter la loi qu'en fonction de ses convenances personnelles, de ses opinions religieuses ou philosophiques, de son sentiment propre au sujet de la légitimité de la loi elle-même. C'est pourquoi l'on considère traditionnellement qu'« *il est impossible d'admettre que la loi puisse être opposée aux bonnes mœurs et à la morale* »⁴⁹⁸ car, « *comme le dit BERTAULD, si l'agent pouvait juger la loi, il n'y aurait pas de loi pour lui : il serait souverain* »⁴⁹⁹. L'admission des bons mobiles conduirait certains individus à se faire justice à eux-mêmes⁵⁰⁰. On perçoit aisément les affres qu'engendrerait cette approche, puisque la conception des bonnes mœurs et de la morale est infiniment variable dans le temps et dans l'espace, d'un justiciable ou d'un juge à l'autre, selon l'âge, le sexe, le milieu ou les circonstances⁵⁰¹. Le rejet d'un tel aléa vaut, à plus forte raison, pour le motif légitime. En effet, l'obstacle le plus évident à la conception subjective du motif légitime, lui conférant un effet sur la faute morale, tient à son imprécision. Lorsqu'une telle exception est reconnue par la doctrine, est-ce, en principe, sur précision législative du mobile en cause. Or, l'indétermination de la notion de motif légitime conduit

⁴⁹⁵ Pour une démonstration de l'objectivité de la notion de légitimité, Cf. *infra* n° 215.

⁴⁹⁶ Cette acception provient de l'étymologie même du terme, issue de la racine latine *legitimus* qui signifie conforme à la règle, établi par la loi. V° « Légitime », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007.

⁴⁹⁷ *Ibid.*

⁴⁹⁸ JACQUEMIN M., *De l'intention en droit pénal*, Th. Paris, 1888, p. 107.

⁴⁹⁹ *Ibid.*, p. 111.

⁵⁰⁰ Voir LARGUIER J., note ss Crim., 22 juin 1972, *JCP* 1973. II. 17326.

⁵⁰¹ En ce sens, JACQUEMIN M., *op. cit.*, p. 102 et s.

irréremédiablement à l'individualisation de la responsabilité, bien que seule celle de la répression se conçoive. Plus qu'une exception au principe de l'indifférence des mobiles, il s'agirait d'une remise en cause de celui-ci. Laisser au juge le soin de faire le départ entre les mobiles légitimes et illégitimes reviendrait, à supposer qu'il y parvienne, à faire dépendre l'engagement d'une responsabilité, d'essence sociale, d'un jugement d'ordre moral.

124. Le rejet de l'appréciation morale du mobile. Au-delà de la brèche qu'une telle posture occasionnerait à la répression, il convient de s'interroger sur le sens de la recherche de la légitimité d'un mobile, autrement dit, sur la possibilité même d'une telle appréciation en droit pénal.

2) Le caractère extra-juridique du jugement d'ordre moral

125. Le rejet d'une appréciation métaphysique. Lorsque l'on tente d'accorder un effet juridique au bon mobile, « *là, plus que partout, se rencontre cette dualité de la justice divine, supérieure, et de la justice humaine, dont l'application se mesure aux nécessités terrestres* »⁵⁰². Ces considérations ont conduit certains législateurs à exclure expressément la prise en compte des mobiles. Ainsi, au 19^{ème} siècle, l'article 39 du Code pénal de Bavière disposait déjà que « *La criminalité de l'intention ne sera détruite, ni par la croyance qu'aurait eue le coupable que le fait défendu par la loi pénale était permis par la conscience ou par la religion [...], ni par la nature du but final ou du mobile de la résolution criminelle* »⁵⁰³. Le caractère moral ou immoral d'un mobile n'a guère de sens car la conception métaphysique de la moralité n'a pas véritablement de place dans le domaine du droit. La moralité peut inspirer le droit mais ne pourrait utilement s'y opposer. « *La moralité, lorsqu'on parle de phénomènes sociaux, ne peut être autre chose que l'effort de se comporter d'une façon utile à la société* »⁵⁰⁴. SALEILLES proposait, déjà, de bannir les expressions de mobile noble, élevé ou honorable pour les remplacer par une formule négative de mobile non déshonorant ou non pervers⁵⁰⁵. On voit mal, en effet, comment les sentiments pourraient déshonorer ou faire l'objet d'un blâme et à plus forte raison s'agissant d'un blâme social. Par principe, seuls les actes peuvent faire l'objet d'un jugement objectif sur leur caractère social

⁵⁰² *Ibid.*

⁵⁰³ *Ibid.*, p. 118. On remarquera simplement que le but final est expressément distingué des mobiles.

⁵⁰⁴ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *Les mobiles du délit, Etude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé, op. cit.*, p. 114.

⁵⁰⁵ Voir SALEILLES R., *Individualisation de la peine*, Bibliothèque générale des sciences sociales, FELIX ALCAN, 1909, p.222.

ou antisocial et, par extension, les buts, en tant que projection d'une réalisation matérielle. Selon LISZT, « *il n'y aurait pas de mobiles ou d'instincts sociaux ou antisociaux, bon ou mauvais, justes ou injustes* »⁵⁰⁶. C'est nécessairement leur extériorisation qui pourra faire l'objet d'un jugement, quel qu'il soit.

126. La nécessité d'un jugement d'ordre social. L'appréciation purement morale des mobiles n'est pas d'essence juridique et son caractère fluctuant la rend inenvisageable en droit pénal. Pour incontournable qu'elle soit, l'appréciation du caractère socialement utile ne peut porter que sur des faits objectivement constatables ou, pour le moins, transposables matériellement. C'est à cette indispensable condition qu'un jugement de valeur objectif peut avoir lieu et qu'il peut être fiable et prévisible. S'agissant d'un mobile, néanmoins, cette condition objective fait nécessairement défaut.

B) L'impossible appréciation sociale de la légitimité des mobiles

127. Les mobiles réfractaires au jugement de valeur social. On perçoit à quel point tout jugement de valeur sur les sentiments et les pulsions incontrôlables est délicat. Il est à craindre qu'en s'y risquant, on ne quitte totalement la sphère juridique. Seul les actes peuvent être jaugés par le droit, ainsi que les buts, en tant que projets réalisables transparaissant dans la matérialité des faits. Si les causes intimes et profondes des actes ne peuvent être l'objet du jugement de valeur, elles ne peuvent pas non plus en être l'instrument. Seules les motifs objectifs de l'acte, qui prennent corps dans ces circonstances de réalisation, sont susceptibles d'en modifier l'appréciation sociale. Ainsi, l'acte apparaît comme l'unique objet du jugement de valeur (1) et les circonstances objectives en sont l'unique instrument de mesure (2).

1) L'acte comme unique objet du jugement de valeur

128. L'impossibilité d'un jugement de valeur intrinsèque sur le mobile. Un mobile qui ne paraît pas en lui-même antisocial, peut le devenir en raison de la gravité de l'atteinte réalisée. L'amour filial semble plutôt social, comparé à la cupidité considérée, encore récemment, dans notre culture, comme antisociale. Mais, encore faudrait-il tenir

⁵⁰⁶ VON LISZT F., dans un extrait d'une revue allemande, parue en 1896, cité par RIGAUD C., *De l'influence du motif en matière criminelle*, Th. Paris, 1898, p. 8.

compte des réalisations matérielles qui en découlent ou, au moins, des projets de réalisation engendrés. A cet égard, GARRAUD affirmait avec force que l'« *on peut accomplir des bonnes actions pour des motifs blâmables, de même on peut commettre des délits pour des motifs louables, il ne faut donc pas s'attacher au motif d'un acte pour en apprécier le caractère juridique* »⁵⁰⁷. Finalement, on ne saurait hiérarchiser juridiquement les pulsions, sans égard pour les circonstances de leur matérialisation, l'importance de la lésion et la valeur sacrifiée. Le fait de céder à ses pulsions pourra faire l'objet d'une appréciation juridique, mais, elle portera alors sur l'acte volontaire, non sur sa cause. Il n'y a guère que les actes qui sont appréciables ainsi que les buts, par le truchement des moyens employés pour les atteindre. Toujours est-il que, si un projet de réalisation peut être apprécié juridiquement, il ne pourra être jugé en l'absence d'une extériorisation univoque. En revanche, apprécier un mobile, dans le sens d'une pulsion inconsciente ou instinctive, indépendamment de toute réalisation matérielle, au moins projetée, confine à l'absurde. Si certains ont pu qualifier l'amour filial et la compassion de mobiles sociaux, c'est en reconnaissant qu'ils pouvaient devenir antisociaux selon la gravité du bien lésé⁵⁰⁸. C'est pourquoi KANT estimait qu'un mobile ne pouvait avoir aucune valeur intrinsèque⁵⁰⁹. Les mobiles ne peuvent donc être qualifiés, en eux-mêmes, ni de bons ou de mauvais, ni de sociaux ou d'antisociaux, quand tout dépend des valeurs sociales que l'on sacrifie à ses instincts. Aussi, l'appréciation abstraite des motivations intérieures n'est-elle pas le témoignage le plus abouti d'une analyse d'essence juridique.

On s'en convaincra par l'exemple du mobile de vengeance, qui peut apparaître comme mauvais ou antisocial, alors que c'est l'action ou l'inaction, subséquente, qu'il faudrait apprécier. Or, il semblerait socialement utile de ne pas y céder. On objectera sans doute que l'instinct est socialement mauvais, lorsque le fait d'y céder l'est aussi. De telle sorte, on parviendrait à porter un jugement inductif sur le mobile à partir de l'acte qu'il porterait en germe. Là encore, il convient d'affiner l'analyse, car il n'est pas vraiment d'instinct qui mène inexorablement à tel résultat nuisible ni à tel résultat particulier. Rien, en effet, ne peut laisser présumer de la réalisation exacte engendrée par un mobile incitateur, tant elle sera dépendante de la force de la volonté, de l'intensité des mobiles inhibiteurs et, plus largement, du libre arbitre de chacun. Si la vengeance peut entraîner des lésions graves à des valeurs pénalement protégées, elle peut, tout aussi bien, engendrer des comportements insuffisamment graves

⁵⁰⁷ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n°290, p. 576.

⁵⁰⁸ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op. cit.*, p. 113.

⁵⁰⁹ V° « mobile » in *Dictionnaire de philosophie*, dir. RUSS J., Armand Colin, 2^{ème} éd. 2000.

pour que le droit pénal ne s'y attache. Mieux, la vengeance peut parfaitement être à l'origine d'un acte socialement utile, tel que le déclenchement d'une poursuite judiciaire par une constitution de partie civile, dont la dimension vindicative est tout à fait conforme aux valeurs dominantes actuelles.

129. Le mobile étranger à l'appréciation de l'acte au regard des circonstances.

Au fond, seul importe l'acte ou le but, dans la mesure où il transparaît de manière univoque dans l'aptitude causale de l'acte. Voilà qui ramène encore au principe de l'indifférence des mobiles dans la constitution de l'infraction, postulant la prédominance des actes et de l'état d'esprit qu'ils révèlent. Quant au but final, il ne peut être apprécié de manière autonome et indépendante des moyens employés pour l'atteindre. C'est précisément ces moyens que le droit pénal entend régir, et non les fins individuelles. Par exception, le but final pourra être pris en considération dans la mesure où il aggrave objectivement l'acte. Ce sera le cas du projet extériorisé de sacrifier une valeur particulièrement importante dans le but d'en préserver une dérisoire. Ainsi, la volonté tendue vers un résultat ne peut être appréciée qu'indirectement, par le truchement de la matérialité qu'elle reflète ou qu'elle recèle potentiellement. Le but ne sera, néanmoins, jamais suffisant pour légitimer un acte, à moins qu'il ne soit relayé par des circonstances justificatives. Il s'agit alors de la fonction du motif légitime qui, en tant que raison objective issue de circonstances extérieures à l'acte, pourra permettre d'en apprécier l'utilité sociale. Le motif n'est pas, de ce point de vue, l'objet de l'appréciation, qui reste le comportement, mais bien un instrument d'appréciation globale des faits.

2) Les circonstances comme unique instrument du jugement de valeur

130. Le mobile antérieur à l'exercice d'une volonté libre et éclairée. Il y a, de toute évidence, une impossibilité pour l'Homme de porter un jugement sur des mobiles largement indépendants de sa volonté. La responsabilité pénale est totalement tributaire du libre arbitre, qu'elle présuppose et ne peut, dès lors, être attribuée qu'en raison d'un comportement issu d'une volonté libre et éclairée. Il n'est pas de jugement de valeur qui puisse avoir lieu avant que le libre arbitre ait pu être sollicité, ni qui puisse porter sur ce qui préexiste à son exercice. Le droit ne saurait, en effet, se prononcer sur les pulsions et les instincts de chacun et se borne, donc, à apprécier le fait d'y céder ou d'y résister en

connaissance de cause⁵¹⁰. De ce point de vue, l'intégration des bons mobiles à l'élément de moral de l'infraction paraît difficilement concevable. On en voudra pour preuve l'absence d'illustration législative de dol spécial négatif précis. Cette absence ressort particulièrement des travaux doctrinaux qui font le plus souvent référence aux bons mobiles pour les rapprocher de la notion objective de justification. Or, le mobile, qui ne peut être l'objet d'un jugement de valeur, ne peut pas davantage en être l'instrument, car il ne modifie en rien l'utilité sociale objective de l'acte. La cause impulsive qui échappe le plus souvent à son auteur, contrairement aux circonstances de l'acte dont il a en principe conscience, ne peut lui permettre d'ajuster sa conduite. Le mobile ne peut donc participer, ni de l'appréciation de la contrariété au droit de l'acte, ni même de sa normalité⁵¹¹.

131. La nécessité d'une circonstance objective et extérieure. Seuls les motifs constatables de l'acte relevant de circonstances extérieures, sont aptes à justifier objectivement un comportement en le replaçant dans son contexte concret de réalisation. Les mobiles, quant à eux, sont insusceptibles de participer d'un jugement de valeur et, partant, d'être l'instrument de toute légitimation. En outre, comment prétendre que les bons mobiles ont un rôle objectif dans la responsabilité pénale, tout en considérant que les mauvais mobiles jouent un rôle subjectif ? Force est de reconnaître que, ce qui est impossible pour les uns, l'est certainement pour les autres, à moins qu'il ne s'agisse pas véritablement de mobile, mais de motif, dans le premier cas, et de but, dans le suivant. Ce sont, par conséquent, tous les mobiles qui doivent être placés en dehors des conditions d'existence de la responsabilité pénale, pour être relégués à sa mesure.

132. L'absence de jugement de valeur quant au choix de la peine. L'analyse des mobiles, restreints à une cause profonde non transposables matériellement, ne saurait relever que d'un domaine exempt de tout jugement de valeur. C'est précisément le cas de la détermination des peines qui s'attache principalement à leur adaptation à la réalité d'une personnalité. Les définitions proposées, pour non absolues qu'elles soient, sont les seules permettant de clarifier et d'épurer une faute morale bien assez complexe. Ce sont aussi les seules qui permettent d'évincer le mobile du champ plus large de l'établissement de la responsabilité, comme le commande le principe, et de reconnaître une certaine cohérence de

⁵¹⁰ Pour une démonstration plus poussée de l'impossibilité de reconnaître la légitimité d'un mobile, Cf. *infra* n° 134.

⁵¹¹ Pour la distinction de l'illicéité et de la normalité de l'acte, Cf. *infra* n° 215.

la loi qui le cantonne à la détermination de la mesure de la responsabilité. Or, un tel domaine n'est pas celui du motif légitime, qui figure au sein même de l'incrimination et qui participe du jugement de valeur objectif sur l'utilité sociale du comportement, compte tenu des circonstances de réalisation.

Section 2 : La relégation du mobile à la mesure de la responsabilité

133. Une relégation nécessaire et effective. Contrairement à la caractérisation uniforme de l'existence de la responsabilité pénale, la détermination de sa mesure demande au juge d'analyser la personne du délinquant dans son ensemble. Les mobiles intègrent naturellement le champ de cet examen. Son rôle en droit pénal est loin d'être négligeable. Il apparaît comme un moyen essentiel de personnalisation de la peine. Si la détermination de la peine n'est pas, pour ainsi dire, au cœur des préoccupations théoriques, elle est loin d'être secondaire pour les juges et pour les condamnés. Les théoriciens se concentrent naturellement sur les éléments régis par la loi, plus que sur ce qui est laissé à la libre appréciation judiciaire. De même, ils commentent principalement les questions de droit posées à la Cour de cassation qui se prononce rarement sur la mesure de la peine, relevant de l'appréciation souveraine des juges du fond. Pour ressortir des questions de fait, le mobile n'en demeure pas moins nécessaire à l'individualisation de la sanction pénale. En outre, le droit positif analysé à travers le prisme d'une conception stricte des mobiles, dûment distinguée des buts et motifs objectivement constatables, révèle sans concession leur absence catégorique lors de l'établissement de la responsabilité. Cette effectivité atteste de l'impossibilité d'une prise en compte en dehors de la mesure de la responsabilité. Ainsi, pour nécessaire que soit la relégation des mobiles au choix de la peine (§1), elle est surtout parfaitement effective (§2).

§1 : Une relégation nécessaire du mobile au choix de la peine

134. L'absence de jugement de valeur sur la personne du délinquant. L'établissement de la responsabilité procède d'un jugement de valeur sur l'illicéité de l'acte et d'un jugement de réalité sur l'anormalité de l'acte, au regard des possibilités qu'avaient l'auteur de l'éviter. Au contraire, la fixation des peines et de leur régime est le siège du jugement de réalité porté sur la personnalité du délinquant et il ne s'agit en aucun cas d'apprécier sa valeur ou sa normalité. Les mobiles sont réfractaires au jugement manichéen et

rigide, qui consiste à savoir si une condition de la responsabilité est remplie, ou non. Ils se prêtent donc mieux à un jugement de réalité (A) sur la personnalité de l'auteur, qu'à l'application de règles binaires (B) inadaptées à leur complexité.

A) Le mobile susceptible d'un jugement de réalité

135. L'appréciation de la dangerosité de l'auteur. Le mobile est insusceptible de modifier l'appréciation de la nocuité sociale de l'acte ou de son anormalité. Il ne peut se prêter qu'à de simples constats relatifs à la personnalité, tels que celui de la dangerosité, de l'auteur qui participe, au premier chef, de la mesure de la responsabilité mais qui ne saurait l'établir. Cette dangerosité ne ressort pas de l'examen du caractère bon ou mauvais des mobiles mais, notamment, du degré d'adhésion morale à ceux-ci (1) ou de leur degré d'appartenance à la personnalité de l'auteur (2).

1) L'appréciation du degré d'adhésion morale au mobile

136. Un constat de dangerosité lié au type de mobile. Lorsque SALLEILLES proposait de remplacer l'expression de « *mobile honorable* » par celle de « *mobile non pervers* », il suggérait, déjà, qu'il était surtout question, en la matière, de séparer les mobiles particulièrement abjects ou vils, des sentiments plus communs⁵¹². Cette distinction avait, finalement, vocation à départir les sentiments exceptionnels, des sentiments plus courants. C'est pourquoi elle relève davantage d'un constat de réalité que d'un jugement de valeur, à proprement parler. Une appréciation du caractère non pervers d'un mobile peut être un élément d'appréciation globale de la dangerosité de l'auteur d'une infraction. Les mobiles réfractaires à tout jugement de valeur, sont indispensables à l'appréciation de la « *redoutabilité* » ou de la « *péculiosité* »⁵¹³ de l'auteur. Cette appréciation est, néanmoins, plus délicates qu'il n'y paraît de prime abord. Les mobiles dits "pervers" ne sont pas les seuls en lien avec la dangerosité de l'auteur. Paradoxalement, des mobiles communément perçus comme louables peuvent apparaître comme un indicateur de dangerosité accrue. L'appréciation de la dangerosité peut engendrer des conclusions diamétralement opposées à celles d'une appréciation douteuse de la culpabilité, par le truchement des mobiles.

⁵¹² Voir SALLEILLES R., *Individualisation de la peine*, op. cit., loc. cit.

⁵¹³ Termes criminologiques employés comme synonymes de la « dangerosité ». Voir YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *Les mobiles du délit, Etude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, op. cit., p. 118.

137. La dangerosité inhérente aux mobiles dits honorables. Le fait de voler pour donner aux pauvres peut être considéré comme plus nuisible et plus dangereux qu'un mobile plus égoïste. Ceux qui se sentent investis d'une mission sont, par certains aspects, et contrairement à certaines jurisprudences⁵¹⁴, bien plus redoutables que ceux qui transgressent la loi, en sachant qu'ils ont tort. Les premiers, convaincus de réaliser ce qui est juste, sont moins amendables que les seconds. Ils ne se sentent pas transgresseurs et, en cela, ils mériteraient, parfois, des sanctions adaptées à cette dangerosité particulière. A ceci près, qu'il s'agit d'une appréciation plus quantitative de la dangerosité que qualitative. Autrement dit, c'est l'aptitude au passage à l'acte et à sa répétition qui est renforcée, sans égard ici à sa gravité. Dans une certaine mesure, en effet, les personnes mues par des mobiles dits louables, sont avérées plus dangereuses que celles poussées par des instincts dits blâmables, puisque le degré d'adhésion morale sera souvent plus fort. L'auteur d'un délit d'entrave à l'IVG⁵¹⁵, pétri de convictions religieuses, est certainement plus difficilement amendable qu'un voleur cupide. Ce dernier n'est, sans doute, pas aussi farouchement hostile à la protection de la propriété que le premier l'est à l'égard de la liberté de disposer de son corps. Il en irait de même d'un parent endoctriné qui ne viendrait pas utilement en aide à son enfant malade nécessitant une intervention médicale. Sa dangerosité est liée au manque de conscience de la relativité de ses convictions qui, en tant que non absolues, ne doivent pas être imposées à autrui, au mépris du droit.

138. Les multiples critères d'appréciation de la dangerosité. L'approche criminologique s'est moins prêtée à une appréhension d'ordre moral du mobile, qu'à des constatations portant sur différents aspects de la personnalité de l'auteur, tels que la redoutabilité. Ces constats sont souvent dépourvus de lien avec la gravité de l'acte et la culpabilité de l'auteur. En atteste particulièrement, le caractère paradoxalement pernicieux d'un certain type de mobile que l'on a pu croire meilleurs que d'autres. La réalité est à ce point complexe, qu'elle impose de tenir compte de différents critères. La criminologie s'est ainsi penchée sur l'examen du degré d'appartenance des mobiles à la personnalité du délinquant, afin de jauger sa disposition criminelle. Là encore, les conclusions sont bien plus nuancées qu'un jugement manichéen auquel les mobiles se prêtent mal.

⁵¹⁴ Cf. *supra* n° 71 et 72.

⁵¹⁵ C. pén. art. 223-10.

2) L'appréciation du degré d'appartenance du mobile à la personnalité

139. La dangerosité accrue par le caractère endogène d'un mobile. Le fait qu'un délinquant agisse sous la pression de facteurs endogènes n'est pas un indice de l'intensité de la faute mais de la dangerosité. « *Un délinquant grave, à tares biopsychiques héréditaires, ou qui a manqué d'éducation dans sa famille dissoute, ou qui, en raison de ses relations avec ses parents pendant l'âge tendre, s'est formé une personnalité antisociale, etc., présente une disposition au crime plus forte que l'homme moyen* »⁵¹⁶. Ainsi, plus les facteurs endogènes sont enracinés dans la personnalité du délinquant, plus ils le conduisent vers le crime. A l'inverse, le fait d'agir sous l'influence de facteurs exogènes très pressants peut indiquer une disposition au crime plus conjoncturelle que structurelle.

Il s'agit encore d'une appréciation sans rapport avec la gravité de l'acte ni avec la culpabilité morale de l'auteur. La dangerosité est, au final, intimement liée au degré de conscience que l'agent a de ses actes ainsi qu'à ses possibilités psychoaffectives d'agir autrement. Il n'en reste pas moins que les critères de dangerosité ne sont que des indicateurs relatifs. Ils peuvent, par ailleurs, entrer en contradiction avec d'autres aspects de la personnalité du délinquant⁵¹⁷.

140. Un degré d'imputabilité inversement proportionnel à la dangerosité. L'individu ayant bâti sa personnalité dans un milieu criminogène peut présenter une forte disposition criminelle mais il n'aura pu exercer son libre arbitre dans les mêmes conditions que l'homme moyen. « *C'est ainsi que nous nous trouvons devant des cas où l'appartenance des mobiles à la personnalité de l'auteur est inversement proportionnelle à la culpabilité* »⁵¹⁸. Il ne s'agit évidemment pas d'une culpabilité au sens de l'article 121-3 du Code pénal, car il en donne une approche essentiellement quantitative. Les différents types de fautes sont classés selon le degré de volonté ou d'indifférence à l'égard du résultat. Cette conception de la faute est indifférente aux causes de celle-ci ou à son degré liberté d'exercice. Cette analyse du mobile permet seulement de constater qu'un individu peut présenter une dangerosité élevée et qu'elle ne lui est pas entièrement imputable. Néanmoins, cette opposition n'est pas constante puisqu'un individu agissant sous une pression exogène contraignante, présentera un faible degré de dangerosité comme d'imputabilité. Ces illustrations de l'examen de différents

⁵¹⁶ YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op.cit.*, p. 113.

⁵¹⁷ Voir, pour approfondir la question de la combinaison des mobiles avec la personnalité du délinquant, appréhendée sous l'angle de la disposition criminelle, *ibid.*, p. 117.

⁵¹⁸ *Ibid.*, p. 113.

aspects de la personnalité dont les mobiles participent, mettent en exergue le caractère délicat de leur appréciation et de leur rapport.

141. Le libre choix de la peine adapté au jugement de réalité. Les différents angles d'analyse du mobile sont d'un maniement d'autant plus subtil qu'ils doivent se conjuguer entre eux. A ce titre, ils se prêtent mal à l'application des règles binaires imposées par les conditions d'existence de la responsabilité pénale, selon lesquelles soit une composante est constituée, soit elle ne l'est pas. Les mobiles qui n'ont rien de commun avec les composantes de la responsabilité, exigent au contraire une modulation casuistique.

B) Le mobile réfractaire à l'application de règles binaires

142. La prise en compte exclusive des mobiles dans l'individualisation de la peine. L'analyse des mobiles d'un délinquant ressort, à l'évidence, de l'examen de sa personnalité plus que de l'appréciation binaire des conditions de la responsabilité. Cette prise en compte de la personnalité est clairement cantonnée au prononcé de la peine par l'article 132-24 du Code pénal. Or, une prise en compte cumulative des mobiles, aux stades de l'appréciation de l'existence de la responsabilité puis de sa mesure, n'est pas concevable. Ainsi, le Code consacre la plus grande liberté judiciaire dans la prise en compte de données extérieures aux conditions de la responsabilité afin d'individualiser la sanction. Cette latitude assure, contrairement à la rigidité des règles gouvernant l'infraction, l'examen nuancé requis par les mobiles (1). La loi prescrit, en somme, l'examen de données distinctes lors du prononcé de la peine, de sorte qu'une double prise en compte doit être rejetée (2).

1) La nécessité d'une prise en compte nuancée des mobiles

143. La relégation légale des mobiles au domaine de la personnalisation des peines. Le Code pénal consacre une section aux « *modes de personnalisation des peines* », qui pose les différentes modalités techniques dont dispose le juge pour individualiser la sanction. Cet arsenal est précédé d'un texte général qui consacre le principe même de la personnalisation et éclaire le juge quant aux éléments, qui devront présider au choix d'une peine. L'article 132-24 susmentionné dispose, en effet, que « *dans les limites fixées par la loi, la juridiction prononce les peines et fixe leur régime en fonction des circonstances de l'infraction et de la personnalité de son auteur. Lorsque la juridiction prononce une peine*

d'amende, elle détermine son montant en tenant compte également des ressources et des charges de son auteur ». L'expression de mobile était expressément mentionnée dans la version de 1986. Le terme voulu plus large de "personnalité" peut recouvrir l'arrière-plan psychologique de l'auteur, dans toute sa complexité et dans toute sa singularité. Les différents aspects de la personnalité peuvent donner des indications contradictoires lors du choix de la peine, comme ils peuvent aussi entrer en contradiction avec la gravité objective des circonstances de l'infraction ou les ressources de l'auteur. Le cas, précédemment exposé, d'un degré d'imputabilité inversement proportionnel à la dangerosité, en est une illustration saisissante. Les causes dites de non-imputabilité sont appréciées strictement au stade de la caractérisation des conditions de la responsabilité pénale. Ainsi, un délinquant peut être considéré pénalement responsable et déclaré coupable alors qu'il aura été soumis à de fortes pressions, sans que celles-ci n'aient totalement aboli son libre arbitre. L'étape du choix de la peine permet précisément de tenir compte de ces subtilités factuelles et de les combiner à d'autres, pour nuancer la peine⁵¹⁹.

L'individualisation de la sanction est le siège par excellence du compromis. Si des compromis légaux sont envisageables, ils n'ont qu'une portée générale et pas non individuelle. D'ailleurs, l'introduction récente d'un alinéa second au même article est venue préciser les enjeux contradictoires gouvernant la personnalisation de la peine. Il est ainsi rédigé : *« la nature, le quantum et le régime des peines prononcées sont fixés de manière à concilier la protection effective de la société, la sanction du condamné et les intérêts de la victime avec la nécessité de favoriser l'insertion ou la réinsertion du condamné et de prévenir la commission de nouvelles infractions »*⁵²⁰. L'analyse des mobiles qui permet, avant tout, de jauger la dangerosité d'un délinquant, s'inscrit indubitablement dans le but d'une protection effective de la société.

144. La cohérence des mobiles avec l'appréciation discrétionnaire prescrite pour la peine. L'article 132-24 du Code pénal consacre expressément l'effort judiciaire de conciliation au rang des impératifs nécessaires à la personnalisation des peines. Un tel compromis ne peut se réaliser pleinement que moyennant une latitude judiciaire suffisante. Ainsi, la Chambre Criminelle n'a de cesse de rappeler que *« la détermination de la peine par les juges, dans les limites fixées par la loi, relève d'une faculté dont ils ne doivent aucun*

⁵¹⁹ Voir notamment, C. pén. art. 122-1 al 2, qui dispose que la simple altération du discernement ne supprime pas la responsabilité mais doit être prise en compte dans la fixation des peines et de leur régime.

⁵²⁰ L. n° 2005-1549 du 12 déc. 2005, art. 4.

compte et à laquelle l'art. 132-24 C. pén. n'a apporté aucune restriction »⁵²¹. La liberté qui prévaut, en la matière, transparaît par l'absence d'obligation de motivation spéciale en dehors du prononcé d'une peine d'emprisonnement ferme, en matière correctionnelle, et hors les cas de récidive légale⁵²². Ce pouvoir est, néanmoins, entamé de manière récurrente⁵²³. L'ajout d'un alinéa 3 à l'article 132-24 par la loi du 24 novembre 2009, en est un des derniers exemples. Il dispose qu'une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours et qu'elle doit faire l'objet d'une des mesures d'aménagement⁵²⁴.

145. Une prise en compte nuancée et unique des mobiles. Le pouvoir discrétionnaire du juge est cantonné au domaine du jugement de réalité de la personnalité du délinquant, auquel il est parfaitement adapté. En effet, il ne s'agit plus de savoir si les composantes de la responsabilité sont établies ou non, mais d'apprécier des faits, un contexte infractionnel global et surtout une personnalité dont les mobiles participent au premier plan. Non seulement la subtilité des mobiles se prête mieux à une liberté d'appréciation qu'à un jugement manichéen, mais ces deux types d'analyse ne peuvent avoir le même objet.

2) Le rejet d'une double prise en compte des mobiles

146. L'absence de principe général. Il n'existe aucune prohibition légale expresse d'une prise en compte cumulative d'un élément de fait lors de la constitution de l'infraction, puis de la fixation de sa sanction. Il existe, néanmoins, une indication implicite au sein dudit article 132-24, lorsqu'il fait référence à des éléments clairement distincts de la constitution de l'infraction. En effet, les circonstances de l'acte, la personnalité de l'auteur ainsi que ses ressources semblent incompatibles avec la généralité des éléments constitutifs des infractions, qui doivent pouvoir être caractérisés indépendamment de la diversité des cas de figure. Ceci étant, de tels éléments, sans être requis pour eux-mêmes, pourront parfois être pris en compte à titre probatoire et participer de l'établissement d'une condition, ce qui est tout à fait

⁵²¹ Crim., 7 oct. 1997, *JCP* 1997. IV. 2487 ; 29 nov. 2000 (*inédit*). Pour des formules proches, voir : 14 mai 1998 : *Bull. crim.* n°163 ; 22 oct. 2008, *Dr. pén.* 2009, n° 1, obs. VERON M.

⁵²² Voir l'art. 132-19 CP.

⁵²³ Pour plus de détails sur cette affirmation, Cf. *infra* n° 165.

⁵²⁴ Désormais, en matière correctionnelle et en dehors des condamnations en récidive légale prononcées en application de l'article 132-19-1 du Code pénal, une peine d'emprisonnement sans sursis ne peut être prononcée qu'en dernier recours si la gravité de l'infraction et la personnalité de son auteur rendent cette peine nécessaire et si toute autre sanction est manifestement inadéquate. Dans ce cas, la peine d'emprisonnement doit, si la personnalité et la situation du condamné le permettent, et sauf impossibilité matérielle, faire l'objet d'une des mesures d'aménagement prévues aux articles 132-25 à 132-28 du Code pénal. Il s'agit de la semi-liberté, du placement extérieur et du placement sous surveillance électronique mobile.

différent⁵²⁵. Il en va de même et à plus forte raison, de la prise en compte de la protection de la société, des intérêts de la victime, de l'insertion sociale du condamné et de la prévention de nouvelles infractions, en tant que données nécessairement extérieures à la déclaration de culpabilité. Si, par exception, l'intérêt de la victime est déjà considéré dans l'infraction, par le truchement du préjudice, on imagine mal ce dernier être également pris en compte au stade de l'ajustement de la sanction.

147. L'incompatibilité logique entre seuil de la peine et variable d'ajustement.

On pourrait rapprocher cette incompatibilité logique de celle que relève la Cour de cassation, en l'absence de texte général, à propos des circonstances aggravantes. Elle a clairement posé que les mêmes éléments ne pouvaient caractériser à la fois la contrainte constitutive des agressions sexuelles et les circonstances aggravantes de celles-ci⁵²⁶. S'il existe des exceptions peu satisfaisantes à ce principe, elles sont âprement décriées⁵²⁷ comme l'est aussi la mauvaise qualité rédactionnelle des textes dont elles proviennent⁵²⁸. Le fait qu'un même élément fonde le seuil de la peine et son ajustement, à la hausse ou à la baisse, heurte la logique la plus élémentaire. Ce qui se conçoit mal pour l'ajustement légal et la hausse des peines, se conçoit encore moins pour l'ajustement judiciaire de la peine à la baisse. Un fait qui participe du plafond légal d'une peine, ne peut fonder le prononcé judiciaire d'une peine moins sévère. Ce qui justifie le transfert de pouvoirs du législateur aux juges en matière d'individualisation de la peine, réside précisément dans l'impossibilité pour la loi de tenir compte des particularités de chaque espèce, de sorte que le juge tient compte ici de ce qui échappe à la loi générale et impersonnelle.

148. La prise en compte nécessairement alternative des mobiles. La prise en compte des mobiles ne peut donc être qu'alternative⁵²⁹ et ces derniers sont si délicats à sonder et à exploiter que leur étude doit être reléguée au choix de la peine. Seule cette étape permet l'analyse profonde et nuancée qu'ils requièrent, contrairement à celle, superficielle, et parfois

⁵²⁵ Voir en ce sens MALABAT V., note ss Crim. 7 déc. 2005(*Bull. crim.* n° 326), *RPDP* 2006. 152.

⁵²⁶ Voir, s'agissant de l'âge de la victime et de la qualité de l'auteur, Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 274, *D.* 1999. 75, note MAYAUD Y., *JCP* 1998. II. 10215, note MAYER D. Voir aussi, Crim., 20 fév. 2002, *Bull. crim.* n° 38, où la Cour pose comme principe que « *le même fait ne peut être retenu comme élément constitutif d'un crime et circonstance aggravante d'une autre infraction* ».

⁵²⁷ Voir MALABAT V., note préc., où l'auteur critique l'automatisme du cumul entre élément constitutif et circonstance aggravante, en matière d'atteintes involontaires à la vie ou à l'intégrité physique, en cas de causalité indirecte.

⁵²⁸ Voir notamment, pour une critique de la loi du 10 juillet 2000, CONTE P., « *Le lampiste et la mort* », *Dr. pén.* 2001.10.

⁵²⁹ Voir en ce sens YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A., *op.cit.*, p. 295.

extra-juridique, qui pourrait en être faite, au titre de la faute morale ou des circonstances justificatives⁵³⁰. Voilà bien le parti pris opéré par le droit positif, qui relègue effectivement le mobile à la mesure de la responsabilité, car aucune disposition se rattachant à l'établissement de celle-ci ne peut être rapprochée de la notion restreinte de mobile, précédemment proposée.

§ 2 : Une relégation effective du mobile au choix de la peine

149. L'absence de mobile dans les conditions de la responsabilité. Sans s'être penché sur la définition des mobiles, le législateur les a effectivement relégués au choix de la peine, en les livrant à l'appréciation judiciaire de la personnalité de l'auteur, notamment. S'il n'a pas intégré de mobiles aux conditions d'établissement de la responsabilité, c'est qu'il était simplement dans l'impossibilité d'y intégrer des causes profondes non transposables matériellement et, partant, insusceptibles de relever d'un jugement de valeur ou de normalité. L'appellation doctrinale de mobile recouvre, finalement et exclusivement, de simples buts transposables matériellement exigés au titre du dol, ou encore, des motifs extérieurs et objectifs requis à titre justificatif. Il ne se rencontre, de telle sorte, pas plus de mobile illégitime dans les composantes de la responsabilité (A) que de mobile légitime dans celles de son exonération (B).

A) L'absence de mobile illégitime dans les composantes de la responsabilité

150. La prise en compte exclusive des buts dans les composantes de la responsabilité. A l'analyse, on constate que le législateur n'exige jamais, pour la caractérisation du dol, tant général que spécial, la présence d'une cause réfractaire à toute matérialisation. Seuls sont requis des buts, matérialisés ou aptes à l'être, de sorte que le mobile demeure parfaitement étranger à la scission du dol. Dès lors, le clivage du dol provient moins d'une différence d'état d'esprit que du rapport qu'entretiennent les dimensions morales et matérielles de la responsabilité. Le dol général procède d'une concordance matérielle et morale, alors que le dol spécial suppose une discordance entre la matérialité et un but plus précis, non réalisé mais qui transparait dans l'aptitude causale de l'acte. Les rares données psychologiques difficilement transposables matériellement, introduites récemment en droit positif, sont à chercher dans l'aggravation de la responsabilité et non plus dans son

⁵³⁰ *Ibid.*, p. 307.

établissement, ce qui semble participer d'une relégation des mobiles à la détermination de la peine *lato sensu*. Aussi, l'absence de mobile dans les conditions de la responsabilité procède-elle, non seulement, d'une prise en compte exclusive des buts au titre du dol (1), mais encore, du cantonnement des mobiles à l'aggravation de la responsabilité (2).

1) La prise en compte exclusive des buts illégitimes au titre du dol

151. L'éviction des mobiles ou la simplification du dol. La prolifération doctrinale des exceptions de principe au dol général est issue de la définition du dol spécial en tant que but précis. Or, d'une part, la précision du but n'est pas un critère fiable de distinction puisque nul ne s'accorde sur le clivage du dol et, d'autre part, le mobile a fini par être conçu comme un but précis. Le but précis a ainsi été assimilé à la volonté du résultat ce qui a restreint la notion d'intention, au point de devenir exceptionnelle⁵³¹. Dans le même temps et paradoxalement, ce but précis a été élargi au mobile pour la plus grande complexité de la faute⁵³². La restriction du mobile à une cause profonde réfractaire à toute transposition matérielle univoque, permet de réduire l'hypertrophie du dol spécial. Le dol, général ou spécial, se rapporterait au but qui peut toujours transparaître dans la matérialité des faits, alors que le mobile ne le pourrait jamais, en raison de son caractère éminemment personnel et causal. Seule cette définition explique l'indifférence de principe du mobile, qui réduirait la portée générale du texte et, elle seule, peut anéantir les entorses au principe. Ainsi, le dol général se rapporte exclusivement à des buts dont la réalisation est requise, et le dol spécial, à ceux dont la réalisation est seulement possible. Cette distinction est tout aussi étrangère à la notion de mobile, qu'à la question de la précision du but. Le dol ne comprend que des cas de concordance entre le but et la matérialité requise (a) et, par exception, de discordance entre la matérialité et le but visé (b).

a) Le dol général ou la concordance entre le but et la matérialité requise

152. L'assimilation légale de l'intention à la simple volonté du délit. Ce n'est pas parce qu'un but est défini de manière très précise dans un texte qu'il est un mobile, car à tout but, si précis soit-il, correspond toujours une diversité de mobiles intimes. Il y aurait bien

⁵³¹ Cf. *supra* n° 73 et s.

⁵³² Cf. *supra* n° 78 et s.

dol général toutes les fois que l'intention correspond à la matérialité exigée⁵³³. Il n'est guère besoin de distinguer selon la nature formelle ou matérielle de l'infraction. Qu'il faille vouloir beaucoup, ou peu, l'élasticité du dol général est suffisante pour recouvrir ces hypothèses, puisqu'il s'agit simplement de vouloir les faits incriminés, qu'ils soient plus ou moins complexes⁵³⁴. La formule de l'article 121-3, alinéa 1^{er} du Code pénal est à ce point générale, qu'elle ne laisse en rien présumer qu'il faille restreindre son champ d'application aux infractions requérant la réalisation d'un résultat. Comment peut-on interpréter le postulat légal de l'inexistence de crimes ou délits en l'absence d'intention de les commettre, comme supposant l'existence de nombreuses infractions dépourvues de caractère intentionnel ? Il est toujours possible d'adopter, abstraitement, une définition restreinte de l'intention, cantonnée à la volonté d'un résultat détaché de l'acte, par opposition à la volonté plus générale de l'acte⁵³⁵. Le Code pénal actuel, cependant, invite expressément à retenir une définition large permettant d'inclure tous les crimes et délits à l'exclusion, seulement, des délits comportant la mention expresse d'une faute d'imprudence. La loi opte clairement pour une congruence du dol général à la diversité des incriminations. Les seules exceptions dont souffre le principe, sont donc à chercher exclusivement dans les alinéas suivants de l'article 121-3 du Code pénal.

153. La frontière préservée entre infractions intentionnelles et non intentionnelles. L'objection principale à la définition du dol général en tant que volonté de commettre le délit quel qu'il soit, tient à ce qu'elle serait commune à l'ensemble des infractions, même non intentionnelles⁵³⁶. Il faut bien reconnaître que si la volonté de l'acte peut suffire à considérer une infraction formelle, comme intentionnelle, il devient délicat de la distinguer d'une infraction non intentionnelle, supposant aussi l'accomplissement volontaire d'une action ou d'une omission. Le dilemme n'est, pourtant, pas insurmontable, qui est soluble dans le simple constat d'une irréductible différence d'ordre matériel entre ces infractions. La notion de dol n'a rien d'absolu; elle est toujours relative à une matérialité donnée. Aussi, la volonté de l'acte suffira-t-elle à caractériser le dol général, lorsque l'acte

⁵³³ Voir DONNEDIEU DE VABRE, *Traité de droit criminel et de législation comparée*, 3^{ème} éd. Sirey, Paris, 1947, n°126, p. 79, qui considère que « l'intention coupable est une démarche de l'intelligence, elle est la simple connaissance que les éléments constitutifs sont commis ». Dans le même sens, CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 381.

⁵³⁴ Pour les tenants de cette conception, Cf. *supra* n° 75.

⁵³⁵ Pour les tenants de cette conception, Cf. *supra* n° 74.

⁵³⁶ Voir, en ce sens, HERZOG J.-B., « La prévention des infractions involontaires contre la vie et l'intégrité de la personne humaine », in *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, Cujas 1956, t. 1, p. 217 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, t. 1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 603 ; PAGEAUD P.-A., « La notion d'intention en droit pénal », *JCP* 1950. I. 876, n° 17.

suffira à caractériser la matérialité de l'incrimination, ce qui n'est jamais le cas des délits d'imprudence. La même volonté sera insuffisante, dans l'hypothèse d'un résultat distinct requis, puisque l'on ne pourra plus dire que le délit est réalisé avec « *intention de le commettre* » dans son entier. L'argument n'est en rien dirimant, qui méconnaît la relativité de l'intention consacrée par le Code pénal. Il est clair que l'intention doit recouvrir l'infraction décrite, ce qui la rend intimement dépendante de la matérialité exigée. Le législateur ne semble pas s'encombrer d'une distinction entre intention et volonté. Les sections relatives aux infractions non intentionnelles sont, par ailleurs, intitulées « *des atteintes involontaires...* ». Cela ne signifie pas que rien n'y est voulu mais simplement que tout n'a pas à l'être. Leur appellation n'est pas usurpée puisqu'elles ne sont pas entièrement volontaires.

Une interrogation demeure relativement à l'introduction de l'alinéa 2 de l'article 121-3 du Code pénal, qui semble faire exception au principe de la faute intentionnelle, lorsque la loi prévoit un délit de mise en danger délibérée⁵³⁷. L'alinéa fait référence au délit formel d'exposition à un risque⁵³⁸ qui exige bien, dans l'absolu, une imprudence consciente, en ce que l'atteinte effective à la valeur protégée n'y est pas voulue mais seulement prévue. L'infraction n'est pas, pour autant, non intentionnelle, car le résultat involontaire n'est pas requis, de sorte que la matérialité restreinte est entièrement intentionnelle⁵³⁹. Par conséquent, il ne s'agissait pas de la consécration du dol éventuel qui n'a, du reste, aucun sens en l'absence d'atteinte effective à la valeur protégée⁵⁴⁰. Il y aurait, en somme, une confusion législative, et parfois, jurisprudentielle⁵⁴¹, entre la volonté ou son relâchement, dans l'absolu et relativement à une matérialité donnée. Il est, néanmoins, permis de considérer que la lettre du texte suggère un décalage entre le comportement délibéré et le résultat d'exposition effective d'une personne à un risque et, partant, la possibilité que ce résultat soit seulement

⁵³⁷ « Toutefois, lorsque la loi le prévoit, il y a délit de mise en danger délibérée de la personne d'autrui » (L. n° 96-393 du 13 mai 1996).

⁵³⁸ Une innovation du Code pénal actuel incriminée à l'article 223-1.

⁵³⁹ Voir *contra* MAYAUD Y., « Des risques causés à autrui. Application et implication, ou de la naissance d'une jurisprudence », RSC 1995. 575-581, spéc. p. 577, où il est affirmé qu'« A la volonté correspond la résolution du comportement, à l'intention le désir du résultat redouté. Parce que la mise en danger est une infraction formelle, elle n'intègre pas ce résultat dans ses éléments constitutifs, ce qui rend inutile toute référence à l'intention. C'est donc par la seule volonté du comportement que se commet le délit ». La conclusion de raisonnement imparable peut être obtenue sans avoir à distinguer entre intention et volonté.

⁵⁴⁰ Voir cependant ACCOMANDO G. et GUERY C., « Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du Nouveau Code pénal », RSC 1994. 681 et s. ; MAYAUD Y., « Du caractère non intentionnel de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui », RSC 1996. 651 ; SASSOUST P., « Du contrôle, par la Chambre Criminelle, de l'article 223-1 du Code pénal », in *Rapport de la Cour de cassation pour 1998*, p. 154 et s.

⁵⁴¹ Voir, pour un arrêt qui se fonde sur le résultat dommageable non requis pour conclure à une faute d'imprudence, Douai, 11 janv. 1995, *Gaz. Pal.* 1995. II. p. 543 et s. ; RSC 1996. 651, obs. approbative MAYAUD Y. Voir cependant, pour un arrêt qui se fonde sur la matérialité requise pour consacrer la faute intentionnelle, Crim., 9 mars 1999, *Bull. crim.*, n°34, JCP G 1999. II. 10188, note DO CARMO SILVA J.-M.

prévu. Certains interprètes indiquent, cependant, que l'esprit de l'incrimination commande de réduire le résultat à un risque d'exposition d'un autrui potentiel⁵⁴², pour le confondre avec l'acte délibéré et circonstancié⁵⁴³. Il en ressort donc, principalement, une difficulté de tirer des enseignements théoriques de ces deux textes dont la mouture actuelle est largement déplorée⁵⁴⁴. Ces discussions mettent, au moins, en exergue l'importance de la détermination exacte de l'élément matériel car « *l'élément moral se définit toujours relativement à lui* »⁵⁴⁵.

154. La relativité du dol en fonction de la matérialité requise. Toujours est-il que l'article 121-3 du Code pénal, posant un principe et ses exceptions, ne permet pas de conclure à l'existence d'infractions, qui ne soient ni intentionnelles ni non intentionnelles. Il implique, au contraire, une conception large de la notion d'intention, à même d'y attirer toutes les infractions autres que non intentionnelles. Sauf à ce que les infractions formelles quittent définitivement la sphère intentionnelle, l'intention ne peut être plus restreinte qu'une volonté épousant une matérialité requise. Rien ne paraît s'opposer, en revanche, à ce qu'elle soit étendue à la volonté dépassant la matérialité requise.

b) Le dol spécial ou la discordance entre la matérialité et le but visé

155. L'exigence d'un but réalisable dépassant la matérialité requise. De rares auteurs ont suggéré qu'il n'y aurait pas de différence d'état d'esprit entre les dols général et spécial mais, simplement, d'adéquation avec la matérialité incriminée⁵⁴⁶. Il s'agissait, néanmoins, de considérer que l'empoisonnement exigeait une intention de tuer dépassant sa matérialité restreinte⁵⁴⁷, alors que les exceptions au dol général de principe ne sont

⁵⁴² Voir notamment, BOURDEAU B., « Mise en œuvre de l'article 223-1 du Code pénal : autrui en danger et dogmes en péril », *ALD* 1994. 188-194, spéc. p. 192 ; Voir aussi, Crim., 11 avril 2000, *Bull. crim.*, n°161., *D.* 2000. 631, note MAYAUD Y. (« De la conduite à 200 km/h : une mise danger sous condition »).

⁵⁴³ Voir MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, n° 236 et s. Voir aussi Crim., 11 févr. 1998, *Bull. crim.*, n°57.

⁵⁴⁴ Voir notamment, PUECH M., « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, chron. p. 153 et s. ; CEDRAS J., « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.* 1995, chron. p. 18-20, spéc. p. 19.

⁵⁴⁵ MALABAT V., « Le délit de « mise en danger ». La lettre et l'esprit. », *JCP G* 1999. I. 208, p. 340.

⁵⁴⁶ « *C'est peut être là le critère de distinction entre le dol général, qui porte sur le résultat inclus dans les éléments matériels ou, à tout le moins, sur les éléments matériels, et le dol spécial, qui porte sur le résultat qui ne participe pas des éléments matériels* » (REBUT D., « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », note ss Crim. 18 juin 2003, *D.* 2004. 1623).

⁵⁴⁷ Voir *ibid.*, où l'auteur se fonde sur la section punissant les « atteintes volontaires à la vie », alors que l'empoisonnement n'est qu'un attentat, ce qui achève de convaincre que l'on ne peut se fier aux intitulés du Code pénal, du reste, dépourvus de toute valeur normative. Il se fonde, en outre, sur le contexte médical qui justifierait que l'on exige une conscience du caractère nécessairement mortel de la substance. Alors que les circonstances thérapeutiques sont insusceptibles de durcir les exigences légales. Elles peuvent, tout au plus,

concevables que sur mention légale expresse. D'autres ont, ainsi, pu montrer, qu'à défaut de précision, la concordance des éléments moral et matériel s'impose et qu'elle revient nécessairement, après analyse de la matérialité de l'empoisonnement, à « *l'intention d'attenter à la vie d'autrui* »⁵⁴⁸ qui est, certes, très proche de celle d'atteindre la vie d'autrui⁵⁴⁹.

Aussi, la notion de dol spécial n'a-t-elle d'utilité que dans la mesure où législateur exige une intention allant au delà de ce qu'il exige au plan matériel. C'est le cas, notamment, du délit de fuite réalisé dans le but d'échapper à sa responsabilité. La matérialité de la fuite n'implique pas nécessairement ledit but. Il ne s'agit pourtant pas d'un mobile puisque à l'inverse du but, celui-ci ne pourrait jamais ressortir sans équivoque des faits. Or, le législateur aurait très bien pu exiger que ce but soit matérialisé et que le conducteur échappe un temps à sa responsabilité. Le dol spécial provient alors, souvent, d'infractions où l'acte tend à la réalisation d'un résultat qui ne transparaît pas dans les faits, mais dont l'obtention aurait pu être exigée. Si tel était le cas, le dol serait en principe général, car il y aurait une parfaite adéquation entre les faits et la volonté, non tendue vers un but réalisable et distinct. De la sorte, le dol spécial ne serait pas tant un apport de subjectivité à l'infraction qu'une diminution de sa matérialité et, avant tout, un décalage entre les éléments matériel et moral. C'est pourquoi l'élément moral, défini plus précisément que les faits incriminés, semble prendre le pas sur la matérialité. Le législateur incrimine de manière plus préventive des comportements non aboutis et se servirait de l'intention⁵⁵⁰ pour compenser l'équivocité des actes, mais il n'y aurait toujours pas là de mobile. En effet, si le mobile et l'intention sont deux notions distinctes, comment expliquer qu'une même volonté, d'obtenir un même but, soit qualifiée d'intention si le législateur incrimine sa concrétisation et, de mobile, s'il se contente d'une matérialité restreinte ? Dans le dol spécial tel que défini, la même intention est toujours qualifiée de dol mais, c'est un dol plus précis que les faits matériels, et non plus précis que l'intention parfois identique, dans les cas de dol général.

caractériser l'existence d'un fait justificatif rendant socialement utile l'empoisonnement, ce qui était, pour le moins, improbable.

⁵⁴⁸ Voir, pour une démonstration des faiblesses de la solution du 18 juin 2003, MALABAT V. et SAINT-PAU J.-C., « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. p. 4. Voir *contra*, pour la défense d'une solution pourtant teintée de complaisance politique, le rapport de ROMAN M., p. 20, www.courdecassation.fr; ainsi que l'avis de COMMARET D., p. 9 : www.courdecassation.fr;

⁵⁴⁹ Si ces deux intentions se confondent souvent dans les faits, l'affaire du sang contaminé a montré qu'elles ne se recoupent pas forcément.

⁵⁵⁰ Pour la précision de l'intention conçue comme la précision de l'aptitude causale de l'acte, Cf. *infra* n° 209.

156. L'absence d'illustration législative de l'intégration d'un mobile au dol spécial. Un auteur souligne, néanmoins, que « *le dol spécial porterait sur un résultat qui ne participe pas des résultats matériels. Ce critère est séduisant et il s'accorde avec la thèse de ceux qui pensent que le dol spécial n'est rien d'autre qu'un mobile érigé en intention* »⁵⁵¹. Toutefois, le mobile, en tant que cause profonde de l'intention qui engendre l'acte, ne peut jamais se substituer à elle⁵⁵². En outre, la concordance ou la discordance avec la matérialité, implique assurément une comparaison de celle-ci avec un but réalisable matériellement. Le mobile n'agit sur l'acte que par le truchement de la volonté et cette causalité indirecte explique qu'on ne puisse inférer aucun acte certain d'un mobile. C'est pourquoi les auteurs, postulant d'une assimilation du mobile au dol spécial, peinent à fournir des exemples qui ne soient des buts réalisables⁵⁵³. Sont ainsi relevés, les « *fins personnelles* »⁵⁵⁴ et le fait de chercher à se soustraire à l'exécution d'un jugement⁵⁵⁵, mais encore, le but « *de jeter le discrédit* »⁵⁵⁶ sur la justice, le « *dessein d'entraver les recherches* »⁵⁵⁷, le fait d'agir en vue de livrer des renseignements à une puissance étrangère⁵⁵⁸ ou « *en vue de nuire à la défense nationale* »⁵⁵⁹. On trouve également citée l'« *intention de porter atteinte aux droits d'autrui* »⁵⁶⁰ en matière de chèque, et « *le dessein d'entraver les recherches* »⁵⁶¹. Pourtant, ces textes visent la recherche d'un résultat spécifique, et non pas la raison d'une telle recherche⁵⁶². Certains auteurs ont visé les buts de se procurer un gain qui ne résulterait pas du jeu naturel de l'offre et de la demande, de détourner les militaires de leurs devoirs, d'exciter à la haine entre les citoyens, de faire de la propagande anarchiste ou anticonceptionnelle, en voyant « *encore une influence des mobiles quand la loi, pour la constitution du délit, indique un*

⁵⁵¹ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°170.

⁵⁵² Cf. *supra* n° 100.

⁵⁵³ Ce qui est logique puisque le mobile y est conçu comme un but précis. Voir en ce sens LARGUIER J. CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2008, p. 38 et s. ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 275 ; SALVAGE P., *Droit pénal général*, PUG, 7^{ème} éd. 2010, n°94.

⁵⁵⁴ C. com., art. L. 242-6, 3°, cité par PIN X., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁵⁵ C. pén., art. 314-7, cité par PIN X., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁵⁶ C. pén., art. 434-25, cité par PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 509, par PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 329, et par ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 323.

⁵⁵⁷ C. pén., art. 434-7-2.

⁵⁵⁸ C. pén., art. 411-7. Voir, en ce sens, DONNEDIEU de VABRES H., *op.cit.*, *loc. cit.*, qui voit dans le but d'espionnage, notamment, l'intégration d'un mobile.

⁵⁵⁹ C. pén., art. 413-4, cité par ROBERT J.-H., *préc.*, *loc. cit.*

⁵⁶⁰ Exemples cités par LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. *U*, 11^{ème} éd. 2004, n° 23 et 153.

⁵⁶¹ C. pén., art. 434-7-2, cité par PRADEL J., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁵⁶² Selon quelques auteurs tels que RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, 6^{ème} éd. 2011, n°335 et DECHENAUD D., *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n°144.

résultat voulu par l'agent »⁵⁶³. Dans le même sens, « *le but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur* »⁵⁶⁴ est considéré comme le mobile des actes terroristes⁵⁶⁵ certainement parce qu'il cause l'acte. Or, le mobile ne peut être le but lui-même car il le précède, en tant que cause⁵⁶⁶. Toutes ces expressions légales sont essentiellement des buts, en ce qu'elles sont aptes à la matérialisation. Il ne suffit, d'ailleurs, pas que la loi fasse mention d'un but pour qu'il y ait bien discordance de celui-ci avec la matérialité. Beaucoup de ces prétendus dols spéciaux ne résisteront pas à cette vérification puisqu'ils se révèlent souvent être des buts réalisés et non plus seulement réalisables⁵⁶⁷, ce qui les éloignent encore davantage des mobiles. Quant à ces derniers, qui ne peuvent jamais transparaître de manière univoque dans un résultat requis, ou non, point n'est besoin de rechercher une incrimination qui en contienne. C'est proprement impossible puisqu'à chaque acte, résultat, ou même, but, correspondra toujours une diversité de mobiles éminemment personnels.

157. La répartition claire des mobiles et des buts dans la responsabilité. Le dol ne requiert en aucune façon, la prise en compte de mobiles illégitimes, mais exclusivement, celle des buts réalisés, au titre du dol général, ou des buts non réalisés, au titre du dol spécial. Les seules expressions légales se rapprochant d'un mobile *stricto sensu* sont à chercher dans la mesure de la responsabilité et non pas dans ses conditions d'existence.

2) La présence exclusive des mobiles dans l'aggravation de la responsabilité

158. La relégation des mobiles non réalisables à l'aggravation de la peine. Les mobiles de terrorisme, de racisme et d'homophobie, érigés en circonstances aggravantes, sont fréquemment assimilés au dol spécial⁵⁶⁸. Certains auteurs ont, néanmoins, le mérite de

⁵⁶³ MIMIN P., « L'intention et le mobile », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mél. PATIN M., Cujas, 1965, p.119.

⁵⁶⁴ C. pén., art. 421-1 relatif à la finalité terroriste en tant que circonstance aggravante de diverses infractions de droit commun et C. pén., art. 421-1 relatif à la finalité terroriste en tant que composante d'une infraction autonome.

⁵⁶⁵ Selon MAYAUD Y. *Droit pénal général*, op. cit., n° 200, et BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », RSC 2005. 535 et PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit.

⁵⁶⁶ Cf. les développements sur la distinction du mobile, en tant que cause de la volonté, et du but, en tant que simple cause de l'acte, *supra* n° 100.

⁵⁶⁷ Cf. la démonstration de l'artificialité de la notion, largement présumée, de dol spécial, *infra* n° 209 et s.

⁵⁶⁸ En ce sens, notamment, PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit., MAYAUD Y. *Droit pénal général*, op. cit., n° 200, BENILLOUCHE M., art. préc., p. 535 et p. 537, HERZOG-EVANS M., op. cit., n° 271. PY-LEBRUN H., op. cit., n° 129.

distinguer les mobiles aggravant la responsabilité, des buts précis qui la conditionnent⁵⁶⁹. Ce sont généralement ceux qui ramènent l'intention à la volonté du résultat et, partant, à l'exception de dol spécial. Quoique la faute intentionnelle ne fasse plus figure de principe et que les cas de discordance entre la volonté et la matérialité ne puissent être distingués⁵⁷⁰, les mobiles sont au moins relégués à l'ajustement de la peine, fut-il seulement légal. L'ajustement légal de la peine peut aussi être plus favorable, comme en matière d'infractions politiques, dont le mobile fut un critère incident. Outre le caractère résiduel et désuet de cette posture, le mobile y était clairement conçu comme un but politique se déduisant des faits⁵⁷¹. Quant aux circonstances aggravantes, elles n'entrent pas toutes, non plus, dans la catégorie de mobile, puisque la finalité terroriste⁵⁷², qui conditionne d'ailleurs également l'infraction simple⁵⁷³, peut se réaliser matériellement, contrairement au racisme ou à l'homophobie. Il reste que l'homophobie et le racisme peuvent être rapprochés de la conception stricte de mobile. Aussi, le législateur préfère-t-il inclure les véritables mobiles dans des circonstances aggravantes que dans les incriminations d'origine. Ces circonstances permettent simplement au juge d'accroître la peine, s'il l'estime approprié, mais l'existence de la responsabilité reste acquise. Bien que les circonstances aggravantes puissent être envisagées en tant qu'éléments constitutifs d'une infraction autonome⁵⁷⁴, il n'en reste pas moins que cette nouvelle infraction ne trace pas de frontière entre le licite et l'illicite mais entre deux seuils de sanction. Autrement dit, à défaut de caractérisation d'une circonstance aggravante, les faits peuvent toujours être réprimés, ce qui n'est pas le cas, en principe, des éléments constitutifs⁵⁷⁵. Il en va ainsi de l'introduction récente des circonstances aggravantes de certaines infractions⁵⁷⁶ commises « à raison de l'appartenance ou de la non-appartenance, vraie ou supposée, de la

⁵⁶⁹ Voir en particulier MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit., n° 596 et n° 598., DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009 n° 478.

⁵⁷⁰ Cf. les critiques de cette conception du dol spécial, *supra* n° 94.

⁵⁷¹ Voir notamment BOULOC. B., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Précis*, 21^{ème} éd. 2009, n° 189 et s.

⁵⁷² Expression employée par MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, n° 892 et s., qui considère, pourtant, que cette « *incrimination exige alors que l'agent ait poursuivi un certain mobile qui est ainsi érigé en dol spécial* » (*ibid.* p. 480), ce qui met en exergue la confusion commune entre le but qui seul peut être « *poursuivi* » et le mobile qui en est la cause.

⁵⁷³ Voir, notamment, l'infraction de terrorisme écologique, C. pén., art. 421-2.

⁵⁷⁴ Voir, pour une démonstration aboutie, DE JACOBET DE NOMBEL C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 55, n° 24 et s., n° 36 et s., n° 75 et s. ; Voir dans le même sens DALLOZ M., « *Circonstances aggravantes* », *Rép. pén.*, Dalloz, mars 2011, n° 48.

⁵⁷⁵ Néanmoins, il arrive parfois que le défaut d'une composante infractionnelle ne fasse pas obstacle à la caractérisation d'une autre infraction. Cette hypothèse demeure résiduelle, la liberté étant la règle et l'interdit faisant figure d'exception.

⁵⁷⁶ Cette prise en compte d'un « mobile discriminatoire » existait déjà de manière sporadique dans des incriminations où la matérialité même était discriminatoire, tels que les crimes contre l'humanité (C. pén., art. 211-1 et s.), les provocations, diffamations et injures (C. pén., art. R. 624-3, R. 624-4, R. 625-7), les profanations de sépultures (C. pén., art. 225-18), les discriminations raciales (C. pén., art. 225-1 et s.).

victime à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »⁵⁷⁷ ou « à raison de l'orientation sexuelle de la victime »⁵⁷⁸. Ces mobiles discriminatoires ne pourraient jamais transparaître de manière univoque dans la matérialité exigée par les infractions. Les actes, réalisés à l'encontre d'une personne, ne permettent pas de savoir si leur cause était, ou non, sa nationalité ou son orientation sexuelle. Il convient d'observer que les expressions de racisme ou d'homophobie, qui sont celles qui se rapportent le plus à la notion stricte de mobile, sont, néanmoins, des causes conscientes et assez superficielles des actes. Elles pourront toujours avoir d'autres causes, parfois plus profondes, dont il sera loisible au juge de tenir compte. Libre à lui alors de sanctionner différemment une personne pécunie de haine et une personne influençable, entraînée malgré elle dans un mouvement radical et poussée à faire ses preuves. Cette considération d'une certaine forme de mobiles, qui reste tout à fait résiduelle et sporadique quant aux infractions concernées, ne fait pas obstacle à l'éventuelle appréciation judiciaire de l'arrière-plan psychique, pour l'adaptation de la peine. « *Finalement, il semble que le mobile ne conditionne jamais la répression. En revanche, il a parfois pour effet de l'aggraver* »⁵⁷⁹. Cette circonscription n'est, pourtant, pas à même d'obvier toutes les difficultés afférentes à la prise en compte légale des mobiles.

159. Les palliatifs probatoires ou la nécessaire extériorisation du mobile. Il n'en demeure pas moins que le diagnostic du mobile est difficile à faire. Les juges tentent souvent de déterminer des critères d'ordre matériel, ce qui atteste du caractère délicat, voire aléatoire, de la caractérisation d'un mobile. L'intégration des mobiles dans l'aggravation de la peine reste problématique, bien qu'elle consiste à accroître les pouvoirs du juge. Il s'agit, en effet, d'un critère légal et non judiciaire d'ajustement de la peine et, en tant que tel, il doit garantir son application uniforme. Le législateur a donc, lui-même, pris acte de ces difficultés insatisfaisantes, notamment lors des débats sur la loi du 3 février 2003, en décidant d'objectiver les mobiles discriminatoires. Grâce à l'introduction d'un alinéa supplémentaire imposant que l'infraction soit « *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 personne dont fait partie la victime à raison de leur appartenance*

⁵⁷⁷ C. pén., art. 132-76 (L. n° 2003-88 du 3 févr. 2003).

⁵⁷⁸ C. pén., art. 132-77 (L. n° 2003-239 du 18 mars 2003, art. 47).

⁵⁷⁹ DECHENAUD D., *op. cit.*, *loc. cit.*

ou de leur non-appartenance, vraie ou supposée... »⁵⁸⁰ précédemment envisagée. Il en va de même s'agissant de la circonstance aggravante d'homophobie⁵⁸¹.

Il est, désormais, question pour le juge de rechercher des éléments matériels et objectifs de racisme ou d'homophobie. Il est, néanmoins, à déplorer que cette condition objective essentielle ne figure pas dans les infractions choisies. En tout état de cause, ces alinéas, présents dans le livre I du Code pénal, précisent que les conditions objectives sont exigées pour la constitution de la circonstance aggravante et non pas pour sa simple preuve. C'est donc cette matérialité qui commande l'aggravation de la peine puisqu'elle porte atteinte à une autre valeur que celle de l'infraction d'origine, celle de l'honneur et de la considération d'un groupe dont fait partie la victime. En effet, une violence, notamment, ne peut porter atteinte qu'à l'intégrité physique d'une personne, quelle qu'en soit la raison. En revanche, si la cause discriminatoire est extériorisée, elle portera aussi atteinte à la dignité des personnes du groupe d'appartenance. Finalement, le principe de l'indifférence des mobiles demeure intact et seule l'atteinte consciente à une valeur peut être prise en compte par la loi. Ces dispositions, même améliorées, ne sont pas exemptes de toute critique, tenant notamment à l'introduction du concept scientifiquement contestable de « race ». En outre, le domaine concerné est largement décrié comme incohérent et arbitraire, puisqu'il n'assure aucune égalité entre des infractions similaires, ni entre les deux causes d'aggravation dont les domaines ne se recoupent pas, ni de la réponse pénale, les pénalités n'augmentant pas de manière uniforme⁵⁸². Enfin, cette réforme hâtive et purement factuelle, laisse hors de son champs des discriminations équivalentes. Voilà bien qui témoigne de la nécessité pour le législateur, dans l'incapacité de prévoir l'ensemble des situations et raisons d'agir, de s'en remettre à l'individualisation judiciaire. « *Toute différenciation légale fondée sur les mobiles est donc nécessairement empreinte d'arbitraire* »⁵⁸³. Les propositions positivistes en faveur d'une échelle des peines propre aux délinquants animés d'un mobile honorable, n'ont jamais été relayées par la loi⁵⁸⁴.

⁵⁸⁰ C. pén., art. 132-76 al. 2.

⁵⁸¹ Voir C. pén., art. 132-77 al. 2.

⁵⁸² Voir, pour une critique plus étayée portant sur le manque de réflexion d'ensemble, DECHENAUD D., *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n° 144 et s., voir, pour des critiques moins vigoureuses, BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005. 540 et s. ; SEUVIC J.-F., *RSC* 2003, obs. p. 342 et s. ; VERON M., « Lutter contre le racisme : une troisième voie », *Dr. pén.* 2003, n°1 ; LE GUNEHEC F., « Institution d'une circonstance aggravante de 'racisme'. Loi n° 2003-88 du 3 févr. 2003 », *JCP G* 2003, act. 252 et s., où l'auteur relève, toutefois, que les infractions prévues reflètent assez bien la réalité chiffrée, ce qui ne convainc guère puisque cela ne justifie pas que des cas similaires échappent à ce régime, même s'ils sont moins nombreux.

⁵⁸³ DECHENAUD D., *op. cit.*, n° 145.

⁵⁸⁴ Voir particulièrement ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 2^{ème} éd. 1971, p. 217 et s.

160. L'absence catégorique des mobiles dans les conditions de la responsabilité.

Tous les exemples de mobiles donnés par la doctrine au titre du dol spécial, peuvent être envisagés comme des buts réalisables et déductibles de la matérialité des faits. Les mobiles, qui ne sont appréhendables matériellement, se retrouvent exclusivement dans l'aggravation de la responsabilité, mais ne vont pas sans poser des problèmes de preuve. La substitution législative d'une matérialité attentatoire à la dignité, aux simples mobiles discriminatoires, indique, avec force, qu'ils ne sont pas transposables matériellement. Il n'y a, par conséquent, aucun mobile qui puisse être considéré comme étant illégitime, en l'absence d'une extériorisation attentatoire nécessaire à l'établissement de la responsabilité. Ils sont, par là même, incompatibles avec toute prise en compte légale. Ce constat s'applique aux mobiles dits légitimes, absents des conditions de l'exonération de la responsabilité. En effet, les conditions de la justification sont parfaitement exemptes de mobiles et portent exclusivement sur des motifs extérieurs à l'agent.

B) L'absence de mobile légitime dans l'exonération de la responsabilité

161. Le rejet de la confusion des motifs et des buts. La conception justificative des bons mobiles renvoie encore à des buts dits légitimes. Or, les buts ne peuvent modifier l'appréciation de la nocuité sociale de l'acte que lorsqu'ils sont relayés par des circonstances objectivement justificatives. En outre, on comprend mal que les mauvais buts relèvent de la faute, et les bons, de l'illicéité objective de l'acte. Sauf à « subjectiviser » toutes les causes d'irresponsabilité, la conception justificative des bons mobiles doit être rejetée (1), les conditions de la justification se rapportant exclusivement à des motifs légitimes (2).

1) Le rejet de la conception justificative des bons mobiles

162. L'absence de parallélisme entre bons et mauvais mobiles. La doctrine qui reconnaît, classiquement, la prise en considération exceptionnelle de « *l'illégitimité des motifs* »⁵⁸⁵ au titre la faute morale, fait assez peu de cas du rôle inverse que pourraient jouer les mobiles honorables ou légitimes au sein de cette même composante subjective de la responsabilité. Lorsque sont relevés des exceptions législatives plus ou moins proches de la

⁵⁸⁵ Expression employée notamment par GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, n° 290, p.579.

notion floue de bons mobiles, c'est immanquablement pour les apparenter à la notion d'essence objective de fait justificatif, sans autre explication. Il est parfois affirmé que les mobiles sont pris en compte exceptionnellement par le législateur, soit pour préciser l'élément intentionnel, soit pour aggraver la répression, soit en tant que faits justificatifs⁵⁸⁶. Les mobiles illégitimes se voient attribuer, de telle sorte, un rôle subjectif dans la responsabilité, alors que les mobiles légitimes auraient une vocation objective de neutralisation de l'illicéité du comportement. Cette absence de parallélisme quant au régime des mobiles, témoigne de l'incohérence de l'approche subjective des motifs. A moins de souscrire au fondement subjectif de la justification⁵⁸⁷, la conception justificative des mobiles légitimes apparaît comme l'aveu qu'il est difficile d'admettre qu'un mobile puisse anéantir la faute morale. Si tel est le cas, il faudrait reconnaître que la réciproque n'est pas plus envisageable, le mobile étant tout aussi inapte à établir la faute qu'à l'anéantir.

163. L'aveu de l'incohérence de la théorie subjective des motifs. Le caractère marginal de la conception des mobiles légitimes en tant que dol spécial « inversé » ou « négatif », permet de douter du rôle des mobiles dans la caractérisation de la faute. Ils ne sauraient, à plus forte raison, neutraliser l'illicéité objective du comportement incriminé. La justification ne peut donc porter que sur des motifs, à l'exclusion des mobiles.

2) La prise en compte exclusive des motifs légitimes dans la justification

164. La nécessité de circonstances objectivement justificatives. Les motifs sont souvent confondus avec les mobiles, alors que les raisons extérieures et objectives ne recoupent aucunement les causes subjectives. Aussi peut-on lire que la culpabilité suppose que la transgression objective de la norme ne soit pas justifiée par un mobile légitime, tel que l'exercice des droits de la défense dans le vol⁵⁸⁸. Certains ont même analysé, très généralement, les faits justificatifs comme des mobiles supprimant l'infraction, en illustrant

⁵⁸⁶ Voir PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°171, p. 147.

⁵⁸⁷ Voir pour une conception subjective de la justification, en matière de bonne foi, AUVRET P., *J.-Cl. Communication*, « Diffamation », fasc. 3130, n° 150 et s. ; DE LAMY B., *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ 2000, n° 320 ; SAINT-PAU J.-C., note ss Crim. 24 mai 2005, *RPDP* 2006. 143 ; et, de manière plus générale, ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009 ; MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 283, spéc. p. 286.

⁵⁸⁸ Voir, pour cette affirmation, BENILLOUCHE M., *art. préc.*, p. 537, qui rapproche les droits de la défense de l'état de nécessité conçu comme une cause de non-imputabilité ; voir, aussi, Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n°113 ; rap. Soc., 30 juin 2004, *Bull. soc.* n° 187 ; comp. Crim., 8 déc.1998, *Bull. crim.* n°336, *Dr. pén.* 1999, comm. 67.

leur propos par le fait que la présomption d'intention coupable attachée au fait diffamatoire, cède face à des faits justificatifs suffisants pour faire admettre la bonne foi⁵⁸⁹. Dans la même lignée, d'autres affirment encore que l'état de nécessité et la légitime défense sont des mobiles érigés en causes d'irresponsabilité pénale⁵⁹⁰. On remarquera, d'emblée, que ces faits justificatifs sont avant tout des circonstances objectives, à même de renverser la présomption d'illicéité objective attachée à l'atteinte incriminée⁵⁹¹. L'arrière-plan psychologique ne peut avoir aucun effet sur l'illicéité objective d'un comportement. « *Ce serait confondre des actes certainement excusables, par exemple l'infanticide commis pour sauver l'honneur de la mère, avec ceux qui sont l'exercice d'un droit tel l'homicide commis en état de légitime défense. Ces actes doivent être traités avec indulgence [...] mais ils ne doivent pas être considérés comme légitimes* »⁵⁹². Tous ces mobiles, donnés en exemples, ne sont en réalité que des buts qui peuvent se réaliser matériellement, tels que ceux de se défendre physiquement ou juridiquement, ou de sauver l'honneur d'une personne. Ils ne peuvent être considérés comme légitimes, qu'en fonction des moyens employés et des valeurs en conflit, contrairement aux mobiles réfractaires au jugement de valeur⁵⁹³. De deux choses l'une : soit le but, dit justificatif, est manifesté par un comportement utile socialement au regard des circonstances, et ce sont ces mêmes circonstances qui neutralisent l'illicéité de l'infraction et pas non la simple volonté sans prise sur la réalité, soit un comportement antisocial est accompli en connaissance de cause et le but honorable, plus lointain, sera alors sans effet sur l'existence de la responsabilité⁵⁹⁴. En clair, la justification exige que le but dit "légitime" soit relayé par un comportement socialement utile au regard des circonstances.

En définitive, c'est souvent une conception subjective des faits justificatifs qui sous-tend l'approche en termes de mobiles légitimes. Mais, d'une part, ce sont essentiellement des buts et, d'autre part, ils ne pourraient fonder une cause d'irresponsabilité subjective qu'à la condition que le texte prévoit un dol spécial inversé. Or, il n'existe aucun texte subordonnant

⁵⁸⁹ Voir, pour cette position, MIMIN P., « L'intention et le mobile », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mél. PATIN M., Cujas, 1965, p.119, qui cite PATIN pour lequel « *la mauvaise foi ne peut disparaître qu'en présence de faits justificatifs qu'il appartient au juge d'établir et qu'il ne peut établir que dans des conditions exceptionnelles* ».

⁵⁹⁰ Voir, notamment, HERZOG-EVANS M., *Droit pénal général*, Vuibert, coll. *Dyna'sup droit*, 2^{ème} éd. 2009, n° 270, p. 142.

⁵⁹¹ Cf. *infra* n° 291.

⁵⁹² VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1949, n° 124, p. 184.

⁵⁹³ Cf. *supra* n° 128.

⁵⁹⁴ A moins d'avoir cru à tort à l'utilité sociale de son acte. L'irresponsabilité ne sera pas, en ce cas, à chercher sur le fondement d'une justification putative, tout à fait contestable dans son principe, mais sur un fondement subjectif. Cf. *infra* n° 233.

la responsabilité à l'absence d'un but honorable⁵⁹⁵. Ainsi, le mobile, réfractaire à tout jugement social, ne peut jamais avoir aucun effet sur l'établissement ou l'anéantissement de la responsabilité. Le but ne peut qu'avoir un effet subjectif, étranger au mécanisme justificatif. Les faits justificatifs ne portent alors que sur des circonstances matérielles, extérieures et objectives, que l'on peut qualifier de motifs légitimes, dès qu'elles rendent socialement utile le comportement adopté.

⁵⁹⁵ Pour la bonne foi en matière de diffamation conçue comme une circonstance objective, Cf. *infra* n° 245.

Conclusion du chapitre II

165. Le motif légitime comme instrument objectif du jugement de valeur sur l'acte. C'est essentiellement le défaut de définition du motif et des termes apparemment proches, qui a conduit à son assimilation à la notion criminologique de mobile. Un deuxième amalgame terminologique a engendré la confusion du mobile avec le but et, par là même, la participation du motif à l'établissement de la composante morale de la responsabilité. Ces deux conclusions hâtives peuvent être combattues. Le mobile, restreint à une cause psychique profonde, ne ressort pas de manière univoque de la matérialité des faits. Or, il est inconcevable de porter un jugement de valeur sur des pulsions insaisissables, antérieures à l'exercice d'une volonté libre et éclairée. Il ne peut en rien participer de l'établissement de la culpabilité, contrairement au but, qui représente la tension de la volonté vers un résultat. Si le but est antérieur à l'acte, il ne précède pas la volonté et peut être appréhendé au travers de l'aptitude causale de l'acte. D'ailleurs, tous les exemples de dol spécial renvoient simplement à la direction de l'acte vers un but dont la réalisation n'est pas requise pas l'incrimination. L'éclaircissement de ces notions a permis de faire apparaître, en négatif, la notion de motif comme une raison objective non nécessairement causale et qui prend corps dans les circonstances matérielles de l'acte. Là encore, il a pu être observé que les exemples de buts légitimes ne pouvaient justifier l'acte que s'ils étaient relayés par des circonstances légitimes permettant de réviser l'appréciation de la nocuité sociale de l'acte. Le motif se présente, dès lors, comme un instrument de mesure objectif de la légitimité de l'acte. La responsabilité pénale ne peut avoir pour objet qu'un fait illicite et imputable⁵⁹⁶. Seules les circonstances objectives peuvent permettre d'apprécier la valeur ou la normalité de la conduite replacée dans son contexte. La relégation du mobile à mesure de la responsabilité semble donc aussi nécessaire qu'effective. Le mobile intègre évidemment l'étude de la personnalité de l'auteur et ne pourrait, en toute logique, être considéré deux fois : dans l'attribution de la responsabilité et dans l'ajustement judiciaire de la peine.

⁵⁹⁶ Voir, pour une conception large de la notion d'infraction, assimilée à celle de responsabilité et ramenée à la double exigence d'un fait illicite et imputable, STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009.

Conclusion du titre I

166. La critique de la subjectivation des conditions de la responsabilité pénale.

Afin de départir le motif de la faute morale, il fallait au préalable que le mobile soit dûment distingué du but. Le mobile est incompatible avec la notion abstraite de faute qui ne comprend que des buts réalisés ou réalisables, à l'exclusion de toutes les causes psychiques profondes de la volonté. Le critère de l'absence de transposition univoque du mobile le rend, en effet, réfractaire à tout jugement de valeur ou de normalité sur la conduite qui en résulte. Il peut, tout au plus, aiguiller le juge dans l'appréciation de la dangerosité de l'agent, car il s'agit d'un jugement de réalité portant sur la personnalité de l'agent. Le mobile, en raison de sa complexité, peut seulement être pris en compte pour la détermination de la mesure de la responsabilité. Le motif légitime qui est, en revanche, placé au sein de l'incrimination, a inéluctablement vocation à intégrer les conditions d'établissement de la responsabilité. Il relève des circonstances extérieures et matérielles, non nécessairement causales. Le motif constatable objectivement se rapproche, dès lors, des notions d'occasion, de prétexte et, bien entendu, de justification. Ce sont bien les circonstances particulières de réalisation qui peuvent permettre de juger socialement utile un acte présumé illicite par le législateur. Les considérations subjectives relatives à l'état d'esprit de l'auteur sont impropres à déterminer la licéité objective d'un comportement. Le but peut seulement être considéré comme légitime de manière indirecte, par le truchement de sa réalisation matérielle. Aussi, la tentation de subjectiver la justification doit-elle être combattue.

Les velléités de subjectivation des composantes matérielles ou morales de la responsabilité paraissent précisément imputables au manque de considération de la personnalisation des peines, qui seule doit assurer l'individualisation de la réponse pénale. Si l'individualisation des peines paraît insuffisante, c'est elle qu'il faut renforcer en se gardant bien d'individualiser l'établissement de la responsabilité pénale qui doit demeurer uniforme. La responsabilité pénale, qui semble trop abstraite, pour une partie de la doctrine, doit davantage prendre en compte les spécificités concrètes de chaque cas, s'agissant uniquement de sa mesure. Ce n'est pas parce que l'individualisation des peines reste le parent pauvre de la responsabilité pénale qu'il faut la dénaturer dans son entier. Il convient, en revanche, de dénoncer le recul des pouvoirs discrétionnaires du juge en la matière. Les modifications de l'article 132-24 du Code pénal par la loi de du 24 novembre 2009⁵⁹⁷, ne sont qu'un exemple des atteintes récurrentes et

⁵⁹⁷ Cf. *supra* n° 141.

récentes à liberté judiciaire dans le prononcé des peines⁵⁹⁸. Les interventions législatives visant à imposer au juge, sinon l'évitement des peines fermes d'emprisonnement, au moins, leur aménagement, attestent des insuffisances existantes dans la personnalisation des peines. Ce n'est pourtant pas, par des injonctions incantatoires, que le pouvoir judiciaire sera à même de remplir son office. L'arsenal législatif est d'ores et déjà suffisant, qui offre un large panel de peines. Ce sont bien les moyens humains qui doivent être renforcés pour mener à bien cette tâche. Un rapport du Conseil de l'Europe, rendu le 20 septembre 2012, pointe l'insuffisance des moyens dont dispose le système judiciaire français comparé à ses voisins⁵⁹⁹.

Ces considérations, tout à fait extérieures aux conditions de la responsabilité, ne doivent en aucun cas conduire à sa subjectivation rampante. Cela vaut *a fortiori* pour les conditions de la justification qui sont, par essence, objectives. Le renversement de la présomption d'illicéité attachée à l'infraction, ne peut s'opérer que par l'appréciation objective des circonstances matérielles et extérieures au sein desquelles s'inscrit l'acte délictueux, mais qui pourront le légitimer par une analyse extrinsèque de ce dernier. Le motif répond parfaitement à cette définition. Qui plus est, l'adjectif « légitime » dont il est paré, renvoie nécessairement à l'appréciation objective de l'utilité sociale de l'acte.

⁵⁹⁸ Voir notamment HERZOG-HEVANS M., « Application des peines : la prétendue « bonne partie » de la loi pénitentiaire », *AJDP* 2009. 483 et s. ; et du même auteur, « Deux illustrations de la régression du pouvoir d'individualisation du fait des lois récidive I et II », *AJDP* 2009. 127, RAZAC O., « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des nouvelles mesures de sureté », *AJDP* 2008. 397.

⁵⁹⁹ Avec 60,5 euros par habitant alloués annuellement au système judiciaire, la France se classe à la 17^{ème} place des pays européens (en pourcentage du PIB), derrière tous les membres de l'Union européenne à 15 selon la Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice, *Systèmes judiciaires européens, Efficacité et qualité de la justice*, in *Les études de la CEPJ*, Conseil de l'Europe, 13^{ème} éd. 2012 (données 2010). Dans les rapports de 2008 et 2010, elle se situait au 27^{ème} et au 37^{ème} rang.

TITRE II :

L'EFFET JUSTIFICATIF DU MOTIF LEGITIME

167. Le motif légitime exonératoire de responsabilité. La légitimité suppose, par définition, une appréciation. Or, seules des données objectives susceptibles de constatations matérielles peuvent participer d'une telle appréciation. L'exception de motif légitime est, à ce titre, une circonstance matérielle qui permet de porter une appréciation. S'il est présenté par le législateur comme faisant obstacle à la responsabilité, encore faut-il savoir sur quelle condition il porte, pour cerner précisément ses effets juridiques. Toute analyse juridique d'une cause d'irresponsabilité requiert l'identification de la condition qu'elle affecte et révèle, par là même, une certaine conception de la responsabilité. En tout état de cause, que les conditions de la responsabilité pénale aient trait à la légalité, à la matérialité ou à la volonté, elles portent toujours sur des données objectives susceptibles de constatation ou d'appréciation. Le jugement de légitimité est, pourtant, plus qu'une simple appréciation, c'est une appréciation axiologique qui suppose un jugement de valeur. Le *légitime* renvoie au *juste*, car il se dit de ce qui est « *conforme à la justice, à l'équité* »⁶⁰⁰. A l'instar des faits justificatifs, le motif légitime neutralise le jugement de valeur négatif porté sur les faits qu'il entoure. Il apparaît comme un instrument de mesure de la nocuité sociale de l'acte incriminé. Si la légitimité s'entend, au sens strict, de la conformité à la loi, elle s'entend plus largement de la conformité au droit⁶⁰¹. En cela, elle répond à la même définition que celle donnée de la licéité⁶⁰². Selon la conception classique de la justification, les circonstances légitimes invoquées neutralisent, en effet, l'illicéité de l'acte puisqu'elles le rendent socialement utile. Encore reste-t-il à déterminer le siège de l'illicéité au sein des conditions de responsabilité pénale. On a pu traditionnellement considérer que tout était illicite dans l'infraction, objet du reproche social, et par extension dans la responsabilité, puisque ces deux notions ont été assimilées. Il est également envisageable de concevoir l'infraction comme l'une des conditions de la responsabilité. Quel que soit le parti pris sur l'articulation de ces notions, le contenu de la responsabilité demeure invariable, en ce qu'il renferme toutes les conditions du

⁶⁰⁰ V° « *Légitime* », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007.

⁶⁰¹ V° « *Légitimité* », *ibid.*

⁶⁰² V° « *Licite* », « *Illicite* », *ibid.*

prononcé d'une peine, qu'on les classe toutes dans l'infraction ou certaines dans son imputation à l'auteur. La question de la localisation précise de l'illicéité demeure alors entière. Il semble qu'indépendamment des découpages proposés, on puisse retenir trois conditions essentielles de la responsabilité pénale, entendue comme la mise en œuvre de la réprobation sociale⁶⁰³. Elles se rapportent nécessairement soit à la raison d'être du reproche, soit à son objet, soit à son destinataire et répondent ainsi aux questions : *quoi ? pourquoi ? à qui ?* Il semble que la raison d'être de la responsabilité pénale réside dans le jugement de valeur porté sur la nocuité sociale de l'acte. Il est d'ailleurs communément admis que les faits justificatifs neutralisent l'incrimination du comportement par l'autorité constitutionnellement compétente, en tant qu'émanation de la volonté générale. L'incrimination est, toutefois, conçue comme l'élément légal de l'infraction, c'est-à-dire comme relevant de l'objet même du reproche. Il est aussi parfois soutenu que la justification relève de l'attribution du reproche à l'auteur de l'infraction, en tant que cause de non-imputabilité⁶⁰⁴. Or, il serait pour le moins contestable d'admettre que l'on puisse porter un jugement de valeur sur une personne, alors qu'on ne peut juger que ses actes pour les mettre à son compte. Par ailleurs, l'imputabilité ne saurait procéder que d'un jugement de réalité sur la capacité de l'auteur à se voir attribuer son acte. S'agissant de l'infraction, elle n'est présumée illicite que dans la mesure où il existe un interdit légal désignant un comportement comme injuste. Néanmoins, l'appréciation sociale de l'illicéité doit être considérée moins comme un élément constitutif que constituant de l'infraction⁶⁰⁵. Elle représente la cause même de la responsabilité pénale et non son contenu à proprement parler. L'interdiction des comportements injustes en ce qu'ils lèsent un intérêt protégé est bien la raison d'être de la responsabilité. A tel point que cette condition essentielle n'a pas à être démontrée puisque les comportements incriminés sont présumés injustes. Au contraire, la preuve de l'objet même de l'illicéité doit être rapportée par les autorités poursuivantes. La preuve inverse est tout de même admissible et entraîne l'exonération d'une responsabilité apparente. La conception objective de la justification conduit à considérer qu'elle permet de rétablir la conformité au droit des faits accomplis. L'acte perd son caractère illicite, ce qui implique que les circonstances légitimes agissent objectivement sur les faits et non sur la personne de l'auteur. Pour autant, le mécanisme de justification, duquel relève le motif légitime, n'agirait pas sur les composantes de l'infraction elle-même, comme on a pu le

⁶⁰³ Elle est définie plus précisément comme l'obligation de répondre d'un dommage devant la justice et d'en assumer les conséquences pénales envers la société. V° « Responsabilité », *ibid.*

⁶⁰⁴ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 167.

⁶⁰⁵ Voir CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 219.

considérer traditionnellement, ni sur les composantes de la responsabilité, comme on le soutient plus récemment, mais sur la cause de la responsabilité pénale. En ce qu'il se rapporte davantage au fondement même de la responsabilité qu'à son contenu, le motif légitime n'affecterait aucune composante de la responsabilité, quelles que soient les frontières tracées entre infraction et responsabilité. S'attachant à la cause première de l'engagement de la responsabilité qui n'est autre que la présomption d'illicéité du comportement incriminé, le motif légitime n'empêcherait pas la formation d'une responsabilité présumée mais l'exigerait plutôt pour la combattre tel un mécanisme exonératoire d'une responsabilité apparente⁶⁰⁶. Le motif légitime, en tant que fait justificatif participant d'un jugement de valeur, n'aurait pas d'incidence directe sur les composantes de la responsabilité pénale (chapitre I) mais sur son fondement axiologique (chapitre II), de sorte qu'il renverserait la présomption d'illicéité attachée à l'infraction.

⁶⁰⁶ Voir pour cette conception du mécanisme exonératoire, BLOCH L., *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, Th. Bordeaux IV, 2003, n° 240 et s.,

Chapitre I :

L'absence d'effet du motif légitime sur les composantes de la responsabilité

168. Les composantes de la responsabilité réfractaires au jugement de valeur judiciaire. Le particularisme essentiel du mécanisme exonératoire de responsabilité le distingue du simple défaut d'une composante de la responsabilité. L'exonération implique, au contraire, la réunion de toutes les composantes nécessaires à l'établissement d'une responsabilité au moins présumée. Afin de déterminer si le motif légitime relève bien d'un tel mécanisme, il convient de vérifier qu'il ne fait pas directement obstacle à une composante de la responsabilité pénale. Si le motif légitime, en tant que fait justificatif, participe d'un jugement de valeur, il n'en va pas de même de la caractérisation de l'infraction, ni de la présomption d'imputation à l'auteur qui en découle. Le jugement de valeur porté sur la nocuité sociale d'un acte est élaboré en amont par le législateur. Pour établir la constitution d'une infraction, le juge se contente de constater la réalisation de faits humains correspondants à une incrimination. Quant à l'imputation de l'infraction à son auteur, elle ne procède en aucun cas d'un jugement de valeur sur la personne ou sur son état d'esprit mais d'un jugement de réalité sur la possibilité d'attribution du reproche⁶⁰⁷. Ne relevant pas de l'objet du reproche social, l'imputabilité se présume sans contrevenir à la présomption d'innocence. En effet, rien ne s'oppose au fait de considérer que les actes humains décrits par les textes d'incrimination sont imputables à leurs auteurs, dès lors qu'ils peuvent le contester⁶⁰⁸.

Il existe, néanmoins, une tendance bien ancrée consistant à voir un jugement de valeur sur l'illicéité d'une conduite, à chaque étape de l'établissement de la responsabilité. Il s'agit plus précisément d'une confusion entre les jugements de valeur et de réalité provenant de la mauvaise compréhension et de l'usage excessif de l'appréciation par référence au *bon père de famille*. De nombreux auteurs voient dans la comparaison au standard moyen de bonne volonté, l'élaboration judiciaire d'une norme de comportement⁶⁰⁹, la détermination du

⁶⁰⁷ Voir, sur cette distinction fondamentale exploitée différemment, MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 4.

⁶⁰⁸ Voir, pour les causes subjectives d'irresponsabilité, art. 122-1, 122-2, 122-8 C. pén.

⁶⁰⁹ DANA A.-C., « La norme pénale, le juge et le citoyen (une idée certaine de la légalité républicaine) », in *Mél. DECOCQ A.*, 2004, p. 143 et s., spéc. 152.

comportement matériellement répréhensible⁶¹⁰ ou, plus clairement, de l'établissement de l'illicéité⁶¹¹. Or, il s'agit là d'une inversion du raisonnement qui consiste à déduire la licéité de l'acte, des bonnes dispositions psychologiques, alors que c'est l'acte qui laisse augurer de celles-ci. Par un « *humanisme mal compris* »⁶¹², le subjectivisme envahit la théorie pénale, à tel point qu'est parfois jugé illicite, l'acte qui a manifestement été pris pour tel et légitime, ce qui a vraisemblablement été cru comme tel. **L'appréciation de l'illicéité porte uniquement sur la contrariété de l'acte au droit, donc au système de valeurs, indépendamment des considérations tenant à l'auteur et qui ne peuvent renseigner que sur son aptitude à en répondre.** On assiste, pourtant, à l'amalgame des appréciations de la normalité et de l'illicéité de la conduite au sein de l'imputabilité, ce qui ouvre la brèche aux conceptions subjectives de la justification. En outre, il est communément admis que certains comportements ne seraient pas définis avec précision, à tel point qu'il reviendrait au juge de déterminer, par référence au standard de normalité, ceux qui méritent d'être pénalement sanctionnés⁶¹³. Par un mimétisme inapproprié de la responsabilité civile, la justification serait absorbée par la détermination judiciaire de la matérialité infractionnelle. Une telle interprétation doit être combattue, qui heurte outrageusement le monopole législatif de désignation des conduites matériellement répréhensibles. Il convient alors de distinguer clairement l'illicéité du comportement, de sa normalité qui renseigne uniquement sur la capacité de l'auteur à éviter l'atteinte. **Si l'illicéité comme l'anormalité sont appréciées objectivement au regard des circonstances de réalisation de l'acte, l'illicéité détermine une qualité objective de l'acte, alors que l'anormalité détermine la possibilité subjective de rattachement à l'auteur.** Partant, seules les circonstances légitimes engagent un jugement de valeur sur l'acte, les circonstances trompeuses ou contraignantes invitent à revoir le jugement de réalité de l'existence d'une volonté libre et lucide. En d'autres termes, **le premier type de circonstances permet d'apprécier ce qui est socialement utile de faire ou de ne pas faire, le second ce qui est humainement possible de faire ou d'éviter de faire.**

Bien que la présomption d'illicéité porte sur le contenu de l'infraction, la justification n'a aucun effet sur la constitution de l'infraction, dans la mesure où ses éléments sont réunis. La justification n'affecte que la présomption légale d'illicéité qui est constituante plus que constitutive de l'infraction et qui fonde la responsabilité pénale. D'ailleurs, les circonstances

⁶¹⁰ Voir MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., n° 412 et 433.

⁶¹¹ Voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 265.

⁶¹² WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Nancy II, 2003, p. 143

⁶¹³ Il s'agit des infractions non-intentionnelles définies essentiellement par leur résultat. Cf. *infra* n° 175.

légitimes invoquées sont nécessairement extérieures à l'acte incriminé. La légitimation de l'infraction est insusceptible de remettre en cause sa réalisation matérielle que l'autorité compétente se contente de constater puisque, le législateur l'a déjà appréciée. La justification n'aura *a fortiori* aucun effet sur les conditions d'imputation de l'infraction à l'agent, réfractaires à tout jugement de valeur. S'il est vrai que des circonstances extérieures sont prises en compte pour apprécier la possibilité d'attribution du reproche, ces dernières permettent seulement un jugement de réalité. La présomption d'imputabilité peut être qualifiée de subjective, dès lors qu'elle revient à attribuer l'infraction à son auteur.

Le motif légitime n'a aucun effet sur les composantes de la responsabilité, puisque la présomption d'illicéité n'en fait pas partie. D'une part, les circonstances légitimes, en tant qu'extérieures à l'infraction, ne peuvent avoir aucun effet direct sur sa caractérisation objective (section 1). D'autre part, en tant qu'instrument de mesure de la contrariété d'un acte au droit, elles n'ont pas plus effet sur la présomption subjective d'imputabilité (section 2).

Section 1 : L'absence d'effet sur la caractérisation objective de l'infraction

169. L'identification de l'infraction par son régime probatoire. La démonstration de l'absence d'effet du motif légitime sur la caractérisation de l'infraction requiert la détermination préalable de son contenu précis. Or, il existe plusieurs manières de concevoir et de présenter la responsabilité pénale. Une vision large de l'infraction a d'abord conduit à une assimilation des deux concepts⁶¹⁴. Une approche, plus sophistiquée, tend à proposer un clivage entre les conditions tenant à l'infraction et celles relatives à son imputation à l'agent⁶¹⁵. L'infraction est, généralement, définie comme un « *comportement actif ou passif prohibé par la loi et passible selon sa gravité d'une peine principale soit criminelle, soit correctionnelle, soit de police* »⁶¹⁶. Cette acception de l'infraction, en tant qu'atteinte à la loi, contient l'aveu de son insuffisance, puisqu'il est fait état de sa gravité au regard de l'échelle des peines. En effet, seule une atteinte au droit, c'est-à-dire aux valeurs ou aux biens juridiques pénalement protégés peut être ainsi quantifiée⁶¹⁷. Que l'infraction soit entendue de manière positiviste ou axiologique, elle se rapporte, en tout état de cause, à

⁶¹⁴ Voir notamment STONESTREET N. *La notion d'infraction pénale*, op. cit.

⁶¹⁵ Voir notamment ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009.

⁶¹⁶ V° « *Infraction* », CORNU G., *Vocabulaire juridique*, op. cit.

⁶¹⁷ Voir particulièrement LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. *des thèses*, n° 39, 2010.

l'objet de la réprobation sociale. S'impose, dès lors, une certaine partition entre l'objet du reproche social, fondé sur l'illicéité formelle et matérielle de l'acte, et les modalités d'attribution du reproche, fondées sur le libre arbitre de l'auteur. Il y aurait d'une part des exigences tenant au fait, présumé illicite et d'autre part, des exigences relatives au destinataire du reproche social.

Pour évidente que paraisse la distinction entre ce qui relève de l'illicéité et ce qui s'en détache, elle semble bien souvent délicate à mettre en œuvre. On en voudra pour preuve la diversité des propositions de frontières entre l'infraction et la responsabilité. La multitude de clivages proposés par la doctrine, au sein du concept de responsabilité pénale, explique que l'infraction apparaisse, au gré des interprétations, plus ou moins dépouillée de sa substance⁶¹⁸. Le meilleur critère de reconnaissance des éléments de l'infraction dont on puisse disposer est finalement celui de la charge de la preuve. En toute logique, seul l'objet de la présomption d'illicéité doit être prouvé par l'autorité de poursuite. Les conditions tenant à la lucidité ou à la liberté du choix du comportement sont, quant à elles, présumées, bien qu'il soit permis d'invoquer utilement leur défaut. Force est d'admettre que seul l'accomplissement d'un fait présumé illicite doit être prouvé par les représentants de la société. La réalisation matérielle d'une conduite réprochée ne saurait être présumée, sauf à compromettre gravement la présomption d'innocence que seul un procès équitable est à même de renverser. Les aptitudes prêtées au citoyen moyen peuvent et doivent, en revanche, être présumées. C'est précisément le critère de la charge de la preuve qui permettra de ventiler avec exactitude les composantes de la responsabilité pénale au sein des concepts d'infraction ou d'imputabilité.

170. Le contenu purement matériel de l'infraction. La doctrine souscrit, majoritairement, à l'idée que « *selon le principe de légalité pénale, il est nécessaire d'apporter la preuve de toutes les données normatives permettant d'établir la responsabilité pénale. Autrement dit, à l'instar de la matérialité infractionnelle, il convient de démontrer que le prévenu a fait montre d'un état d'esprit coupable* »⁶¹⁹. A l'analyse, néanmoins, on voit mal comment démontrer que le prévenu a fait montre d'un état d'esprit « coupable », en dehors de la réalisation de l'acte socialement redouté qui le manifeste. La perception classique de la faute morale en tant que composante autonome de l'infraction doit susciter les

⁶¹⁸ Pour les différentes théories de l'infraction, Cf. *infra* n° 250. Voir particulièrement AMBOS K., « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des strafprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007 (ss dir. LEBLOIS-HAPPE J.), Société de législation comparée, *Colloques*, Vol. 9, p. 147 et s.

⁶¹⁹ SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 660.

plus grandes réserves, en ce qu'elle ne peut être établie indépendamment d'une matérialité infractionnelle. Si la concordance de la volonté aux faits représente un aspect essentiel de la responsabilité, elle résulte de la présomption de libre arbitre, ce qui atteste qu'elle n'est pas l'objet du jugement social mais une modalité d'attribution. La faute morale se déduit, en effet, de ce que l'activité humaine est présumée volontaire, cette volonté étant, par ailleurs, réputée libre et éclairée⁶²⁰. Cette présomption peut être contestée par l'appréciation de la réalité des facultés volitives au vu des circonstances. Il semblerait pour le moins contestable de porter un jugement de valeur sur une volonté, autrement que par le truchement de la matérialité qui la révèle.

171. Les circonstances justificatives extérieures à la matérialité incriminée. L'infraction se résume alors à son accomplissement matériel qui, lorsqu'il est établi, ne peut plus être remis en cause. Si le simple constat de sa réalisation ne souffre aucune contestation au gré des circonstances, son appréciation peut, quant à elle, varier. L'appréciation sociale de l'infraction ne relève, toutefois pas de sa caractérisation. L'infraction définie strictement comme l'accomplissement des faits décrits par l'incrimination peut alors se délester d'un élément moral totalement artificiel. La culpabilité n'a pas à être prouvée de manière autonome, qui se déduit entièrement de la matérialité des faits et d'une présomption d'imputabilité incompatible avec le régime juridique de l'infraction. Aussi le motif légitime ne peut-il avoir d'effet ni sur la réalisation purement matérielle de l'infraction à laquelle il demeure extérieur (§1) ni sur la prétendue réalisation morale de l'infraction (§2).

§ 1 : L'absence d'effet sur la réalisation matérielle de l'infraction

172. Le motif légitime comme instrument du jugement de valeur et non comme objet. Tout texte d'incrimination se borne à décrire, plus ou moins précisément, les comportements socialement désapprouvés ainsi que les peines y afférentes. C'est ainsi que l'on sait que telle conduite est réprouvée comme contraire à l'ordre social. L'infraction peut alors être entendue comme le comportement matériel correspondant à la description légale et à la peine qui s'y rattache. L'exception de motif légitime, en tant que circonstance justificative, est nécessairement extérieure à la description des faits incriminés et, partant, à

⁶²⁰ Cf. *infra*. n° 186.

leur caractérisation judiciaire. Par ailleurs, lorsque le législateur incrimine un comportement, ce dernier est réputé contraire au droit, indépendamment du contexte et des modalités de réalisation non décrites. Ainsi, les circonstances non requises sont, par principe, indifférentes et ne seront prises en compte qu'à titre exceptionnel, si elles sont aptes à rétablir la conformité au droit de l'infraction. La présomption d'illicéité persiste dans l'absolu mais elle est levée, dans le cas précis invoqué. Il y a justification lorsque l'appréciation concrète des faits ne coïncide plus avec l'appréciation abstraite formulée par la loi. Mais, il s'agit alors d'une appréciation sociale de la conduite et non de sa caractérisation matérielle. Or, il a été envisagé que ce qu'il est convenu d'appeler l'élément légal de l'infraction ne relevait pas de son contenu, strictement entendu⁶²¹. Si l'on veut bien admettre que l'infraction n'est autre que l'objet de l'incrimination, la distinction du contenant et du contenu s'impose d'elle-même. Le motif légitime apparaît comme un instrument d'appréciation sociale du comportement et se rapporte, alors, davantage à la raison d'être du reproche qu'à son objet. Le motif légitime est impropre à neutraliser la matérialité de l'infraction (A) car il relève de l'appréciation sociale de l'infraction, extérieure à sa réalisation matérielle (B).

A) Le motif légitime impropre à neutraliser la matérialité de l'infraction

173. Le motif légitime extérieur à l'atteinte décrite. L'affirmation suscite d'emblée quelques réserves. D'abord, le motif légitime conçu comme une circonstance de fait, apte à légitimer une atteinte sociale, relève à n'en pas douter de la matérialité des faits. Ensuite et à ce titre, il est également susceptible d'un constat objectif. De là à en déduire pour autant que le motif légitime peut modifier la réalisation des faits incriminés, il y a loin. Ce serait confondre la matérialité effectivement réalisée avec celle qui est légalement exigée. Si le motif ressort effectivement de la matérialité des faits existants, il demeure extérieur aux faits décrits. En tant que circonstance justificative, il se situe nécessairement en dehors de la réalisation de l'infraction. Loin de la contrer, il exige sa constitution, faute de quoi, il n'y aurait plus rien à justifier. Le motif légitime requiert ainsi la réalisation d'une atteinte ou d'un attentat à une valeur protégée. Il en va ainsi, lorsqu'une infraction est caractérisée puisqu'elle est réputée illicite, en vertu du principe de légalité criminelle. Encore convient-il de savoir quelles conditions relèvent de la réalisation d'une infraction. Il ne saurait s'agir que des éléments décrits invariablement dans les incriminations et ce sont toujours des actes et leurs

⁶²¹ Cf. *supra*, n° 167.

circonstances de réalisation. Toute incrimination présente la figure d'une atteinte, laquelle résulte nécessairement d'un acte et d'une condition préalable qui représente la valeur protégée. Or, les circonstances justificatives s'ajoutent à l'atteinte réalisée et en modifient l'appréciation. Elles demeurent, par conséquent, extérieures et, par là même, indifférentes à la caractérisation des actes décrits (1) et des circonstances préalables décrites (2).

1) Le motif légitime extérieur à la caractérisation de l'acte décrit

174. La distinction entre caractérisation et appréciation de l'acte requis. Sans l'expliquer précisément, la doctrine majoritaire semble tenir pour acquise l'indifférence des faits ôtant le caractère délictueux d'un acte, quant à l'existence matérielle de l'infraction⁶²². Un motif légitime en tant que circonstance objective est, par définition, extérieur à l'acte⁶²³. Un élément contextuel est, en effet, insusceptible d'avoir le moindre impact sur la réalisation matérielle d'un fait. A défaut de s'opposer à la caractérisation d'une conduite, le contexte pourra certainement modifier l'appréciation de celle-ci. Or, il ne revient pas, en premier lieu, au pouvoir judiciaire de porter un jugement de valeur sur une conduite mais de la caractériser. Cette posture est, par ailleurs, confirmée par les dispositions procédurales imposant aux juges de se pencher sur les éléments de preuve de l'accomplissement de l'acte reproché, avant de se prononcer sur leur justification⁶²⁴. Autrement dit, le juge doit d'abord se borner à constater la correspondance d'un comportement avec une description textuelle dont l'appréciation a déjà été faite par la loi. Aussi, la contrariété aux valeurs pénalement protégées est-elle nécessairement induite par l'existence d'une incrimination et ne peut-elle être tout à fait éludée. Dès lors qu'une condition de la responsabilité n'est pas à établir mais qu'elle est seulement susceptible d'être contestée, elle ne saurait relever de la constitution de

⁶²² Les faits justificatifs ne font pas disparaître « le fait lui-même, qui conserve donc sa matérialité » selon MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 401. Voir, dans le même sens, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 241 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, T.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 431 BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 399 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 251 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 522 ; JEANDIDIER W., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 251 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 693 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 309 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 370 et s.

⁶²³ Voir, pour une définition des circonstances comme les conditions extérieures à une chose déjà déterminée, RICOEUR P. *et alii*, V° « Causes de l'action », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dirigé par CANTO-SPERBER M., PUF, 3^{ème} éd. 2001, p. 235.

⁶²⁴ Voir, respectivement pour l'ordonnance de non-lieu et les questions en Cour d'assises, C. pr. pén., art. 177 et 349-1 ; et dans le même sens ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n°114.

l'infraction. En tant qu'objet de la présomption d'illicéité⁶²⁵, le contenu de l'infraction doit nécessairement être prouvé par le Ministère public.

L'infraction peut, par conséquent, être tout simplement réduite à un acte en concordance avec un texte. Les auteurs qui se sont inspirés des concepts germaniques, considèrent ainsi que l'infraction est constituée lorsque les faits concrètement réalisés « *correspondent à un type de conduite préalablement incriminé* »⁶²⁶. Ainsi, « *la typicité est la description abstraite de l'action ou de l'omission prévue dans un texte d'incrimination à laquelle doivent correspondre des faits concrets* »⁶²⁷. La vérification de la congruence entre le comportement réalisé et celui préalablement décrit relève d'une opération de *subsumption*⁶²⁸ et emporte une présomption d'illicéité qui pourra être renversée⁶²⁹. « *En cas de correspondance, le fait est alors présumé contraire à l'ordre public* »⁶³⁰. De ce point de vue, la typicité participe moins de la constitution d'un certain jugement de valeur que de sa simple manifestation⁶³¹. La prohibition légale d'un comportement procède d'un constat, tandis que sa contrariété du droit d'une appréciation. Il s'agit alors de deux conditions cumulatives⁶³² de la responsabilité bien que la première laisse sourdre la seconde. Il revient, d'abord et principalement, au juge de constater l'existence d'un comportement interdit avant de vérifier, dans un second temps et à titre exceptionnel, que l'appréciation abstraite du législateur n'est pas contredite par les circonstances concrètes. Il en va du respect du principe de légalité criminelle qui postule du bien fondé des interdits légaux quelles que soient les circonstances de chaque espèce. Sauf à remettre en cause la souveraineté populaire, la preuve de l'illicéité des faits typiques n'a pas à être rapportée. Le juge ne révisé pas le jugement de valeur posé par la loi au gré des circonstances de réalisation qui demeurent par principe indifférentes. La distinction entre caractérisation et appréciation est donc générale et, en cela, applicable à toute infraction. Aussi, la caractérisation des infractions d'imprudence n'échappe-t-elle pas à l'indifférence des circonstances extérieures à l'atteinte décrite.

⁶²⁵ Pour des développements plus approfondis sur cette question, Cf. *infra* n° 280 et s.

⁶²⁶ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°136.

⁶²⁷ WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Nancy II, 2003, p. 9.

⁶²⁸ Ce concept peut être rapproché de l'opération de qualification juridique des faits.

⁶²⁹ Voir en ce sens PIN X., *op. cit.*, n°135.

⁶³⁰ *Ibid.*

⁶³¹ WALTHER J., *op. cit.*, p. 201 et s., *spéc.* p. 210.

⁶³² Voir en ce sens LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. *des thèses*, n° 39, 2010, n° 490 et s.

175. Le rejet d'une exception en matière d'imprudence. Certains auteurs considèrent, en effet, que si le jugement de valeur porté sur un acte ne relève pas, en principe, de la caractérisation matérielle d'une infraction, il en relève, par exception, en matière non intentionnelle⁶³³. On voit pourtant mal comment le type de faute morale requis pourrait jouer sur le mode de caractérisation de la matérialité. Les promoteurs de l'analyse excipent, à cet égard, de l'ambiguïté de la notion d'imprudence qui renverrait tant au comportement qu'à l'état d'esprit⁶³⁴. A les suivre, le comportement imprudent se caractériserait par l'appréciation judiciaire de l'écart de conduite par rapport à un modèle normal de comportement, placé dans les mêmes circonstances⁶³⁵. Tout jugement de valeur du caractère répréhensible d'un comportement dommageable doit, en effet, tenir compte des circonstances dont certaines pourront se révéler justificatives⁶³⁶. Cette hypothèse ferait obstacle à la caractérisation d'un écart de conduite puisque de telles circonstances auraient conduit l'homme normalement avisé à commettre le même acte dommageable⁶³⁷. Le raisonnement semble imparable qui aboutit à la démonstration de l'absorption des faits justificatifs par la matérialité et, partant, à la nécessité d'un jugement de valeur judiciaire pour caractériser l'acte imprudent⁶³⁸. Pour convaincante qu'apparaisse l'analyse, elle ne saurait emporter tout à fait l'adhésion, tant elle contrarie les fondements même du droit pénal. Elle confond, d'abord, le jugement de valeur qui participe de l'illicéité et le jugement de réalité qui relève de l'imputabilité⁶³⁹. Elle revient, ensuite, à considérer que par un unique jugement de l'anormalité d'une conduite, le juge caractérise, lui-même et pour chaque espèce, le comportement répréhensible, la faute morale ainsi que l'absence subséquente de justification. En la matière, il n'y aurait donc pas de jugement de valeur légal porté sur une conduite typiquement répréhensible mais un simple blanc-seing à l'adresse du juge. C'est dire si les différences s'estompent entre les conditions d'attribution d'une peine afflictive et infamante et celles d'une sanction réparatrice. D'aucuns

⁶³³ Voir particulièrement, MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 434 et ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 113 et s.

⁶³⁴ « On commet une imprudence par... imprudence » selon la formule bien connue de CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 385 ; Voir également CONTE P., *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd. 2007, n° 66 et s. ; MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, n° 177 et 190 ; comp. RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Précis*, 6^{ème} éd. 2011, n° 359 et s.

⁶³⁵ Voir, sur l'appréciation in abstracto circonstanciée, CONTE P., *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 67 et s. ; MALABAT V., *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 192 et s. ; RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 362.

⁶³⁶ Voir, pour des exemples éclairants, ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale, op. cit.*, n° 116.

⁶³⁷ Voir en ce sens MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 410 ; Voir aussi CHAVENT-LECLERC A.-S., *note sous Crim.*, 28 mars 2006, *D.* 2006, p. 2721 ; PAULIN Ch., *note sous Crim.*, 21 fév. 1996 : *D.* 1997, jurispr. p. 234.

⁶³⁸ Le professeur V. MALABAT y assimile également de rares omissions comme celle de porter secours dont la condition d'absence de risque doit être appréciée par le juge (Th. préc. n° 383).

⁶³⁹ Pour la démonstration de cette affirmation, Cf. *infra* n° 215.

admettent parfaitement qu'« ainsi conçue, l'imprudence pénale rejoint la faute civile nécessaire à l'engagement de la responsabilité du fait personnel fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil »⁶⁴⁰. La faute civile, comprise dans sa dimension matérielle et morale, est largement définie comme un écart de conduite de l'auteur du dommage par rapport au standard normalement avisé, pourvu des mêmes qualités et placé dans les mêmes circonstances⁶⁴¹. La chambre criminelle contrôle, pareillement, la caractérisation de l'imprudence, en vérifiant simplement que les juges du fond ont établi que l'auteur du dommage n'a pas accompli les diligences normales compte tenu de la nature de sa mission, de sa fonction, de sa compétence, du pouvoir et des moyens dont il disposait⁶⁴². Pour se faire, elle se fonde sur l'alinéa 3 de l'article 121-3 du Code pénal. C'est certainement là que le bât blesse, puisque cette disposition n'entend régir que la détermination d'une exigence morale de la responsabilité et non matérielle. On ne saurait, dès lors, se contenter de cette simple appréciation judiciaire pour caractériser l'essentiel des conditions de la responsabilité pénale. Ce visa constitue, bel et bien, l'aveu de l'insuffisance de cette appréciation qui s'apparente à la faute morale, par principe, inapte à démontrer l'entière réalisation de l'infraction, si tant est qu'elle en relève bien⁶⁴³. La faille originelle de l'argumentaire réside, somme toute, dans le postulat de la fusion des dimensions matérielle et morale de l'imprudence⁶⁴⁴. S'il est vrai que la faute morale procède d'une appréciation circonstanciée, cette dernière ne démontre rien d'autre. En outre, ce jugement est nécessairement postérieur à la caractérisation de la matérialité résultant du constat d'un acte typiquement répréhensible. Le caractère répréhensible d'une conduite doit être déterminé préalablement par la loi, sauf à méconnaître l'article 111-3 du Code pénal qui dispose que « nul ne peut être puni pour un crime ou pour un délit dont les éléments ne sont pas définis par la loi... ». Si les circonstances d'espèce peuvent conduire le juge à revenir, *a posteriori*, sur le jugement de valeur initial, elles ne lui

⁶⁴⁰ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 115.

⁶⁴¹ Voir LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2012-2013, n° 6705 et 6707 ; BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle* : Litec, 2009, n° 303 ; CONTE P., « Responsabilité du fait personnel », Rép. civ., Dalloz, mai 2002, n° 10 ; FLOUR J., AUBERT J.-L. et SAVAUX E., *Les obligations-Le fait juridique*, t. 2, A. Colin, 14^{ème} éd. 2011, n° 98 ; JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, « Droit à réparation – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », fasc. 121-20, novembre 2011, n° 16 ; TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2009, n° 728 ; VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil-les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2006, n° 450 et s. Voir aussi l'article 1352, alinéa 2, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dirigé par le professeur CATALA, définissant la faute comme « la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence » (www.henricapitant.org).

⁶⁴² Voir notamment Crim., 23 oct. 2001 : *Dr. pén.* 2002, com. n°27 (2 arrêts), obs. VERON M. ; 29 oct. 2002 : *Bull. crim.* 2002, n° 196 ; 13 nov. 2002 : *Bull. crim.* 2002, n° 203 ; 21 sept. 2004 : *Bull. crim.* 2004, n° 216.

⁶⁴³ Ce qui fera l'objet d'une vérification suivie d'une contestation, Cf. *infra* n° 184.

⁶⁴⁴ La concordance des aspects matériel et moral est de principe pour toute infraction.

permettent pas de l'établir *a priori*⁶⁴⁵. Ainsi, conformément au principe de légalité, il existe bien, même en matière non intentionnelle, des incriminations d'actes que le juge peut et doit d'abord caractériser, sans égard aux circonstances non décrites. Il s'agit, par exemple, du fait de causer la mort ou des blessures à autrui⁶⁴⁶. Bien que la formulation soit large, il n'est pas rare que des actes soient peu précis dès lors qu'ils portent atteinte à une valeur essentielle. La formule signifie simplement que toute conduite qui porte atteinte à l'intégrité physique ou à la vie est présumé illicite quelles qu'en soient les circonstances non prévues⁶⁴⁷. La faute d'imprudence sera acquise si les faits sont accomplis « *dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3, par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* »⁶⁴⁸. Il reviendra alors au juge de vérifier selon les circonstances si les faits révèlent ou non un relâchement coupable de la volonté. Si le fait de causer la mort d'autrui par un comportement normalement prudent, au regard des circonstances, n'est pas reprochée à son auteur, elle demeure contraire au droit. Au fond, il n'y a guère de différence avec le meurtre qui requiert, au plan matériel, le simple fait de donner la mort à autrui, ce qui laisse entendre que tous les moyens positifs sont incriminés. La concordance entre l'acte et la volonté pourra également être contestée, sur le plan de l'imputabilité.

176. L'indifférence du motif légitime à la caractérisation de l'atteinte incriminée. A en croire le contenu invariable des incriminations, c'est toujours un acte circonstancié qui est réputé illicite et jamais un acte détaché de tout contexte. Pour que le motif légitime soit extérieur à la constitution de l'infraction, il faut donc qu'il le soit tant à l'égard de l'acte que des circonstances décrites, en ce qu'elles relèvent tout autant de la typicité des faits. Or, en tant que circonstance extérieure à l'acte, le motif légitime pourrait s'apparenter aux conditions dites préalables de l'infraction. Ces circonstances requises à titre préalable apparaissent comme un élément d'appréciation essentiel du caractère attentatoire de l'acte, aux valeurs qu'elles représentent. En cela, leur caractérisation est nécessaire à celle d'une atteinte. C'est au regard des valeurs en cause que le législateur apprécie abstraitement l'illicéité de l'acte. Si le motif légitime est extérieur à l'acte décrit, il l'est aussi des circonstances décrites qui participent de la caractérisation de l'atteinte. En effet, ce n'est pas

⁶⁴⁵ Cf. *infra* n° 200.

⁶⁴⁶ Voir C. pén., art. 221-6, 222-19 et R. 625-2.

⁶⁴⁷ La caractérisation du comportement tient alors à l'étude de son aptitude causale particulière, Cf. *infra* n° 202 et s.

⁶⁴⁸ *Ibid.*

seulement un acte, pris isolément, qui peut être justifié mais une atteinte effective pleinement caractérisée. Le motif légitime ressort, en revanche, de circonstances exceptionnelles que la loi n'a pas prévues.

2) Le motif légitime extérieur aux circonstances préalables de l'acte

177. La condition préalable inhérente à la caractérisation de l'atteinte décrite.

« La réalité n'est pas le fait pris à l'état isolé, mais le fait replacé dans son contexte et revêtu de ses particularités »⁶⁴⁹. La réalité redoutée par le législateur n'y fait pas exception, qui se compose toujours d'un acte et de son contexte de réalisation ; toute incrimination décrivant, de fait, des actes circonstanciés⁶⁵⁰, c'est-à-dire des actes dirigés contre des valeurs protégées. Quoiqu'extérieures à l'acte, ces circonstances participent tout autant que lui à la réalisation de l'infraction. C'est ainsi qu'elles sont communément appelées « conditions préalables » et largement conçues comme des conditions d'existence de l'infraction⁶⁵¹. Elles se distinguent de l'acte, en ce qu'elles ne sont pas nécessairement créées par l'auteur et en tant qu'extérieures à lui, elles n'affecteront pas la réalité de l'acte⁶⁵² mais relèveront d'un constat distinct. Il en va différemment du jugement de valeur qui ne pourra être porté sur l'acte qu'en fonction des circonstances. S'agissant d'appréciation et non plus de constat, les circonstances sont alors inhérentes à l'action qui ne peut plus se réduire à un mouvement séparé de son contexte⁶⁵³. Si le législateur incrimine des actions, c'est bien parce qu'il les a jugées attentatoires à certaines valeurs. De ce point de vue, la caractérisation judiciaire ne porte plus tant sur un acte que sur ce qui a été apprécié comme une atteinte ou un attentat au regard des circonstances décrites. L'acte en tant que mouvement peut se réaliser sans les circonstances⁶⁵⁴, mais pas en tant qu'atteinte.

⁶⁴⁹ DE JACOBET DE NOMBEL C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 55, n° 1.

⁶⁵⁰ THELLIER DE PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, n° 178 ; PIN X., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 136 et s. ; DOUCET J.-P., « La condition préalable de l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, *chron.*, p. 726 et s.

⁶⁵¹ *Ibid.*

⁶⁵² Voir RICOEUR P. et alii, dir. CANTO-SPERBER M., V° « Causes de l'action », *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, PUF, 3^{ème} éd. 2001, p. 235 et 236.

⁶⁵³ *Ibid.*, p. 239.

⁶⁵⁴ Néanmoins, les auteurs qui distinguent les consommations légale et matérielle, considèrent que certaines infractions nécessitent une condition préalable pour la réalisation matérielle des actes tels que ceux de soustraction ou de détournement. Voir en ce sens LUCAS de LESSAC M.-P., *Décisions de justice civile et répression pénale*, Th. Paris, 1975, n° 358 et s. ; CONTE P., *L'apparence en matière pénale*, Th. Grenoble, 1984, n° 886 et s.

La doctrine est, pourtant, encline à considérer l'atteinte à l'endroit de l'acte, tandis que la condition préalable serait parfaitement neutre⁶⁵⁵. Pourtant, l'appréciation de l'acte ne peut être qu'extrinsèque en ce qu'elle résulte de la réunion de ces deux composantes⁶⁵⁶. S'il est vrai que les conditions préalables, telles que le domicile, la chose d'autrui ou le lieu accessible aux regards du public⁶⁵⁷ paraissent dénuées de coloration pénale, il en va de même des actes incriminés pris isolément. Aussi la neutralité ressort-elle, de la même manière, des faits de révélation d'un secret, de pénétration ou d'exhibition sexuelle, ainsi que de toutes sortes de refus⁶⁵⁸ envisagés hors de leur contexte légal. Quant aux faits de donner la mort, de porter des coups, d'altérer la vérité⁶⁵⁹, ils paraissent insuffisamment graves pour intéresser, en eux-mêmes, la matière pénale. Il pourrait s'agir de faits d'une banalité quotidienne, tels que porter des coups sur un sac de sable, tuer des insectes ou donner une fausse excuse. Discutables au plan moral, ils restent pénalement neutres en l'absence de valeur protégée.

Il est même des cas où la condition préalable apparaîtra moins neutre que l'acte. On en voudra pour preuve l'incrimination des faits d'enregistrement d'images, d'aide ou d'assistance, d'instruction de provocation, ou encore de dissimulation, de détention, de transmission ou mise en relation et de bénéfice, qui sont plus neutres que leur objet puisqu'ils portent sur l'infraction d'autrui ou sur le produit de cette infraction⁶⁶⁰. Les mêmes considérations s'appliquent aux infractions à motif légitime qui incriminent de simples faits de vente, de détention, d'usage, d'importation, d'exportation et même d'organisation, lorsqu'ils portent sur des armes, des stupéfiants, des explosifs, des denrées périmées ou d'autres produits dangereux⁶⁶¹.

La condition préalable semble bien souvent plus dangereuse, en soi, que l'acte. C'est dire qu'elle ne se confond pas avec la valeur protégée mais qu'elle la représente seulement, de

⁶⁵⁵ « Ces conditions, qui ne se confondent pas avec l'intérêt juridique protégé, sont dénuées de coloration pénale mais leur existence est nécessaire à la commission de l'infraction » selon le professeur PIN X. (*op. cit.*, n° 137). Voir, en ce sens, DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 433 ; DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, p. 88 ; PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2009, n° 15 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, *op. cit.*, n° 362. Voir *contra* MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 173.

⁶⁵⁶ Pour la démonstration du caractère extrinsèque du jugement de valeur, Cf. *supra* n° 128.

⁶⁵⁷ Voir respectivement C. pén., art. 226-4, 311-1, 222-32

⁶⁵⁸ Voir respectivement C. pén., art. 226-13, 222-23, 222-32 et, pour les refus, notamment C. com., art. L. 442-1. Pour l'étude plus générale des abstentions, Cf. *infra* n° 402 et s.

⁶⁵⁹ Voir C. pén., art. 221-1, 222-9 et 441-1.

⁶⁶⁰ Voir respectivement C. pén., art. 222-33-3, 121-7, 321-1 ; et pour plus de détails sur l'article 44 de la loi du 5 mars 2007 (n° 2007-297), DETRAZ S., « Enregistrement d'images de violence : un cas de présomption légale de complicité », *Dr. pén.* 2007, étude 23.

⁶⁶¹ Pour une analyse plus poussée de la faible densité matérielle de ces infractions, Cf. *infra* n° 401 et s.

manière positive ou négative, directe ou indirecte⁶⁶². L'acte et la condition préalable se fondent littéralement dans le concept d'atteinte. L'atteinte résultera tantôt d'un acte allant à l'encontre d'une situation protégée, tantôt d'un acte confortant une situation redoutée. Présenter, comme nombre d'auteurs, la condition préalable comme la situation protégée et les éléments constitutifs comme l'atteinte prohibée⁶⁶³, revient dès lors à méconnaître la physionomie singulière d'un pan entier des qualifications pénales. Au-delà même d'un groupe de qualifications, ce raccourci, dénature le concept de jugement de valeur qui a pour objet, l'acte mais pour instrument de mesure, les circonstances. Ainsi, la prohibition porte sur l'acte dans les conditions décrites, ces deux exigences étant, par là même, cumulatives et indissociables pour caractériser l'infraction. Il est, par conséquent, difficile de souscrire à la conception de la condition préalable en tant que « *situation juridique appartenant au texte d'incrimination mais distincte de l'infraction* »⁶⁶⁴. La considérer, au contraire, comme inhérente à la caractérisation de l'infraction pourrait, en revanche, s'accorder avec son appréhension en terme de « *domaine dans lequel l'infraction peut se commettre* »⁶⁶⁵.

En somme, ces circonstances décrites sont le préalable de l'acte plus que de l'infraction elle-même, puisqu'elles participent de sa caractérisation. Leur constat s'impose au juge dans le cadre de la vérification de la concordance des faits avec le type de conduite incriminé⁶⁶⁶.

178. L'indifférence du motif légitime au constat d'une condition préalable.

L'indifférence du motif légitime, ne va pas de pas de soi, tant il se rapproche de la condition préalable. D'abord et en tant que fait justificatif, il est une circonstance préalable de réalisation de l'acte. Or, on a vu que la condition préalable était une circonstance extérieure à l'acte. C'est d'ailleurs sa définition puisqu'elle peut être envisagée comme tout ce qui n'est

⁶⁶² Lorsqu'il s'agira notamment d'une décision de justice constatant une obligation alimentaire, quant à l'abandon de famille ou une cessation de paiement, quant à la banqueroute. Voir, en ce sens, THELLIER DE PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, op.cit., n° 20.

⁶⁶³ Voir, en particulier, LUCAS DE LESSAC M.-P., *Décisions de justice civile et répression pénale*, Th. Paris, 1975, n° 228. Voir, aussi, DECOCQ A., *Droit pénal général*, op. cit., p. 88 ; PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, op. cit., n° 15 ; VERNY E., « Le principe de territorialité de l'ordre répressif français : 'Quand tu seras à Rome, conduis-toi en romain' », in *Une certaine idée du droit*, Mél. DECOCQ A., Litec, 2004, p. 593 et s.

⁶⁶⁴ THELLIER de PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, op.cit., n° 19.

⁶⁶⁵ VOUIN R. et RASSAT M.-L. *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^{ème} éd. 1988, n° 2. Elle est aussi définie comme « *un cadre permettant à celle-ci [la matérialité] de se manifester* » (MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 173), « *une situation particulière à partir de laquelle certaines infractions peuvent se développer* » (DOUCET J.-P., « La condition préalable de l'infraction », art., préc.) et de manière plus équivoque comme un « *tissu, extérieur à l'infraction elle-même, mais sur la trame duquel le coupable a ensuite noué, d'une façon indissociable, le fil de ses agissements délictueux* » (MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 15).

⁶⁶⁶ Voir, en ce sens, PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n°136 et s.

pas l'acte⁶⁶⁷. Ensuite, en tant que circonstances, ils sont tous deux des instruments d'appréciation de l'acte. Il en est de même des circonstances aggravantes qui permettent de mesurer objectivement la gravité de l'acte. La singularité des circonstances justificatives tient à leur extériorité à l'atteinte décrite comme à son degré de gravité et non plus seulement à l'acte. Pour être incriminé, l'acte doit nécessairement se dérouler dans des circonstances qui en font une atteinte, simple ou aggravée. L'atteinte incriminée peut exceptionnellement se dérouler dans des circonstances justificatives. Les circonstances préalables à l'acte permettent au législateur de formuler un jugement de valeur *a priori* sur l'acte qui est alors réputé attentatoire aux valeurs ainsi représentées. Les circonstances justificatives de l'atteinte permettent au juge, une appréciation *a posteriori*, compte tenu de l'ensemble des valeurs concrètement en cause.

Les circonstances de l'atteinte sont par principe indifférentes car elle est incriminée quel que soit son contexte, sauf précision expresse⁶⁶⁸. Il en va du caractère général et impersonnel des lois républicaines, comme de leur application invariable⁶⁶⁹. A cette nécessité de principe, s'ajoute l'impossibilité pratique de prévoir toutes les circonstances possibles de réalisation des comportements. Par ailleurs, lorsque le législateur s'y essaye, comme en matière de circonstances aggravantes, c'est souvent de manière lacunaire pour ne pas dire aléatoire⁶⁷⁰.

Finalement, les circonstances justificatives sont impuissantes à faire obstacle à la constitution de l'infraction qui se borne à la correspondance des faits à l'acte circonstancié décrit. Certains considèrent néanmoins que lorsqu'un fait justificatif spécial est formellement inclus dans le texte d'incrimination, il pourrait être envisagé comme une condition négative de

⁶⁶⁷ Voir, pour cette définition large, THELLIER de PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, *op.cit.*, p. 29.

⁶⁶⁸ Une fois que des circonstances sont prévues pour déterminer l'existence d'une atteinte, les prévisions supplémentaires ne porteront que sur sa gravité. Il pourra s'agir de la qualité de la victime, de la durée de l'acte, du nombre de participants, de la gravité du dommage, de l'emploi d'un procédé dangereux... En tout état de cause, ces circonstances n'influeront généralement pas sur le principe déjà acquis d'une atteinte.

⁶⁶⁹ ROUSSEAU J.-J., *Du contrat social*, 1762, Points, coll. Seuil, Paris 1973, p.205 : « *Quand je dis que l'objet de la loi est toujours général, j'entends que la loi considère les sujets en corps et les actions comme abstraites, jamais un Homme comme individu ou une action particulière* » ; MAYAUD Y., « *Ratio legis et incrimination* », *RSC* 1983. 597, n° 25 : « *Par l'incrimination, le législateur détermine de façon générale et impersonnelle le cadre de référence des bonnes et des mauvaises conduites : il édicte donc un code de morale et de discipline sociale, dont le contenu ne saurait être fonction de considérations tenant à la personne de ceux qui y sont soumis* ».

⁶⁷⁰ L'exemple récent du mobile discriminatoire (Cf. *supra* n° 158) atteste particulièrement du manque de cohérence qui règne en matière d'aggravation spéciale. Seul le mobile raciste (C. pén. art. 132-76) aggrave la destruction de biens et seul celui tenant à l'orientation sexuelle (C. pén. art. 132-77) aggrave les agressions sexuelles. En outre, de nombreuses infractions sont totalement éludées, telles que la dénonciation calomnieuse, l'escroquerie, les détournements ou le harcèlement. Enfin, les listes de victimes ne font pas état des personnes handicapées, notamment et ne seraient pas assez claires pour permettre au juge d'y inclure les Harkis. Voir *Crim.*, 31 mars 2009, *RJPF* 2009, n° 6, comm. SAINT-PAU J.-C. (« *L'injure raciale envers un groupe de Harkis n'est pas punissable* »).

l'infraction⁶⁷¹. Or, c'est plutôt sous forme d'exception qu'ils sont envisagés. Si l'on s'attache davantage à la substance des textes, on ne peut que constater qu'ils décrivent invariablement un acte réputé attentatoire compte tenu des circonstances, c'est-à-dire de la valeur en cause, et indépendamment de l'exception envisagée⁶⁷². De surcroît, l'exception spéciale et indéterminée de « *motif légitime* » est tellement vague qu'elle ne saurait être une définition négative de l'incrimination, au risque de l'anéantir. En somme, loin de s'opposer à la typicité de l'infraction, les circonstances qui lui sont extérieures l'exigent au contraire, afin de renverser la présomption d'illicéité qui s'y rattache. En revanche, lorsque la condition préalable fait défaut, l'infraction n'est même pas constituée. L'acte ne peut être réputé attentatoire à une valeur ou un bien juridique inexistant. C'est dire avec un auteur qu'il y aura exclusion de la typicité et non justification, en cas de consentement de la victime à une atteinte au bien juridique protégeant la liberté de la personne⁶⁷³. Dans le même sens, nombre d'auteurs critique la répression de la tentative, lorsque l'atteinte à la valeur protégée est impossible et que, partant, sa menace l'est tout autant⁶⁷⁴.

179. La matérialité requise, unique objet de l'infraction. L'infraction recouvre des actes et des circonstances préalables, représentant négativement ou positivement les valeurs protégées. Leur réunion forment des atteintes sociales selon la loi. L'infraction est présumée illicite jusqu'à ce que des circonstances extérieures à l'atteinte décrite par la loi, en modifie l'appréciation sociale. L'illicéité des faits demeure extérieure à l'infraction puisqu'elle est appréciée en amont de celle-ci par le législateur et en aval de sa réalisation par le juge.

B) L'appréciation sociale de l'infraction extérieure à sa réalisation matérielle

180. La présomption d'illicéité extérieure à la réalisation de l'infraction. La proposition a de quoi surprendre, qui s'oppose d'emblée à la conception unitaire de l'infraction qui en a fait la seule composante de la responsabilité. Cette approche pour le moins classique en France, est aujourd'hui encore plus largement répandue dans les pays de

⁶⁷¹ Cf. *infra* n° 495.

⁶⁷² En matière de diffamation, par exemple, l'atteinte à l'honneur et à la considération demeure constituée, indépendamment de la vérité justificatives des allégations.

⁶⁷³ PIN X., *Le consentement en matière pénale*, LGDJ., coll. *Bibl. sc. crim.*, t. 36, 2002, p. 169 et s.

⁶⁷⁴ Cf. *infra* n° 296.

tradition germanique⁶⁷⁵. La notion d'infraction étant traditionnellement assimilée à celle de responsabilité pénale, toutes ses conditions de mise en œuvre relèvent par conséquent de l'infraction⁶⁷⁶. A ce titre, l'illégalité ou l'illicéité ferait partie intégrante de l'infraction aux côtés de la matérialité des faits et de la culpabilité morale ou, en droit allemand, de la typicité et de l'imputabilité⁶⁷⁷. **L'essor de cette acception extraordinairement large de l'infraction, en Allemagne et dans les pays latins, contraste fortement avec un certain recul du consensus doctrinal français**⁶⁷⁸. Néanmoins, la discorde n'est qu'apparente en France, car les nouvelles propositions doctrinales partagent souvent l'effort de dissociation des concepts d'infraction et de responsabilité. De ce point de vue, la vision de l'infraction comme unique condition de la responsabilité ne correspondrait plus au Code pénal actuel qui « suggère, au titre des dispositions générales, non une théorie de l'infraction, mais une théorie de la responsabilité pénale qu'il appartient à la doctrine de systématiser »⁶⁷⁹. Outre que l'amalgame des deux notions laisse entière la question de l'articulation des conditions de la responsabilité entre elles, il rend parfaitement inutile la notion d'infraction. Or, il est possible de conférer à celle-ci une place centrale au sein de la responsabilité, pourvu qu'on la définisse strictement. La présomption d'illicéité est exclue de l'infraction qui en est l'objet (1) d'autant plus que cette présomption s'oppose au régime probatoire de l'infraction (2).

1) L'illicéité exclue d'une définition stricte de l'infraction

181. L'infraction ramenée à la typicité des faits par opposition à leur illicéité. Il est notable que l'unique composante incontestée de l'infraction se rapporte à l'élément matériel. C'est bien la seule condition de la responsabilité qui n'a jamais été exclue de l'infraction, dont les multiples approches n'ont pas manqué de discuter la présence des éléments moral, légal ou injuste⁶⁸⁰. La lecture du Code pénal vient, par ailleurs, conforter l'analyse puisqu'il relègue ces questions aux dispositions générales d'un livre premier. Il

⁶⁷⁵ Voir WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Th. Nancy II, 2003, p. 8.

⁶⁷⁶ Voir pour la définition de l'infraction comme un fait illicite et imputable STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009.

⁶⁷⁷ WALTHER J., *op. cit. loc. cit.*

⁶⁷⁸ Voir, pour une synthèse incontournable, AMBOS K., « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des strafprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007 (ss dir. LEBLOIS-HAPPE J.), Société de législation comparée, *Colloques*, Vol. 9, p. 147 et s.

⁶⁷⁹ SAINT-PAU J.- C., préf. de ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009.

⁶⁸⁰ Voir en ce sens THELLIER DE PONCHEVILLE B., *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010, p. 28, note 63.

opère, de la sorte, un clivage entre les règles d'engagement de la responsabilité et la description matérielle de chaque infraction dans les livres suivants. Ces derniers décrivent, en effet, les faits générateurs de responsabilité qui se résument essentiellement à des faits matériels, sans considération de leur illicéité ni de leur imputabilité. Ces dernières apparaissent dès lors comme les conditions tenant à la raison d'être et à l'attribution du reproche que sous-tend implicitement chaque incrimination. Extérieures à l'infraction, elles se présument tandis que l'objet même de la réprobation sociale doit nécessairement être prouvé par le ministère public. C'est précisément en réduisant l'infraction au fait matériel générateur de la responsabilité que l'on peut retrouver un certain consensus doctrinal. En effet, si l'illicéité n'est généralement pas exclue de l'infraction, elle est au moins distinguée de la matérialité des faits. Dans les pays de tradition germanique qui ont abandonné progressivement la conception matérielle de l'infraction pour l'étendre à toutes les conditions de mise en œuvre de la responsabilité pénale, l'*antijuridicité* demeure clairement distincte de la *typicité* des faits.

182. La distinction entre typicité et illicéité. Il n'en reste pas moins que ce qui achève véritablement de convaincre du contenu de l'infraction réside dans son régime probatoire incompatible avec la présomption d'illicéité.

2) Une présomption incompatible avec le régime probatoire de l'infraction

183. La distinction entre subsumption et présomption. Si l'on a vu que la division tripartite de l'infraction ne faisait pas l'unanimité, c'est à l'endroit de l'élément légal que les critiques sont les plus récurrentes et les plus redoutables⁶⁸¹. Deux séries de raisons sont principalement invoquées au soutien de l'éviction de l'incrimination *stricto sensu*. D'une part, elle ne peut être à la fois le contenant et le contenu de l'acte illicite, et d'autre part, un texte de loi ne saurait être une composante de l'illicéité⁶⁸². Il convient, en effet, de distinguer le jugement de valeur lui-même de l'objet sur lequel il porte. Les deux répondent, par ailleurs, à des régimes probatoires antagonistes. Les auteurs d'inspiration germanique distinguent, à

⁶⁸¹ DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 14 ; DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, p. 61 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 15^{ème} éd. 2008, n° 430 ; JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1991, n° 209 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 2^{ème} éd. 2006, n° 86 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 104.

⁶⁸² Voir notamment DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, p. 150 ; Voir pour une posture plus nuancée STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 184.

cet égard, les mécanismes de subsumption et de présomption, le premier relevant de la vérification de la conformité des faits concrets à un type de comportement abstraitement incriminé, et le second se rapportant à la présomption simple de contrariété à l'ordre juridique qui découle automatiquement de cette correspondance⁶⁸³. **C'est bien parce qu'il y a une présomption préalable d'illicéité attaché au contenant qu'il faut nécessairement prouver le contenu de l'infraction.** Quant à l'existence de l'interdit lui-même ou l'illicéité formelle, ce n'est pas au Ministère public de la démontrer, car contrairement aux faits, c'est le législateur qui met à la disposition de tous, les incriminations que les magistrats se contentent de viser. Quant au caractère nuisible socialement des comportements incriminés, il n'a pas véritablement à être établi. Le simple constat de l'existence d'une incrimination laisse supposer que la conduite décrite contrevient, de manière suffisamment grave, à l'ordre social. Aussi, cette illicéité dite matérielle est-elle susceptible de contestation mais n'en reste pas moins présumée. Si tel n'était pas le cas, il faudrait systématiquement prouver l'absence de faits justificatifs afin que la qualification soit acquise. Or, il est admis que la présomption de faits justificatifs est exceptionnelle comme en atteste l'article 122-6 du Code pénal⁶⁸⁴. La jurisprudence tend à exiger la preuve positive des circonstances légitimes⁶⁸⁵. On ne saurait, dès lors, inclure un quelconque élément légal ou injuste se rapportant à l'absence de fait justificatif, au sein de l'infraction, sans remettre en cause le principe selon lequel toutes ses composantes doivent être établies.

184. L'objet purement matériel de l'infraction ou l'absence de typicité subjective. Il est communément admis que l'élément matériel ou le type objectif ne suffit pas à consommer l'infraction. De ce point de vue, des variantes de l'état d'esprit prétendument « coupable » détermineraient la gravité de la qualification retenue et de la peine encourue. A l'analyse cependant, il apparaît qu'il n'existe pas plus de typicité subjective que d'élément moral à démontrer pour parfaire l'opération de qualification. Si tous les types de comportements incriminés sont différents, la faute reste toujours la même. La diversité apparente des fautes devient alors factice, car elles ne se distinguent que par les actes qui les reflètent. C'est bien qu'elles n'ont pas de véritable autonomie, que la jurisprudence qui se borne à les déduire des spécificités de l'acte. Une telle présomption vient conforter l'idée que les dispositions psychologiques ne sauraient faire l'objet du jugement de valeur et, partant, de

⁶⁸³ Voir PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n°135 .

⁶⁸⁴ Cf. *supra* n° 268.

⁶⁸⁵ Voir par exemple en matière d'exception de bonne foi dans la diffamation, Crim., 11 avr. 2012, n° 11-86331.

l'infraction . Si le motif légitime, en tant qu'instrument d'appréciation social, n'a aucune prise sur la matérialité de l'infraction, il n'en a pas plus sur sa prétendue réalisation morale, entièrement absorbée par la matérialité.

§ 2 : L'absence d'effet sur la prétendue réalisation morale de l'infraction

185. La culpabilité absorbée par la matérialité infractionnelle. Les circonstances justificatives ne peuvent avoir aucun effet sur l'élément moral puisqu'il se confond entièrement avec la matérialité infractionnelle. L'analyse de l'acte et de ses potentialités suffit à déterminer la gravité objective des faits, de sorte que le recours à l'intensité de la faute n'est jamais nécessaire pour choisir une qualification. Les fautes ne sont que le reflet de la matérialité et si l'on parvient à les distinguer, c'est que la matérialité des faits le permet déjà. L'intensité de la faute n'a qu'un rôle illusoire dans la hiérarchisation des infractions. La répression est fondée de manière essentiellement objective, tant et si bien que la classification des fautes complexifie inutilement la matière. Elle revient immanquablement à la hiérarchisation suffisante et plus évidente des actes selon l'intensité de leur aptitude causale. C'est donc la correspondance de principe entre les aspects moral et matériel de la faute qui permet de présumer la culpabilité (A). Néanmoins, l'existence d'infractions où la volonté recouvre partiellement la matérialité ou la dépasse plaide en faveur d'une certaine autonomie de la composante morale. Cette dissociation des éléments matériel et moral n'est pourtant qu'apparente (B), car ce qui varie à la hausse ou à la baisse c'est l'intensité causale des actes qui induit *ipso facto* des variations de l'intensité volitive, en sorte que c'est toujours la matérialité qui suffit à établir la faute.

A) Correspondance de principe entre les aspects moral et matériel de la faute

186. La volonté de l'acte déduite de la présomption de libre arbitre. La faute morale ne peut être établie de manière tout à fait indépendante de matérialité, tant il est vrai que la psyché humaine est insondable. L'accomplissement des conditions matérielles emporte, par conséquent, sa caractérisation. On objectera sans doute qu'il s'agit d'une règle de preuve et non de fond. Ce pourrait être le cas si la preuve de la faute morale résidait dans des éléments extérieurs au contenu matériel de l'infraction. Or, force est d'admettre qu'elle découle entièrement de l'établissement judiciaire de la composante matérielle de l'infraction

ce qui montre qu'elles ne font qu'un. En somme, la présomption de volonté libre et lucide suffit à caractériser la volonté infractionnelle, dès l'accomplissement de l'infraction, qu'elle requière non un résultat tangible et détachable de l'acte.

187. L'intention réduite au caractère délibéré de l'acte. L'étude de la faute intentionnelle de principe avait pu nous permettre de conclure que l'article 121-3 du Code pénal ne restreignait pas le dol général à la volonté du résultat mais à la volonté de commettre une matérialité criminelle ou délictuelle quelle qu'elle soit⁶⁸⁶. On estime, au demeurant, que beaucoup d'infractions sont formelles, en ce qu'elles incriminent des actes indépendamment d'une atteinte concrète. *« Il est naturel, en conséquence que l'incrimination soit centrée sur les moyens qu'utilise le délinquant, puisqu'en l'absence de résultat juridique, ils condensent en eux toute la criminalité de l'intention »*⁶⁸⁷. C'est dire si la seule volonté de l'acte représente le critère *« essentiel »* de l'intention⁶⁸⁸. Cette dernière étant présumée jusqu'à preuve contraire, au titre des composantes de l'imputabilité, elle n'est pas à établir autrement que par la preuve de l'accomplissement de l'acte légalement requis. La volonté du résultat n'est, en revanche, qu'un critère *« résiduel »* de l'intention, ne s'imposant qu'en présence d'une atteinte effective à la valeur protégée⁶⁸⁹. Or, cette faute est tirée de l'aptitude causale de l'acte qui recèle, en toute logique, la certitude du résultat. Ainsi, les recherches psychologiques plus poussées, que paraissent commander les infractions matérielles, recouvrent en fait un examen approfondi de l'aptitude causale de l'acte, en sorte que c'est encore et toujours la densité matérielle de l'infraction qui établit la teneur de la faute morale. Non seulement, la volonté essentielle de l'acte est inhérente à la réalisation de l'acte (1), mais la volonté résiduelle de résultat est inhérente à l'aptitude causale de l'acte (2).

1) La volonté essentielle de l'acte inhérente à la réalisation de l'acte

188. L'intention déduite de l'acte dans les infractions formelles. Selon la formule, désormais constante, de la chambre criminelle, *« la seule constatation de la violation en connaissance de cause d'une prescription légale ou réglementaire implique, de la part de son auteur, l'intention coupable exigée par l'article 121-3, alinéa 1^{er}, du Code*

⁶⁸⁶ Cf. *supra* n°75 et n°152.

⁶⁸⁷ CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 322.

⁶⁸⁸ Expression empruntée à MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003, n° 720 et s.

⁶⁸⁹ *Ibid.*

pénal »⁶⁹⁰. L'intention résulte, par conséquent, de la seule constatation d'un acte illicite puisque le caractère délibéré ou conscient de celui-ci se présume. Ce que certains auteurs reconnaissent alors comme des « *présomptions d'action volontaire* »⁶⁹¹, ou comme « *un dol réduit à la connaissance de l'interdit* »⁶⁹² n'est autre que la simple présomption du caractère libre et éclairé de la volonté humaine. Cette présomption de libre arbitre permet de considérer tout acte comme volontaire et, partant, toute infraction comme intentionnelle pourvu qu'elle ne requière pas de résultat distinct⁶⁹³. On ne saurait se borner à dire qu'il s'agit seulement de « *présomptions par implication* »⁶⁹⁴ cantonnées aux domaines techniques du droit pénal qui recouvrent les infractions anciennement qualifiées de « *matérielles* »⁶⁹⁵. A partir de la commission de l'acte et en l'absence de renversement de la présomption de volonté, on peut certes considérer que l'intention est avérée plus que présumée. Ce raisonnement s'applique, cependant, dans le domaine extraordinairement vaste des infractions formelles, comme en

⁶⁹⁰ Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.*, n° 203 (deux arrêts) ; Crim., 12 juil. 1994, *Bull. crim.*, n° 280 ; *Dr. pén.*, 1994, comm. 237 ; *JCP E* 1995. 87 ; Crim., 10 janv. 1996, *Bull. crim.*, n° 13 ; *Dr. pén.*, 1996, comm. 89, note ROBERT J.-H. ; *RSC* 1996. 847, obs. BOULOC B. (construction sans autorisation) ; Crim., 25 janv. 1996, *Bull. crim.*, n° 50 (fraude aux contributions indirectes) ; Crim., 10 oct. 1996, *Bull. crim.*, n° 358 (revente à perte) ; Crim., 22 janv. 1997, n° 96-81023, *Dr. pén.*, 1997, comm. 83, note ROBERT J.-H. (construction sans permis) ; Crim., 5 févr. 1997, n° 95-84634 ; *Gaz. Pal.* 1997. I. chron. crim. 113 (construction sans permis) ; Crim., 28 mai 1997, n° 96-82317, *D.* 1999, somm. comm. p. 153, obs. ROUJOU DE BOUBÉE G. (exercice illegal d'une profession réglementée) ; Crim., 18 juin 1998, *Bull. crim.*, n° 247, *Dr. pén.*, 1997, comm. 147, note ROBERT J.-H. (construction sans autorisation) ; Crim., 17 déc. 1997, n° 96-86194, *Gaz. Pal.* 1998. I. chron. crim. 63 (construction sans permis) ; Crim., 7 déc. 1999, n° 98-85759, *Dr. pén.*, 2000, comm. 77, note ROBERT J.-H. (corruption d'un médecin par un laboratoire pharmaceutique) ; Crim., 21 nov. 2001, *D.* 2003. II. 245, note SEGONDS M. (prise illégale d'intérêt) ; Crim., 19 mars 2002, n° 01-83509, *Dr. pén.*, 2002, comm. 87, note ROBERT J.-H. (travail clandestin) ; Crim., 7 janv. 2003, *Bull. crim.*, n° 1 (délit d'acquisition de chien de première catégorie, incriminé par les articles L. 211-15 et L. 215-2 du Code rural) ; Crim., 14 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 11, *Dr. pén.*, 2004, comm. 50, note VERON M. (délit de favoritisme) ; Crim., 28 juin 2005, *Bull. crim.*, n° 196 ; *D.* 2005, pan. 2987, obs. ROUJOU DE BOUBÉE G., *D.*, 2006. 561, note FARDOUX O. ; *JCP* 2005. IV. 2906, *AJ pénal* 2005. 328, obs. ROUSSEL, *RPDP* 2006. 123, obs. BONFILS P. (acquisition d'oiseau appartenant à des espèces protégées) ; Crim., 22 mars 2006, *Bull. crim.*, n° 85, *RTD com.* 2006. 928, obs. BOULOC B., *Dr. pén.*, 1994, comm. 87, ROBERT J.-H. (contributions indirectes-activités vinicoles) ; Crim., 5 avril 2006, n° 05-85031, *Juris-Data* n° 2006-033421, *Dr. pén.* 2006, comm. 102, VERON M. (contributions indirectes-jeux de hasard) ; Crim., 9 mai 2007, *Dr. pén.*, 2007, comm. 115, ROBERT J.-H. ; Crim., 30 oct. 2007, n° 07-81505, *Dr. pén.* 2008, pan. 2, p. 28, JEAN L. (exploitation non autorisée d'une activité classée pour l'environnement) ; Crim., 17 juin 2008, n° 07-87518, *AJ pénal* 2008. 467 (travail dissimulé) ; Crim., 20 janv. 2009, n° 08-83933, *Dr. pén.*, 2009, comm. 53, ROBERT J.-H. (travail dissimulé).

⁶⁹¹ BOULOC B., « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *RSC* 1995. 471.

⁶⁹² PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 102.

⁶⁹³ Cf. *supra* n° 154.

⁶⁹⁴ Voir MOUYSET O., *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. Crim.*, T. XLIII, 2008, n° 350 ; Sur « *l'intention par implication* », Voir BONFILS P., « Chronique de droit pénal général », *Rev. pénit.* 2006, p. 123 et Cf. *infra* n° 191.

⁶⁹⁵ *Contra* TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, n° 180 et s.

attestent des arrêts récents, portant sur le piratage informatique⁶⁹⁶ ou les pratiques commerciales trompeuses⁶⁹⁷.

Dès lors, en effet, qu'il existe une présomption d'imputabilité, recouvrant la connaissance de la loi et de volonté de ses actes, rien d'autre que l'acte n'est à établir pour emporter la démonstration de l'intention d'accomplir une infraction de comportement. Il convient, alors et plus largement, de conclure au caractère incontournable d'une intention présumée, en matière d'infraction formelle. Qu'on la dise impliquée, avérée ou réduite, l'intention n'a pas en soi de véritable spécificité. Elle s'adapte seulement à la matérialité qui est elle-même réduite.

189. Le caractère déterminant de l'acte dans toute infraction. L'exigence invariable de la volonté de l'acte ne semble pas toujours suffire puisqu'elle devra, à l'occasion, être complétée par la volonté du résultat, dans les rares hypothèses où la matérialité l'exige⁶⁹⁸. Pourtant, dans le cadre de ces infractions dites matérielles, c'est encore la caractérisation de l'acte qui induira cette volonté. La seule différence est que l'on s'attachera, plus précisément, à l'aptitude causale de l'acte pour conclure, en toute logique, à la conscience du résultat.

2) La volonté résiduelle de résultat inhérente à l'aptitude causale de l'acte

190. L'intention absorbée par la causalité dans les infractions matérielles. Cette catégorie désigne généralement les infractions dont le seuil de consommation et, partant, d'illicéité n'est franchi que par la réalisation d'«une atteinte effective à la valeur protégée»⁶⁹⁹, hors les cas de tentative. En tant que composante de l'infraction, ce résultat doit, par principe, être voulu. Cette condition n'est pourtant pas autonome, qui est inhérente à l'aptitude causale de l'acte. On évoque à cet égard, le jeu des présomptions qui consiste pour le juge à déduire la volonté du résultat de la conscience du résultat, elle-même déduite d'un comportement causal par principe volontaire. Or, il ne s'agit pas tant de présomptions que d'une assimilation logique de la volonté du résultat à la certitude de sa survenance. Au fond, exiger la preuve d'une volonté du résultat, une fois la matérialité établie, revient à

⁶⁹⁶ Voir Crim., 27 oct. 2009, *JCP G* 2010. 19, note LEPAGE A., où la Cour énonce que « **la violation, sans motif légitime et en connaissance de cause, de l'une des interdictions prévues par l'article 323-3-1 du Code pénal implique de la part de son auteur l'intention requise par l'article 121-3 du même code** ».

⁶⁹⁷ Voir Crim., 15 déc. 2009, *Dr. pén.* 2010, comm. 41, obs. ROBERT J.-H.

⁶⁹⁸ D'où le terme de volonté « résiduelle » de résultat emprunté à MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 720 et s.

⁶⁹⁹ Voir, en particulier pour cette définition, CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 321.

méconnaître la portée suffisante de la preuve de l'aptitude causale des actes d'exécution. On ne peut vouloir la cause, sans vouloir sa conséquence logique. En raison de cette exigence d'un lien étroit de causalité entre l'acte et son résultat, les juges se bornent à la démonstration de la réalisation des actes d'exécution, lorsque leur volonté comporte, de fait, celle du résultat⁷⁰⁰. La dimension morale n'étant, sauf preuve contraire, que le simple reflet de la conduite matérielle, évoquer les questions de prévision ou de prévisibilité ou, encore, de conscience du résultat, équivaut pour les juges répressifs à aborder la question centrale de la causalité⁷⁰¹. Or, l'analyse concrète de la causalité ne s'impose qu'en présence d'un résultat détachable⁷⁰² et encore sera-t-elle facilitée par la survenance de celui-ci (a). De nombreuses infractions matérielles n'exigent, du reste, aucun constat de résultat distinct ; qu'une atteinte abstraite ou que la tentative suffise, ce sera l'unique preuve du pouvoir causal abstrait des actes d'exécution qui emportera la répression (b).

a) Une causalité concrète facilitée en présence d'un résultat détachable

191. La faute intentionnelle ou la causalité univoque. *« Si l'agent a conscience du fait que son action va produire de façon certaine le résultat incriminé, et si, nonobstant, il persiste dans sa résolution, l'intention est caractérisée, même s'il ne désire pas positivement le résultat »*⁷⁰³. Cette analyse doctrinale illustre parfaitement le raisonnement judiciaire entièrement axé, en la matière, sur la certitude de la survenance du résultat. Les rares textes qui exigent la réalisation d'un résultat concret, c'est-à-dire d'une atteinte effective et distincte de l'acte, suggèrent de manière plus ou moins explicite un lien étroit et concret entre l'acte d'exécution et le résultat. Le fait de donner la mort à autrui, requis pour l'homicide intentionnel⁷⁰⁴ suppose bien un acte univoque, recelant un très haut degré de probabilité de causer la mort. Les juridictions répressives se contentent de la prévision, voire de la prévisibilité du résultat consécutif aux coups, ce qui revient à caractériser leur intensité causale. Ainsi, en se plaçant sous l'angle de la question de la prévisibilité, la chambre

⁷⁰⁰ Voir en ce sens MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 721 ; MAYAUD Y., « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mél. LARGUIER J.*, PUG, 1993, p. 206-207.

⁷⁰¹ Voir en ce sens MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., loc. cit.

⁷⁰² Voir, pour la distinction approfondie entre la causalité concrète et rétrospective, dans les infractions matérielles et la causalité abstraite et prospective, dans les infractions formelles, SAINT-PAU J.-C., « Les causalités dans la théorie de l'infraction », *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 684 et s., n° 5, 17 et s., 25 et s.

⁷⁰³ CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 381.

⁷⁰⁴ C. pén. art. 221-1.

criminelle a pu caractériser l'*animus necandi* par le constat de « *violents coups de marteau sur la tête* »⁷⁰⁵. Un auteur distingue subtilement, au sein du « *dol déduit* », le « *dol impliqué* » par la matérialité et le « *dol présumé* » à partir de la matérialité et des circonstances qui l'entourent⁷⁰⁶. Pourtant, les circonstances qui permettent d'établir que l'acte recèle bien la certitude de la mort d'autrui, font partie intégrante de la matérialité requise⁷⁰⁷.

Bien que critiquée sur sa méthode⁷⁰⁸, la chambre criminelle a, encore, jugé récemment « *qu'il n'est pas nécessaire, pour établir légalement l'abus de confiance, que l'intention frauduleuse soit constatée en termes particuliers et qu'il suffit qu'elle puisse se déduire des circonstances retenues par les juges, l'affirmation de la mauvaise foi étant nécessairement incluse dans la constatation du détournement* »⁷⁰⁹.

Ce que l'on entend par la volonté du résultat n'est rien d'autre que l'effet certain d'un acte⁷¹⁰, étant entendu que la présomption de volonté de l'acte s'étend à ses potentialités. Celui qui est pleinement conscient de son acte a, par le même fait, conscience de l'enchaînement causal certain qu'il déclenche et l'accepte par la même occasion. Certains auteurs font, néanmoins, valoir que la volonté du résultat conserve un intérêt dans les cas exceptionnels de concours idéal de qualifications en présence d'un fait unique, car les juges prononcent autant de déclarations de culpabilité qu'il y a de volontés tendues vers la lésion d'intérêts distincts⁷¹¹. Pourtant, dans la célèbre affaire du « *jet de grenade dans un immeuble d'habitation* » où la chambre criminelle exposa cette méthode de résolution du conflit, c'est bien l'acte en lui-même qui contenait une causalité duale, par son caractère certainement attentatoire à l'édifice et à ses habitants⁷¹². **En somme, une volonté dirigée n'est rien d'autre qu'un acte dirigé puisqu'il comporte en soi une gravité intrinsèque liée à son orientation ainsi qu'à sa brutalité.** L'analyse de l'acte et de ses potentialités suffit à déterminer la gravité objective

⁷⁰⁵ Crim., 6 janv. 1993, *Dr. Pén.* 1993, comm. n° 103, note VERON M., *RSC* 1993. 773, obs. LEVASSEUR G.

⁷⁰⁶ Voir PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », art. préc., p. 100 et s., où l'auteur suggère que la dangerosité de l'arme et la localisation du coup porté sont des circonstances extérieures à l'acte homicide incriminé, ce qui lui permet de dire que le dol est présumé et non simplement impliqué.

⁷⁰⁷ Si ce dol non impliqué convient bien aux infractions de conséquence, telles que le recel où l'intention se déduit des circonstances de la transaction (Voir *ibid.*), il en va différemment du meurtre qui requiert matériellement un acte circonstancié. En outre, même en matière de recel, l'intérêt de la distinction est restreint car l'incrimination revient à exiger matériellement un contexte rendant assez évidente l'origine illicite des biens.

⁷⁰⁸ Voir notamment MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 233 ; PIN X., art. préc., p. 101.

⁷⁰⁹ Crim., 12 mai 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 108, obs. VERON M. La formulation laisse entendre que les circonstances dont il est question permettent la caractérisation du détournement et que l'intention est impliquée.

⁷¹⁰ « *La connaissance de l'effet mortel d'un acte volontaire vaut intention de tuer* », PRADEL J. et DANTI-JUAN M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} éd. 2010, n° 20.

⁷¹¹ Voir en ce sens MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 733.

⁷¹² Crim., 25 mars 1965, *Gaz. Pal.* 1965. II. 5.

des faits de sorte que le recours à l'intensité de la faute n'est jamais nécessaire pour choisir une qualification.

192. La faute praeterintentionnelle ou la causalité univoque d'amplitude indéterminée. L'excès de complexité ressort bien des vocables doctrinaux de dols indéterminé, dépassé ou praeterintentionnel qui sont assimilés à la faute intentionnelle, alors que le résultat concret n'est pas toujours voulu ni effectivement prévu. En dépit des différences terminologiques constatées, ces hypothèses peuvent être ramenées aux différents modes d'imputation d'un résultat plus grave que celui qui a été voulu ou simplement envisagé⁷¹³. Pour absconses que paraissent ces notions, elles ne recouvrent que de simples hypothèses de conduites incontrôlables dans leurs effets. C'est uniquement le caractère aléatoire de l'aptitude, ou plus exactement de l'amplitude causale qui justifie objectivement le durcissement de la répression. Ainsi, en matière de complicité les juges se satisfont d'une participation consciente à l'infraction⁷¹⁴, tout comme la majorité des commentateurs⁷¹⁵. Cette posture semble, par ailleurs, en accord avec le fait qu'un résultat n'est pas toujours matériellement exigé puisque la complicité de tentative est classiquement admise⁷¹⁶. La faute intentionnelle se résume, alors, à une simple participation causale très largement appréciée par les juges⁷¹⁷. Il n'en reste pas moins que 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* »⁷¹⁸. Cette sévérité s'explique par le caractère incontrôlable de l'enchaînement causal déclenché par le complice qui n'a pas la maîtrise du comportement de l'auteur principal mais qui remet volontairement son sort entre ses mains⁷¹⁹. La gravité objective de la participation à un comportement présumé illicite suffit à emporter la caractérisation du type de comportement et partant, de l'infraction. La volonté des actes étant

⁷¹³ *Ibid.* n° 648.

⁷¹⁴ Voir par exemple Crim., 28 juin 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. n° 274, note VERON M.

⁷¹⁵ Voir en particulier GARCON E., *Code pénal annoté*, T. 1, Rec. Sirey, 1952, art. 60, n° 279, Voir pour une analyse plus détaillée de l'absence de référence à la volonté du résultat en doctrine, MARECHAL J.-Y., *op. cit.*, n° 635 et s.

⁷¹⁶ Voir Crim., 16 juin 1955, *JCP* 1955. II. 8851, note VOUIN ; *RSC* 1956. 99, obs. LEGAL.

⁷¹⁷ Voir particulièrement SALVAGE P., « Le lien de causalité en matière de complicité », *RSC* 1981. 42 ; et par exemple, Crim., 31 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 50 ; *RSC* 1975. 679, obs. LARGUIER J.

⁷¹⁸ Crim., 21 mai 1996, *Bull. crim.*, n° 206 ; *RSC* 1997. 101, obs. BOULOC B. ; *JCP* 1997. I. 3998, chron. de dr. pén. et de proc. pén., obs. VERON M. ; Voir également Crim., 3 avril 1996, *Gaz. Pal.* 1996, chron. dr. crim., p. 142. Sauf si les circonstances changent la qualification de l'infraction principale.

⁷¹⁹ Certains auteurs approuvent davantage la solution lorsque le complice donne « *blanc seing* » à un homme de mais semblent plus réservés pour le cas de celui qui a prévu une infraction précise, alors qu'il est toujours hasardeux de s'en remettre à un tiers ainsi que de tenter de savoir ce que le complice a véritablement envisagé. Voir cependant PUECH M., *Droit pénal général*, Litec, 1988, n°1042 *in fine*.

présumée au titre de l'imputabilité, il n'est guère besoin de caractériser, au surplus, un prétendu type subjectif ou élément moral.

Il en va de même des violences intentionnelles qui sont constituées dès qu' « *il existe un acte volontaire de violence, quel que soit le mobile qui ait inspiré cet acte, alors même que son auteur n'aurait pas voulu causer le dommage qui en est résulté* »⁷²⁰. On explique généralement que l'auteur doit supporter toutes les conséquences de son acte parce qu' « *il les a prévues ou il aurait dû les prévoir* »⁷²¹. Mais, la singularité de la solution tient toute entière dans la singularité de l'acte même de violence porteur d'une gravité intrinsèque. Non seulement l'acte est tendu de manière certaine vers une atteinte abstraite à la valeur en cause mais, il est en outre tendu de manière aléatoire vers une grande diversité de préjudices concrets. En sorte que celui qui a conscience de son acte a nécessairement conscience de l'aléa qui peut tenir, notamment, aux prédispositions de la victime.

La solution ne diffère, d'ailleurs, pas pour tous les autres procédés dont le danger est difficilement maîtrisable car grandement dépendant de circonstances extérieures à l'auteur. De lourdes peines criminelles sont, ainsi, fulminées en cas d'atteinte à l'intégrité physique ou à la vie résultant bien entendu d'une violence intentionnelle⁷²², mais aussi d'une destruction de bien par l'effet d'une explosion ou d'un incendie⁷²³, d'un délaissement de personne vulnérable⁷²⁴, d'une séquestration⁷²⁵, d'un détournement d'aéronef⁷²⁶, d'une privation de soins ou d'aliments envers un mineur de 15 ans⁷²⁷ ou encore de terrorisme écologique⁷²⁸.

On aurait donc tort de penser que la matérialité est identique dans le meurtre et les violences mortelles, qui ne se distingueraient que par la faute morale car elle revient invariablement à la volonté de l'acte. En revanche, l'acte diffère en ce qu'il est dirigé soit vers la mort soit vers une lésion physique ou psychique d'une gravité incontrôlable, le premier acte étant, en principe, plus grave et plus dangereux que le second, en dépit de l'identité de résultat. « *Il arrive que le législateur incrimine une intention aléatoire parce que le résultat d'un*

⁷²⁰ Crim., 29 nov. 1972, *Bull. crim.*, n° 368 ; RSC 1973. 408, obs. LEVASSEUR G. ; Voir également Crim., 15 mars 1977, *Bull. crim.*, n° 94 ; JCP 1979. II. 19148, note ROUJOU de BOUBEE G. ; RSC 1977. 817, obs. LEVASSEUR G. ; Crim., 3 oct. 1991, *Gaz. Pal.* 1996, chron dr. crim., p. 38, note DOUCET J.-P. ; Crim. 8 déc. 1992 : *Dr. pén.* 1993, comm. n° 128, note VERON M.

⁷²¹ MERLE R., VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 599.

⁷²² C. pén., art. 222-7.

⁷²³ C. pén., art. 322-7 et 322-10.

⁷²⁴ C. pén., art. 223-4 et 227-2 (mineur victime).

⁷²⁵ C. pén., art. 224-2

⁷²⁶ C. pén., art. 224-7.

⁷²⁷ C. pén., art. 227-16.

⁷²⁸ C. pén., art. 421-4 al 2.

comportement dépend dans son existence ou dans son étendue du hasard»⁷²⁹, ce qui montre que l'intention n'est que le reflet de la causalité des actes. **Finalement, un dol indéterminé n'est rien d'autre qu'une causalité certaine dans son principe mais indéterminée dans la gravité de ses effets.**

193. La causalité concrète ou abstraite selon le résultat requis⁷³⁰. La certitude d'un résultat est toujours exigée mais le diagnostic de cette causalité est facilité par sa survenance concrète. Au contraire, dans les infractions dépourvues de résultat concrètement détachable, c'est une causalité abstraite qui suffira à établir la faute intentionnelle.

b) Une causalité abstraite suffisante en l'absence de résultat détachable

194. Une causalité abstraite suffisante en cas de résultat abstrait. Certaines infractions requièrent des actes porteurs d'une atteinte abstraite à des valeurs non tangibles, telles que l'autorité de la justice, la dignité, la confiance publique ou encore la liberté sexuelle. L'office du juge s'en trouve facilité puisque les comportements décrits sous-tendent abstraitement mais indubitablement le résultat. L'atteinte à l'autorité de la justice étant inhérente au témoignage mensonger, fait sous serment devant une juridiction ou son délégataire, la jurisprudence se contente au plan moral, d'un mensonge effectué « *de manière délibérée* »⁷³¹. D'autres ajoutent que l'auteur doit avoir voulu tromper le juge⁷³², alors que la volonté de l'acte suffit à s'en convaincre⁷³³. Le raisonnement est identique s'agissant de l'outrage envers un dépositaire de l'autorité publique⁷³⁴ puisque la conscience du caractère outrageant du comportement est pleinement suffisante étant donné qu'elle absorbe celle de porter atteinte à la dignité de la victime ou au respect dû à sa fonction⁷³⁵. Dans toutes ces hypothèses la conscience de la qualité de la victime est exigée mais relève naturellement de la présomption d'acte volontaire. La solution paraît sans doute moins évidente en matière de

⁷²⁹ PUECH M., *Droit pénal général*, op. cit., n° 531.

⁷³⁰ Voir, sur cette distinction, SAINT-PAU J.-C., « Les causalités dans la théorie de l'infraction », in *Mél. J.-H. ROBERT*, préc.

⁷³¹ Crim., 11 oct. 1989, *Bull. crim.*, n° 354.

⁷³² Voir en ce sens PRADEL J. et DENTI-JUAN M., op. cit., n° 1159.

⁷³³ La faute morale revient à « *la connaissance du mensonge et à la volonté de commettre malgré tout* », MAYAUD Y., *J. Cl. Pénal*, Art. 434-13 et 434-14, « *Faux témoignage, éléments constitutifs* », fasc. 20, janvier 2008, n° 87.

⁷³⁴ C. pén., art. 433-5 (dépositaire de l'autorité publique) et art. 434-24 (magistrat ou juré). Ces articles incriminant respectivement des actes « *de nature à porter atteinte* » et « *tendant à porter atteinte* ».

⁷³⁵ Voir en ce sens VITU A., « Outrage envers un dépositaire de l'autorité publique », *J. Cl. Pénal*, art. 433-5, n° 102.

diffamation en raison de l'effet exonératoire de la « bonne foi »⁷³⁶. Un auteur a, néanmoins, souligné qu'il s'agissait d'un fait justificatif spécial tenant à la particularité des circonstances de sorte que « *les propos établissent purement et simplement l'intention [...]. La mauvaise foi n'est pas seulement présumée, elle est avérée* »⁷³⁷. On pourrait multiplier les exemples d'actes causant abstraitement une atteinte non détachable, au rang desquels figurent les infractions sexuelles, d'ordre moral ou physique, qui supposent une atteinte à la liberté sexuelle des victimes, en ce qu'elles requièrent différents éléments de faits emportant l'absence de consentement⁷³⁸. La volonté d'un résultat inhérent à l'acte paraît, ici encore, non pas déduite de la volonté de l'acte mais simplement identique à elle.

195. Une causalité abstraite suffisante en cas de résultat tenté. L'incrimination générale de la tentative, en matière de crimes, et sur disposition expresse, en matière de délits, illustre parfaitement le caractère secondaire de l'atteinte effective à la valeur protégée dès lors qu'une causalité suffisante existe. La question de l'intention est entièrement absorbée par l'exigence d'une proximité spatio-temporelle entre l'acte et le résultat. Selon la formule constante et bien connue de la chambre criminelle, « *le commencement d'exécution n'est caractérisé que par des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime, celui-ci étant ainsi entré dans sa période d'exécution* »⁷³⁹. Il revient, dès lors, au juge d'apprécier le pouvoir causal abstrait des actes en recherchant s'ils auraient eu, en d'autres circonstances, pour conséquence directe et immédiate la consommation de l'infraction visée. Les circonstances indépendantes de la volonté de l'auteur sont celles sur lesquelles l'auteur n'a pas de prise et qui exercent sur son comportement ou sur l'enchaînement causal, une pression suffisante. La caractérisation de la tentative paraît essentiellement objective à tel point que le recours à l'intention se trouve dépourvu d'intérêt. Même dans les hypothèses de concours de qualifications, où les auteurs arguent de l'impossibilité de distinguer la tentative de viol du délit d'agression sexuelle sans recours à

⁷³⁶ Voir RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2011, n° 518 ; MAYAUD Y., *Le mensonge en Droit pénal*, L'Hermès, 1979, n° 232 et 615 s.

⁷³⁷ CONTE P., « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *Mél. CHAVANNE*, Litec 1990, p. 55.

⁷³⁸ L'atteinte est inhérente aux procédés contraignants dans les agressions sexuelles (C. pén., art. 222-23 et 222-27), à la présence de témoins involontaires dans l'exhibition sexuelle (C. pén., art. 222-32), au caractère répétés des actes qui tendent à l'obtention de faveurs sexuelles par lassitude de la victime dans le harcèlement sexuel (C. pén., art. 222-33), à l'âge de la victime parfois cumulé à qualité de l'auteur dans les atteintes sexuelles sur mineurs (C. pén., art. 227-25 et 227-27).

⁷³⁹ Crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n° 292 (Lacour), et n° 293 (Benamar et Schieb) ; D. 1963. 221, note BOUZAT P. ; JCP 1963. II. 12985, note VOUIN R.

des investigations plus poussées de l'intention de l'auteur⁷⁴⁰, c'est encore la direction de l'acte et non d'une volonté invisible qui permet aux juges de résoudre le conflit. Ces derniers tendent, en effet, à ne retenir la qualification de viol que lorsque l'auteur est parvenu aux derniers actes précédant la pénétration, à défaut les actes sont disqualifiés au bénéfice du doute⁷⁴¹. Encore une fois, l'exigence d'une volonté dirigée n'est, ni plus ni moins, qu'une exigence d'acte dirigé.

196. La manifestation nécessairement matérielle de la volonté. La direction de la volonté ne peut, en effet, être appréhendée que par le truchement de la matérialité des faits et, plus particulièrement, de l'acte au travers de l'étude de son potentiel causal. On enseigne, cependant, que certaines infractions, d'imprudence notamment, ne se distinguent que par une volonté singulière en discordance avec la matérialité exigée. A l'analyse, on s'aperçoit, néanmoins, que c'est encore la singularité de l'aptitude causale de l'acte qui absorbe la question de la faute morale. De ce point de vue, il n'existe pas véritablement de cas de dissociation entre les aspects moral et matériel de la faute.

B) La dissociation apparente des aspects moral et matériel de l'infraction

197. La discordance réelle entre aptitude causale de l'acte et résultat requis. Les qualifications non intentionnelles apparaissent, sous l'angle de l'absence de volonté du résultat, comme le symbole de l'autonomie de l'élément moral et, partant, de la nécessité de le caractériser distinctement de l'élément matériel. Quoique vivement décriée⁷⁴², la jurisprudence tend, pour certaines infractions intentionnelles, à se contenter d'une simple imprudence. Cette sévérité accrue, en ce qu'elle se rapporte essentiellement aux fautes commises par des professionnels, semble davantage servir la qualité substantielle de la loi qu'elle ne dessert sa lettre⁷⁴³. Le traitement identique du professionnel et du profane ne

⁷⁴⁰ Voir en particulier PROTHAIS A., *Tentative et attentat*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. Crim.*, t. 24, 1985, n° 345 s. ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 345 s. ; MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 732 s.

⁷⁴¹ Voir en particulier PROTHAIS A., *op. cit.*, n° 350 s.

⁷⁴² Voir notamment TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, ROBERT J.-H., « Pour une restauration des contraventions de police », in *Mél. PRADEL J.*, Cujas, 2006, p. 161 et s., spéc. p. 166.

⁷⁴³ Voir PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 532, où l'auteur considère qu'il est assez logique que les professionnels soient censés connaître les dispositions techniques qui régissent leur domaine d'activité, dès lors que cette présomption n'est pas irréfragable ; Voir aussi MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 233, où l'auteur envisage cette présomption comme l'expression, non pas d'une intention objective mais, de son caractère matériel et abstrait, dépourvu de lien avec la psychologie profonde de l'auteur.

représenterait pas, à dire vrai, la manifestation la plus aboutie du principe d'égalité devant la loi. Cette interprétation volontariste des textes n'a, du reste, aucun rapport avec une faute morale mais, tout à voir avec l'aptitude causale exigée par l'incrimination. C'est bien la causalité requise qui détermine la gravité de la faute matérielle et, par là même, le caractère dit intentionnel ou non intentionnel de la qualification. La discordance seulement apparente entre la volonté et la matérialité n'est pas seulement l'apanage des infractions d'imprudence, supposant une volonté restreinte à l'acte alors qu'un résultat distinct est requis. C'est aussi celui des infractions à dol spécial qui suggèrent, à l'inverse, une volonté excédant le résultat requis. Toutefois, dans les infractions non intentionnelles, l'absence de volonté du résultat est induite par la matérialité et les circonstances des faits. Quant à la notion de dol spécial, elle paraît largement artificielle en ce qu'il ne saurait exister de cas où la volonté dépasse véritablement la matérialité. Ainsi, l'apparente précision du but est une manière détournée d'exiger une matérialité plus précise, à même de le caractériser.

C'est en se penchant davantage sur la causalité requise par ces infractions, que l'on peut observer que le relâchement de la volonté se résume à un acte non dirigé avec certitude vers le résultat requis (1) et qu'une volonté tendue au-delà de la matérialité revient à l'exigence d'un acte dirigé vers un résultat non requis (2).

1) Le relâchement de la volonté ou l'acte non dirigé vers le résultat

198. La gradation des fautes selon la gravité des actes. Les infractions d'imprudence, en ce qu'elles requièrent un acte ayant causé une atteinte à la vie ou à l'intégrité physique, ne semblent se distinguer des atteintes intentionnelles aux mêmes valeurs que par la moindre intensité de leur faute morale. Or, l'absence de volonté du résultat est caractérisée par la matérialité de l'acte. Une volonté non dirigée vers le résultat ne se traduit que par un acte non dirigé avec certitude vers lui. On fait souvent état d'une gradation des fautes mais c'est d'une gradation de la gravité de l'acte dont il est, plus exactement, question. La volonté de l'acte demeure, en revanche, invariable. Aussi, le relâchement de la volonté est-il entièrement absorbé par le relâchement de la causalité. Par conséquent, l'imprudence peut se définir négativement par l'absence de certitude du résultat. Etant donné que la simple possibilité de résultat recouvre des hypothèses d'actes presque dérisoires comme d'actes dont la gravité suppose la prévisibilité du résultat, le Code pénal actuel a progressivement tenté de graduer les imprudences. Mais « *les juges ne se sont guère sentis tenus par les définitions*

nouvelles de la causalité et des fautes »⁷⁴⁴ qu'ils interprètent de manière essentiellement objective, sous l'angle de l'efficacité causale globale des actes.

Ainsi, l'imprudence se définit par opposition à la faute intentionnelle comme la simple possibilité de résultat (a) mais les imprudences se distinguent également entre elles par la gradation de leur probabilité causale (b).

a) L'imprudence ou la simple possibilité de résultat

199. La possibilité de résultat ou la moindre gravité objective de l'acte. De prime abord, en effet, les différents types d'homicide ou de violences se distinguent mal au plan matériel mais plus aisément au plan moral, par le caractère volontaire ou non de l'atteinte qui en résulte. C'est pourtant bien la matérialité des faits qui permet de distinguer un résultat voulu d'un résultat non voulu. A ce titre, on relèvera que « *le fait de donner [...] la mort à autrui* »⁷⁴⁵ suggère un acte positif, univoque, recelant la certitude du résultat, contrairement à l'incrimination du « *fait de causer [...] la mort d'autrui* »⁷⁴⁶ qui suppose une simple possibilité du résultat⁷⁴⁷. En atteste, particulièrement, l'exclusion des actes d'omission, dépourvus d'aptitude causale positive⁷⁴⁸, du champ des atteintes intentionnelles à la vie ou à l'intégrité physique, et leur cantonnement au domaine de l'imprudence. Point n'est besoin d'avoir recours au type de volonté en cause pour distinguer des qualifications objectivement singulières. D'ailleurs, il n'existe pas dans l'absolu de type de volonté, ce sont essentiellement les comportements qui sont typiques. C'est seulement par incidence que la volonté invariable de l'acte, paraîtra plus ou moins fautive en fonction de la gravité intrinsèque de l'aptitude causale de l'acte. Rechercher une volonté singulière équivaut à rechercher une causalité particulière. C'est ce qui explique sans doute l'assimilation doctrinale, précédemment évoquée, des aspects matériel et moral de l'imprudence⁷⁴⁹. Aussi la

⁷⁴⁴ PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 95 et s., spéc. p. 105.

⁷⁴⁵ C. pén., art. 221-1 (meurtre). Le raisonnement est identique s'agissant du « *fait de soumettre une personne à des tortures...* » (C. pén., art. 222-1), ou de l'incrimination des « *violences ayant entraîné...* » tel ou tel préjudice (C. pén., art. 222-7 s.).

⁷⁴⁶ C. pén., art. 221-6 (homicide par imprudence). Le raisonnement est identique s'agissant des violences non intentionnelles qui incriminent « *fait de causer...* » tel ou tel préjudice (C. pén., art. 222-19 s.).

⁷⁴⁷ Voir, en particulier, PIN X., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 150, où l'auteur envisage la causalité comme une simple « *probabilité de résultat qui s'est vérifiée* », ce qui oriente indéniablement la question de la singularité de ces qualifications vers l'aptitude causale des actes.

⁷⁴⁸ Voir en ce sens CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 346 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 401 ; LAJUS-THIZON E., *L'abus en droit pénal*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol.105, 2010, n° 197.

⁷⁴⁹ Cf. *supra* n° 175.

gravité de la faute revient-elle nécessairement à la gravité de l'acte. Un acte accompli « *par maladresse, imprudence, inattention, négligence ou manquement à une obligation de sécurité ou de prudence imposée par la loi ou le règlement* »⁷⁵⁰ est simplement un acte objectivement moins grave que celui dirigé avec certitude vers le résultat requis. Il appartient au juge répressif d'apprécier, en somme, si l'acte ne comportait qu'une possibilité de résultat ou, plutôt, de vérifier négativement qu'il ne comportait pas la certitude de sa survenance. Une atteinte survenue dans un contexte accidentel permettra, par conséquent, de s'orienter vers une infraction d'imprudence. Plus précisément, la jurisprudence recherche parfois si l'acte violent est « *dirigé contre une ou plusieurs personnes* »⁷⁵¹ afin de le distinguer des violences non intentionnelles⁷⁵². On peut en déduire que la mention d'un comportement imprudent doit être interprétée comme la restriction de la causalité à sa forme la moins grave, celle d'une probabilité de résultat.

Il est tout à fait envisageable, par conséquent, de hiérarchiser objectivement des infractions ayant le même résultat, selon la gravité intrinsèque des actes d'exécution, plutôt que par référence à la faute. A titre d'illustration, on peut parfaitement distinguer l'homicide intentionnel dont l'acte est dirigé avec certitude vers la mort d'autrui, les violences mortelles dont l'acte est dirigé avec certitude vers une atteinte, indéterminée dans sa gravité, à l'intégrité de la personne et, enfin, l'homicide non intentionnel dont le comportement recèle la simple possibilité d'une atteinte à la vie. En raison des différents degrés de dangerosité objective des actes, ces infractions sont suffisamment distinctes sans recours illusoire aux dispositions psychologiques. Ces dernières ne sont pas des conditions distinctes à caractériser mais le simple reflet des différents types de conduites plus ou moins graves. Une personne plaçant un signal de panne sur un ascenseur, en espérant qu'un tiers cardiaque prendra l'escalier, ne pourrait se voir poursuivie pour assassinat si un décès en résulte. L'intention ne saurait primer sur une causalité insuffisante, quoiqu'en dise une doctrine autorisée qui

⁷⁵⁰ C. pén., art. 221-6, 222-19 et R. 625-2.

⁷⁵¹ Crim., 3 oct. 1991, *Gaz. Pal.* 1992, somm. p. 38, *Dr. pén.* 1992, comm. 57 ; *Comp. Crim.*, 16 juin 2009, n° 08-87090, où la Cour approuve une condamnation pour homicide involontaire justifiée par l'absence de démonstration que la pression sur la queue de détente de l'arme au moment du tir résultait d'un geste volontaire et délibéré en sorte que l'élément intentionnel des violences mortelles fait défaut. Cet arrêt est d'autant plus contestable que le tir du policier était dirigé vers la victime et que le caractère volontaire de l'acte, relevant de l'imputabilité, doit être présumé jusqu'à preuve contraire. Pour un approfondissement de la présomption d'imputabilité, Cf. *infra* n° 214.

⁷⁵² Voir, pour une critique de cette solution prétorienne, SAINT-PAU J.- C., « De la causalité dans l'homicide non intentionnel », obs. ss Cass. crim. 24 mars 2009, 10 fév. 2009, *RPDP* 2009. 847, où l'auteur conteste le caractère intentionnel des violences exercées sur une porte vitrée dont le bris blesse, par ricochet, une personne. En l'espèce, néanmoins et comme le relève la Cour, l'acte était dirigé contre les personnes se trouvant derrière la vitre et venant de refermer la porte pour se protéger. Par cet acte, le prévenu avait nécessairement conscience de porter une atteinte, suffisante, à l'intégrité psychique des personnes, ne serait-ce qu'en provoquant une vive frayeur (atteinte minimum incriminée).

pencherait davantage pour la qualification d'assassinat que pour celle d'homicide non intentionnel⁷⁵³. L'intention sera, d'une part, difficile à établir en l'absence d'un acte dirigé avec certitude vers la mort d'autrui et à supposer qu'on puisse établir un désir de mort, il ne devrait pas être, d'autre part, en lui-même punissable si ce souhait ne transparaît pas de manière univoque dans sa conduite. Dans cette hypothèse, la conduite de l'auteur atteste simplement de sa volonté de susciter chez la victime le choix de mettre elle-même sa vie en danger ; ce qui s'apparenterait sans doute mieux, du reste, à une provocation au suicide, suivie du suicide ou d'une tentative de suicide⁷⁵⁴, qu'à un homicide involontaire. Nul ne conteste qu'un désir de mort jamais matérialisé ne soit pas punissable. Il faudrait alors poursuivre la logique et considérer qu'un même désir matérialisé par une simple injure publique ne peut être poursuivie que pour cette qualification même si un suicide en découle, et que s'il se matérialise seulement par une gifle occasionnant une chute et un décès, seule est envisageable, la qualification de violences mortelles. La question de l'existence d'une volonté tendue vers un résultat ne signifie rien, si un acte tendu vers ce résultat n'est pas constaté. La question du résultat est, par ailleurs, secondaire au plan matériel puisque l'échelle des peines est d'abord fixée en fonction de l'aptitude causale de l'acte qui distingue les qualifications intentionnelles des autres. C'est seulement au sein de ces deux catégories que la gravité objective du résultat concret déclinera plus précisément chaque qualification ainsi que la peine y afférente. C'est ainsi que l'infraction formelle de risque causé à autrui⁷⁵⁵ peut, par la gravité de son acte, être punie bien plus lourdement que l'infraction matérielle de violences légères non intentionnelles⁷⁵⁶. A supposer qu'il n'est pas intentionnel, le comportement illicite d'une personne ne peut, certes, résulter que d'une imprudence, à moins qu'il résulte des circonstances extérieures⁷⁵⁷. Il serait, pourtant, plus juste de considérer que l'illicéité de l'acte tient à sa probabilité causale s'il ne tient pas plus gravement à sa certitude, et que les circonstances trompeuses ou contraignantes relèvent exclusivement de la non-imputabilité de l'acte⁷⁵⁸. Il semble, à cet égard, que la Cour de cassation ne soit pas hostile à des

⁷⁵³ Voir, en particulier, PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 151.

⁷⁵⁴ C. pén., art. 223-13 (3 ans d'emprisonnement et 45 000 Euros d'amende).

⁷⁵⁵ Pour la démonstration de son caractère intentionnel, Cf. *supra* n° 154.

⁷⁵⁶ « Le fait, par la violation manifestement délibérée d'une obligation particulière de sécurité ou de prudence prévue par la loi ou le règlement, de porter atteinte à l'intégrité d'autrui sans qu'il en résulte d'incapacité totale de travail est puni de l'amende prévue pour les contraventions de 5^e classe » (C. pén., art. R. 625-3).

⁷⁵⁷ Voir, en ce sens, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 223.

⁷⁵⁸ Cf. *infra* n° 217 et s.

condamnations fondées sur une appréciation de la faute confinant à la simple constatation de l'existence du lien causal avec le dommage provoqué⁷⁵⁹.

200. Les diligences normales dépourvues de lien avec la gravité de l'acte. On a vu que l'imprudence consiste avant tout en une moindre intensité de la causalité et non de la volonté conçue de manière autonome. Or, il est communément admis que le juge apprécie lui-même le caractère imprudent d'un acte par une appréciation *in abstracto* circonstanciée⁷⁶⁰. Est-ce à dire pour autant que le juge détermine lui-même la gravité des comportements par référence à un standard moyen de conduite⁷⁶¹? Assurément non, puisque le législateur prévoit déjà l'incrimination de tous les actes causant une atteinte effective à certaines valeurs. La mention de leur caractère imprudent ne vise qu'à les distinguer objectivement des atteintes intentionnelles que le terme « *causer* » tend à englober. En outre, l'appréciation rétrospective de l'aptitude causale d'un acte⁷⁶² n'a rien de commun avec l'appréciation réalisée par le truchement du standard moyen de conduite⁷⁶³. **L'aptitude causale de l'acte détermine sa gravité objective, tandis que la comparaison au « bon père de famille » ne vise qu'à déterminer subjectivement l'imputabilité, c'est-à-dire la capacité de l'auteur d'éviter la réalisation d'un acte illicite**⁷⁶⁴. Dès lors, le recours à une norme de comportement n'a aucun lien avec l'illicéité du comportement, tout entière contenue dans le constat d'un acte ayant causé une atteinte à l'intégrité de la personne. L'usage du standard moyen a, en revanche, tout à voir avec la question de l'attribution du reproche, celle de l'objet du reproche étant d'ores et déjà acquise. De nombreux auteurs considèrent, toutefois, qu'il s'agit de l'élaboration judiciaire d'une norme de comportement⁷⁶⁵, de la détermination du comportement matériellement répréhensible⁷⁶⁶ ou, plus clairement, de l'établissement de l'illicéité⁷⁶⁷. Or, on a vu qu'il s'agissait là d'une inversion du raisonnement qui consiste à déduire la licéité de l'acte, des bonnes dispositions psychologiques, alors que c'est l'acte qui laisse augurer de

⁷⁵⁹ Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 78 (1^{ère} esp.) ; Crim., 18 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 138 (arrêt qui vise l'article 121-3 al. 3 mais qui porte en réalité sur une faute caractérisée) ; Crim., 4 juin 2002, *Bull. crim.*, n° 127.

⁷⁶⁰ Voir cependant SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 321, 347, 616 et s., où l'auteur considère que la faute s'apprécie *in concreto* et que la loi du 13 mai 1996 est essentiellement déclarative.

⁷⁶¹ Voir, sur la contrariété du standard au principe de légalité criminelle, *ibid.* n° 327.

⁷⁶² Voir, pour un développement de la question, MAYAUD Y., « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité ? », in *Mél. DECOCQ A.*, Litec, 2004, p. 475 s.

⁷⁶³ Cf. *infra* n° 215 et s.

⁷⁶⁴ Cf. *infra* n° 217 et s.

⁷⁶⁵ Voir DANA A.-C., « La norme pénale, le juge et le citoyen (une idée certaine de la légalité républicaine) », in *Mél. DECOCQ A.*, 2004, p. 143 et s., spéc. 152.

⁷⁶⁶ Voir MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 412 et 433.

⁷⁶⁷ Voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 265.

celles-ci. Aussi, le standard moyen de référence peut-il parfaitement accomplir un acte illicite dès lors qu'il ne lui est pas moralement reprochable⁷⁶⁸, de sorte qu'il n'est d'aucune utilité dans la détermination la nocuité sociale d'un acte.

201. L'absence de diligence normale présumée au titre de l'imputabilité. Les textes d'incrimination des infractions non intentionnelles prévoient expressément que leur caractère imprudent doit être envisagé « *dans les conditions et selon les distinctions prévues à l'article 121-3* »⁷⁶⁹. Ce texte général exige d'abord, en son alinéa 3 relatif à l'imprudence simple, la preuve de l'absence de diligence normale compte tenu des circonstances : « *s'il est établi que l'auteur ne (les) a pas accompli(es)* ». Or, la violation d'une norme textuelle emporte, par principe, l'absence de diligence normale⁷⁷⁰. Quant à la violation d'une norme judiciaire, la précision n'apporte rien à l'appréciation jurisprudentielle qui consistait déjà à replacer un standard de comportement dans les circonstances d'espèce pour vérifier le caractère moralement répréhensible de l'acte⁷⁷¹. Elle paraît, en outre, maladroitement rédigée en ce qu'elle revient à exiger la preuve délicate d'un fait négatif. Cette maladresse rédactionnelle ressort de surcroît du caractère inutile de la preuve de la faute morale qui est présumée à partir de l'illicéité du comportement et du libre arbitre de l'agent⁷⁷². En d'autres termes, il serait plus exact de dire, à l'instar de l'ancienne mouture, que l'acte causal est présumé avoir été réalisé en connaissance de cause, « sauf s'il est établi que l'auteur a accompli les diligences normales » compte tenu des circonstances. Dans ce cas, l'acte, bien que demeurant matériellement illicite, ne pourra pas être subjectivement reproché à celui qui ne pouvait pas l'éviter en raison des circonstances. C'est, du reste, au législateur qu'il revient en premier lieu de fixer le seuil de l'illicéité. S'il ne semble pas en être lui-même toujours convaincu, c'est qu'il ne distingue pas clairement l'illicéité matérielle de l'imputation morale de celle-ci. En atteste la confusion des régimes probatoires de ces deux conditions de la responsabilité. Seule l'illicéité doit être matériellement prouvée, alors que la preuve de l'imputation morale qui se présume, est maladroitement exigée. Par conséquent, l'alinéa 3

⁷⁶⁸ Pour les hypothèses de circonstances objectivement trompeuses, Cf. *infra* n° 225 et s.

⁷⁶⁹ C. pén., art. 221-6, 222-19 et R. 625-2.

⁷⁷⁰ Hors causes de non-imputabilité, « l'on voit mal, en effet, comment théoriquement il serait possible d'établir que, malgré le non-respect d'une règle de sécurité ou de prudence, l'on a néanmoins adopté le comportement normalement diligent » MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003, n° 716.

⁷⁷¹ Voir en ce sens CONTE P., « Bilan de l'application aux accidents du travail des nouveaux principes gouvernants la faute (et quelques réflexions sur l'Etat de droit) » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, coll. Carré droit, 2003, p.19 et s., n° 30.

⁷⁷² Voir, en ce sens et sous réserve de la conception subjective de l'illicéité adoptée par l'auteur, STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 274 et s.

dudit article doit être interprété comme offrant la possibilité à l'agent, de contester la conscience de la portée de ses actes, en établissant que les circonstances ne l'auraient pas permis à l'homme moyen⁷⁷³, sauf en cas de violation d'une norme textuelle qui emporte la preuve de la conscience de la violation. Cette analyse est confortée par la jurisprudence qui n'accorde qu'un rôle exceptionnel et non de principe, aux diligences normales. Hors les cas de non-imputabilité, classiquement entendus, on ne fait guère état de relaxes en cas de défaillances dont il a résulté un dommage incriminé, ce qui implique qu'elles sont *ipso facto* jugées anormales ou plutôt concrètement évitables. C'est ainsi que l'on peut lire que « l'article 121-3, alinéa 3 risque de demeurer encore longtemps lettre morte »⁷⁷⁴. La présomption d'une condition de la responsabilité n'est inadmissible que si elle porte sur l'objet de l'illicéité et non lorsqu'elle a trait à la capacité d'en répondre. En revanche, c'est le manque de possibilité de renversement de la présomption de faute ou plutôt d'imputabilité, qu'il est permis de critiquer. En effet, la pertinence du modèle moyen de diligence se mesure finalement au nombre de relaxes qu'il permet de prononcer⁷⁷⁵. Or, l'enjeu du choix d'un standard non idéal est d'admettre que certains comportements peuvent être dommageables, sans constituer pour autant des fautes⁷⁷⁶.

202. La gradation objective des fautes selon l'aptitude causale de l'acte.

Certains commentateurs ont pu voir, dans les réformes successives de l'article 121-3 du Code pénal, un apport de subjectivité aux infractions d'imprudence qui « *semblaient redevenir des infractions matérielles, puisque l'élément moral se déduisait directement de la matérialité des faits* »⁷⁷⁷. A la vérité, la jurisprudence n'a pu que maintenir des déductions logiques qui se défendent parfaitement, dès qu'elle veille à consentir des possibilités suffisantes de contestation de la faute. Aussi, la gradation des fautes intentionnelles et d'imprudence tient-elle encore exclusivement à la singularité de l'aptitude causale des actes. De la même manière, la gradation récente opérée au sein même des fautes d'imprudence qui semble tenir à une prévisibilité subjective du résultat, se déduit entièrement de sa forte probabilité de survenance.

⁷⁷³ A ce titre les juges du fond raisonnent en termes de prévisibilité normale du dommage. Voir notamment Nîmes, 28 mai 1966, *JCP* 1967. II. 15311, note CHAUVEAU ; Versailles, 8 avril 1987, *Gaz. Pal.*, 1987. I. 226 ; TGI Lyon, 26 sept. 1996, *D.* 1997. 200, note SEILLAN ; *RSC* 1997. 833, obs. MAYAUD Y. ; Toulouse, 29 janv. 1998, *D.* 1999. 56, note BENOIT.

⁷⁷⁴ PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », art. préc., p. 109.

⁷⁷⁵ Voir pour cette position STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 258.

⁷⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷⁷ BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005. 543.

b) Les imprudences ou la gradation de la probabilité de résultat

203. L'article 121-3 al. 4 ou le seuil minimum d'intensité causale. L'alinéa 4 de l'article 121-3, introduit par la loi pour le moins controversée du 10 juillet 2000, tend à supprimer la répression de la *culpa levisima* autrement dit « *des poussières de faute* », en introduisant un seuil minimum de gravité de l'acte. L'imprudence simple ou la possibilité du résultat, ne suffit plus en cas de causalité distendue avec le dommage puisqu'il faut, désormais, caractériser une imprudence qualifiée. C'est dire si la détermination du seuil d'illicéité est intimement liée à l'aptitude causale de l'acte. Le seuil d'illicéité impérativement requis pour l'acte imprudent consiste en un acte de faible gravité mais étroitement causal ou alternativement, en un acte recélant une certaine gravité de résultat mais dont la causalité est relâchée. L'intensité causale et la gravité du résultat potentiel de l'acte se conjuguent et se compensent pour former un seuil minimum de gravité de l'acte en fonction de son efficience causale globale. Si la prévisibilité du résultat semble être exigée pour compenser une causalité distendue, elle ne peut être appréhendée autrement que par la gravité objective de l'acte.

204. La prévisibilité du résultat caractérisée par la gravité de l'acte. Les fautes qualifiées ont une assise clairement objective, puisqu'il se déduit nécessairement de leur définition matérielle, une indifférence marquée de l'auteur à l'endroit de la valeur protégée. Elles se composent, d'abord, d'un manquement grave à une obligation de prudence ou de sécurité. Elles semblent, ensuite, exiger une certaine conscience du risque qui s'analyse en tant que prévisibilité du résultat, puisque sa prévision effective est difficile à établir. C'est pourquoi on considère généralement qu'elles requièrent deux conditions, objective et subjective. Or, la prévisibilité du résultat ne peut être établie indépendamment de la gravité du risque, pris en connaissance de cause. Il s'agit alors d'une seule et même condition afférente à la gravité du manquement qui emporte invariablement la prévisibilité du résultat. Le libre arbitre étant présumé au titre de l'imputabilité, l'accomplissement d'« *une faute caractérisée et qui exposait autrui à un risque d'une particulière gravité* » ne peut, comme le souligne le texte, être ignoré. La chambre criminelle a, d'ailleurs, estimé que l'on ne pouvait, sans se contredire, constater une faute caractérisée et relaxer le prévenu au motif qu'il pouvait

ignorer le risque découlant de ce manquement grave⁷⁷⁸. La jurisprudence caractérise essentiellement la particulière gravité de l'acte qui ressort parfois de l'accumulation de fautes simples accentuant la probabilité de résultat⁷⁷⁹, de laquelle se déduit logiquement la conscience du risque⁷⁸⁰. Quant au manquement à une obligation textuelle de prudence ou de sécurité, il est par principe délibéré, à l'instar de la faute simple. La seule différence réside dans sa dimension « *manifestement délibérée* » qui ne peut résulter que d'un manquement particulièrement grave et patenté, duquel ressort une certaine évidence. Exiger un certain état d'esprit, c'est invariablement exiger un acte qui le manifeste. La jurisprudence en témoigne, qui s'attache davantage à la violation de l'obligation de prudence ou de sécurité qu'à son caractère manifestement délibéré⁷⁸¹.

205. Les incohérences de la gradation proposée. La faute délibérée est plus sévèrement punie que la faute caractérisée, ce qui n'est pas sans évoquer la dualité de régime des fautes simples. Seule la première, en effet, constitue une circonstance aggravante et ce, indépendamment de toute référence à l'intensité du lien causal. Cela qui signifie que le seuil minimum de répression de l'imprudence devient par la même occasion, le seuil maximum de gravité qui trace la frontière avec les infractions intentionnelles. On aurait pu, cependant, imaginer un palier intermédiaire afin que l'aggravation soit cantonnée à une faute délibérée en cas de causalité directe⁷⁸². Suivie jusqu'au bout, la logique de hiérarchisation des comportements imprudents selon leur gravité intrinsèque aurait pu épargner les critiques tenant au non respect du principe *non bis in idem* qui défend de tenir compte deux fois du même fait, notamment pour caractériser l'infraction et son aggravation. Ce qui a suscité les plus âpres critiques réside encore davantage dans le critère même d'application de l'exigence d'une faute qualifiée, c'est-à-dire assez grave pour emporter la prévisibilité du dommage. Il

⁷⁷⁸ Voir Crim., 11 févr. 2003, RSC 2003. 801, obs. GIUDICELLI-DELAGÉ G. (défaut de surveillance personnelle du respect de la réglementation en matière de sécurité).

⁷⁷⁹ Voir notamment Crim., 3 nov. 2004, n° 04-80011 ; 10 janv. 2006, n° 04-86428, cités par PIN X., art. préc., p. 108. Voir pour le même constat des séries de défaillances GIUDICELLI-DELAGÉ G., « La sanction de l'imprudence », *Mél. COUV RAT P.*, 2000, p. 523 et s.

⁷⁸⁰ Voir, pour la simple violation d'une règle de sécurité du travail qui laisse présumer la conscience du risque, Crim., 11 mars 2008, *Dr. soc.* 2008. 746, note DUSQUENES ; et ROBACZEWSKI C., « Pour une codification différente des infractions relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinium doctorum*, Dalloz 2009, p. 151 et s., spéc. p. 156.

⁷⁸¹ Voir notamment Crim., 24 oct. 2000, n° 0080-170, où la Cour se contente au plan moral de « *la violation en connaissance de cause de cette obligation* », une tendance que relèvent et déplorent certains auteurs, Voir en ce sens PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », préc., p. 107 ; MORVAN P., « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », *Mél. PRADEL J.*, Cujas, 2007, p. 443 et s., spéc. p. 461.

⁷⁸² Cette hypothèse a, néanmoins, été singularisée par le législateur qui l'a considéré suffisamment grave pour l'incriminer, à titre autonome, en l'absence de tout dommage (exposition d'autrui à un risque : C. pén. 223-1), Cf. *supra* n° 154.

est, certes, admis que le critère spatio-temporel de détermination de la cause « *se résume à sa prévisibilité* »⁷⁸³, mais la réciproque n'est pas vraie. La prévisibilité ne se résume pas à des « *critères appréhendables par les sens : le temps et le lieu* »⁷⁸⁴ mais s'étend à tout critère d'appréhension objective de l'intensité causale de l'acte. La distinction selon le caractère direct ou indirect de la cause paraît, dès lors, peu satisfaisante pour discriminer la cause la plus efficiente.

206. L'efficiencia causale malmenée par le critère spatio-temporel légal. La technicité de la causalité a beaucoup moins inspiré le législateur que l'opportunité de protéger les décideurs-personnes physiques⁷⁸⁵. La décision pouvant s'effectuer en un temps ou un lieu différent de celui de l'exécution, ces derniers sont, de fait, les principaux bénéficiaires du critère spatio-temporel comme du domaine d'application de cette distinction causale. Si nul n'est en mesure de fournir une explication défendable à l'exposition des personnes morales à une sévérité accrue occultant la relative impunité de leurs dirigeants ou représentants⁷⁸⁶, en revanche, la logique de compensation de la gravité des actes par leur intensité causale semble implacable. C'est le critère choisi qui trahit la volonté affichée de dépenalisation des fautes les moins graves, tant il est vrai que la faute indirecte ou judicieusement appelée « *faute de décision* », n'est pas toujours dotée d'une plus faible intensité causale que la « *faute d'action* ». Loin s'en faut. En définitive, le critère choisi conduit à ne retenir comme cause directe qu'une cause proche alors qu'une cause lointaine peut être déterminante⁷⁸⁷. Certes, éloignée du dommage, la « *faute de décision* », ne recèle pas moins une dangerosité particulière, inhérente aux pouvoirs de son auteur, en ce qu'elle est à même d'engendrer l'implication directe de ceux qui exécutent la décision ou qui en font, plus généralement, les frais. En pareille hypothèse, il va s'en dire que le critère spatio-temporel suggéré par le texte semble aussi fruste que simpliste, qui est diamétralement opposé à celui de la causalité

⁷⁸³ SAINT-PAU J.-C., « De la causalité dans l'homicide non intentionnel », obs. ss Crim., 24 mars 2009 ; 10 fév. 2009, *RPDP* 2009. 847, spéc. p. 851.

⁷⁸⁴ *Ibid.*

⁷⁸⁵ Voir sur la dimension « *antirépublicaine* » de cette réforme, CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 386, CONTE P., « Le lampiste et la mort », *Dr. pén.* 2001, chron. 2 ; Voir aussi MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 283 ; DECHENAUD D., *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008, n° 514 ; ROUSSEAU F., « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence » in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinium doctorum*, Dalloz 2009, p. 43 et s., spéc. n° 5, où l'auteur invite à réfléchir à une restauration de l'égalité qui pourrait « *consister à dépenaliser l'imprudence simple au profit de tous* ».

⁷⁸⁶ Voir en ce sens ROUSSEAU F., « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », préc., n° 3 et n° 6.

⁷⁸⁷ Voir en ce sens MALABAT V., *Droit pénal spécial, op. cit.*, n° 186, où l'auteur reconnaît néanmoins que le « *paramètre déterminant* » reste d'une appréhension délicate.

adéquate que suggéraient les travaux parlementaires⁷⁸⁸. Ce dernier critère est le plus sûr dans la recherche de l'efficacité causale, en ce qu'il opte pour la cause la mieux à même d'expliquer le dommage selon le cours normal des événements⁷⁸⁹. Il est vrai que ces deux critères pourront occasionnellement concorder lorsque plusieurs paramètres indépendants iront concourir au dommage. On conçoit alors mieux que le critère textuel d'implication directe, voire physique⁷⁹⁰, puisse permettre de discriminer les causes⁷⁹¹. Lorsqu'au contraire, la cause indirecte a entraîné la cause directe⁷⁹², dans un enchaînement causal logique, la chambre criminelle n'hésite pas à faire prévaloir l'esprit du texte sur sa lettre, en privilégiant la faute « *essentielle* »⁷⁹³ ou le « *paramètre déterminant* »⁷⁹⁴ au détriment du critère spatio-temporel⁷⁹⁵. La recherche de cette cause prépondérante en ce qu'elle se fonde sur la gravité objective de l'acte est, en effet, la seule à même d'expliquer une différence de traitement répressif⁷⁹⁶.

207. L'efficacité causale rétablie par le critère prétorien du « *paramètre déterminant* ». Pour expliquer le *hiatus* constaté entre la proximité spatio-temporelle de la cause et son caractère déterminant, un auteur indique astucieusement que la question de

⁷⁸⁸ Voir notamment le Rapport officiel de MASSOT J., *La responsabilité pénale des décideurs publics*, La documentation française 2000.

⁷⁸⁹ Voir, pour la proposition de distinction des causes directe et indirecte selon leur degré d'efficacité, MAYAUD Y., « La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou « paramètre déterminant » ? », *RSC* 2002. 100.

⁷⁹⁰ Voir, pour une conception très large de l'auteur indirect comme celui qui n'a pas été impliqué physiquement dans le dommage, DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 551 et s.

⁷⁹¹ Voir, pour un exemple de concordance entre la cause directe et le paramètre déterminant dans une hypothèse où les deux causes sont parfaitement indépendantes, Crim. 25 sept. 2001, *Bull. crim.* n° 188, où un automobiliste en excès de vitesse heurte un sanglier et entre en collision avec une automobile venant en sens inverse.

⁷⁹² Etant observé qu'« *il est possible d'identifier un auteur indirect indépendamment de tout éventuel auteur direct* », ROUSSEAU F., « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », préc., n° 4.

⁷⁹³ Voir notamment Crim., 29 oct. 2002, *Bull. crim.* n° 196, *RSC* 2003. 330, obs. MAYAUD Y. Voir, plus généralement pour une illustration de la déduction de la cause directe à partir de son caractère « *déterminant* », Crim. 5 avril 2005, *Dr. pén.* 2005. 103 (2^{ème} arrêt).

⁷⁹⁴ Voir, pour des défaillances médicales, Crim., 23 oct. 2001 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 217 et 218, *RSC* 2002. 100, obs. MAYAUD Y., où la mort d'un nourrisson à la suite de la décision des parents d'arrêter la réanimation a été considérée en lien directe avec les lésions irréversibles causées par l'accoucheur ; Crim., 10 fév. 2009, *RPDP* 2009. 847, comm. SAINT-PAU J.-C., où le défaut de surveillance du gynécologue à l'égard de l'interne créant une hémorragie interne par une incision trop profonde, est considéré comme cause directe du décès.

⁷⁹⁵ Il lui arrive cependant de faire prévaloir le critère spatio-temporel pour qualifier d'indirecte une cause déterminante. Voir, pour un médecin qui ne prend pas les mesures adaptées au diabète de sa patiente qui décède quatre jours après, Crim., 12 sept. 2006, *JCP* 2007. II. 10006, note FAICT T. et MISTRETTA P. ; pour une explosion à la suite d'une fuite de gaz due principalement aux négligences du propriétaire, Crim., 18 nov. 2008, *Dr. pén.* 2009. 18 (1^{er} arrêt).

⁷⁹⁶ Voir cependant SAINT-PAU J.-C., art. préc. p. 852 et 853, qui considère qu'un paramètre déterminant, bien que non immédiat, peut être une application du critère spatio-temporel, lorsqu'il a lieu dans un temps proche, alors que la causalité adéquate reviendrait à la détermination de la cause la plus proche ; *Contra* MALABAT V., *op. cit.*, *loc. cit.*, et ROUSSEAU F., art. préc., n° 4 et 5, qui considèrent que la causalité adéquate serait un correctif de la *causa proxima* suggérée textuellement par le critère spatio-temporel.

l'efficience causale est épuisée par l'exigence invariable d'une causalité certaine, au stade de la constitution de l'infraction⁷⁹⁷ et qu'elle n'a plus de rôle à jouer au stade de l'imputation de l'infraction⁷⁹⁸. La certitude du lien causal est, pourtant, constamment réduite par les juges à la simple question de l'existence du lien causal, par application de la théorie de l'équivalence des conditions, et laisse entière la question du degré d'efficience causale des actes⁷⁹⁹. Il est vrai que la jurisprudence considère parfois que la cause nécessaire du dommage est insuffisante pour constituer l'infraction, lorsqu'un événement irrésistible intervient par la suite, pour rompre et accaparer le processus causal⁸⁰⁰. A la faveur de cette exception jurisprudentielle réservée aux cas de force majeure, il est admis que l'imputation de l'infraction ne peut reposer sur la causalité adéquate qui « *conduit nécessairement à qualifier les événements indirectement à l'origine du dommage de cause inadéquate et partant, de cause incertaine* » ce qui priverait d'intérêt, la causalité indirecte⁸⁰¹. On remarquera, d'abord, que ce n'est pas tant le caractère indirect qui rend une cause inadéquate que la survenance postérieure d'un cas de force majeure, en sorte que rien ne s'oppose à ce qu'une cause adéquate soit indirecte. Ensuite, on relèvera qu'une cause inadéquate peut tout à fait être nécessaire au dommage mais que cette certitude ne suffira plus en cas de force majeure⁸⁰². Bien que la chambre criminelle envisage la force majeure comme une cause exclusive, les espèces révèlent que sans le fait, pourtant inadéquat, de l'agent, il n'y aurait pas eu de dommage⁸⁰³. Ainsi, le fait de l'agent reste une cause nécessaire quoiqu'exclue pour insuffisance causale, dans ce cas bien particulier. En tout état de cause, la loi du 10 juillet 2000 permet d'abandonner le recours exceptionnel à la causalité adéquate en matière de certitude causale. Les questions d'existence du lien causal et de son intensité sont désormais dûment distinguées. Le fait antérieur de l'agent pourrait, alors, être qualifié de certain mais d'indirect, c'est-à-dire d'existant mais de non déterminant au regard du cas de force majeure.

⁷⁹⁷ Voir, sur la persistance de l'exigence d'une causalité certaine même en cas de causalité indirecte, SAINT-PAU J.-C., art. préc., p. 849 ; Voir, pour la reprise de cette analyse, ROUSSEAU F., « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », préc., p. 43 et s. ; *Contra* BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 297 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 448.

⁷⁹⁸ Voir en ce sens SAINT-PAU J.-C., obs. sous Crim., 21 sept. 2004 ; 5 oct. 2005 (3 arrêts) ; 19 oct. 2004, *RPDP* 2005. 235 ; Voir aussi BON P.-A., « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », *RPDP* 2006. 291.

⁷⁹⁹ Voir notamment Crim., 4 mars 2008, *Dr. pén.* 2008. 82, obs. VERON M., où la Cour considère que la poursuite d'un inspecteur de la santé ne peut être fondée sans établir « *que la saisine d'un médecin psychiatre aurait nécessairement conduit à une hospitalisation d'office* » empêchant l'acte mortel commis par le « *dément* ».

⁸⁰⁰ Voir notamment Crim., 25 avril 1967, *Bull. crim.*, n° 129 ; 5 oct. 2004, *Bull. crim.*, n° 230.

⁸⁰¹ SAINT-PAU J.-C., « De la causalité dans l'homicide non intentionnel », art. préc., p. 850.

⁸⁰² Cf. *infra* n° 219 et s.

⁸⁰³ Sans accident de voiture, la victime ne serait pas décédée d'une maladie nosocomiale à l'hôpital (Crim., 5 oct. 2004, *préc.*), d'une défaillance d'un appareil de réanimation (Crim., 8 janv. 1991, *D.* 1992, jurispr. p. 115) ou d'une crise cardiaque (Crim., 25 avril 1967, *préc.*).

L'impunité s'expliquerait par l'imprévisibilité de la force majeure qui s'opposerait à la caractérisation d'une faute qualifiée, autrement dit assez grave pour emporter la prévisibilité du dommage⁸⁰⁴. Le fait d'admettre, par ailleurs, que le caractère direct ou indirect de la causalité ressort davantage de l'imputation de l'infraction que de sa constitution, ne plaide pas moins en faveur d'une interprétation en termes d'efficacité causale. Que l'on considère, en effet, que la faute simple n'est plus assez grave pour être réputée illicite lorsque son aptitude causale est indirecte ou alors qu'elle est toujours réputée illicite mais insuffisamment grave pour être imputée à l'auteur le moins impliqué dans le dommage⁸⁰⁵, c'est toujours la gravité de la faute et, partant, l'efficacité causale globale de l'acte qui est à même de justifier les poursuites. L'implication de l'auteur indirect, quoique lointaine en apparence, peut s'avérer prépondérante dans la création du dommage. De deux choses l'une, soit l'auteur indirect crée une situation intermédiaire qui, au gré du hasard de l'intervention d'un tiers, permet la réalisation du dommage, soit il crée une situation qui entraîne nécessairement l'implication directe dans le dommage d'un tiers subordonné ou plus largement, tributaire de la décision première. Le critère spatio-temporel se justifie éventuellement dans le premier cas de figure, alors qu'il est aberrant dans le second où il est en contradiction patente avec le caractère déterminant de l'implication. Au final, c'est la question de la prévisibilité du dommage qui est en jeu et qui semble plus délicate lorsque l'implication est indirecte⁸⁰⁶, c'est-à-dire éloignée du dommage. L'auteur indirect devra donc, pour être pénalement responsable, compenser cette distance par une faute suffisamment grave pour emporter cette prévisibilité. Néanmoins, lorsque son rôle détermine nécessairement le dommage, sans que le hasard n'entre trop en ligne de compte, sa prévisibilité est suffisante sans avoir recours à une faute grave. Ce sera particulièrement le cas en présence d'un lien hiérarchique qui entraîne le subordonné à exécuter une décision imprudente puisque l'auteur indirect aura nécessairement conscience de son pouvoir et de la responsabilité qui en découle.

208. L'absence d'exception à la correspondance entre volonté et acte requis. La question de la prévisibilité du résultat a été mise au cœur du raisonnement en matière d'imprudences. Elle est, toutefois, entièrement soluble dans la question de la gravité objective

⁸⁰⁴ En outre, les espèces en cause auraient pu faire l'objet de poursuites pour violences en raison des blessures causées *ante mortem*, ce qui laisse penser qu'il est davantage question de disqualification de l'infraction que de non-constitution de celle-ci faute de lien causal, Cf. *infra* n° 220.

⁸⁰⁵ « Lorsque la causalité est indirecte, l'imputation de l'infraction suppose –au-delà de la faute simple suffisant à consommer l'infraction d'imprudence– une faute qualifiée », SAINT-PAU J.-C., « De la causalité dans l'homicide non intentionnel », art. préc., p. 850.

⁸⁰⁶ Voir en ce sens FAUCHON P., *Rapport au Sénat*, n° 391, p. 14 : www.assemblee-nationale.fr.

de l'acte et, par la même, de son efficience causale globale. Seule compte, de telle sorte, l'analyse objective des actes dont la singularité emporte celle de la faute morale. Le résultat est à ce point secondaire que sa gravité extrême ne suscite aucune répression lorsque l'acte est trop faiblement causal. Une infraction non intentionnelle se caractérise, avant tout, par un acte non dirigé avec certitude vers le résultat requis, mais recélant tout de même un potentiel causal minimum. Les imprudences oscillent, ainsi, entre l'acceptation d'un risque faible et l'acceptation d'un risque fort de résultat. **Exiger un certain état d'esprit, c'est invariablement exiger un acte qui le manifeste.** Partant, c'est aussi le particularisme de l'acte et non de l'état d'esprit, qui permettra de reconnaître une infraction à dol spécial. Mais, il s'agira alors d'un acte dirigé vers un résultat non requis matériellement. Aussi n'y a-t-il pas, là non plus, de réelle discordance entre la volonté et le comportement qui la manifeste.

2) La volonté excédant la matérialité ou l'acte tendu vers un résultat non requis

209. Le but absorbé par l'aptitude causale de l'acte. Il a précédemment été établi que la notion de dol spécial ne pouvait en aucun cas se rapporter aux mobiles. Conçus en tant que causes profondes insusceptibles de transparaître de manière univoque dans la matérialité des faits, les mobiles sont exclus des conditions de la responsabilité pénale⁸⁰⁷ pour être relégués à l'individualisation de la peine, dont ils sont un instrument privilégié⁸⁰⁸. Aussi, le dol spécial ne peut-il recouvrir que des hypothèses de buts dont la réalisation est possible mais non exigée, au risque d'être confondu avec le dol général⁸⁰⁹. « *Le dol général porterait sur un résultat inclus dans les éléments matériels, alors que le dol spécial porterait sur un résultat qui ne participe pas des résultats matériels* »⁸¹⁰. Toutefois, cette hypothèse de discordance entre la volonté et la matérialité semble éminemment théorique, en ce qu'elle élude l'impossibilité d'appréhender l'état d'esprit à défaut de toute matérialisation.

⁸⁰⁷ « *Le droit pénal ne tient pas compte des mobiles parce qu'ils ne forment pas corps avec l'acte et parce qu'ils ne sont rattachés qu'à la pensée profonde de l'agent* » (SOULIGNAC J.-L., *L'élément moral dans les infractions en droit pénal français*, Th. Nancy 1955, p. 102), « *la loi pénale ne peut punir qu'un acte qui découvre une volonté arrêtée, indépendamment des antécédents conscients ou inconscients, en tout cas purement subjectifs, qui ont provoqué cette volonté* » (Ibid. p. 99). Voir dans le même sens SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 220 et s. et, plus généralement, Cf. *supra* n° 151.

⁸⁰⁸ S'il est vrai que « *pas plus qu'il ne faut séparer l'intention du mobile, il ne faut séparer l'homme de son acte* » (ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Cujas 3^{ème} éd. Paris 1981, p. 250), ces investigations profondes n'en demeurent pas moins liées à la mesure de responsabilité et non à son existence, Cf. *supra* n° 133.

⁸⁰⁹ *Contra* LABORDE-LACOSTE, *Le but de l'agent, élément constitutif de l'infraction dans la législation, la doctrine et la jurisprudence française*, RIDP 1926. 125 ; DELTEL G., *De la considération du but comme élément de la responsabilité*, Th. Toulouse, 1930 ; BONNET L., *Le but élément constitutif du délit, spécialement dans les lois nouvelles*, Th. Montpellier, 1934.

⁸¹⁰ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 173 *in fine*.

Finalement, les expressions « *dans le but de* » ou « *en vue de* », contenues dans de nombreuses incriminations, paraissent souvent trompeuses en ce qu'elles suggèrent une volonté excédant la matérialité requise⁸¹¹. Cette discordance n'est, en effet, qu'apparente puisqu'elle est essentiellement relative à un résultat voulu mais non requis. Ce n'est pas à dire, pour autant, que la volonté puisse être caractérisée indépendamment de la matérialité qui la révèle. Aussi, un but recherché dont la réalisation n'est pas requise se résume-t-il à un acte dirigé vers le résultat. **Préciser la volonté revient, en d'autres termes, à préciser l'acte.** La mention d'un but n'est utile que pour préciser la dimension matérielle de la faute dont dépend le reflet moral. L'exigence d'une volonté dirigée vers un résultat non réalisé revient à celle d'un acte dirigé vers ce résultat non réalisé, par la précision de l'aptitude causale de l'acte. Lorsque la direction de l'acte est déjà précisée, la mention d'un but devient, en revanche, redondante, à tel point qu'il est inutile de se référer à la notion de dol spécial. Le législateur semble, par ailleurs, prendre acte de l'absurdité de l'exigence d'une volonté dépassant la matérialité, qui tend à exiger que le but soit « *caractérisé par* » des éléments purement factuels⁸¹². Il n'en reste pas moins que, dans certaines hypothèses, la mention d'un but ne semble pas en redondance avec la matérialité exigée. Il paraît alors retrouver une certaine utilité relative à la précision de la matérialité requise ; mais c'est alors le détour par la notion de but qui prête à confusion et qui devrait être remplacé par un terme se rapportant à l'aptitude causale. L'analyse des infractions à but spécial révèle tantôt l'inutilité de cette mention expresse en redondance avec la matérialité requise (a), tantôt l'inutilité du détour par la notion de but pour préciser la matérialité requise (b).

a) L'inutilité des buts en redondance avec la matérialité requise

210. Une concordance souvent implicite entre le but et la matérialité requise.

Lorsqu'un texte exige expressément la caractérisation d'un but, il est bien souvent induit par la matérialité requise. Ce sont les actes décrits qui tendent nécessairement vers le résultat non requis, de sorte que si la présomption de volonté des actes n'est pas renversée, le dol général est acquis. Il en allait déjà, ainsi, de l'ancienne incrimination de la propagande anticonceptionnelle que les commentateurs voyaient comme assortie d'un mobile ou d'un

⁸¹¹ Pour la démonstration de la nécessaire réduction du dol spécial aux hypothèses où le but poursuivi n'est pas requis en tant que résultat, Cf. *supra* n° 156.

⁸¹² Pour des illustrations, Cf. *infra* n° 0.

« *but de propagande anticonceptionnelle* »⁸¹³, tout comme la propagande anarchiste qui été censée exiger un but spécial de propagande anarchiste⁸¹⁴, ce qui paraissait bien redondant. Certains reconnaissaient tout de même que les buts requis se rattachaient, en général, aux circonstances matérielles, notamment pour leur preuve⁸¹⁵. Or, on l’a vu, dès qu’une condition se déduit d’une autre condition substantielle, c’est que la première n’a pas de réelle autonomie. En sorte que la faute ne semble pas tant être une condition à part entière sinon la réunion de la caractérisation de la matérialité et de la présomption de volonté des actes.

A titre d’illustration, de nombreuses qualifications exigent que les faits soient accomplis « *en vue de nuire à la défense nationale* » alors que le fait de provoquer des militaires français à désobéir⁸¹⁶ ou à servir une autre puissance⁸¹⁷, d’entraver le fonctionnement normal du matériel⁸¹⁸ ou des services militaires⁸¹⁹ ou de démoraliser l’armée⁸²⁰ implique nécessairement cette volonté. Il en va de même de la répression du fait, par ceux qui concourent à une procédure criminelle, de falsifier ou altérer des éléments de preuve « *en vue de faire obstacle à la manifestation de la vérité* »⁸²¹ alors que cette modification fait déjà obstacle à la vérité.

On pourrait multiplier les exemples en évoquant aussi l’infidélité des comptes sociaux « *en vue de dissimuler la véritable situation de la société* »⁸²², censée être porteuse de dol spécial alors que l’infidélité dissimule nécessairement la situation. Ainsi, la volonté de faire des comptes infidèles emporte immanquablement celle de dissimuler la situation véritable. Peu importe qu’il y ait un but de soustraction à la fiscalité car il implique *a fortiori* celui de « *dissimuler* ». Le dol spécial n’a aucun intérêt non plus dans l’abus de biens sociaux où la poursuite d’un « *intérêt personnel* »⁸²³ est conçue de manière à ce point large qu’elle est toujours caractérisée⁸²⁴.

Une concordance devenue explicite entre le but et la matérialité requise. De nombreux textes récents ont pris acte de l’impossibilité pratique d’exiger un but non relayé par la matérialité de l’infraction. En témoigne, l’intégration fréquente de la formule « *caractérisé*

⁸¹³ Voir notamment CHAZAL J., *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, Th. Lyon, 1929, p. 99.

⁸¹⁴ Voir en ce sens BOUZAT P. et PINATEL P., *Droit pénal général, t.1*, Dalloz, 2^{ème} éd. 1970, n° 174.

⁸¹⁵ *Ibid.* p. 70 et s.

⁸¹⁶ C. pén., art. 413-3.

⁸¹⁷ C. pén., art. 413-1.

⁸¹⁸ C. pén., art. 413-2.

⁸¹⁹ C. pén., art. 413-6.

⁸²⁰ C. pén., art. 413-4.

⁸²¹ C. pén., art. 434-4.

⁸²² C. com., art. L. 241-3 (3°).

⁸²³ C. com., art. L. 241-3 (4°).

⁸²⁴ Voir particulièrement Crim., 1^{er} mars 2000, RSC 2000. 839, obs. RENUCCI J.-F. ; 9 juill. 1998, D. 1999, somm. 159, obs. SEGONDS M.

par » qui implique expressément la concordance entre la matérialité et la volonté qui la sous-tend. Sont ainsi qualifiés de terroristes, certaines infractions « *en relation avec une entreprise ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par la terreur ou l'intimidation* »⁸²⁵, ainsi que le fait de participer à « *toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes terroristes ...* »⁸²⁶ comme celui d'introduire des poisons dans l'atmosphère, le sol, les eaux ou les aliments⁸²⁷, qui semble, en lui-même, caractériser l'intimidation ou la terreur. De la même manière, la loi du 5 mars 2007⁸²⁸ définit l'embuscade comme l'attente d'un fonctionnaire ou assimilé « *dans le but, caractérisé par un ou plusieurs faits matériels* » d'exercer sur lui des violences armées⁸²⁹ et incrimine la détention de produits ou de composants, explosifs ou incendiaires « *en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, des infractions (...)* »⁸³⁰. La bande organisée est également conçue, à l'instar de l'association de malfaiteurs⁸³¹, comme « *toute entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'une ou plusieurs infractions (...)* »⁸³². La jurisprudence ne s'est pourtant pas contentée de cette précision évidente quant à la caractérisation matérielle du but. Elle détermine, par elle-même, des critères objectifs plus précis, tenant à l'existence d'un réseau relationnel, d'actes préparatoires et d'une organisation structurée⁸³³. A cela s'ajoute l'incrimination, en date du 2 mars 2010, du fait de « *participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou de dégradations de biens* »⁸³⁴. S'agissant de ce que l'on appelle communément le « *mobile racial* »⁸³⁵, parfois qualifié de dol aggravé ou spécial, le législateur a pris soin de préciser que cette « *circonstance aggravante (...) 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 et à la considération de la victime ou d'un groupe de personnes dont fait partie la*

⁸²⁵ C. pén., art. 421-1.

⁸²⁶ C. pén., art. 421-2-1.

⁸²⁷ C. pén., art. 421-2.

⁸²⁸ L. n° 2007-297, art. 44 et 45.

⁸²⁹ C. pén., art. 222-15-1.

⁸³⁰ C. pén., art. 322-11-1.

⁸³¹ C. pén., art. 450-1.

⁸³² C. pén., art. 132-71.

⁸³³ Voir en ce sens VERGES E., « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », AJ pénal 2004, dossier, p. 181-185.

⁸³⁴ Voir C. pén., art 222-14-2 et, pour une critique de la nécessité et de la légalité de l'incrimination de l'appartenance à une bande violente, PARIZOT R., « 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, chron. 2701.

⁸³⁵ C. pén., art. 132-76 al. 1.

victime en raison de leur appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée »⁸³⁶. La précision est identique à celle qui fut employée pour le mobile tenant à l'orientation sexuelle de la victime⁸³⁷. D'autres qualifications sont encore considérées abusivement comme nécessitant la démonstration d'un dol spécial, alors que le dol général, conçu comme l'accomplissement en connaissance de cause de la matérialité infractionnelle quelle qu'elle soit⁸³⁸, est pleinement suffisant. Il en va ainsi du harcèlement moral qui doit avoir pour effet ou pour objet la dégradation des conditions de travail⁸³⁹. Cette aptitude causale de l'acte, expressément formulée, est pourtant considérée par certains interprètes comme un mobile ou un but, constituant l'élément moral du harcèlement⁸⁴⁰. Le fait de chercher à jeter le discrédit sur la justice est également analysé comme un but spécial par d'éminents auteurs⁸⁴¹ alors que le texte précise clairement qu'il se matérialise par des actes effectués « *dans des conditions de nature à porter atteinte à l'autorité de la justice ou à son indépendance* »⁸⁴². En évitant de diviser là où l'on peut et doit unifier, il est en effet possible de réduire, de manière drastique, le champ du dol spécial. N'en relèveraient pas des infractions à but ou à mobile spécial, le génocide défini comme meurtres, entraves aux naissances, transferts forcés d'enfants « *en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe national, ethnique, (...)* »⁸⁴³. C'est encore l'aptitude causale qui est expressément visée et elle ressort, de surcroît, de la gravité des faits mentionnés. Plus précisément, l'un des faits visés est « *la soumission à des conditions d'existence de nature à entraîner la destruction totale ou partielle du groupe* » et qui doit donc être réalisée « *en exécution d'un plan concerté tendant à la destruction totale ou partielle d'un groupe (...)* ». Une telle surabondance terminologique achève de convaincre l'interprète de bien se garder de s'engouffrer dans les maladresses « *légistiques* »⁸⁴⁴. Il n'y a évidemment pas autant d'éléments à caractériser que de formules répétitives qui indiquent simplement qu'un but se caractérise par une matérialité qui le reflète.

⁸³⁶ C. pén., art. 132-76 al. 2.

⁸³⁷ C. pén., art. 132-77 al. 2.

⁸³⁸ Cf. la proposition de simplification de la notion de dol général, *supra* n° 151 et s.

⁸³⁹ Voir C. pén., art. 222-33-2 et C. trav., art. L. 122-49, al. 1.

⁸⁴⁰ Voir en ce sens BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 535 *in fine*. Voir, pour une analyse plus nuancée, MONTEIRO E., « Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail », *RSC* 2003. 283.

⁸⁴¹ Voir notamment MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, T.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 566, p. 750 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 323.

⁸⁴² C. pén., art. 434-25.

⁸⁴³ C. pén., art. 211-1.

⁸⁴⁴ Voir CONTE P., « L'art de légiférer se perd-il ? Réflexion en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », in *Mélanges LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB 2003, p. 307.

211. Le recours doublement inutile à la notion de but. Au delà de certains errements rédactionnels et de la lourdeur des répétitions, le législateur semble réaliser progressivement que la volonté n'est pas une condition indépendante de la matérialité. S'il fallait alléger les textes, c'est la mention du but qu'il faudrait évincer, car il est inutile lorsque l'aptitude causale est dûment précisée. Dans les rares cas où le but requis excède véritablement une matérialité imprécise, il ne pourra, en revanche, être éludé. Ce but dit spécial devra, néanmoins, être compris comme l'exigence d'un acte dirigé vers lui. C'est alors le détour par la notion de but pour préciser une matérialité réduite, voire insuffisante, qui paraît inutilement compliqué, dès lors qu'il revient à exiger une certaine aptitude causale.

b) L'inutile détour par la notion de but pour préciser la matérialité requise

212. La mention d'un but comme précision indirecte de la matérialité requise. Il est vrai qu'il existe des cas où la mention d'un but n'est pas relayée par la matérialité décrite. La dénonciation calomnieuse⁸⁴⁵ illustre bien cette hypothèse puisque la volonté de calomnier, c'est-à-dire d'exposer autrui à des sanctions injustifiées⁸⁴⁶, ne peut être inférée de la seule fausseté de l'accusation⁸⁴⁷. Tout ce qui est faux n'étant pas forcément mensonger⁸⁴⁸, la volonté semble ici plus précise que la matérialité⁸⁴⁹. La jurisprudence ne se contente donc pas du constat de la fausseté du fait dénoncé aux autorités, ni de l'appréciation alternative de son manque de pertinence ou de vraisemblance⁸⁵⁰ qui n'emportent pas la volonté de mentir⁸⁵¹. Aussi, peut-on lire qu'« *il est plus facile de prouver l'existence du dol général qu'en pratique, (...) la jurisprudence se borne à déduire de l'élément matériel, que le dol spécial* »⁸⁵². Il n'échappe, pourtant pas à la jurisprudence que ce dol n'a rien de vraiment spécial. A cet

⁸⁴⁵ Voir C. pén. art. 226-10 et les réflexions de LOCHAK D., « La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ? », in *L'État de droit*, Mél. BRAIBANT G., Dalloz 1997, p. 451 et s.

⁸⁴⁶ Ce dol spécial se déduirait implicitement de la volonté de mentir, Voir CECCALDI S., « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », *RSC* 2010. 587, spéc. p. 597.

⁸⁴⁷ Les juges du fond doivent, à ce titre, motiver leur décision au regard de l'existence de la mauvaise foi chez le dénonciateur, Voir en ce sens Crim., 11 mars 2008, n° 06-86503.

⁸⁴⁸ Voir en ce sens MAYAUD Y., obs. ss Crim., 7 juin 2005, n° 03-86.640, *RSC* 2005. 849 ; reprenant cette analyse FOURMENT F., « *Dénonciation calomnieuse* », *Rép. pén.* Dalloz, juin 2011, n° 61.

⁸⁴⁹ Voir, pour le même constat sans qu'il en soit déduit pour autant qu'il s'agit d'un dol spécial, FOURMENT F., « *Dénonciation calomnieuse* », *op.cit.*, *loc. cit.*

⁸⁵⁰ Voir, pour cette alternative, C. pén. art. 226-10, al. 2 et 3.

⁸⁵¹ Voir cependant MAYAUD Y., « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », *AJ pénal* 2008. 111, spéc. p. 115, où l'auteur considère que l'audace qui préside à la dénonciation calomnieuse en fait toujours une dénonciation téméraire. L'inverse ne se vérifie pas selon la jurisprudence qui ne se contente pas de la témérité ni de l'invraisemblance, Voir en ce sens Crim., 25 avril 2006, (*Crusilleau-Carchereux*), n° 05-81469, *Lexisnexis*.

⁸⁵² HERZOG-EVANS M., *Droit pénal général*, Vuibert, coll. *Dyna'sup droit*, 2^{ème} éd. 2009, n° 274.

égard, si nombre d'auteurs estiment que l'intégration des mobiles ou des buts est une manière pour le législateur de mieux finaliser son objectif de prévention et de restreindre la répression⁸⁵³, certains dénoncent comme contraire à la légalité, la tendance jurisprudentielle à présumer ces derniers⁸⁵⁴. Les nécessités probatoires commandent, cependant, la présomption du but, quel qu'il soit, à partir de considérations matérielles. Ainsi, pour établir l'intention calomnieuse, la jurisprudence utilise, un faisceau d'indices matériels, tels que l'invention ou la dénaturation des faits, leur présentation tendancieuse ou exagérée, le style péremptoire, les affirmations excessives ou gratuites⁸⁵⁵, ou encore l'énormité de la qualification proposée compte tenu de la qualité de l'auteur⁸⁵⁶ et, parfois de manière plus critiquable, le contexte conflictuel qui oppose l'auteur et la victime⁸⁵⁷. Au fond, la mention d'une conscience de l'inexactitude de la dénonciation revient à l'exigence de circonstances matérielles qui l'induisent. Partant, le texte aurait gagné en clarté à exiger une dénonciation « **dans des circonstances de nature à établir son caractère mensonger** » ou la conscience d'exposer autrui à des sanctions injustifiées. De cette manière, le recours à la notion de dol spécial serait inutile.

Parmi les exemples de buts distincts de l'acte, il en est de plus explicite. On peut citer, à cet égard, l'incrimination, en date du 2 mars 2010, de l'entrée ou du maintien sans autorisation dans une école « *dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement* »⁸⁵⁸. Dans ce cas, l'expression de but n'est qu'une formule de style puisque ce sont les particularités de l'acte et des circonstances de réalisation qui permettront de le caractériser.

⁸⁵³ Voir notamment PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 173 ; MAYAUD Y., préc., loc. cit.

⁸⁵⁴ Voir en ce sens BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaider pour une nouvelle théorie de la culpabilité », op. cit., p. 532 ; PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 175.

⁸⁵⁵ Voir, pour des illustrations jurisprudentielles de ces différentes déductions, CECCALDI S., « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », préc. p. 589 et s.

⁸⁵⁶ La qualité ou la profession de l'auteur de la dénonciation permet de présumer la connaissance de la fausseté des faits dénoncés, Voir en ce sens Crim., 26 mai 2010, n° 10-80.392, D. 2010. AJ. 1630, où la Cour considère que « *compte tenu de la nature de ses fonctions, le prévenu ne pouvait pas ne pas avoir connaissance du caractère inexact et erroné des faits dénoncés* ». Voir aussi, pour un ancien inspecteur de police qui dépose plainte pour outrage envers un dépositaire de l'autorité publique alors qu'il n'a plus cette qualité, Crim., 20 juin 2006 (*Raymond X*), n° 05-85702, Lexisnexis ; et, pour un avocat qui ne peut ignorer que la concussion qu'il dénonce ne correspond pas aux faits, Crim. 25 sept 2007 (*Alain X*), n° 06-88.099, Lexisnexis.

⁸⁵⁷ Voir notamment Crim., 14 juin 2000, n° 00-80149 ; DOUAI, 6^{ème} ch., 22 juin 2006, JCP 2006. IV. 3529 ; RENNES, 17 févr. 2000, JCP 2000. IV. 2341 ; où il est fait mention du contexte d'animosité mais parmi d'autres éléments qui paraissent suffisants à établir la conscience du mensonge. Ainsi, les juges ne se fondent pas exclusivement sur un mobile hypothétique de vengeance impropre à caractériser précisément la volonté de calomnier. Pour une critique plus générale de l'intégration des mobiles à l'infraction, Cf. *supra* n° 112.

⁸⁵⁸ C. pén., art. 431-22 (L. n° 2010-201, art. 13) : « *Le fait de pénétrer ou de se maintenir dans l'enceinte d'un établissement d'enseignement scolaire sans y être habilité en vertu de dispositions législatives ou réglementaires ou y avoir été autorisé par les autorités compétentes, dans le but de troubler la tranquillité ou le bon ordre de l'établissement, est puni d'un an d'emprisonnement et de 7 500 € d'amende* ».

L'incrimination du harcèlement « *dans le but d'obtenir des faveurs de nature sexuelle* »⁸⁵⁹ revient, pareillement, à exiger une aptitude causale particulière des actes⁸⁶⁰. De sorte que, **par les termes « pour », « en vue de » ou « dans le but », il faut entendre « de manière à », « tendant à » ou « ayant pour objet ou pour effet de »**. Ces expressions semblent largement interchangeables. Il en va de même du maintien d'un jeune enfant dans un espace affecté au transport collectif « *dans le but de solliciter la générosité des passants* »⁸⁶¹, du prélèvement de cellules « *dans le but de faire naître un enfant génétiquement identique à une autre personne* »⁸⁶² et de l'enregistrement de l'image à caractère pornographique d'un mineur « *en vue de sa diffusion* »⁸⁶³. Ces textes, comme beaucoup d'autres⁸⁶⁴, pourraient tout à fait contenir l'expression « *de manière à* », alors qu'elle n'est pas, en principe, interprétée comme reflétant le dol spécial. Cela montre à quel point il faut se garder d'interpréter à la lettre une terminologie législative des plus approximatives. GARRAUD déplorait déjà, voilà près d'un siècle, la tendance des tribunaux à éluder le but en le remplaçant par des critères matériels⁸⁶⁵. Force est de reconnaître que cette tendance est inexorable. C'est parce qu'il leur incombe de caractériser les conditions de l'infraction que les juges ont compris plus vite que la doctrine du siècle dernier⁸⁶⁶, que le but n'en était pas une condition autonome. Ces hypothèses se rapprochent, en un sens, de la tentative dont l'élément moral se caractérise par l'accomplissement d'un acte qui tend vers un résultat non obtenu⁸⁶⁷. Alors que l'on croyait voir dans le dol spécial une précision de l'état d'esprit, il est plutôt question d'infractions à matérialité réduite, dites préventives, dont l'aptitude causale est, alors, quelque peu précisée.

213. L'absence d'effet du motif légitime sur des composantes de la responsabilité dépourvues de jugement de valeur. Ce n'est jamais l'état d'esprit pris isolément qui permet de distinguer des qualifications, mais l'aptitude causale de l'acte incriminé. C'est dire avec un auteur que le dol est tantôt présumé, lorsqu'il se déduit de la

⁸⁵⁹ C. pén., art. 222-33.

⁸⁶⁰ Voir, pour une critique acerbe de la mouture du texte et de ses imprécisions, CONTE P., « Une fleur de légistique ou le crime en bouton », *JCP* 2002, n° 30, act. 320.

⁸⁶¹ C. pén., art. 227-15 al. 2.

⁸⁶² C. pén., art. 511-1.

⁸⁶³ C. pén., art. 227-23.

⁸⁶⁴ Voir notamment C. pén., art. 434-4 et s. (obstacle aux procédures judiciaires) ; 435-2 et s. (corruption) ; 227-12 (provocation à l'abandon d'enfant) ; 322-14 ; 314-7 (organisation frauduleuse d'insolvabilité) ; 224-4 (séquestration/rançon).

⁸⁶⁵ Voir en ce sens CHAZAL J., *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, op. cit., p. 130.

⁸⁶⁶ Voir notamment LABORDE-LACOSTE, *Le but de l'agent, élément constitutif de l'infraction dans la législation, la doctrine et la jurisprudence française*, op. cit., loc. cit. ; DELTEL G., *De la considération du but comme élément de la responsabilité*, op. cit. ; BONNET L., *Le but élément constitutif du délit, spécialement dans les lois nouvelles*, op. cit.

⁸⁶⁷ En l'absence d'interruption spontanée, Cf. *supra* n° 195.

matérialité requise, tantôt impliqué par les circonstances de faits⁸⁶⁸. Dans ce dernier cas, la mention d'une volonté déterminée n'est utile, que pour préciser l'aptitude causale de l'acte. C'est alors ce détour qui semble bien alambiqué. **En tout état de cause, le motif légitime ne peut avoir d'effet sur la réalisation matérielle de l'infraction qui ne nécessite aucun jugement de valeur**, mais un simple constat. Les circonstances non décrites restent totalement étrangères à la concordance des faits à l'incrimination. L'infraction doit être réduite à l'objet du jugement social formulé par la loi et s'imposant au juge lui-même. Pour qu'il puisse être question de justification, il faut, au demeurant, qu'il y ait une lésion matérielle à légitimer. **Il ne saurait être question de lésion morale car les considérations tenant à l'auteur sont insusceptibles de jugement de valeur**. Elles relèvent, par conséquent, de l'appréciation de la réalité de l'aptitude d'un agent à répondre pénalement de ses actes. **Les jugements de valeur et de réalité sont, pourtant, souvent confondus, à tel point que l'on finit par considérer que l'appréciation de la nocuité sociale d'un acte peut être infléchie par la démonstration de l'impossibilité pour l'auteur de l'éviter**. Il convient de démontrer avec force que le motif légitime, en tant que circonstance justificative, n'a aucun effet sur la présomption d'imputabilité à l'auteur qui doit être clairement distinguée de la présomption d'illicéité de l'acte.

Section 2 : L'absence d'effet sur la présomption subjective d'imputabilité

214. La culpabilité indissociable de la présomption d'imputabilité. On perçoit mal l'intérêt de concevoir une volonté infractionnelle qui ne procéderait pas d'un choix libre et éclairé. Une telle volonté, dépourvue de ses qualités essentielles et, partant, de toute valeur, ne se distinguerait pas de celle du chien qui veut mordre et ne saurait intéresser le droit pénal. La distinction artificielle de l'existence de la volonté et de sa valeur, initiée par CUCHE, avait pour seul intérêt de déterminer la qualification pénale avant de se pencher sur son imputation à l'auteur⁸⁶⁹. Or, il a été démontré que l'aptitude causale de l'acte remplissait pleinement cet office. Depuis le célèbre arrêt *Laboube*⁸⁷⁰, l'imputabilité est, par ailleurs, définie comme la

⁸⁶⁸ PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 100 et s.,

⁸⁶⁹ Voir CUCHE P., *Précis de droit criminel*, 1, Dalloz, 1925.

⁸⁷⁰ Voir Crim., 13 déc. 1956, in PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, 7^{ème} éd. Dalloz, 2009, n° 43.

capacité de vouloir et de comprendre l'infraction⁸⁷¹. Cette définition témoigne de ce que la culpabilité résulte de l'accomplissement de l'infraction en connaissance de cause. C'est ainsi que « *l'imputabilité, entendue comme le discernement et le libre arbitre (les moteurs de la volonté), précède la culpabilité et s'ajoute à elle pour former la responsabilité* »⁸⁷². La volonté se manifeste par un choix de comportement et pour choisir, il faut, en effet, être libre et distinguer clairement les différentes options. C'est dire avec un auteur que « *l'intention, autrement appelée dol général, peut être définie comme la volonté tendue vers la consommation de l'infraction, son résultat juridique ; la volonté s'entendant de ce que l'auteur des faits n'a agi ni sous la contrainte ni en état de démence, bref qu'il a agi en homme libre et doué de discernement* »⁸⁷³. Cette définition négative de la culpabilité témoigne de ce qu'elle est bien l'objet d'une présomption, en tant que manifestation extérieure d'une volonté libre et éclairée. Ainsi, les conditions d'imputabilité sont toujours présumées⁸⁷⁴, comme la culpabilité qui en résulte. Les critiques formulées à l'encontre des présomptions de fautes⁸⁷⁵ ne font que révéler la confusion qui règne entre l'objet du reproche et ses modalités d'attribution.

215. La dictinction entre normalité et légitimité. Il convient, en outre, de se garder de confondre les modalités d'attribution du reproche avec sa raison d'être. La réalisation de l'infraction objet de la réprobation sociale engage des présomptions distinctes d'illicéité matérielle et d'imputation morale⁸⁷⁶, en sorte que leur contestation procède de jugements de valeur et de réalité, également distincts. L'appréciation de la normalité de l'acte permet seulement d'établir que l'auteur n'a pas été en mesure d'éviter l'acte qui demeure illicite. Cette distinction permet de départir les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité, dont les conditions et les effets ont tendance à se conjuguer.

⁸⁷¹ Capacité à se voir imputer l'infraction que l'on peut distinguer de la capacité à comprendre la peine ou à en « profiter ». Voir, pour la notion de capacité pénale, MARGAINE C., *La capacité pénale*, Th. Bordeaux, 2011 ; SAINT-PAU J.-C., « La capacité pénale de l'enfant », *Champs libres* n° 6, p. 87 et s.

⁸⁷² PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », art. préc., p. 95 et s., spéc. p. 96, l'auteur considère néanmoins que « *seule la culpabilité désigne la faute* ». Voir dans le même sens SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000.

⁸⁷³ FOURMENT F., « Dénonciation calomnieuse », *Rép. pén.*, Dalloz, juin 2011, n° 59.

⁸⁷⁴ Voir JOURDAIN P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Th. Paris II, 1982, n° 14 et 121 ; dans le même sens ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 166.

⁸⁷⁵ Voir pour ces critiques MOUYSET O., *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. Crim.*, T. XLIII, 2008, n° 350, TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009.

⁸⁷⁶ Car les actes incriminés correspondent à des faits humains qui sont, par principe, volontaires.

216. L'inadéquation entre légitimité et non-imputabilité. On ne peut reprocher des faits réputés illicites qu'à celui qui les a compris et voulus. Même les auteurs qui adoptent une conception unitaire de l'infraction, synonyme de responsabilité, ont tendance à rattacher la faute morale à l'imputabilité de l'acte par opposition à son illicéité⁸⁷⁷. La justification de l'acte parait, alors, n'avoir aucun effet sur son imputabilité et réciproquement, les causes de non-imputabilité n'interfèrent pas dans le mécanisme justificatif. La légitimité relève d'un jugement de valeur sur un comportement replacé dans ses circonstances de réalisation, alors que l'imputabilité relève d'un jugement de réalité sur la manifestation effective d'une volonté libre et éclairée. Procédant de registres distincts, ces deux raisonnements ne sauraient se rejoindre ni, à plus forte raison, influencer l'un sur l'autre. **La présomption de manifestation d'une volonté libre et éclairée ne peut être combattue que par le constat de circonstances faisant obstacle aux facultés de jouissance ou d'exercice du libre arbitre.** Il s'agira notamment des circonstances contraignantes ou trompeuses qui ne préjugent aucunement de la légitimité de l'acte, tant leur constat est insusceptible d'infléchir l'appréciation de sa nocuité objective. **L'objet du reproche persiste car il pourra être adressé à d'autres auteurs ou participants⁸⁷⁸, mais il ne pourra être imputé à celui qui ne pouvait l'éviter.** Si, au contraire, les circonstances sont à même d'avoir une influence sur l'appréciation de l'utilité sociale du comportement pour le rendre objectivement légitime, la question de l'imputation est alors vidée de son objet. Aussi, la question du rattachement moral d'un acte à un auteur ne se pose-t-elle que si l'acte a été jugé contraire aux valeurs sociales. En effet, lorsque rien ne permet de renverser la présomption d'illicéité de l'acte, la question de l'imputabilité peut être posée. Lorsqu'au contraire, l'acte est légitimé par les circonstances, il n'y a plus rien à imputer, un reproche dépourvu d'objet ne pouvant être adressé. Il convient, alors, de se garder de confondre les circonstances affectant l'exercice de la volonté avec les circonstances légitimant l'acte. C'est bien en dehors de toute appréciation de la légitimité de l'acte que des circonstances trompeuses ou contraignantes peuvent renverser la présomption d'imputabilité, alors qu'en présence d'un jugement de valeur positif sur la légitimité des circonstances, la question de l'imputabilité devient parfaitement indifférente. Ainsi, non seulement le défaut de volonté est insusceptible de légitimer l'acte (§1), mais la volonté de servir l'intérêt social est également insusceptible de légitimer l'acte (§2).

⁸⁷⁷ Voir particulièrement STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009.

⁸⁷⁸ Cf. *infra* n° 302.

§1: Le défaut de volonté insusceptible de légitimer l'acte

217. L'absence d'effet justificatif des causes de non-imputabilité. Sans capacité de jouissance du libre arbitre, on ne peut évidemment l'exercer. Les causes d'abolition, d'altération, ou de développement insuffisant des facultés de discernement⁸⁷⁹ apparaissent, à ce titre, au premier plan des causes de non-imputabilité. Elles s'apparentent, en un sens, à des circonstances irrésistibles. A cet égard, il est parfois considéré que l'irresponsabilité subjective résulte d'une « *inaptitude à résister* » ou d'une « *inaptitude à se maîtriser* »⁸⁸⁰. Dans une perspective de différenciation avec les causes d'irresponsabilité objective, s'impose en premier lieu la distinction des incapacités de jouissance et d'exercice du libre arbitre. Seules les secondes ont tendance à être confondues avec les causes de justification. L'explication tient sans doute au fait que l'on ne prête pas au standard moyen les déficiences psychiques de l'auteur de l'infraction. Si la minorité ou le trouble psychique sont des circonstances objectives de fait, leur lien subjectif avec la personne de l'agent ne prête pas à discussion. Les causes d'incapacité d'exercice du libre arbitre s'apprécient, en revanche, par une comparaison au standard de comportement. La manifestation d'une volonté libre et éclairée peut, alors, être affectée dans sa double dimension, respectivement par la contrainte ou l'erreur. Cette faculté d'exercice de la volonté ne pouvant se vérifier que par l'étude des faits, ce sont eux qui permettront réciproquement d'établir son entrave. Si la volonté se déduit des faits c'est d'abord parce qu'elle est insondable, mais ensuite et surtout parce qu'elle leur correspond en principe. Néanmoins, l'analyse de la volonté par le truchement du comportement moyen au vu des circonstances ne doit pas prêter à confusion car elle renseigne avant tout sur l'état d'esprit. Il s'agit seulement de savoir si l'atteinte décrite est évitable ou non pour une personne moyenne, donc si elle est normale bien qu'illicite. La réponse ne saurait être de nature à remettre en cause le jugement de valeur social sur l'acte. Par conséquent, aucune justification de l'acte ne saurait résulter de l'appréciation de la réalité des circonstances contraignantes (A) ou trompeuses (B).

⁸⁷⁹ Voir respectivement C. pén., art. 122-1 al. 1, 122-1 al. 2, 122-8.

⁸⁸⁰ PIN X., « L'irresponsabilité pénale (Réflexion sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinium doctorum*, Dalloz 2009, p. 51 et s., spéc. p. 55.

A) L'absence de justification par les circonstances contraignantes

218. Rejet de l'amalgame direct ou indirect des circonstances contraignantes et légitimes. Il ressort clairement de la lettre de la loi que la contrainte affecte l'aptitude de résistance de l'auteur et ne saurait modifier l'appréciation de son acte⁸⁸¹. Il est davantage question de liberté de choix que d'utilité sociale. Il règne, toutefois, une grande confusion en la matière. **Selon sa nature morale ou physique, la contrainte s'opposerait soit à l'acte, soit au lien causal, soit à la faute morale, soit à l'illicéité de l'acte**⁸⁸². Cette inouïe complexité témoigne de ce que les conditions de la responsabilité sont très insuffisamment cernées. Il conviendrait de leur redonner du sens au lieu de multiplier les clivages techniques pour chaque hypothèse. En matière de contrainte physique, un premier rapprochement indirect avec la justification a consisté à la considérer, de la même manière, comme un obstacle à la matérialité infractionnelle. On a déjà pu contester l'analyse en matière de justification, puisque la matérialité se contente d'être constatée sans qu'aucune appréciation ne soit nécessaire⁸⁸³. En matière de contrainte morale, un amalgame beaucoup plus marqué et récurrent consiste tantôt à lui accorder un effet *in rem*, tantôt à accorder à la justification, prise pour une contrainte, un effet *in personam*. Ainsi, au rejet de l'assimilation de la contrainte physique à la non-constitution de l'infraction (1) succédera le rejet de l'amalgame entre circonstances moralement contraignantes et légitimes (2).

1) Le rejet de l'assimilation de la contrainte physique à l'absence d'infraction

219. Le rejet de la contrainte physique comme obstacle au comportement. Une posture proche des conceptions classiques et naturalistes, envisage le comportement de manière restrictive comme « *la manifestation à l'extérieur d'une volonté humaine* »⁸⁸⁴. De ce point de vue, la contrainte se présente comme un obstacle à la reconnaissance d'un véritable comportement⁸⁸⁵, ce qui présente l'inconvénient majeur de scinder l'imputabilité puisque le

⁸⁸¹ L'article 122-2 du Code pénal dispose que n'est pas responsable la personne qui a agi sous l'empire d'une « *contrainte à laquelle elle n'a pu résister* ».

⁸⁸² Cf. *infra* n° 218 et n°221.

⁸⁸³ Cf. *supra* n° 174 et s.

⁸⁸⁴ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. des thèses, n° 39, 2010, n° 499.

⁸⁸⁵ *Ibid.*, n° 504.

discernement ne serait pas requis au titre de l'action⁸⁸⁶. S'il ne fait guère de doute que la loi incrimine des comportements humains qui sont, à ce titre, présumés volontaires cela ne signifie pas qu'il faille le vérifier d'emblée. Il semble suffire, au stade de la caractérisation du comportement, que l'acte laisse présumer de son imputabilité. L'essentiel réside à n'en pas douter dans sa correspondance objective avec l'atteinte décrite⁸⁸⁷. Tout questionnement extérieur à la typicité et à l'illicéité d'un acte peut être considéré comme relevant non plus de l'objet du reproche, ni de sa raison d'être mais de son attribution à l'auteur. Il s'agit, alors, de vérifier si l'acte prohibé est bien la manifestation extérieure d'une volonté libre et éclairée⁸⁸⁸. Au demeurant, dès lors que l'on s'intéresse à la valeur de la volonté au travers de la liberté qu'elle suppose, on voit mal à la faveur de quelles considérations on parviendrait à en exclure le discernement. Si ces deux indissociables caractères de la volonté ne peuvent être réunis à l'endroit de la typicité, au risque de ne plus pouvoir considérer comme fait principal punissable des atteintes à l'ordre social provoquées ou inconscientes⁸⁸⁹, il faut alors se résoudre à les reléguer à l'extérieur de l'appréciation objective du comportement. Enfin, certaines incriminations font, exceptionnellement, mention d'une possibilité d'action, ce qui achève de convaincre du fait que la liberté de mouvement n'est pas par principe requise à titre préalable pour la constitution de la matérialité infractionnelle⁸⁹⁰.

Sans adopter cette conception marginale de la volonté en tant qu'attribut nécessaire de l'acte, d'autres auteurs s'inspirant du droit civil, considèrent que la contrainte physique pourrait tout de même faire obstacle à la matérialité des infractions d'imprudence en particulier⁸⁹¹. En effet, l'irrésistibilité qui est le critère essentiel de la force contraignante, au plan pénal comme civil⁸⁹², procède d'une appréciation *in abstracto* dite « circonstancielle »⁸⁹³, partant sa

⁸⁸⁶ Voir en ce sens VON LISZT F., *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17^{ème} éd. allemande (1908) par LOBSTEIN R., Paris, GIARD V. et BRIERE E., 1911, t. I, p. 243-244. L'auteur affirme clairement que la volonté requise pour la constitution du comportement « n'a rien de commun avec le 'libre arbitre' ».

⁸⁸⁷ Cf., l'approche exclusivement objective de la typicité, *supra* n° 184.

⁸⁸⁸ Cf., la démonstration du caractère indissociable de la volonté et de ses attributs essentiels que son le discernement et la liberté, *supra* n° 186, n° 214.

⁸⁸⁹ Faute de pouvoir appliquer les règles de la complicité, il faudrait encore avoir recours à l'ancienne théorie de l'instrument passif aux mains d'un auteur juridique, c'est-à-dire d'un auteur moral assimilé par une interprétation extensive à l'auteur matériel.

⁸⁹⁰ Voir en particulier le non-obstacle à infraction contre l'intégrité corporelle et la non-assistance à personne en danger (C. pén. art. 223-6 al. 1 et 2) qui requièrent expressément un pouvoir d'agir préalable à l'abstention. Voir en ce sens Hte C. just., comm. instr., 5 fév. 1993, *D.* 1993, *jurispr.* p. 231, note PRADEL J., où la Haute Cour rappelle que l'abstention est constituée « au moment où l'intervention est possible ». Il en va de même du délit d'abandon pécuniaire de famille (C. pén. art. 227-3) qui est interprété dans le silence du texte comme non constituée en cas d'« impossibilité absolue de payer ». Voir en ce sens Crim., 5 nov. 1977, *Bull. crim.*, n° 312 ; Voir, pour des arrêts plus récents, Crim. 26 fév. 1992, *Bull. crim.*, n° 88 ; 7 janv. 2004, *Bull. crim.*, n° 5.

⁸⁹¹ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 71.

⁸⁹² Voir, pour une assimilation de la contrainte physique à la force majeure, *ibid.*, n° 58 et s.

démonstration emporte celle de l'absence d'écart de conduite de l'agent par rapport au standard moyen replacé dans les mêmes circonstances. L'analyse est séduisante, qui rejoint celle des auteurs civilistes envisageant la force majeure comme une absence de faute⁸⁹⁴. La faute dite « objective » se définit, en responsabilité civile délictuelle, comme un simple écart de conduite au regard du standard de référence⁸⁹⁵ et correspondrait à la dimension matérielle de l'imprudence pénale, à tel point que l'on peut lire qu' « une faute est une faute et l'on a toujours du mal à comprendre qu'une imprudence puisse être différente au civil et au pénal »⁸⁹⁶. C'est pourtant oublier que l'irréductible singularité du droit pénal se situe précisément dans l'exigence de typicité du fait générateur de responsabilité⁸⁹⁷. Ainsi, au-delà de l'exigence d'un résultat dommageable distinct, le comportement imprudent est invariablement décrit comme un acte qui recèle la probabilité du résultat redouté⁸⁹⁸, ce qui reste acquis quelque soit la cause d'une telle conduite⁸⁹⁹. Toute autre considération n'a pour objet que de renverser la présomption d'imputabilité de l'acte infractionnel⁹⁰⁰. La force majeure a, d'ailleurs, pu être présentée comme une cause de non-imputabilité à l'agent par une doctrine civiliste particulièrement autorisée⁹⁰¹. Les diligences normales sont, en tout état de cause, traitées dans la partie générale du Code pénal, afférente aux conditions de la responsabilité, au sein de l'article 121-3 ayant trait à l'état d'esprit de l'agent et non à la matérialité infractionnelle qui dépend de chaque incrimination⁹⁰². L'accomplissement des diligences normales compte tenu des circonstances est impropre à remettre en cause le

⁸⁹³ SAINT-PAU J.-C., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1146 à 1155, « Droit à réparation – Exonération de la responsabilité contractuelle – Inexécution imputable à une cause étrangère », fasc. 11-30 (2004), n° 10.

⁸⁹⁴ Voir notamment SAINT-PAU J.-C., préc., n° 42 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations*, T. 2, *Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis, 2^{ème} éd. 2010, p.183 ; Voir aussi BLOCH L., *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, Th. Bordeaux IV, 2003, n° 240 et s., où la force majeure n'est pas conçue comme une cause d'exonération *stricto sensu*, en matière de responsabilité du fait personnel, précisément parce qu'elle s'oppose à la constitution de la responsabilité, en démontrant l'absence de faute.

⁸⁹⁵ Voir notamment TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Les obligations*, Dalloz, 10^{ème} éd. 2009, n° 728. FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations-Le fait juridique*, t. 2, A. Colin, 12^{ème} éd. 2007, n° 98 et s. ; VINEY G., JOURDAIN P., *Traité de droit civile-Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2006, n° 450 et s. BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, n° 293 et s. ; LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2012-2013, n° 6705 et s.

⁸⁹⁶ JOURDAIN P., *Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil*, in *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000*, Colloque du 1^{er} février 2001 organisé par le centre de recherche en droit privé de Paris-I, RSC 2001. 748.

⁸⁹⁷ Cf. la question de la typicité de l'acte, *supra* n° 182.

⁸⁹⁸ Pour la distinction des comportements imprudents et intentionnels en fonction de leur aptitude causale uniquement et sans recours aux différences psychologiques qui résultent de la présomption de libre arbitre, Cf. *supra* n° 198.

⁸⁹⁹ Cf. la conception de la contrainte comme nécessairement extérieure au lien de causalité entre l'acte et le résultat, *infra* n° 220.

⁹⁰⁰ Cf. *supra* n° 200.

⁹⁰¹ JOURDAIN P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Th. Paris-II, 1982, n° 526 et s.

⁹⁰² Pour l'appartenance de cette disposition à l'imputabilité et non à un élément moral, puisque l'absence de diligences normales se déduit par principe de la contrariété à l'intérêt social, Cf. *supra* n° 215.

caractère objectivement injuste de l'acte dans ses deux uniques composantes que sont sa typicité et la présomption d'illicéité qui en découle. Il permet seulement l'appréciation de l'impossibilité, pour une personne moyenne, d'agir autrement et, par là même, de lever la présomption de manifestation de la volonté par l'acte.

Toute autre approche conduit à considérer l'ensemble des causes d'irresponsabilité, à l'exclusion de l'abolition du discernement, comme faisant obstacle à la matérialité infractionnelle en matière d'imprudence. Ce qui est inouï car, en matière intentionnelle, elles sont rattachées tantôt à l'élément légal, tantôt à l'élément moral, tantôt à l'illicéité tantôt à l'imputabilité au gré des conceptions qui ont, du reste, le mérite commun de distinguer les aspects objectifs et subjectifs de la responsabilité. On peut lire, en revanche, que tout ou presque s'oppose à matérialité objective de l'imprudence, de la contrainte aux circonstances justificatives⁹⁰³, en passant par l'erreur invincible⁹⁰⁴. C'est à croire qu'un pan entier de la responsabilité pénale est réduit à l'écart de conduite, comme en responsabilité civile, ce qui n'est pas le témoignage le plus abouti de l'intérêt de la distinction des responsabilités pénale et civile. Enfin, ceux-là mêmes qui analysent la contrainte comme un obstacle au comportement imprudent, la considèrent comme affectant la volonté, quand les mêmes actes sont incriminés en l'absence de résultat. C'est ainsi qu'en cas d'excès de vitesse, le dysfonctionnement du régulateur sera considéré comme obstacle au comportement en cas de dommage ou alors comme obstacle à la seule volonté, s'il s'agit d'une contravention ou du délit d'exposition à un risque⁹⁰⁵. Cette inutile complexité est décuplée par l'analyse en termes de rupture du lien causal.

220. Le rejet de la contrainte physique comme obstacle au lien de causalité. En droit civil, la force majeure n'est pas nécessairement conçue comme un obstacle à la faute car plusieurs causes peuvent se conjuguer pour créer un résultat⁹⁰⁶. Emboîtant le pas à cette analyse majoritaire, certains pénalistes considèrent que la contrainte physique peut, selon l'infraction, affecter tantôt l'élément moral, tantôt la matérialité de l'acte ou le lien de causalité entre le fait générateur et le dommage⁹⁰⁷, ce qui ne va pas sans obscurcir la nature de la contrainte. En matière de causalité, le droit pénal se contente essentiellement de la théorie

⁹⁰³ Pour les tenants de cette approche et sa remise en cause, Cf. *supra* n° 175.

⁹⁰⁴ Voir notamment CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. Sirey Universités, 2004, n° 396 ; Voir aussi ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 21.

⁹⁰⁵ Voir en ce sens ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 76.

⁹⁰⁶ Voir notamment CONTE P., « Responsabilité du fait personnel », *Rép. civ.*, Dalloz, 2002, n° 52 ; ANTONMATTEI P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992, n° 201.

⁹⁰⁷ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 72 et s.

souple de l'équivalence des conditions⁹⁰⁸, axée sur la simple existence du lien causal et non sur son efficience. De ce point de vue, le fait de l'agent et le cas de force majeure postérieur peuvent, tous les deux, être les causes nécessaires, dites encore conditions *sine qua non* du dommage⁹⁰⁹. La théorie de la causalité adéquate permet, en revanche, de discriminer les causes en fonction de leur efficience et, partant, d'exonérer l'auteur d'un fait qui, selon le cours normal des choses, n'aurait pas causé le résultat dommageable⁹¹⁰. La jurisprudence pénale semble, d'ailleurs, faire exceptionnellement application de cette seconde théorie pour corriger les excès de la première. Elle en fait, notamment, application pour relaxer l'automobiliste poursuivi du chef d'homicide non intentionnel, alors qu'il avait occasionné des blessures à une victime décédée, à la suite d'une crise cardiaque, ou en poursuivant les auteurs⁹¹¹ d'une infection nosocomiale contractée à l'hôpital⁹¹². La même solution pourrait, néanmoins, être obtenue, sans recours à la causalité adéquate, par simple application de la loi du 10 juillet 2000, puisque ces auteurs n'ont commis qu'une faute simple, insuffisante en cas de causalité indirecte⁹¹³. Au demeurant, ces espèces auraient pu faire l'objet de poursuite pour violences non intentionnelles en raison des blessures causées avant les décès, ce qui laisse penser qu'il est davantage question de disqualification de l'infraction que de non-constitution de celle-ci, faute de lien causal⁹¹⁴. Il en va de même en matière de violences mortelles et d'homicide intentionnel, la chambre criminelle ayant relaxé de ces deux chefs d'accusation, celui qui avait blessé non mortellement le cou de sa victime avec un couteau, son décès étant consécutif à la défaillance d'un appareil de réanimation⁹¹⁵, alors que de simples violences volontaires pouvaient être retenues. En tout état de cause, ces auteurs n'ont pas « *agi sous l'empire d'une force ou d'une contrainte* » à laquelle ils n'ont pu résister, comme l'exige l'article 122-2 du Code pénal. La contrainte y est décrite de manière univoque comme la cause de l'acte. Elle est, par là même, extérieure au lien causal entre le fait générateur et le

⁹⁰⁸ Voir sur cette théorie CONTE P., préc., n° 128 ; JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, Fasc. 160, « *Droit à réparation – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes* », (2011), n° 13 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 566.

⁹⁰⁹ Pour la démonstration de cette affirmation, Cf. *supra* n° 207.

⁹¹⁰ Voir sur cette théorie CONTE P., *op.cit.*, n° 129 ; JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, préc., n° 14 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 569.

⁹¹¹ Crim., 25 avril 1967, *Bull. crim.*, n° 129.

⁹¹² Crim., 5 oct. 2004, *Bull. crim.*, n° 230.

⁹¹³ Cf. *supra* n° 203.

⁹¹⁴ Voir, pour une opinion plus nuancée selon laquelle la contrainte et l'acte ont bien souvent des effets « *conjugués* », SAINT-PAU J.- C., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1146 à 1155, « *Droit à réparation – Exonération de la responsabilité contractuelle – Inexécution imputable à une cause étrangère* », fasc. 11-30, septembre 2004, n° 42.

⁹¹⁵ Crim., 8 janv. 1991, *D.* 1992, jurispr. p. 115, *note* CROISIER-NERAC R.

résultat dommageable⁹¹⁶. C'est ainsi qu'elle doit être conçue comme un obstacle à la volonté qui est par principe déterminante de l'action. Or, si la contrainte ne peut être envisagée que lorsqu'elle est antérieure à l'acte, on ne peut plus imaginer quel aurait été l'acte, à défaut d'emprise ni, à plus forte raison ce qu'il aurait engendré selon le cours normal des choses. Par conséquent, la détermination d'une causalité adéquate n'est envisageable que lorsqu'il existe un acte distinct d'une force, nécessairement postérieure, afin de pouvoir imaginer ce qu'il aurait engendré sans elle. Aussi ne peut-on pas savoir quelle conduite aurait adopté l'automobiliste sans la plaque de verglas qui le projette contre un tiers⁹¹⁷ à moins de se référer avec beaucoup de prudence à son comportement antérieur. Il semble moins périlleux de considérer simplement qu'un tel comportement n'est plus la manifestation d'une volonté libre.

221. Le rapprochement des formes de contrainte par opposition aux causes de justification. On perçoit mal à la faveur de quel raisonnement, on parviendrait à diviser les formes de contraintes⁹¹⁸ pour les rapprocher, chacune différemment, des causes de justification. Les circonstances physiquement contraignantes ne doivent en aucun cas être rapprochées des circonstances légitimes, sous l'angle de l'obstacle à l'infraction, par un mimétisme inapproprié du droit de la responsabilité civile⁹¹⁹. Il s'agit au contraire de deux modes de renversement de présomption diamétralement opposés. A cet égard, l'amalgame entre les circonstances moralement contraignantes et légitimes doit également être battu en brèche.

2) Le rejet de l'assimilation de la contrainte morale à la justification

222. Le rejet de l'absorption des faits justificatifs par la contrainte morale. Avant la consécration légale de l'état de nécessité en tant que fait justificatif, la jurisprudence tendait à mettre en exergue la contrainte ressentie par l'agent face aux circonstances⁹²⁰. La doctrine a parfois aussi été tentée d'appréhender les circonstances justificatives sous l'angle de la contrainte, conçue comme une circonstance affectant l'exercice de la volonté de

⁹¹⁶ Voir SAINT-PAU J.- C., *op.cit.*

⁹¹⁷ Crim., 18 déc. 1978, *Bull. crim.*, n° 357.

⁹¹⁸ Voir cependant, pour une distinction nuancée des formes de contrainte, MARGAINE C., *La capacité pénale*, Th. Bordeaux IV, 2011.

⁹¹⁹ Pour une critique à cet égard de la responsabilité civile, Cf. *infra* n° 281.

⁹²⁰ Voir en ce sens Colmar, 6 déc. 1957, *D.* 1958. 357 (1^{ère} esp.), note BOUZAT P. ; *S.* 1958. 245 ; *Gaz. Pal.* 1958. II. 202.

l'agent⁹²¹. Tous les faits justificatifs sont, de ce point de vue, considérés comme supprimant la liberté de décision de l'individu qui s'y trouve confronté, une telle altération de la volonté expliquant la justification de l'infraction⁹²². La volonté serait alors entachée d'une contrainte indirecte qui oblige l'agent non pas à *subir* mais à *choisir*. La non-imputabilité résulterait de l'obligation de choisir entre subir un mal et y échapper en commettant une infraction⁹²³. Des auteurs n'ont pas manqué de relever la contradiction dans le principe même d'une contrainte porteuse d'une alternative car « *de deux choses l'une : ou bien l'agent n'a pas pu choisir son comportement, et il s'agit bien de contrainte, ou bien il l'a choisi, et l'infraction n'a pas été commise sous la contrainte* »⁹²⁴. En somme, cette posture obscurcirait la distinction légale entre les circonstances supprimant toute possibilité de choix et celles qui rendent socialement utile l'infraction librement choisie⁹²⁵. En dépit de la proximité des circonstances contraignantes avec les faits justificatifs requérant un péril imminent tel que l'état de nécessité⁹²⁶, la jurisprudence récente réaffirme souvent que ce dernier suppose avant tout une situation de mise en péril d'un intérêt supérieur apprécié objectivement⁹²⁷. Il en ressort que la pression ressentie par l'agent importe peu dès lors que sa réaction présente une utilité sociale. Une telle réaction implique, par ailleurs, nécessité ainsi que proportion et, à ce titre, une certaine maîtrise de soi⁹²⁸. En outre, les faits justificatifs intègrent des hypothèses de protection d'autrui⁹²⁹ où le tiers défenseur ne souffre d'aucune menace⁹³⁰. Enfin, la justification renvoie aussi à des situations totalement incompatibles avec une quelconque contrainte, comme l'autorisation de la loi. Des auteurs relèvent d'ailleurs, non sans une certaine ironie, que l'irrésistibilité ne résulterait pas même d'une injonction légale⁹³¹.

⁹²¹ Voir particulièrement A.-C. DANA, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 144 et s.

⁹²² A.-C. DANA, *op. cit.*, n° 147 et s., spéc. n° 165.

⁹²³ *Contra* AUSSEL J.- M., *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 254, n° 56, où le choix entre le péril et l'infraction est conçu comme attestant d'une liberté de décision.

⁹²⁴ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 171.

⁹²⁵ DONNEDIEU de VABRES H., *op. cit.*, n° 379. Voir aussi LEGAL A., *RSC* 1958. 843; TROUSSE P., « Le mobile justificatif », *Rev. dr. pén. et crim.*, 1962-63, p. 430-434.

⁹²⁶ Voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 172.

⁹²⁷ Voir T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.*, 1995. II. somm. 326 ; et pour des arrêts récents consacrant l'analyse objective de l'état de nécessité, Voir *Crim.*, 9 avril 2008, 07-81502, (*inédit*); *Crim.*, 27 mars 2008, 07-83009(*inédit*); *Crim.*, 31 mai 2007, 06-86.628 (*inédit*).

⁹²⁸ Voir pour cette double exigence ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 110, n° 127, n° 164.

⁹²⁹ Voir pour cet argumentaire MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 452.

⁹³⁰ Voir, pour le non-obstacle à une infraction contre l'intégrité corporelle d'autrui (art. 223-6 C. pén.) : BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 428.

⁹³¹ « *Les délinquants l'illustrent quotidiennement* » CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 283 ; Voir dans le même sens ROUJOU DE BOUBÉE G., *Essai d'une théorie générale de*

223. Le rejet de l'absorption de la contrainte morale par les faits justificatifs.

Un autre courant doctrinal a pu soutenir une conception inverse, selon laquelle la contrainte morale n'annihilerait jamais totalement la liberté de décision puisqu'elle place la personne devant « *un choix, entre, d'une part, la capitulation devant une menace et, d'autre part, la commission de l'infraction* »⁹³². Si celui qui subit une telle contrainte « *conserve toujours une parcelle, infime, de liberté* »⁹³³, elle ne peut alors être considérée comme tout à fait irrésistible⁹³⁴ ; car « *peut-on rencontrer une situation dans laquelle la liberté de l'agent aura été absolument annihilée par la peur ?* »⁹³⁵. Cette conception absolue de la liberté qui la reconnaît encore lorsqu'elle est atrophiée par la peur de la mort, « *invite à abandonner la notion de contrainte morale au profit de l'état de nécessité* »⁹³⁶. Pourtant, la chambre criminelle, somme toute assez sévère en la matière, en exigeant une menace « *assez pressante* » et « *assez directe, pour enlever au prévenu sa liberté d'esprit* »⁹³⁷, reconnaît la possibilité, quoique restreinte, d'une irrésistibilité de la contrainte morale. Par ailleurs, l'article 122-2 du Code pénal ne restreint pas la notion de contrainte à sa dimension physique, sinon au terme de « *force* », connoté matériellement, il n'aurait pas été utile d'ajouter alternativement celui de « *contrainte* ». C'est également la posture d'une doctrine majoritaire qui considère que la contrainte morale affecte la liberté de choix⁹³⁸. Lorsqu'en effet, la mort fait partie de l'alternative qui est laissée entre elle et la commission d'une infraction, il paraît raisonnable d'affirmer que ce choix est purement théorique et radicalement artificiel pour le commun des mortels. Le choix n'existe alors que pour le héros prêt à sacrifier sa vie, mais le bon père de famille qui a, par ailleurs, des responsabilités, ne se met pas en péril

la justification, Ann. Fac. Toulouse, 1982, p. 11 et s., spéc. p. 19 ; HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, Th. Paris XII, 1991, n° 42.

⁹³² ROBERT J.- H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 309 ; Voir aussi BAUDRY H., *La force majeure en droit pénal*, Th. Lyon, 1938, p. 89.

⁹³³ DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 669 ; Voir aussi BAUDRY H., *La force majeure en droit pénal*, *op. cit.*, p. 84 et s.

⁹³⁴ Voir en ce sens JOURDAIN P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, *op. cit.*, n° 550 ; *contra* AUSSEL J.- M., *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, *op. cit.*, n° 30.

⁹³⁵ BAUDRY H., *La force majeure en droit pénal*, *op. cit.*, p. 91.

⁹³⁶ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 87 ; Voir également CARTIER M.- E., *Contrainte et état de nécessité*, Ann. Fac. Toulouse, 1982, p. 27 et s.

⁹³⁷ Crim., 29 déc. 1949, JCP 1950. II. 5614, où la Cour considère que la contrainte n'est pas caractérisée dès lors que l'auteur pouvait prendre la fuite avant l'arrivée des rebelles, alors que cette possibilité n'a aucun effet sur la caractérisation de la légitime défense.

⁹³⁸ Voir en ce sens AUSSEL J.- M., *La contrainte et la nécessité en droit pénal*, *op. cit.*, n° 36 et n° 51 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 623 ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 364 ; Voir aussi DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 671 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 460 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 487 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. 2006, n° 340 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 585.

inconsidérément. Si la jurisprudence pouvait, voilà plus d'un siècle, exiger que le justiciable se conduise en intrépide héros en reprochant un recel de malfaiteurs⁹³⁹ à celui qui avait fourni des subsides à des bandits corses connus pour « *leurs instincts sanguinaires et leurs nombreux méfaits* »⁹⁴⁰, elle semble s'être ravisée un demi siècle plus tard en accordant la relaxe au fermier algérien ayant recélé une bande de rebelles armés qui le menaçaient⁹⁴¹. En outre, il est à déplorer que la discussion reste rivée sur la liberté de choix alors que le départ entre la contrainte et l'état de nécessité tient avant tout à l'utilité sociale de l'acte. Il est vrai qu'à l'époque où l'état de nécessité n'était pas légalement consacré⁹⁴², certaines solutions, apparemment contradictoires, en matière de contrainte morale ne semblaient pouvoir se comprendre qu'en référence à l'utilité sociale de l'acte. Ainsi, la Cour de cassation a maintenu la condamnation pour intelligence avec l'ennemi en temps de guerre de celui qui, pour éviter que trois de ses concitoyens ne soient fusillés par l'armée allemande, avait signalé la présence de soldats français dans un village voisin qui fut alors ravagé⁹⁴³, mais elle a retenu la contrainte morale invoquée par plusieurs auteurs d'infractions contre les biens résultant des injonctions de militaires allemands⁹⁴⁴. Les juges du fond se sont pareillement prononcés en faveur de l'irresponsabilité des israélites et étrangers qui avaient usé de fausses pièces d'identité pour échapper aux déportations de la seconde guerre mondiale⁹⁴⁵. De telles oscillations ont parfois été expliquées par la proportionnalité des infractions commises comparées au péril encouru⁹⁴⁶. On pourrait tout aussi bien considérer que la sévérité accrue dans le cadre de l'intelligence avec l'ennemi est due au fait que les juges exigeaient du bon père de famille, en temps de guerre, un patriotisme sans faille. En tout état de cause, l'état de nécessité et la contrainte morale peuvent coexister dans certaines espèces⁹⁴⁷, tant il est vrai qu'un acte accompli sous la contrainte peut se trouver conforme à l'utilité sociale sans que cela soit exigé. Il est, néanmoins, regrettable que les juges du fond aient eu tendance, à plusieurs reprises sous l'égide du Code pénal ancien, à privilégier la contrainte alors même qu'elle était assez discutable s'agissant d'une menace concernant des tiers, étant observé que

⁹³⁹ C. pén., art. 434-6.

⁹⁴⁰ Crim., 28 déc. 1900, *Dr. pén.* 1901, 1, p. 81, note LEPOITTEVIN G.

⁹⁴¹ Voir Crim., 26 fév. 1959, *D.* 1959, *jurispr.* p. 301.

⁹⁴² Il fut néanmoins consacré assez tôt par la jurisprudence, Voir Crim., 25 juin 1958, *Lesage*, *D.* 1958, *jurispr.* p. 693, note M.R.M.P. ; *JCP* 1959. II. 10941, note LARGUIER J. ; *RSC* 1959, *obs.* LEGAL A.

⁹⁴³ Crim., 20 avril 1934, *Genty*, *S.* 1935, 1, p. 398.

⁹⁴⁴ Crim., 2 déc. 1871, *Dr. pén.* 1871, 1, p. 366 (coupe de bois illégale) ; 29 déc. 1948, *JCP* 1949. II. 4681 (exportation frauduleuse de marchandises).

⁹⁴⁵ Paris, 6 oct. 1944, *D.* 1945, *jurispr.* p. 115 ; 5 janv. 1945, *Gaz. Pal.* 1945. I. 102.

⁹⁴⁶ Voir en ce sens ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 92.

⁹⁴⁷ Voir en ce sens STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 172.

ses propres enfants sont des tiers bien singuliers⁹⁴⁸. Mais, cette posture s'expliquait sans doute encore par l'absence de consécration légale de l'état de nécessité.

En ce qu'ils rendent conforme à l'intérêt social l'acte présumé illicite, les faits justificatifs doivent, en toute logique, primer sur l'absence d'imputabilité. L'objet du reproche ayant disparu, il n'y a plus lieu de s'interroger sur son attribution⁹⁴⁹. Enfin et surtout, il est bien des cas où la contrainte morale sera à même de causer des atteintes injustifiables dans l'absolu. Elle conserve alors un indéniable intérêt pour permettre l'irresponsabilité subjective de celui qui n'a pu y résister, sans pour autant que son acte soit utile socialement. Sinon, cela reviendrait à restreindre de manière drastique les possibilités offertes au justiciable de contester la présomption de libre arbitre et à exiger d'eux une irréaliste omnipotence. Ainsi, l'assimilation de la contrainte morale à l'état de nécessité est constatable à deux égards. D'une part, l'irrésistibilité n'est pas discutable si l'on veut bien se référer au standard moyen et non au héros. D'autre part, l'irréductible singularité des faits justificatifs réside dans l'utilité sociale de la conduite.

224. L'absence de justification de l'acte par les obstacles à la volonté. De la même manière que le justiciable ne peut être présumé omnipotent, il ne peut être présumé omniscient. L'erreur peut être considérée au même titre que la contrainte comme renversant la présomption d'anormalité du comportement et non d'illicéité de celui-ci. A l'instar des circonstances contraignantes, les circonstances trompeuses font, en effet, obstacle à la capacité d'exercice du libre arbitre qui ne procède d'aucun jugement de valeur. Mais la tentation fût la même d'attirer dans le giron des circonstances justificatives, celles provoquant l'erreur de fait que constate un simple jugement de réalité. A la différence de la contrainte, l'erreur n'est pas, en général, reconnue comme une cause de non-imputabilité, ce qui facilite, d'autant, la confusion avec la justification qu'il s'agit pourtant d'éviter.

⁹⁴⁸ Voir en ce sens Dijon, 19 déc. 1985, *Gaz. Pal.* 1985. I. 256, où le bénéfice de la contrainte morale a été accordé aux grands-parents auteurs du délit de non-représentation d'enfant par crainte de voir le père emmener ses enfants dans son pays d'origine. Voir dans le même sens T. corr. Agen, 22 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985. II. 587, où la même solution fut retenue pour la mère qui craignait un éventuel trouble psychologique pour son enfant résultant de l'incarcération du père.

⁹⁴⁹ Cf. le développement de cette analyse, *infra* n° 300.

B) L'absence de justification par les circonstances trompeuses

225. Le rejet de l'amalgame entre circonstances trompeuses et légitimes. La doctrine s'intéresse davantage à la notion d'erreur de fait, généralement rattachée à l'élément moral de l'infraction qu'elle vient confirmer ou éventuellement disqualifier en fonction de la teneur de la faute exigée. Pour autant, il apparaît qu'un régime commun puisse être dégagé en s'attachant plus particulièrement à la cause de l'erreur qui peut résider dans une circonstance objectivement trompeuse. Si l'on veut bien considérer avant tout cette source possible de l'erreur, on s'aperçoit qu'il s'agit d'une cause générale et non plus exceptionnelle d'irresponsabilité pénale. Encore faut-il déterminer sa nature, dans une conception qui s'efforce de distinguer les conditions tenant à l'objet illicite du reproche social, de celles tenant à ses modalités d'attribution. Or, **la circonstance trompeuse ne semble pas affecter la nocuité sociale de la conduite mais bien son rattachement à la personne qui n'a pu apprécier cette nocuité, en raison d'un fait altérant la perception de l'acte.** Dès lors qu'elle lève la présomption de concordance entre l'acte et la volonté, la circonstance trompeuse peut être présentée comme une cause générale de non-imputabilité. On ne saurait reprocher une conduite, toute contraire à l'ordre social qu'elle soit, à celui qui n'a pas pu en avoir une juste compréhension, ni par conséquent une bonne appréciation, sauf à présumer de l'omniscience du justiciable. Les facultés de discernement de l'acte ne peuvent être exercées si les apparences déforment l'acte ou un élément d'appréciation de celui-ci. Pour être opérante une circonstance trompeuse doit alors porter sur un élément substantiel des faits, c'est-à-dire apte à en modifier le jugement de valeur. Par principe, l'erreur devra objectivement altérer la perception de la nature exacte de l'acte même mais, par exception, elle pourra aussi altérer non pas l'appréciation intrinsèque de l'acte mais les rares circonstances justificatives à même d'en modifier l'appréciation extrinsèque. Ainsi conçue, l'erreur sur l'existence de circonstances justificatives n'a plus lieu d'être confondue avec leur véritable existence. Si la manifestation du discernement procède d'abord d'une conscience de l'acte, c'est parce qu'elle en permet une pleine appréciation. Celui qui s'est mépris sur l'existence de circonstances modifiant l'appréciation sociale de l'acte, n'a pu en avoir une bonne compréhension et n'a donc pas été en mesure de l'éviter. C'est ainsi qu'on peut parfaitement englober les cas de faits justificatifs vraisemblables. Pour en finir avec l'effet justificatif accordé à l'erreur sur les circonstances légitimes, il convient d'abord de

reconnaître les circonstances trompeuses comme cause générale de non-imputabilité (1) pour s'apercevoir que la justification vraisemblable n'est qu'une circonstance objectivement trompeuse (2).

1) Les circonstances trompeuses comme cause générale de non-imputabilité

226. La présomption de volonté renversée par les circonstances trompeuses.

Les circonstances trompeuses sont généralement conçues sous l'angle de l'erreur de fait qu'elles engendrent et qui procèderait de l'élément moral de l'infraction⁹⁵⁰. Même les auteurs qui distinguent l'infraction de la responsabilité, considèrent qu'elle ne peut relever de l'imputation car loin de faire disparaître la responsabilité, elle établit par principe l'infraction d'imprudence et n'affecte qu'exceptionnellement la responsabilité pour infraction intentionnelle⁹⁵¹. En outre, l'erreur ne s'apprécierait pas toujours de la même manière puisqu'une appréciation concrète suffirait en matière intentionnelle quand une appréciation abstraite serait requise en matière d'imprudence. S'il l'on veut bien admettre que les actes sont réputés accomplis en connaissance de cause au titre de leur imputabilité, c'est nécessairement une erreur objective qui sera apte à lever cette présomption (a). Au fond, ce n'est pas le type d'infraction en cause qui déterminera ou non l'erreur comme cause d'irresponsabilité subjective. L'erreur objective est bien une cause générale d'irresponsabilité mais l'importance de l'élément de l'infraction sur lequel elle porte déterminera le caractère total ou partiel de la non-imputabilité (b).

a) L'appréciation invariablement objective des circonstances trompeuses

L'exigence d'une erreur inévitable en matière d'imprudence. La doctrine considère que l'erreur de fait en matière non intentionnelle n'engendre pas, par principe, l'irresponsabilité de l'auteur. D'aucuns en concluent alors que l'erreur n'affecte en rien « *l'imputation à l'agent* »⁹⁵². L'erreur de fait de l'agent démontrerait, au contraire et « *avec éclat la maladresse ou le défaut d'attention qui lui est reproché* »⁹⁵³ puisque davantage de vigilance

⁹⁵⁰ Voir en particulier TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, n° 345 et s.

⁹⁵¹ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 44 et s.

⁹⁵² *Ibid.*, n° 19 et s.

⁹⁵³ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 605. Voir aussi PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 496. L'auteur considère que l'erreur souligne plus précisément

lui aurait permis une juste perception des faits⁹⁵⁴. C'est pourtant dire qu'une conscience exacte de la réalité des faits était possible, ce qui n'est pas le cas lorsque l'erreur ne provient plus de l'auteur mais de circonstances trompeuses qu'un effort d'attention n'aurait pu combattre. D'où l'intérêt de distinguer l'erreur de sa source, car le terme même de circonstances trompeuses suggère une appréciation objective et entraîne l'impossibilité d'une juste conscience de la matérialité des faits. Cette erreur que le standard moyen de comportement aurait commise dans les mêmes circonstances⁹⁵⁵ est seulement perçue comme une cause exceptionnelle d'irresponsabilité⁹⁵⁶. Or, la jurisprudence exclut systématiquement la responsabilité pénale lorsqu'elle relève la présence de circonstances objectivement trompeuses⁹⁵⁷. Cette irresponsabilité en présence d'une erreur appréciée objectivement fait davantage figure de principe que d'exception. Et ce, d'autant plus que le principe de l'indifférence de l'erreur ne porte pas véritablement sur une absence de conscience de la matérialité puisque l'erreur évitable est forcément consciente. Aussi, les exemples invoqués au soutien de l'analyse ne font-ils état que de cas où rien n'empêchait l'agent d'avoir conscience de l'ambiguïté des faits, par opposition aux cas où il ne pouvait avoir conscience de son erreur en raison des circonstances. Ces illustrations se rapportent davantage à la conscience d'un doute qu'à une certitude erronée. Ainsi, celui qui blesse avec un fusil qu'il croyait déchargé⁹⁵⁸, sait qu'il existe un doute sur le chargement qu'il n'a pas vérifié. Il en va de même du chasseur qui tire sur un fourré sans savoir que s'y cache un cueilleur⁹⁵⁹ car il sait, au moins, qu'il ignore ce qu'il y a derrière ; tout comme celui qui brûle un feu rouge, sans le savoir⁹⁶⁰, car il sait tout de même qu'il y a un doute, s'il n'a pas regardé ou en raison des reflets du soleil... Force est d'admettre que l'auteur à conscience de l'incertitude des faits et donc du risque qu'il prend, à tel point que l'on comprend mal où est la mauvaise perception

une faute d'inadvertance ; NAGOUAS-GUERIN M.- C., *Le doute en matière pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 18, 2002, n° 511.

⁹⁵⁴ Voir particulièrement MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général, op. cit., loc. cit.* ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 395 ; Voir aussi DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 488 et n° 682 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 469 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 314.

⁹⁵⁵ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général, op. cit., loc. cit.* ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 396.

⁹⁵⁶ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale, op. cit.*, n° 21 et s.

⁹⁵⁷ Voir, pour la relaxe d'un chasseur qui tue illégalement un chevreuil qu'il croyait loup car, en raison de l'attitude des autres chasseurs ayant tiré avant lui, il ne pouvait avoir conscience de l'animal en cause, Crim., 16 nov. 1866, *DP* 1867, *juripr.* p. 87 ; pour la relaxe de celui qui percute de nuit un individu allongé sur la chaussée au motif que l'automobiliste moyen n'aurait pu mieux percevoir la signification des signaux lumineux d'avertissement d'un véhicule en sens inverse, Dijon, 21 mai 1954, *DP* 1867, *juripr.* p. 444.

⁹⁵⁸ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général, op. cit., loc. cit.*

⁹⁵⁹ PRADEL J., *Droit pénal général, op. cit., loc. cit.*

⁹⁶⁰ DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *op. cit.*, n° 682.

des faits. S'il est vrai qu'il n'a pas conscience de la certitude causale de son acte, il a tout de même conscience d'une possibilité causale, seule incriminée en matière d'imprudence⁹⁶¹. La conscience matérielle n'a, par ailleurs, de sens qu'en tant que projection de la matérialité infractionnelle dans l'état d'esprit de l'agent⁹⁶². **Or, la certitude causale ne participe pas de la matérialité infractionnelle des infractions d'imprudence.** Partant, il serait inexact d'en déduire que la conscience matérielle ne relève pas de l'imputation parce qu'il n'est tout simplement plus question de conscience matérielle dès qu'elle cesse de se rapporter à l'incrimination. Il va sans dire que l'erreur sur un fait non incriminé est inopérante mais est-ce encore une erreur *stricto sensu* si elle ne porte plus sur l'acte illicite reproché ? L'exigence d'une « *erreur déterminante* »⁹⁶³, portant sur un élément essentiel de l'infraction⁹⁶⁴, tant rebattue par la doctrine en matière intentionnelle⁹⁶⁵, est trop souvent éludée en matière d'imprudence. L'aporie, dès lors, surmontée permet de se résoudre à l'affirmation selon laquelle l'erreur sur la matérialité infractionnelle est par principe une cause d'irresponsabilité. En matière d'imprudence, en effet, la matérialité se bornant à une probabilité de résultat qui s'est réalisée⁹⁶⁶, les circonstances devront occulter l'existence même du lien causal et, partant, induire une inévitable erreur. Cette appréciation objective des circonstances trompeuses fait, par ailleurs, figure de principe puisque qu'elle s'applique quelle que soit l'infraction en cause.

227. L'exigence d'une erreur vraisemblable en matière intentionnelle. Les infractions dites intentionnelles sont conçues comme le terrain privilégié de l'erreur de fait⁹⁶⁷, en ce qu'elles supposent une certaine « *concordance entre les faits compris par l'agent et les faits décrits par la loi* »⁹⁶⁸. L'erreur est alors appréhendée comme une cause de « *non-*

⁹⁶¹ Cf. la démonstration plus poussée de l'aptitude causale comme critère de distinction des infractions intentionnelles et non intentionnelles, *supra* n° 199.

⁹⁶² MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 225 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 411 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 580.

⁹⁶³ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 190.

⁹⁶⁴ Voir particulièrement FRANCON A., *L'erreur en droit pénal*, in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, n° 7 ; ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 25. Ces auteurs s'appuient sur des condamnations constantes pour meurtre malgré l'erreur sur l'identité de la victime qui est évidemment indifférente à la qualification de l'infraction (Crim., 31 janv. 1835, S. 1835. I. 564 ; 18 fév. 1922, *Bull. crim.* 1922, n° 82 ; 4 janv. 1978, *Bull. crim.* 1978, n° 5).

⁹⁶⁵ Voir notamment MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 581 ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 394 ; Voir BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 468 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 327 et s. ; PRADEL J., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 494 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. 2006, n° 304 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁶⁶ Cf. *supra* n° 197.

⁹⁶⁷ Voir notamment FRANCON A., *L'erreur en droit pénal*, *préc.*, p. 228, qui définit l'erreur comme une fausse idée de la réalité ; Voir aussi ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 24.

⁹⁶⁸ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 580.

caractérisation de l'infraction intentionnelle »⁹⁶⁹. Certains auteurs vont jusqu'à considérer que « l'erreur même grossière exonère »⁹⁷⁰ ou à tout le moins qu'elle n'a pas à être invincible⁹⁷¹, au risque de reprocher une simple imprudence⁹⁷². En matière d'imprudence, pourtant, une correspondance est semblablement supposée entre l'acte recelant la possibilité du résultat et la conscience d'un tel risque. Si l'erreur paraît d'une caractérisation plus aisée en matière intentionnelle, c'est qu'elle suppose la certitude de l'acte ou de son aptitude à causer un résultat, le cas échéant, qu'un simple doute viendrait alors contredire. Pour autant, l'allégation d'un simple doute ne suffira pas puisque la jurisprudence tend à exiger une certaine vraisemblance. En recherchant si l'auteur pouvait « raisonnablement » se tromper⁹⁷³, c'est bien encore à une appréciation *in abstracto* que les juges procèdent⁹⁷⁴. Une partie de la doctrine y voit, néanmoins, un simple mode de preuve et non une exigence de fond tenant au caractère inévitable de l'erreur⁹⁷⁵. En réponse à ce point de vue, deux éléments paraissent déterminants. D'abord, si l'argument tiré du mode de preuve n'est pas contestable, il plaide, par ailleurs, en faveur de l'existence d'une présomption de conscience de ses actes que seule une appréciation objective des circonstances trompeuses peut combattre. Ensuite, cela ne préjuge en rien du caractère inévitable ou non de l'erreur. A ce titre, cantonner l'exigence d'une erreur inévitable à l'imprudence revient à confondre l'erreur dans la perception et l'erreur dans l'action. En les dissociant, rien n'empêche de conclure que le standard moyen de comportement aurait pu être en proie à un inévitable doute s'opposant à une qualification intentionnelle, mais que, contrairement à l'auteur, il aurait procédé à des vérifications lui évitant une erreur dans l'action. En considérant que le doute est inévitable mais que l'action ne l'est pas forcément, la comparaison avec le bon père de famille ne paraît plus aussi inappropriée que certains le prétendent⁹⁷⁶. Le domaine de la protection de la liberté sexuelle

⁹⁶⁹ ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁷⁰ CONTE P., *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.*, n° 242.

⁹⁷¹ Voir notamment LEGROS R., *L'élément moral dans les infractions*, Sirey, 1952, n° 72 et s. ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

⁹⁷² Voir, pour un arrêt ancien souvent mis en avant par la doctrine pour justifier de l'appréciation souple de l'erreur de fait, Crim., 3 nov. 1954, *D.* 1954, jurispr. p. 64, note PAGEAUD P.- A., où il n'est pas reproché à un passant sa non-assistance à une personne en péril car il croyait avoir affaire à un ivrogne.

⁹⁷³ Voir en particulier Crim., 6 nov. 1963, *D.* 1965, jurispr. p. 323, note VOUIN ; Voir, pour d'autres illustrations jurisprudentielles, CONTE P., *L'apparence en matière pénale*, *op. cit.*, n° 249 et s.

⁹⁷⁴ Voir en ce sens TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, n° 346 ; MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 452 ; FRANCON A., *L'erreur en droit pénal*, *op. cit.*, n° 9.

⁹⁷⁵ ROBERT J.-H., *op. cit.*, p. 327 ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 394 ; WAGNER E., *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Th. Clermont-Ferrand I, 1976, p. 121.

⁹⁷⁶ Voir particulièrement PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 191 ; où l'auteur considère à la fois que l'erreur doit être inévitable en matière intentionnelle et qu'elle procède d'une

illustre bien la réticence des juges à admettre l'erreur sur l'âge⁹⁷⁷ ou sur l'existence du consentement. Ainsi, le fait d'accepter de suivre une personne dans son appartement⁹⁷⁸ ou de se laisser embrasser⁹⁷⁹, n'aurait pas entraîné dans l'esprit du standard moyen une inévitable erreur de perception du consentement sexuel, sauf en cas de comportement extrêmement équivoque de la victime⁹⁸⁰. Il n'en reste pas moins que l'inévitable doute qui lève la présomption de conscience de la certitude du résultat ne renverse pas celle de la conscience d'une probabilité de résultat, suffisante en matière d'imprudence. Contrairement à l'erreur efficiente en matière d'imprudence qui induit l'absence de conscience du doute, en matière intentionnelle la conscience du doute suffit s'il est inévitable. Cette irréductible différence entre une certitude inévitablement erronée et la conscience d'un inévitable doute permet généralement d'avancer que l'erreur en matière intentionnelle n'est pas une cause de non-imputabilité puisqu'elle n'exclut pas la responsabilité pour infraction d'imprudence. La conclusion paraît hâtive qui fait fi de la possibilité d'une non-imputabilité partielle selon l'objet des circonstances trompeuses, autrement dit selon l'ampleur de l'erreur provoquée.

228. L'erreur comme cause générale d'irresponsabilité totale ou partielle. La disqualification que permet l'erreur objective sur la certitude du résultat ne doit pas être analysée comme une absence d'irresponsabilité. Il s'agit, à n'en pas douter, d'une non-imputabilité partielle de la matérialité. L'auteur ne sera pas responsable de la matérialité occultée par les circonstances. Néanmoins, on lui imputera, le cas échéant, la matérialité moins grave dont il pouvait avoir conscience et qu'il était en mesure d'éviter. Si les circonstances peuvent être totalement ou partiellement trompeuses, elles rendent toujours l'auteur irresponsable de la matérialité qu'elles occultent.

b) La non-imputabilité totale ou partielle selon l'objet de l'erreur

229. La possibilité du résultat occultée par les circonstances totalement trompeuses. Il a été précédemment démontré que l'erreur en matière d'imprudence ne pouvait procéder que de circonstances occultant la possibilité même du résultat et qu'à cet égard, elle était, par principe et non par exception, une cause d'irresponsabilité pénale. A ce

appréciation *in abstracto* circonstanciée et à la fois qu'il faut se garder de toute comparaison au bon père de famille.

⁹⁷⁷ Voir TRALONGO A., *op. cit.*, n° 346.

⁹⁷⁸ Voir Crim., 4 mai 1993, *Dr. pén.* 1993, comm. n° 179, obs. VERON M.

⁹⁷⁹ Voir Crim., 10 juill. 1973, *bull. crim.* n° 322 ; *RSC* 1974. 594, obs. LEVASSEUR G.

⁹⁸⁰ Voir Crim., 11 oct. 1978, *D.* 1979, IR, p. 120.

stade de la réflexion, la question de savoir s'il s'agit plus précisément d'une cause de non-imputabilité reste cependant entière. La conscience infractionnelle et la conscience matérielle qui en est le préalable sont généralement rattachées à l'élément moral de l'infraction⁹⁸¹. Afin de savoir quel élément de la responsabilité est affecté, il suffit de rechercher si le raisonnement procède d'un jugement de valeur déterminant la nocuité sociale d'une conduite ou d'un jugement de réalité portant sur la possibilité de rattachement à une personne capable d'en répondre. A ce titre, la jurisprudence est éclairante qui s'interroge davantage sur la possibilité objective, compte tenu des circonstances, d'avoir conscience de la prise de risque ou du mal redouté que sur l'existence d'une telle conscience⁹⁸². D'une part, on relèvera que ce raisonnement en termes de prévisibilité abstraite, au regard du contexte, s'apparente plus à la levée d'une présomption d'accomplissement d'un acte en connaissance de cause qu'à son défaut de caractérisation. Or, cette présomption qui est compatible avec un jugement de réalité sur les capacités du justiciable à assumer un reproche, ne le serait plus avec la conduite, objet du jugement d'illicéité, qui doit quant à elle être établie⁹⁸³. En outre, le critère de l'impossibilité pour le standard moyen de comportement est souvent envisagé comme permettant le rattachement d'une condition à l'imputabilité plutôt qu'à l'infraction⁹⁸⁴. En effet, l'impossibilité d'exercer ses capacités d'appréciation des faits n'affecte en rien la nocuité sociale de la conduite. Elle s'oppose, en revanche, à l'imputation de l'acte illicite à celui qui n'a pu l'apprécier comme tel. Cette capacité ne relève, donc, en aucune manière de l'objet du reproche mais bien de l'attribution de celui-ci. C'est alors à juste titre que l'erreur due aux « *apparences trompeuses* »⁹⁸⁵ est largement qualifiée d' « *invincible* »⁹⁸⁶, d' « *inévitabile* »⁹⁸⁷ ou de « *commune* »⁹⁸⁸. A l'inverse l'emploi de l'adjectif « *légitime* »⁹⁸⁹ est

⁹⁸¹ Voir particulièrement MARGAINE C., *La capacité pénale*, Th. Bordeaux IV, 2011, n° 116 et s., où l'auteur considère que la conscience de la matérialité et celle de son illicéité sont constitutive de l'intelligence, condition préalable indispensable à l'élément moral ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit., n° 579 et s. ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 392 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, op. cit., n° 223 et s. ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, op. cit., n° 410 et s. ; DESPORTES F. et LE GUNHEC F., *Droit pénal général*, op. cit., n° 471 et s.

⁹⁸² Cf. *supra* n° 198.

⁹⁸³ Cf. *supra* n° 169.

⁹⁸⁴ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, op. cit., n° 224, qui de par son caractère invincible fait de l'erreur de droit une cause de non-imputabilité.

⁹⁸⁵ Voir, pour l'emploi de cette formule pour définir l'erreur invincible, CONTE P., MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 396.

⁹⁸⁶ *Ibid.* ; PUECH M., *L'erreur en droit pénal*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, Tome XXX, Toulouse, 1982, p. 65 et s. ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit., n° 605 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, op. cit., n° 656 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, op. cit., p. 314 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., n° 496 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. 2006, n° 304.

⁹⁸⁷ ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, op. cit., p. 314 ; TRALONGO A., op. cit., n° 346 et s.

résiduel et semble particulièrement inadapté. La légitimité est ici dévoyée de son acception juridique pour rejoindre le langage courant, tant il est vrai les circonstances trompeuses ne sauraient rendre une conduite conforme à l'intérêt social, quoi qu'en disent ceux qui assimilent l'erreur inévitable à l'état de nécessité⁹⁹⁰. C'est autrement dire qu'il n'est plus question de juger la conduite de l'auteur mais de vérifier s'il était bien en mesure de l'apprécier lui-même, car on ne peut lui imputer que ce qui procède de l'exercice d'une volonté libre et éclairée. C'est bien l'avis d'un courant doctrinal qui envisage l'erreur de fait invincible comme une cause de non-imputabilité⁹⁹¹. On ne manquera, pourtant, pas de regretter un rattachement quasi systématique à une forme de contrainte⁹⁹² alors que la liberté de choix paraît, somme toute, préservée⁹⁹³. Les circonstances trompeuses s'apparentent plus sûrement à un obstacle à la lucidité du choix de l'auteur, sans qu'il soit besoin de le considérer comme non discernant car une chose est d'avoir la capacité de discerner, une autre est de pouvoir l'exercer⁹⁹⁴. En tant qu'entraves à l'exercice du discernement, les circonstances trompeuses relèvent à n'en plus douter des causes de non-imputabilité. Cette non-imputabilité sera totale quelle que soit l'infraction, pourvu que l'erreur porte bien sur l'existence même du lien causal et non pas seulement sur son intensité.

230. La certitude du résultat occultée par les circonstances partiellement trompeuses. Lorsque la certitude du résultat est objectivement mise en doute par les circonstances, on ne peut plus l'imputer à celui qui ne pouvait mesurer la gravité de son acte. Il n'en demeure pas moins que ce doute révèle la conscience de la probabilité du résultat. A ce titre, le risque de résultat, réalisé ou non, pourrait être imputé dans la mesure où il serait également incriminé. Aussi la jurisprudence a-t-elle écarté la qualification intentionnelle de tentative de meurtre pour considérer comme « *gravement imprudent* » le fait d'avoir causé

⁹⁸⁸ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit., loc. cit. ; LEGAL A., « La responsabilité sans faute », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mél. M. PATIN, Cujas, Paris, 1965, p. 148, où l'auteur constate l'emploi de la formule par la Cour de cassation.

⁹⁸⁹ CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit. ; TRALONGO A., op. cit., loc. cit.

⁹⁹⁰ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 21, p. 48 et n° 88.

⁹⁹¹ Voir en ce sens PUECH M., *L'erreur en droit pénal*, op. cit., p. 72 ; DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 179 et s. ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, op. cit., loc. cit. ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, op. cit., p. 315 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit. ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, op. cit., n° 626.

⁹⁹² Voir *ibid.* et BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 469.

⁹⁹³ Voir, pour une démonstration plus détaillée, CONTE P., *L'apparence en matière pénale*, Th. Grenoble, 1984, n° 310 ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 21, p. 47. Voir, pour un partisan de l'assimilation de l'erreur à la contrainte qui reconnaît néanmoins les limites d'une telle posture, ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit.

⁹⁹⁴ Pour l'approfondissement de cette distinction, Cf. *supra* n° 217 et s.

des blessures par balle en croyant à tort que le fusil était déchargé⁹⁹⁵. Cette disqualification de l'infraction intentionnelle en son homologue non intentionnel permet, pourtant couramment, d'affirmer que l'erreur de fait n'est pas un obstacle à la responsabilité pénale⁹⁹⁶. Il convient d'abord de préciser que cette disqualification pourrait tout aussi bien être observée à l'endroit d'une imprudence, qui de qualifiée deviendrait simple, si les circonstances occultaient objectivement sa gravité, autrement dit son haut degré de probabilité causale⁹⁹⁷ et sous réserve d'être en présence d'un auteur direct. Ensuite, force est de reconnaître que ce qui est perçu sous l'angle d'une disqualification peut tout aussi bien être analysé comme une cause de non-imputabilité partielle. De ce point de vue, ne serait imputée à l'auteur que la matérialité qu'il pouvait objectivement connaître et, par là même, apprécier. A défaut de possibilité d'accomplir un acte en connaissance de cause, les facultés de discernement ne peuvent être dûment exercées. Néanmoins, cet obstacle peut ne concerner qu'un aspect de la matérialité et ne pas affecter la matérialité, moins grave, d'une qualification plus souple. En tout état de cause, l'argument phare des promoteurs du rattachement de l'erreur de fait à l'infraction, n'a rien de dirimant qui méconnaît la possibilité technique d'une imputation partielle de l'acte. Une forme de non-imputabilité partielle existe, au demeurant, dans notre droit positif, puisque que la loi offre au juge la possibilité, quoiqu'imparfaite, d'atténuer la peine des personnes au discernement seulement altéré et non pas totalement aboli⁹⁹⁸. En tout état de cause, il paraît logique d'imputer la seule matérialité accomplie en toute conscience.

231. Les circonstances trompeuses comme obstacle à l'appréciation de l'acte.

Pour que les circonstances trompeuses engendrent une irresponsabilité totale ou partielle, elles doivent être relatives à la matérialité infractionnelle dont l'appréciation n'est pas censée varier au gré des circonstances extérieures à l'incrimination. En effet, les actes sont incriminés indépendamment de la variété de leurs circonstances de réalisation, susceptibles d'influer sur leur degré de gravité mais pas sur le principe de leur illicéité. Voilà pourquoi l'erreur ainsi provoquée porte, par principe, sur l'appréciation intrinsèque de l'atteinte, qu'il s'agisse de son existence même ou de sa gravité. Le droit positif fait, néanmoins, réserve des circonstances justificatives à même d'infléchir le jugement social porté sur une conduite

⁹⁹⁵ Versailles, 25 sept. 1997, *Dr. pén.* 1997, *com.* n° 149, obs. MARON A. ; Voir aussi *Crim.*, 7 oct. 1987, *Bull. crim.* 1987, n° 341 ; *Crim.*, 2 oct. 1996, *Bull. crim.* 1996, n° 342.

⁹⁹⁶ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 25 et s., où l'auteur évoque à cet égard l'« erreur de fait fautive disqualifiante ». Voir, pour une reprise de l'analyse, TRALONGO A., *op. cit.*, n° 346. Voir aussi PIN X., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 191.

⁹⁹⁷ Pour la conception purement matérielle de la gravité des fautes qualifiées, Cf. *supra* n° 198.

⁹⁹⁸ Voir C. pén., art. 122-1 al. 2.

infractionnelle. **Par conséquent, les circonstances trompeuses pourront exceptionnellement occulter l'appréciation extrinsèque de l'acte.** C'est ainsi que l'erreur sur l'existence de circonstances justificatives relève, tautologiquement, d'une circonstance trompeuse et non pas d'une circonstance justificative qui fait précisément défaut.

2) La justification vraisemblable comme circonstance trompeuse

232. La justification vraisemblable comme erreur d'appréciation extrinsèque.

L'erreur sur une circonstance extérieure à l'incrimination n'est guère conçue comme une erreur de fait car l'auteur demeure conscient des faits infractionnels. La conscience matérielle ne ferait pas défaut à celui qui n'a pu éviter de se méprendre sur l'existence d'un fait justificatif. L'acte conscient serait, au contraire, une exigence commune à l'ensemble des faits justificatifs⁹⁹⁹. Ainsi, le fait de se croire en danger, n'ôterait pas à la riposte son caractère volontaire. Cette posture, minimaliste à l'endroit de la volonté, relative à la matérialité mais pas à son illicéité, a privé la jurisprudence d'un fondement subjectif à l'irresponsabilité en cas de circonstances vraisemblablement justificatives. C'est pourquoi, elle s'est tournée vers la justification objective de l'infraction, non sans quelques contorsions juridiques. Aussi, a-t-elle pu considérer que la légitime défense « *n'a pas seulement en vue le cas d'une nécessité éclatante, absolue, indiscutable, mais encore le cas où celui qui se défend peut raisonnablement croire qu'il se trouve en péril* »¹⁰⁰⁰, alors que l'article 122-5 du Code pénal exige une « *atteinte injustifiée* »¹⁰⁰¹ qui doit être « *réelle* »¹⁰⁰², « *certaine* »¹⁰⁰³ ou encore objective¹⁰⁰⁴ selon une doctrine majoritaire.

⁹⁹⁹ Voir en particulier DREYER E., *Droit pénal général*, Litec, 2012, n°1133.

¹⁰⁰⁰ Chambéry, 6 fév. 1907, *D.*, 1907. 5. 19, où le bénéfice de la légitime défense a été accordé à celui qui, réveillé la nuit par un voleur, a cru sa vie en danger et tiré au fusil sur lui. Notons que le danger était réel mais que la riposte semblait disproportionnée s'agissant de biens. Il existe aujourd'hui une présomption légale de légitime défense en cas d'effraction nocturne (C. pén. art. 122-6). Voir, pour un tir légitimé sous l'effet de la peur en relation avec un cambriolage, Aix-en-Provence, 1^{er} juin 2005, *Dr. pén.* 2005, p.169 (3^{ème} esp.), obs. VERON M.

¹⁰⁰¹ Il en va de même de l'état de nécessité requérant un « *danger actuel ou imminent* » (C. pén. art. 122-7) que la doctrine interprète comme purement objectif. Voir en ce sens MASCALA C., *J.-Cl. Pénal Code, Art. 122-7, « Faits justificatifs – Etat de nécessité »*, avril 2003, n° 22 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général, op. cit.*, n° 469 ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 271 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 426 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 590 ; BOULOC B., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 429 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 745 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 341.

¹⁰⁰² MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général, op. cit.*, n° 455 ; CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 263 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 542 ;

¹⁰⁰³ PRADEL J., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 328 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général, op. cit., loc. cit.*

¹⁰⁰⁴ ROBERT J.-H., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 260 ; PRADEL J., *Droit pénal général, op. cit., loc. cit.*

L'erreur de fait est éludée à tort, lorsque les circonstances ont exceptionnellement une incidence décisive sur l'appréciation de l'acte car, de ce point de vue, elles ne lui sont plus tout à fait extérieures. Comment considérer que l'erreur sur les circonstances ne rejaillit pas sur l'appréciation de l'acte même, quand elle conduit à croire en son utilité sociale alors qu'il demeure illicite ? Il semble bien difficile de prétendre qu'un acte est volontaire alors même que sa dimension illicite et injustifiée ne l'est pas. Il s'agit là d'une volonté pour le moins atrophiée en ce que la portée de l'acte n'est pas dûment saisie. La conscience matérielle ne peut être dissociée de la conscience infractionnelle que moyennant certains artifices. A cet égard, on a précisément vu que la conscience matérielle n'avait de sens que relativement aux faits illicites. Or, dès que l'illicéité dépend aussi des circonstances de l'atteinte incriminée, la conscience matérielle doit également s'y rapporter. L'autonomie de la conscience matérielle est une bévue et la doctrine la plus autorisée ne s'y est pas trompée en la considérant comme une simple composante de la conscience infractionnelle¹⁰⁰⁵. De quelle volonté parle-t-on, au juste, lorsqu'elle est dénuée de la capacité d'exercice du discernement ? Si la manifestation d'une volonté éclairée procède d'abord d'une conscience de l'acte, c'est parce que cette connaissance en permet la compréhension et l'appréciation. Ainsi, c'est bien l'exercice de la capacité d'appréciation de l'acte qui paraît déterminante et à laquelle l'erreur fait indirectement obstacle. L'erreur sur les circonstances justificatives fait, quant à elle, directement obstacle à cette même conscience infractionnelle¹⁰⁰⁶, ce qui permet de la considérer, au même titre que l'erreur sur l'acte, comme une cause de non-imputabilité.

233. La non-imputabilité en cas d'erreur sur les circonstances justificatives.

Celui qui commet une infraction en se méprenant sur l'existence d'un fait justificatif, demeure impuni s'il existait une apparence vraisemblable de fait justificatif, appréciée *in abstracto*¹⁰⁰⁷. Cette solution initialement dégagée par la jurisprudence à propos de la légitime défense¹⁰⁰⁸, s'est vue étendre de manière plus incertaine à d'autres circonstances

¹⁰⁰⁵ Voir en ce sens MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général, op. cit.*, n° 573. Les auteurs regroupent sous cette expression la perception de l'illégalité des faits mais aussi de celle de leur réalité.

¹⁰⁰⁶ Il s'agit plus substantiellement d'une conscience de l'illicéité plutôt que de l'illégalité.

¹⁰⁰⁷ Lorsque « celui qui se défend peut raisonnablement croire qu'il se trouve en péril » (Chambéry, 6 fév. 1907, *précit.*)

¹⁰⁰⁸ Voir notamment Crim., 14 fév. 1957, *Bull. crim.*, n° 157, où est justifié le père qui tire sur l'individu mettant en joue son fils, alors qu'il s'agissait d'un jeu ; Crim., 20 oct. 1993, *Gaz. Pal.*, 1994, I, Somm. 16, où la Cour justifie l'utilisation d'une bombe lacrymogène contre un officier ministériel dont le comportement pouvait laisser croire à une séquestration. Ce principe est mis en oeuvre depuis très longtemps par les juges du fond. Pour d'autres exemples, Voir BERNARDINI R., *Droit pénal général*, Gualino, 2003, n° 544.

justificatives¹⁰⁰⁹. En tout état de cause, une telle impunité se conçoit parfaitement dans la mesure où les circonstances occultent objectivement un élément d'appréciation extrinsèque de l'acte, privant ainsi l'auteur d'une juste conscience de la portée de ses actes. Il en résulte que la responsabilité pénale ne peut être constituée, quoique l'infraction le soit car elle ne peut être imputée à celui qui n'a pu éviter l'erreur d'appréciation de son acte. L'agent n'était pas en mesure de choisir d'éviter l'accomplissement d'un acte illicite. La solution prétorienne tenant à l'irresponsabilité pourrait, de la sorte, être préservée sans dénaturation inutile du concept de justification. En s'efforçant de tenir compte de la perception que l'auteur devait avoir des circonstances justificatives, la jurisprudence ne peut se prononcer que sur l'imputabilité de l'acte et non sur sa légitimité objective¹⁰¹⁰. L'état d'esprit de l'auteur est tout simplement insusceptible d'infléchir l'appréciation objective de la nocuité sociale de son geste, tout au moins peut-il faire obstacle à l'attribution du reproche. Certains arguent pourtant de l'efficiencia des faits justificatifs seulement vraisemblables pour contester le fondement objectif de la justification¹⁰¹¹. La justification ne résulterait plus d'une appréciation de l'utilité sociale de l'acte mais de la croyance, erronée ou non, de l'auteur dans la légitimité de sa réaction¹⁰¹². Une solution que n'entérinent évidemment pas les promoteurs d'une conception classique des faits justificatifs¹⁰¹³. Les détracteurs de cette conception eux-mêmes sont, par ailleurs, contraints de reconnaître qu'ils raisonnent en termes d'imputabilité morale¹⁰¹⁴. Voilà bien l'aveu de l'inutilité du recours à la théorie de la justification dont il

¹⁰⁰⁹ - A propos de la permission de la loi d'appréhender l'auteur présumé d'une infraction flagrante (art. 73 CPP), Crim., 26 mai 1999, *Gaz. Pal.*, 1999, II, p. 122, qui pose comme condition l'existence « d'indices apparents d'un comportement délictueux », justifiée avant tout par la notion de flagrance. Voir aussi Douai, 9 juin 1988, *D.*, 1991, somm. 66, obs. AZIBERT ; TGI Marseille, 28 janv. 1982, *D.*, 1983, I.R., 402, obs. J.-M. R. - A propos de la justification par l'obéissance au commandement non manifestement illégal de l'autorité légitime (art. 122-4 al. 2 C. pén.), Crim., 13 oct. 2004, *Bull. crim.*, 2004, n° 253, qui refuse de justifier la participation d'un colonel à une destruction de bien dangereuse car, compte tenu de sa fonction, il n'a pu se méprendre sur le caractère manifestement illégal de l'ordre du préfet. Notons que l'exigence de vraisemblance s'explique par l'érection du devoir d'obéissance en « intérêt supérieur ». Voir en ce sens MAYAUD Y., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 412.

- A propos de l'état de nécessité, l'admission de la théorie de l'apparence est plus discutée, et n'a pas été tranchée par la jurisprudence, cf. ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 141.

¹⁰¹⁰ Néanmoins, il a été observé que le fondement de cette justification ne saurait être subjectif, puisque l'apparence est appréciée *in abstracto*, c'est-à-dire objectivement, Voir en ce sens BERNARDINI R., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.* D'autres auteurs rappellent, en revanche, que la théorie de l'apparence, « recèle nécessairement une référence à la subjectivité d'une personne » (STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 177) et que « le juge pénal, quant à la preuve, ne peut que s'en remettre à des éléments objectifs pour l'établir » (ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 139).

¹⁰¹¹ Voir à ce sujet l'argumentation originale développée par ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 132 et s.

¹⁰¹² *Ibid.*

¹⁰¹³ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 286 ; DESPORTES F. et LE GUNHEC F., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 730.

¹⁰¹⁴ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 158 et s., où les faits justificatifs sont rattachés à une condition morale de l'imputation par opposition à la condition intellectuelle, « la

n'est, manifestement, plus question à défaut de préservation d'un intérêt supérieur. Rien ne sert, en effet, de malmenier la théorie de la justification quand une composante de la responsabilité fait tout simplement défaut.

234. La volonté insusceptible de jugement de valeur. D'une part, le défaut d'une volonté en concordance avec un acte illicite ne légitime pas l'acte mais s'oppose à son attribution à l'auteur. D'autre part, l'utilité sociale de l'acte suffit pleinement à faire obstacle à la responsabilité. Elle n'a pas besoin d'être secondée par une conscience justificative qui constituerait son reflet moral. La finalité du motif légitime étant la justification des comportements légitimes au regard de leurs circonstances de réalisation, toute caractérisation supplémentaire d'une conscience justificative s'avère proprement inutile.

§ 2 : La volonté de servir l'intérêt social insusceptible de légitimer l'acte

235. Inutilité de l'imputabilité d'un fait licite. S'agissant de la détermination du licite, la justification n'est conditionnée que par le critère d'un comportement utile socialement, indépendamment de l'état d'esprit de l'agent, trop souvent évoqué comme condition complémentaire, voire même alternative¹⁰¹⁵. En effet, certains considèrent que le mobile légitime permet de fonder subjectivement la justification quelle que soit la conformité objective de l'acte à l'intérêt social. On en arrive ainsi à ne plus distinguer selon l'utilité sociale de l'acte. **Or, de deux choses l'une, soit l'utilité sociale de l'acte est avérée et l'état d'esprit importe peu car il n'y a plus rien à imputer, soit l'illicéité de l'acte est acquise et l'éventuelle irresponsabilité ne pourra être que subjective.** Il sera établi, par conséquent, que seul le comportement utile socialement revêt une efficience dans la détermination de la licéité de l'acte que le législateur permet au juge de vérifier en fonction des circonstances. Partant, toute caractérisation d'une conscience justificative devient proprement inutile sauf à quitter le champ de la justification. D'une part, la conscience justificative n'est que le reflet de l'utilité sociale constatée et si cette conscience existe effectivement, dans la majorité des cas, elle ne saurait être une condition supplémentaire (A). D'autre part, elle ne saurait, à plus forte raison, venir en renfort d'un défaut d'utilité sociale du comportement(B), au risque de quitter la logique et le domaine des faits justificatifs.

responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction impliquerait, au-delà d'une certaine lucidité de l'agent sur la portée de son comportement, un état d'esprit antisocial ou immoral » (n° 167), ce qui paraît fort redondant.

¹⁰¹⁵ *Ibid.*, n° 144 et s.

A) L'inutile exigence d'une conscience justificative

236. L'indifférence de l'état d'esprit en présence d'un acte utile socialement.

Cette condition est toujours surabondante quelles que soient les conceptions adoptées. Lorsqu'un comportement est considéré comme utile socialement en ce qu'il ne cause aucun trouble à l'ordre public, sa licéité est d'emblée acquise. On perçoit mal, dès lors, l'utilité de se tourner vers la question des dispositions psychologiques de son auteur car le droit pénal n'a pas à se soucier de l'imputation d'un acte licite. Le raisonnement serait identique dans une conception unitaire de l'infraction puisqu'en l'absence d'une composante objective, l'examen des autres est dépourvu d'intérêt. La question de la conscience de l'acte ne se pose que si un acte illicite est constaté. Si l'illicéité est neutralisée par les circonstances, il serait absurde de se tourner de surcroît vers une composante subjective de la responsabilité ou de l'infraction *lato sensu*. L'utilité sociale de l'acte suffit donc pleinement à sa justification (1), l'état d'esprit de l'auteur étant, en l'occurrence, parfaitement indifférent (2).

1) Le caractère suffisant de l'utilité sociale de l'acte

237. L'appréciation purement objective des hypothèses de justification.

La Chambre mixte de la Cour de cassation, s'est prononcée en faveur de l'appréciation objective du fait justificatif spécial de « *bonne foi* » dans la diffamation, en tenant compte du contexte électoral des propos en cause¹⁰¹⁶. Dans un arrêt du 19 janvier 2010, la chambre criminelle s'est aussi déterminée en fonction « *notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux, et du contexte politique dans lesquels ils s'inscrivent* »¹⁰¹⁷. Cette jurisprudence s'inscrit, par ailleurs, dans la lignée des critères objectifs dégagés progressivement par la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁰¹⁸. En effet, dans un arrêt du 8 octobre 2009, elle considère que la condamnation des requérants pour un article diffamatoire qui visait la victime en tant qu'homme politique et pas uniquement en tant que particulier, n'était pas, compte tenu du débat d'intérêt général dans lequel il s'inscrivait,

¹⁰¹⁶ Voir Ch. Mixte, 24 nov. 2000, *BICC* 2001, n° 527. 12 concl. LUCAS ; *Bull. crim.* n° 354 ; *Gaz. Pal.* 2001. I. 817, note GUERDER.

¹⁰¹⁷ *Crim.*, 19 janv. 2010, *AJ pén.* 2010. 240, obs. ROYER G.

¹⁰¹⁸ Elle a notamment pu juger en tenant compte du contexte objectif que « *les limites de la critique admissible (...) sont plus larges à l'égard d'un homme politique, agissant en sa qualité de personnage public, que d'un simple particulier* » (CEDH, 1^{er} juill. 1997, *Oberschlick c/ Autriche*, § 29, *RSC* 1998. 389 et s., obs. KOERING-JOULIN R.).

nécessaire dans une société démocratique. Si la Cour européenne se réfère également à l'absence d'« *animosité personnelle* » des requérants, elle en donne une appréciation objective au regard d'une « *certaine prudence dans l'expression* »¹⁰¹⁹. La chambre criminelle emboîte le pas de la jurisprudence européenne, lorsqu'elle apprécie l'absence d'animosité personnelle et le but légitime au regard des circonstances concrètes qui entourent les propos. Aussi, la critique historique est-elle formulée de bonne foi lorsqu'elle est empreinte d'objectivité et sans qu'il soit besoin de recourir à des considérations psychologiques¹⁰²⁰. Ce qui ne saurait être le cas d'un reproche hâtif et dépourvu de vérification, quelque soit le but ultime recherché par l'auteur¹⁰²¹. De même, la création d'un délit-obstacle en matière de piratage informatique prévoyait, dans sa rédaction initiale, des cas de justification notamment « *par les besoins de la recherche scientifique* »¹⁰²². Le Sénat a préféré substituer l'expression plus large de « *motif légitime* » mais qui renvoie pareillement à des circonstances objectives¹⁰²³. En matière de discrimination, le législateur a voulu préciser l'exception de « *motif légitime* » en la remplaçant par des hypothèses très détaillées mais qui conservent leur dimension purement objective. La jurisprudence n'a pas attendu les précisions législatives pour s'en tenir à des critères résolument objectifs. Elle a, notamment, admis la justification du refus d'embaucher une femme à un poste de technicien qui requiert le port de lourdes charges¹⁰²⁴, comme le refus de renouveler le bail d'un locataire qui se livre à la prostitution¹⁰²⁵. De la même manière, la mention expresse du motif légitime dans le refus de vente a permis la justification du non-renouvellement d'abondement en raison du comportement désobligeant du client¹⁰²⁶. Il ressort de ces illustrations que la jurisprudence est restée fidèle à la définition donnée par la Cour de cassation dès le 19^{ème} siècle : « *le motif légitime (...) peut résulter non seulement d'un texte ayant force de loi mais encore des*

¹⁰¹⁹ Les autorités françaises ont méconnu l'article 10 car « *la condamnation des requérants ne représentait pas, compte tenu, d'une part, de l'intérêt de la société démocratique à assurer et à maintenir la liberté d'expression, d'autre part, de la marge d'appréciation réduite s'agissant d'informations d'intérêt général, et enfin du fait que la critique visait en l'espèce les agissements d'un homme investi d'un mandat public, un moyen raisonnablement proportionné à la poursuite du but légitime visé* ». CEDH, 8 oct. 2009, *Brunet-Lecomte et Tanant c/ France*, § 50 et 64, D. actualité du 19 oct. 2009, obs. LAVRIC S.

¹⁰²⁰ Crim. 19 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 363 ; RSC 1986. 612, obs. LEVASSEUR G.

¹⁰²¹ Crim., 16 mai 1995, *Bull. crim.* n° 175.

¹⁰²² *Rapp. AN*, n° 1282, p. 73.

¹⁰²³ Voir L. n° 2004-575, 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *JO* 22 juin, p. 11168 (C. pén., art. 323-3-1, délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données). Pour des applications jurisprudentielles conformes à l'approche objective du motif légitime, Cf. *infra* n° 239.

¹⁰²⁴ Crim., 25 mai 1983, *Bull. crim.* n° 154, D. 1983. 575, note SOUSI-ROUBI B.

¹⁰²⁵ Metz, 8 mars 1990, *JurisData* n° 1990-042132.

¹⁰²⁶ Versailles, 7 mars 2003, *RJDA* 6/2003, n° 657.

circonstances de la cause »¹⁰²⁷. C'est ce qui ressort également des articles 122-4 et suivants du Code pénal qui définissent objectivement les faits justificatifs généraux selon les circonstances matérielles de l'infraction. Il en va de même des conditions circonstanciées en matière de présomptions légales de justification.

238. L'analyse purement objective des cas de présomption de justification. Les cas de présomption légale de légitime défense sont définis par la gravité objective des circonstances de temps, de lieu et de procédé entourant l'agression¹⁰²⁸. Au 19^{ème} siècle, alors que le droit positif était aussi clément à l'endroit des maris bafoués qu'impitoyable à l'endroit des femmes adultères, la jurisprudence avait opté pour le caractère irréfragable de la présomption afin qu'elle bénéficie au mari qui avait tué l'amant de sa femme pénétrant de nuit, par escalade, dans le domicile conjugal, alors que le mari connaissait ses motivations et ne se savait pas en danger¹⁰²⁹. La chambre criminelle, approuvée par la doctrine¹⁰³⁰, considère désormais que ces présomptions sont susceptibles « *de céder devant la preuve contraire* »¹⁰³¹. Ce revirement a parfois été accueilli comme la possibilité de tenir compte de l'état d'esprit de l'agent¹⁰³², quand le caractère absolu de la présomption ne se concevrait que dans une conception purement objective¹⁰³³. Or, on perçoit mal d'emblée le lien entre l'assouplissement de la présomption et l'exigence d'une conscience justificative. Au contraire, son caractère absolu faisait fi de l'utilité sociale objective de la riposte dont la preuve peut désormais être rapportée. Cette présomption peut, par ailleurs, tout à fait continuer à être envisagée comme afférente à la nécessité et à la proportionnalité de l'acte de défense, en raison de la gravité objective de l'agression¹⁰³⁴. Il faut bien reconnaître que la

¹⁰²⁷ Crim., 1er août 1878, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 1879. I. 390 ; *S.* 1878. I. 484.

¹⁰²⁸ Voir C. pén., art. 122-6, en vertu duquel la légitime défense est présumée lorsque l'acte est accompli « *pour repousser, de nuit, l'entrée par effraction, violence ou ruse dans un lieu habité* » ou « *pour se défendre contre les auteurs de vols ou de pillages exécutés avec violence* ».

¹⁰²⁹ Voir Crim., 11 juill. 1844, *S.* 1844. I. 177 ; 8 déc. 1871, *DP* 1872. I. 193.

¹⁰³⁰ Voir en ce sens MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-droit pénal général*, *op. cit.*, n° 464 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 424 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 575 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 424 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 740 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 262 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 339 ; Voir cependant MASCALA C., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4, « *Faits justificatifs – Ordre de la loi* », mai 2002, n° 116 et s. ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 338.

¹⁰³¹ Crim., 19 fév. 1959, *Reminiac*, *D.* 1959, *jurispr.* p. 161, *note* M.R.M.P. ; Voir aussi Crim. 5 juin 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 209 ; 12 oct. 1993, *Dr. pén.* 1994, *com.* n° 35.

¹⁰³² LEPOINTE E., « *Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs* », *RSC* 1969. 547.

¹⁰³³ Voir sur cette question SAVEY-GASARD, « *Réflexions sur l'article 329 du Code pénal* », *RSC* 1960. 29.

¹⁰³⁴ Voir en ce sens MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-droit pénal général*, *op. cit.*, n° 463, où les auteurs précisent néanmoins que la loi entend protéger les citoyens « *placés dans une situation particulièrement inquiétante ou éprouvante pour leurs nerfs* » alors qu'ils sont tout simplement placés dans une situation particulièrement grave objectivement.

jurisprudence sème la confusion, qui argue du fait qu'un propriétaire n'a pu croire à la menace d'une agression contre une personne ou un bien, pour refuser de justifier sa violence¹⁰³⁵. Les détracteurs du fondement objectif des faits justificatifs tirent argument de cette solution pour conclure que la présomption est écartée à défaut de toute conscience justificative¹⁰³⁶. Ce détour semble inutile dès lors que l'acte demeure contraire à l'intérêt social. En l'absence de circonstance justificative, l'illicéité de l'infraction est acquise. Le refus prétorien de l'irresponsabilité peut alors se comprendre, au plan subjectif, par le défaut d'une circonstance objectivement trompeuse.

En outre, il est pareillement tiré argument de la présomption de légalité du commandement de l'autorité légitime pour confirmer l'analyse subjective¹⁰³⁷. Cette exigence de vraisemblance s'explique, pourtant, objectivement par l'utilité sociale de l'obéissance à un ordre non manifestement illégal et donc par l'érection du devoir d'obéissance en « *intérêt supérieur* »¹⁰³⁸. La jurisprudence n'a, du reste, jamais eu l'occasion de se prononcer sur la prévalence de la connaissance de l'illégalité sur son apparence objective de légalité, prônée par une partie de la doctrine¹⁰³⁹. Une solution qui semble peu envisageable tant au plan probatoire, en raison de l'établissement de la croyance par les apparences, qu'au plan substantiel, eu égard à l'étendue du devoir d'obéissance qu'il faudrait sans doute repenser¹⁰⁴⁰.

239. La primauté de l'acte sur l'état d'esprit. Les critères de justification employés par la jurisprudence sont résolument objectifs. Les seules hypothèses dans lesquelles l'état d'esprit est pris en compte ne sont pas de véritables hypothèses de justification puisque l'acte n'était pas objectivement utile. Ces solutions s'expliquent par l'existence de causes subjectives d'irresponsabilité. En revanche, dès que l'acte est objectivement justifié, l'absence de conscience justificative comme le caractère non-intentionnel de l'infraction, sont parfaitement indifférents.

2) L'indifférence de l'état d'esprit de l'auteur d'une infraction justifiée

¹⁰³⁵ En l'espèce, un propriétaire avait tiré sur celui qui pénétrait chez lui par escalade, tout en sachant qu'il venait rendre visite à une domestique (Crim. 19 fév. 1959, *Reminiac*, *préc.*).

¹⁰³⁶ Voir en ce sens ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.* ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 145.

¹⁰³⁷ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 145.

¹⁰³⁸ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 412.

¹⁰³⁹ DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 723.

¹⁰⁴⁰ Voir, pour une approche subjective permettant de pallier les excès de l'obéissance au commandement non manifestement illégal, DREYER E., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n°1169 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 256 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-droit pénal général*, *op. cit.*, n° 450.

240. La possibilité de justification des infractions non-intentionnelles. La jurisprudence a pu considérer que la légitime défense était incompatible avec les infractions non intentionnelles¹⁰⁴¹, ce qui traduirait fort maladroitement, selon certains auteurs, la recherche d'une *conscience justificative*¹⁰⁴² chez l'agent. Néanmoins, la doctrine majoritaire ne manque pas de critiquer une telle éviction¹⁰⁴³. Il est à déplorer que la solution ait pu conduire des auteurs d'imprudences à plaider le caractère intentionnel de leurs actes¹⁰⁴⁴. Non seulement, l'article 122-5 du Code pénal ne distingue pas dans son principe selon l'infraction, mais lorsqu'il le fait spécialement pour la défense des biens, c'est pour exclure l'homicide intentionnel, ce qui permet d'inclure *a contrario* toutes les infractions moins graves¹⁰⁴⁵. En outre, la jurisprudence semble prendre acte de son incurie qui admet la justification des infractions non intentionnelles par l'état de nécessité¹⁰⁴⁶ et l'autorisation de la loi¹⁰⁴⁷. Voilà bien l'annonce de l'inexorable abandon de la solution dégagée en matière de légitime défense qui crée une redoutable disparité de traitement, notamment, entre les policiers invoquant la légitime défense et les gendarmes bénéficiant d'une autorisation spécifique qui « *s'étend aux fautes involontaires* »¹⁰⁴⁸. Pourtant, une partie de la doctrine déduit hardiment de ces errements jurisprudentiels, qu'il n'a pas véritablement été question d'exclure l'imprudence mais les actes de défense qui ne résulteraient d'une décision délibérée¹⁰⁴⁹. Une telle exigence ne repose sur aucun fondement sérieux et contredirait, de surcroît, le principe même de la justification des contraventions. On voit mal à la faveur de quel raisonnement, des infractions qui ne tolèrent aucune vérification de la conscience de l'acte infractionnel pour leur

¹⁰⁴¹ Elle emploie maladroitement le terme « *involontaire* », à l'instar du législateur, par référence au résultat non voulu et en dépit du caractère en principe volontaire des actes, Voir en particulier Crim., 16 fév. 1967, *Cousinet*, *Bull. crim.*, n° 70.

¹⁰⁴² ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 144 et s.

¹⁰⁴³ Crim., 28 nov. 1991, *Bull. crim.*, n° 446 ; D., 1993, somm. 18, obs. AZIBERT ; RSC 1992. 751, obs. LEVASSEUR ; *ibid.*, 1993, p. 90, obs. BOULOC B. ; Crim., 9 juil. 1984, D., 1984, I.R., 106, obs. ROUJOU de BOUBEE ; *Gaz. Pal.*, 1984. II. 751, note DOUCET ; Crim., 16 fév. 1967, *Cousinet*, *préc.* ; JCP, 1967. II. 15034, note COMBALDIEU ; RSC 1967. 659, obs. LEVASSEUR, et *ibid.* 854, obs. LEGAL A.

¹⁰⁴⁴ C. assises Reims, 9 nov. 1978, D. 1979, juris. p. 92, note PRADEL J. ; Voir pour cette critique PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 218.

¹⁰⁴⁵ Voir notamment ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 148.

¹⁰⁴⁶ Crim., 16 juil. 1986, D., 1988. 390 (2^{ème} esp.), note DEKEUWER A. ; *Gaz. Pal.* 1987. I, somm. 10.

¹⁰⁴⁷ Voir, pour une reconnaissance explicite, Crim. 5 janv. 2000, D. 2000, jurispr. p. 780, note DE LAMY B. ; Voir, plus implicitement, Crim. 18 fév. 2003, *Bull. crim.*, n° 41 ; 23 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 77.

¹⁰⁴⁸ Crim. 5 janv. 2000, *préc.*, où la Cour se prononce sur le domaine de l'article 174 du décret du 20 mai 1993 relatif à l'usage de la force armée par les gendarmes.

¹⁰⁴⁹ Voir en ce sens MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-droit pénal général*, *op. cit.*, n° 450 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 422 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 555 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 734 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 266 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 331 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 332 ; ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 147.

répression¹⁰⁵⁰, nécessiteraient une pleine conscience des circonstances de réalisation pour leur justification. Voilà qui achève de convaincre du caractère surabondant des investigations psychologiques en matière de justification et, par la même, de son mécanisme purement objectif¹⁰⁵¹.

241. La possibilité théorique d'un hasard justificatif. Afin de tirer toutes les conséquences du fondement objectif de la justification, il convient de reconnaître le caractère pleinement suffisant de la licéité de l'acte, même lorsque l'agent ne l'a pas envisagé comme tel. Quelques auteurs considèrent néanmoins que la justification « *doit être exclue lorsque la commission d'une infraction permet de repousser une agression à la suite d'un heureux hasard* »¹⁰⁵². Ils proposent comme cas d'école l'hypothèse d'un chauffard qui renverse par imprudence un piéton menaçant la vie d'autrui. Si l'acte est, par miracle, nécessaire et proportionné, rien ne permet de le condamner. Au demeurant, les mêmes auteurs affirment, sans craindre la contradiction, que l'imprudence n'est pas matériellement constituée s'il est établi que le bon père de famille aurait eu la même conduite¹⁰⁵³, ce qui règle le problème en le supprimant. D'autres affirment encore que « *la jurisprudence refuserait de faire produire ses effets à un fait justificatif qui aurait été mis à profit consciemment par l'agent, dans une intention de nuire* »¹⁰⁵⁴. Mais, d'une part, la jurisprudence n'a jamais véritablement eu à se prononcer sur cet improbable concours de circonstances¹⁰⁵⁵. D'autre part, il importe peu que l'auteur se réjouisse de son forfait dès lors que son acte est nécessaire et proportionné. Les réticences à reconnaître l'indifférence des données psychologiques proviennent, en fait, de ce que l'acte utile à la société laisse supposer, comme tout acte, son accomplissement en connaissance de cause. La conscience justificative se présume, en toute logique, puisqu'elle reflète par principe la matérialité des faits mais elle n'est pas exigée. Il sera, dès lors, assez

¹⁰⁵⁰ Cf. *infra* n° 438.

¹⁰⁵¹ Voir, pour une analyse objective plus nuancée, STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 178, où l'auteur considère qu'« *il est contestable de conférer aux faits justificatifs une essence subjective, sous prétexte que la conscience, ou même le mobile de l'auteur, interviennent dans leur caractérisation... les circonstances objectives de l'acte restent toujours le paramètre déterminant de la qualification. Il n'est donc pas question de nier toute considération de la subjectivité de l'auteur dans la mise en œuvre de la justification, mais on ne saurait, pour autant, l'ériger en fondement de cette institution* ».

¹⁰⁵² ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.* ; Voir dans le même sens ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁰⁵³ Cf. la critique de cette approche, *supra* n° 175.

¹⁰⁵⁴ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 177.

¹⁰⁵⁵ Voir cependant, pour un arrêt ambigu, Crim., 1^{er} fév. 2006, 05-82543, *inédit*. La Cour de cassation approuve une cour d'appel qui semble avoir refusé de retenir l'état de nécessité, en reprochant au fond à la prévenue de se prévaloir abusivement de ce fait justificatif, alors qu'elle avait bel et bien une intention délictueuse. Or le raisonnement est confus, en ce qu'il semble également se fonder objectivement sur l'absence de nécessité. En outre, il est généralement admis que l'intention délictueuse ne s'oppose pas à la conscience justificative.

rare de rencontrer une hypothèse dans laquelle une personne accomplit un acte licite, par imprudence, ou par volonté de nuire. Il s'agit, par conséquent, d'une simple déduction logique et non d'une exigence, tant et si bien que celui qui accomplirait, par pur hasard ou par malveillance, un acte utile socialement, ne devrait pas être inquiété pénalement. Au demeurant, la preuve de l'état d'esprit ne peut être établie s'il n'est pas relayé par les faits. En outre, la question de l'état d'esprit doit nécessairement être envisagée comme secondaire à celle du trouble à l'ordre public générateur de responsabilité. A défaut d'un fait générateur de responsabilité, tout autre questionnement est vain. Dirait-on de celui qui ne commet pas d'infraction en aidant son voisin à tondre la pelouse, qu'il n'est pas pénalement responsable en raison de son bon état d'esprit ? Assurément non, car il n'a tout simplement commis aucun acte illicite. Que la licéité soit d'emblée acquise ou qu'elle résulte d'une vérification *a posteriori*, les conséquences demeurent inchangées¹⁰⁵⁶. En somme, si la responsabilité pénale résulte de plusieurs conditions, l'irresponsabilité se contente évidemment du défaut ou de la neutralisation d'une seule. En tout état de cause, punir celui qui accomplit un acte licite au motif qu'il ne lui est pas imputable heurterait le bon sens.

242. La volonté inapte à contribuer ni à se substituer à l'utilité sociale de l'acte.

Les tenants de l'approche subjective estiment que celui qui a conscience de l'utilité de son acte est justifié par la légitimité de son but, à tel point que ce but serait justificatif à défaut même d'un acte objectivement légitime. Mais, en pareille hypothèse, il ne s'agirait plus du domaine de la justification dont le fondement est objectif et qui opère *in rem*. Si la volonté de servir l'ordre social est insusceptible de contribuer à l'utilité sociale de l'acte, elle est à, plus forte raison, insusceptible de s'y substituer.

B) L'impossible suppléance du but légitime à l'utilité sociale de l'acte

243. L'impossible justification d'un acte objectivement illicite. L'illicéité ne peut être combattue par une analyse subjective sauf à bouleverser l'ensemble de la responsabilité pénale pour accorder un fondement subjectif à la justification dont le seul intérêt serait d'expliquer la jurisprudence téméraire en matière de légitime défense vraisemblable qui dépareille avec tout l'édifice théorique et jurisprudentiel. Or, la vertu explicative d'une motivation jurisprudentielle peu convaincante paraît bien maigre au regard de ses

¹⁰⁵⁶ Cf. *infra* n° 300.

inconvenients. En effet, l'approche subjective est contraire aux textes dont la rédaction est tournée vers la justification des actes, y compris contraventionnels, par leurs circonstances de réalisation. Elle s'oppose de surcroît à toute la jurisprudence sur l'effet *in rem* des faits justificatifs¹⁰⁵⁷. Cette conception est d'autant plus critiquable que l'on peut conserver l'irresponsabilité dégagée par la Cour de cassation tout en ménageant la cohérence de la théorie classique de la justification. Il suffit d'en modifier le fondement pour reléguer la justification vraisemblable aux causes d'irresponsabilités subjectives. . Il ne s'agit toutefois plus de légitimité objective mais de la possibilité subjective d'éviter l'acte illicite. L'exigence d'un but légitime semble, dès lors, illusoire, qui s'apprécie nécessairement par le truchement d'une matérialité justificative. Lorsque le but n'est pas relayé par une matérialité justificative, il ne peut être considéré légitime (1) et demeure indifférent (2).

1) L'impossible légitimité du but non relayé par la matérialité

244. L'appréciation du but au regard des moyens. Les faits justificatifs ont souvent été rapprochés de l'idée indistincte de mobile ou de but légitime¹⁰⁵⁸, à tel point qu'elle a été récemment proposée comme véritable fondement de la justification¹⁰⁵⁹. Or, la notion de mobile est un pis-aller opportuniste, en ce qu'elle laisse entendre qu'il existe une condition morale de la responsabilité distincte de la présomption de volonté libre et éclairée. Les termes de mobile et de but sont employés l'un pour l'autre, en tant que synonymes, alors que toutes les illustrations d'intégration exceptionnelle du mobile font état d'une volonté dirigée vers un but, c'est-à-dire d'un acte dirigé¹⁰⁶⁰. Le mobile *stricto sensu* est une cause

¹⁰⁵⁷ Cf. *infra* n° 301 et s.

¹⁰⁵⁸ Voir notamment JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, Editions du CNRS, 1984, Paris, p. 8 ; BERNARDINI R., *L'intention coupable en droit pénale*, Th. Nice, 1976, n° 394 et s.; DECHEIX P., « A côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage de la violence par les agents publics », *D.* 1980, chron. p. 89 ; BENILLOUCHE M., « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005, p. 529 ; MIMIN P., « L'intention et le mobile », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mél. PATIN M., éd. Cujas, 1965, p.119 ; WAGNER E. *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Th. Clermont-Ferrand I, 1976, p. 199 ; Voir aussi MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-droit pénal général*, op. cit., n° 591 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 274 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, op. cit., n° 478 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 383.

¹⁰⁵⁹ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 149 et s., dont les conceptions ont été relayées par TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, n° 352 ; Voir, pour des démonstrations plus anciennes et moins abouties, GAGNIEUR J.- P., *Du motif légitime comme fait justificatif*, Th. Paris, 1941 ; YOTOPOULOS-MARANGOPOULOS A. *Les mobiles du délit, étude de criminologie et de droit pénal suisse et comparé*, Bibli. sc. crim., Paris, 1974, p. 216 et s.

¹⁰⁶⁰ Cf. l'analyse de cette confusion *supra* n°209.

impulsive de la volonté, non la direction univoque de celle-ci. Partant, il relève exclusivement de l'arrière plan psychologique ne modifiant pas l'appréciation de la conduite mais relevant de la personnalisation de la peine¹⁰⁶¹. Il est d'autant plus incompatible avec l'établissement de la responsabilité pénale que les pulsions profondes antérieures à la formation de la volonté ne sont pas imputables à l'agent et que leur légitimité n'est pas appréciable à défaut de transposition matérielle univoque¹⁰⁶². Au contraire, la légitimité du but peut s'apprécier au travers des moyens de réalisation de celui-ci¹⁰⁶³. Or, la théorie du mobile légitime revient à « *la volonté de servir l'intérêt social* »¹⁰⁶⁴. Ce but légitime ne serait pas censé affecter la conscience infractionnelle, ce qui semble quelque peu contradictoire car il se rapporte à la faculté d'appréciation de l'illicéité¹⁰⁶⁵. Les faits justificatifs seraient, ainsi, rattachés à une condition morale de l'imputation artificiellement distinguée d'une condition intellectuelle. « *La responsabilité pénale de l'auteur d'une infraction impliquerait, au-delà d'une certaine lucidité de l'agent sur la portée de son comportement, un état d'esprit antisocial ou immoral* », ce qui paraît fort redondant¹⁰⁶⁶. Par ailleurs, il a précédemment été démontré que le but ne pouvait être appréhendé que par la caractérisation d'un acte recelant la certitude du lien causal¹⁰⁶⁷. A cet égard, les tenants de la justification en tant que cause de non-imputabilité fondée sur le but d'utilité sociale poursuivi admettent, eux-mêmes, la nécessité de critères matériels de caractérisation¹⁰⁶⁸. C'est bien l'aveu que si but légitime il y a, il existe également une possibilité de constater objectivement une action au service du bien commun, reflétant l'état d'esprit de l'agent. Or, si l'on parvient à établir objectivement la licéité de l'acte, le fait générateur fait défaut, de sorte que plus rien ne justifie de se tourner vers des données subjectives de la responsabilité.

245. L'absence de légitimité propre du but. Le détour par la notion de mobile devient inutile, dès lors qu'il est proposé de mesurer la légitimité du but à l'aune des critères objectifs que sont la nécessité et la proportionnalité de l'acte¹⁰⁶⁹. Lorsque ces critères font défaut, le but qui ne peut plus être qualifiée de légitime, est totalement indifférent.

¹⁰⁶¹ Cf. *supra* n° 160.

¹⁰⁶² Cf. *supra* n° 113.

¹⁰⁶³ Cf. *supra* n° 111.

¹⁰⁶⁴ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 157.

¹⁰⁶⁵ Voir pour l'affirmation de l'absence d'affection de l'élément psychologique de l'infraction, *ibid.*, n° 133 ; TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, n° 352.

¹⁰⁶⁶ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 167.

¹⁰⁶⁷ Cf. *supra* n° 209.

¹⁰⁶⁸ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 157.

¹⁰⁶⁹ Voir en ce sens STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 179.

2) L'indifférence des buts non relayés par des actes légitimes

246. Les illustrations jurisprudentielles. Le but légitime ne peut fonder la justification, s'il ne transparaît pas dans sa mise en œuvre. C'est dire avec un auteur que si la volonté d'échapper à un danger ou d'obéir aux injonctions légales est justificative en elle-même, « *il n'y a pas de raison de refuser l'impunité en cas de fait justificatif putatif* »¹⁰⁷⁰. Par ailleurs, la proportionnalité de l'infraction au péril encouru semble suffire à la démonstration d'un but légitime, pourtant, s'il existait un recours légal, la responsabilité sera acquise¹⁰⁷¹. Ainsi, le but d'alerter l'opinion publique sur des risques sanitaires et environnementaux peut être considéré comme légitime et proportionné à la destruction de plans de riz génétiquement modifiés mais un tel recours n'a pas été jugé nécessaire dans une société démocratique¹⁰⁷². De même, l'état de nécessité a été refusé à des squatters d'immeubles ayant négligé les moyens légaux de relogement¹⁰⁷³, ce qui témoigne encore de la prévalence des moyens sur le but, dans l'appréciation de l'intérêt social. En outre, le refus de vente de contraceptifs ne peut être justifié dès lors qu'il « *est opposé au nom de convictions personnelles qui ne peuvent constituer, pour des pharmaciens auxquels est réservée la vente des médicaments, un motif légitime au sens de L. 122-1 (du Code de la consommation)* »¹⁰⁷⁴. La liberté de conscience et de religion, cède face à des impératifs de santé publique. Dès lors que les pharmaciens ont le monopôle de la vente de médicaments, une telle restriction d'accès semblerait disproportionnée¹⁰⁷⁵.

De manière moins explicite, la chambre criminelle a approuvé le rejet de l'exception de « *motif légitime* » motivé par le fait que la diffusion des failles de sécurité présentait « *un risque d'utilisation à des fins de piratage* », en dépit du but d'information¹⁰⁷⁶. En réalité,

¹⁰⁷⁰ *Ibid.*

¹⁰⁷¹ Voir Bourges, 21 nov. 1996, *Rev. jur. Centre Ouest*, sept. 1997, n° 20, p. 213 ; T. corr. Troyes, 24 mai 1978, *JCP* 1979. II. 19046 (2^{ème} esp.), note BOUZAT P. ; T. corr. Avesnes-sur-Helpe, 19 nov. 1958, *JCP* 1959. II. 11366, note LAPLATTE.

¹⁰⁷² Voir Crim. 19 nov. 2002, *D.* 2003. 1315, note MAYER D. ; 7 fév. 2007, *D.* 2007. 573, obs. DARSONVILLE A. et *ibid.* 1310, note FELDMAN J.-P.

¹⁰⁷³ T. corr. Brest, 20 déc. 1956, *D.* 1957, *jurispr.* p. 348 ; Paris, 5 avril 2001, *Juris-Data* n° 2001-144548.

¹⁰⁷⁴ Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 273, *JCP G* 1999. II. 10163, comm. FREUND F., *RTD Com.* 1999. 526., obs. BOULOC B., où l'auteur déplore que la Cour n'ait pas reconnu à la liberté de conscience une fonction justificative.

¹⁰⁷⁵ Cependant la France n'est pas à l'abri d'une condamnation car la loi ne peut contraindre un individu « *à une adhésion contraire à ses convictions personnelles* » (CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou et a. c/ France*, § 117 : www.dhcour.coe.fr.)

¹⁰⁷⁶ Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 2009, *AJ.* 2935, obs. DARSONVILLE A., *D.* 2009. 806, note LASSERRE CAPDEVILLE J., *RSC* 2010. 178, note FRANCILLON J., *AJ pén.* 2010. 79, obs. ROYER G., *JCP G* 2010. 19, note LEPAGE A., *Dr. pén.* 2010, comm. 3, VERON M.

l'arrêt d'appel avait motivé le rejet du motif d'information tant par le risque de piratage que par la conscience que l'auteur devait en avoir en tant que professionnel. Les moyens très risqués de l'information sur l'insécurité paraissaient pourtant pleinement suffire à rejeter la justification¹⁰⁷⁷. La Cour de cassation fait néanmoins droit à cette double motivation « *dès lors que la constatation de la violation sans motif légitime et en connaissance de cause, de l'une des interdictions prévues par l'article 323-3-1 du code pénal implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée (...)* »¹⁰⁷⁸. L'analyse est ambiguë, en ce qu'elle mêle l'absence de motif légitime et d'obstacle à l'intention. Néanmoins, la formule était sans doute dictée par l'un des moyens du pourvoi qui contestait maladroitement l'intention spécifique de diffuser les informations dans le but de permettre le piratage. Or, l'acte étant dirigé vers ce résultat, la conscience qui en découle ne pouvait être contestée que par une cause de non-imputabilité¹⁰⁷⁹. Les circonstances objectivement trompeuses quant à l'appréciation extrinsèque, comme intrinsèque, de l'acte, peuvent s'analyser en causes de non-imputabilité opérant *in personam*. Elles lèvent, en effet, la présomption d'exercice d'une volonté éclairée qui suppose la conscience de la typicité mais surtout de l'illicéité de l'acte¹⁰⁸⁰. En principe, la conscience de la typicité emporte celle de l'illicéité. Par exception, la conscience de l'illicéité sera combattue par des circonstances extérieures à l'atteinte typique¹⁰⁸¹. Il s'agit d'un simple parallélisme entre les conditions d'appréciation objective de l'illicéité et la présomption subjective de rattachement à l'auteur censé être en mesure d'apprécier son acte. La présomption d'imputabilité sera, ainsi, renversée par la démonstration de la discordance entre l'accomplissement d'un fait présumé illicite et la conscience que pouvait en avoir l'agent. Quoiqu'il en soit, l'absence de justification dans toutes ces hypothèses montre que le critère décisif est résolument objectif.

¹⁰⁷⁷ Voir en ce sens DARSONVILLE A., obs. ss. Crim., 27 oct. 2009, *D.* 2009, *AJ.* 2935.

¹⁰⁷⁸ Pour une critique de la confusion entre « *mobile et intention* », Voir LEPAGE A., note ss. Crim., 27 oct. 2009, *JCP G* 2010. 19.

¹⁰⁷⁹ Cf. *supra* n° 214 et s.

¹⁰⁸⁰ Cf. *supra* n° 231.

¹⁰⁸¹ L'illicéité se déduit de la typicité mais elle peut être contestée par des circonstances légitimes extérieures à la typicité, Cf. *supra* n° 232.

Conclusion du chapitre I

247. Absence d'effet du motif légitime sur les composantes de la responsabilité dépourvues de jugement de valeur. Pour qu'il puisse être question de justification, il faut qu'il y ait un comportement illicite à légitimer. A tout vouloir considérer comme illicite dans la responsabilité, l'infraction a perdu de sa spécificité et les effets de la justification se sont dispersés. Les circonstances justificatives extérieures à la description de l'infraction sont, parfois, perçues comme faisant obstacle à sa constitution matérielle, particulièrement en présence d'infractions d'imprudence ou de faits justificatifs spéciaux. La justification a pu, également, être rapprochée des circonstances contraignantes ou trompeuses, faisant pourtant obstacle à l'imputabilité de l'infraction à son auteur. Enfin, les causes d'irresponsabilité objectives et subjectives sont si mal distinguées que l'on tend à considérer que l'utilité sociale de l'acte ne suffit pas, à défaut d'une conscience justificative, alors que l'objet du reproche a disparu. Ce qui revient à vouloir imputer inutilement un fait licite pour le justifier. Le but légitime peut même être conçu comme se substituant à l'utilité objective de l'acte, alors que l'illicéité demeure.

La vérification de l'absence d'effet du motif légitime sur les composantes de la responsabilité permet d'offrir une vision unifiée du mécanisme justificatif qui n'a pas de sens sur les conditions ne requérant aucun jugement de valeur. Il convenait au préalable de rechercher le véritable objet de la présomption d'illicéité que la justification peut renverser. La présomption d'illicéité attachée à l'infraction porte essentiellement sur l'atteinte matérielle décrite qui est le seul élément de la responsabilité à devoir être prouvé par les autorités de poursuite. La pleine conscience de l'acte est présumée au titre de l'imputabilité et aucun jugement de valeur ne peut être porté sur l'état d'esprit pris isolément. Il a été démontré, à cet égard, que les différents types de dols correspondaient seulement à la présomption de volonté libre et éclairée appliquée aux différents types de matérialité exigés. C'est donc l'aptitude causale de l'acte incriminé qui suffit à distinguer des qualifications. La justification n'a, pourtant aucun effet sur la constitution de l'infraction qui est un préalable. Le juge se contente de caractériser la concordance des faits à l'incrimination puisque la loi a déjà apprécié abstraitement l'illicéité du comportement qui s'impose au juge lui-même.

L'infraction strictement conçue fait alors naître deux présomptions, d'illicéité et d'imputabilité qui rendent la responsabilité apparente. Ces présomptions ne doivent pas être confondues car le renversement de la présomption d'imputabilité procède d'un jugement de réalité sur l'aptitude de l'agent à répondre de ses actes. Il s'agit plus précisément d'une appréciation de la normalité de l'atteinte que l'auteur ne pouvait éviter. La contestation de l'illicéité apparaît comme un mécanisme d'exonération qui se rapproche de la non-imputabilité par le renversement de la charge de la preuve et rejoint la non-constitution de l'infraction par sa nature objective, mais qui se distingue des deux pour les mêmes raisons inversées. Le motif légitime n'a d'effet que sur le fondement présumé de la responsabilité pénale qui réside dans l'appréciation de l'illicéité du fait générateur. Il s'agit de renverser la présomption de nocuité sociale de l'acte au regard des valeurs en conflit, issues des circonstances extérieures à celles prévues par l'incrimination.

Chapitre II :

L'effet du motif légitime sur le fondement axiologique de la responsabilité

248. Le lien entre approche légaliste de la justification et dérive subjectiviste.

La fonction justificative ou « légitimante » de certaines circonstances de réalisation de l'infraction fut largement commentée, suivant des déclinaisons qui seraient, dit-on, assez proches¹⁰⁸². Les faits justificatifs procèderaient, d'après la doctrine, d'une résurgence du droit naturel¹⁰⁸³ ou d'une permission de la loi¹⁰⁸⁴. Or, si l'application de la loi est censée être conforme au droit, elle ne l'est pas toujours. C'est particulièrement en matière de justification que le hiatus entre le droit et la loi se fait jour. **En se bornant au concept de légalité, il faudrait d'abord considérer l'infraction en tant qu'atteinte à la loi qui se protégerait elle-même.** Il faudrait, ensuite, envisager la transgression autorisée comme une illégalité conforme à la loi, ce qui revient au règlement d'un conflit de normes. Il n'y aurait, en conséquence, tout simplement aucune infraction à la loi en cas d'autorisation. Au-delà de cette justification formelle, il demeure pourtant bien une atteinte tangible, non pas à la loi, mais à un bien juridique qu'elle protège. La justification provient de ce que la lésion est compensée par la sauvegarde d'un bien juridique égal ou supérieur. La doctrine ne parvient d'ailleurs pas à expliquer la justification autrement que de manière plus substantielle en se référant à l'utilité sociale de l'acte¹⁰⁸⁵ et à son urgente nécessité¹⁰⁸⁶. Cela n'empêche toutefois pas nombre d'auteurs de souscrire, paradoxalement, à l'idée d'une neutralisation de l'élément légal de l'infraction. **Les insuffisances théoriques de cette présentation formelle ont conduit à se tourner progressivement vers une approche plus subjective.** Cette dernière

¹⁰⁸² Voir en ce sens STONESTREET N., *la notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 181 et s.

¹⁰⁸³ ISRAEL N. et GRYN L., *Généalogie du droit moderne – l'état de nécessité*, Payot, 2006.

¹⁰⁸⁴ HUGUENEY L., BOUZAT P., MERLE R. et VITU A., cités par J.-Y. CHEVALLIER, « L'état de nécessité », *Mél. BOUZAT P.*, Pedone, 1980, n° 11.

¹⁰⁸⁵ DONNEDIEU de VABRES H., *Traité élémentaire de droit criminel et de législation pénale comparée*, Sirey, 1947, n° 380, 388 et s.; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, 1997, n° 431 et s.; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 309. Voir aussi FORIERS P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant-Sirey, 1951, p. 321 et s., où l'auteur explique la justification comme résultant du conflit entre les prévisions de la loi et des valeurs ou des intérêts suffisamment importants pour concurrencer la loi pénale. L'acte est alors reconnu socialement utile.

¹⁰⁸⁶ Voir, sur l'incapacité des pouvoirs publics à intervenir utilement pour éviter la commission d'une autre infraction, ORTOLAN J., *Eléments de droit pénal*, t. 1, Paris 1863, n° 419 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 414 ; J.-H. ROBERT, *Droit pénal général*, PUF, 6^{ème} éd. 2005, p. 259.

aboutit à occulter l'utilité objective de l'acte pour justifier l'atteinte que l'agent croyait juste et condamner l'auteur d'une atteinte socialement justifiée, s'il ne l'a pas crue comme telle.

Un tel dévoiement de la théorie de la justification n'est guère conforme à son mécanisme objectif, ni à l'effet *in rem* qui en résulte logiquement. Alors que la justification opère, par principe, sur les faits et non sur la personne de l'auteur, la doctrine, parfois relayée par la jurisprudence, tend à considérer que les participants d'un acte conforme au droit pourraient être inquiétés pénalement comme civilement.

249. Approche substantielle de la justification cohérente avec l'effet *in rem*.

Seule une conception substantielle de l'illicéité permettrait d'obvier de pareilles dérives. **L'illicéité d'un acte doit être envisagée comme sa contrariété au droit, donc aux valeurs que le législateur est censé défendre en humble serviteur.** Ce jugement de valeur fait moins figure de composante de la responsabilité que de raison d'être de celle-ci. En tant que fondement axiologique de la responsabilité, l'illicéité substantielle d'un acte se présume, dès lors qu'il est incriminé. Ce sont, ainsi, les circonstances légitimes plus que la loi qui les prévoit, qui permettent la remise en cause du caractère injuste de l'infraction pleinement constituée. Il convient, à ce titre, d'appréhender la justification en tant que mécanisme objectif de neutralisation du fondement de la responsabilité (section 1). L'étendue de cette neutralisation est alors considérable, qui opère *in rem* (section 2) et non *in personam*, sur toute responsabilité civile comme pénale, à l'égard de tous les participants.

Section 1 : La neutralisation objective du fondement de la responsabilité

250. La nécessaire reconnaissance du caractère fondateur de l'illicéité réelle.

S'il existe un certain consensus autour de la préexistence de l'illicéité formelle, le caractère fondateur de l'illicéité matérielle reste à parfaire. La majorité de la doctrine contemporaine admet, d'une manière ou d'une autre, la préexistence de l'élément légal à l'infraction en ce qu'il traduirait, ni plus ni moins, le principe de la légalité criminelle¹⁰⁸⁷. Son caractère

¹⁰⁸⁷ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 219 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 15^{ème} éd. 2008, n° 430 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 10 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 189 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., n° 296 ; PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 138 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 101 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, 2^{ème} éd. 2006, n°198. Comp. WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité)*, Nancy II, 2003, p. 165 et s, p. 447 ; STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 182 et s.

fondateur est, en effet, exclusif d'une approche en termes de composante de l'infraction et conduit à l'envisager, plus largement, comme « *une condition de la répression* »¹⁰⁸⁸. La discussion essentielle que suscite l'élément légal porte davantage sur sa signification exacte que sur sa position au sein de la responsabilité, relativement éclaircie. **Concept résolument formel, la légalité n'épuise pourtant pas à elle seule la notion d'illicéité qui recèle une indubitable dimension axiologique.** Or, cette dimension dite matérielle ou substantielle de l'illicéité demeure insuffisamment exploitée et lorsqu'elle l'est, c'est son positionnement dans la responsabilité qui soulève craintes et objections. L'illicéité matérielle est, en effet, appréhendée comme composante de l'infraction, souvent au travers d'un élément injuste postérieur à l'élément matériel. L'effort pédagogique n'est pourtant pas incompatible avec une présentation témoignant de ce que l'appréciation de l'illicéité est le fondement même de l'interdit et non une composante à démontrer. **Il s'agit alors de convenir que si l'élément injuste « exprime un jugement de valeur sur la conduite, il n'en constitue pas une partie »**¹⁰⁸⁹. Le positionnement de l'illicéité en tant que fondement de la responsabilité permet de la présumer plutôt que d'avoir à en rapporter la preuve au mépris du principe de légalité.

251. La justification comme renversement de la présomption d'illicéité de l'infraction. Cette position conforte l'idée de neutralisation objective de l'illicéité des faits, plutôt que celle de non-constitution de l'infraction. Au lieu d'éluder la question délicate de l'illicéité et de se rabattre sur une conception plus subjective de la justification, il est apparu moins périlleux pour l'orthodoxie juridique de revoir l'agencement des notions d'infraction et de responsabilité. La notion d'infraction qui a été voulue centrale, s'est diluée à force d'être étendue. C'est lui redonner toute son importance que de reconnaître sa singularité en tant qu'unique objet de la présomption d'illicéité et, partant, unique condition à démontrer de la responsabilité. **Une telle approche permet de privilégier la qualité des liens qu'elle entretient avec l'illicéité et l'imputabilité qu'elle laisse présumer, au détriment de la quantité d'éléments qu'elle renfermerait indistinctement.** Si l'illicéité doit être distinguée de la matérialité infractionnelle à laquelle elle est attachée, ce lien étroit imprime un caractère objectif à l'illicéité comme à sa contestation. Ainsi, les circonstances légitimes permettent la contestation concrète de la raison d'être de la responsabilité, par la seule considération de

¹⁰⁸⁸ AMBOS K., « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des strafprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007 (ss dir. LEBLOIS-HAPPE J.), Société de législation comparée, *Colloques*, Vol. 9, p. 154.

¹⁰⁸⁹ DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. COLIN, 1971, p. 150.

l'utilité sociale de l'acte, et ce, indépendamment de l'état d'esprit de l'auteur qui relève de la question nécessairement secondaire de l'imputabilité de l'acte injuste à son auteur.

Reconnaître l'illicéité comme le fondement présumé de la responsabilité permet de dissiper les craintes à son encontre (§1) et d'envisager la justification comme un mécanisme objectif de renversement du jugement de valeur porté sur l'infraction (§2).

§ 1 : La présomption d'illicéité comme fondement de la responsabilité

252. L'intégration de l'illicéité réelle à l'infraction ou l'entrave à la légalité. Si GARRAUD a eu le mérite d'introduire en droit français le concept allemand d'*antijuridicité* matérielle¹⁰⁹⁰, c'est par une transposition maladroite qu'il l'a érigé en élément injuste de l'infraction. Le régime juridique de la justification est incompatible avec celui de l'infraction, gouverné par le principe de légalité qui impose que ses éléments soient précisés et que leur preuve soit rapportée par l'autorité poursuivante. Cette intégration excessive a prêté le flanc à la critique de la doctrine qui a considéré que « *soutenir qu'une infraction comporte un élément injuste confine au pléonasme ou à la lapalissade* »¹⁰⁹¹. Dès lors que ce prétendu élément constitutif est imprécis et que le juge n'a jamais à l'établir « *l'élément injuste ou antijuridique apparaît comme un mythe* »¹⁰⁹². On le voit, ce concept ne fut pas critiqué en lui-même mais c'est son appartenance à la notion d'infraction qui a suscité le plus d'objections. **La notion allemande d'infraction est plus large que celle de responsabilité**, contrairement à l'approche française¹⁰⁹³. Aussi, les difficultés d'intégration théorique de l'illicéité matérielle sont-elles imputables à des difficultés surmontables de compréhension et d'adaptation des concepts allemands. S'il est vrai que « *la notion d'illicite, d'injustice fait partie du concept même de l'infraction* »¹⁰⁹⁴ c'est en tant que fondement présumé de l'infraction *stricto sensu* et, partant, de la responsabilité qu'elle engendre.

253. La présomption préalable d'illicéité réelle ou le renfort de la légalité. Le consensus plus ou moins explicite, progressivement apparu, quant au **caractère préalable de l'illicéité formelle** tranche avec les incertitudes qui persistent sur le sens et la place à

¹⁰⁹⁰ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913, p. 214 ; Voir aussi *ibid.* t. 2, p. 1-8.

¹⁰⁹¹ JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1991, n° 210.

¹⁰⁹² DECOCQ A., *Droit pénal général*, Armand Collin, coll. U, 1971, p. 149 et s. (« *du caractère mythique de l'élément injuste* »).

¹⁰⁹³ Voir WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 167 et s.

¹⁰⁹⁴ GARRAUD R., *op. cit.*, *loc. cit.*

accorder à sa dimension plus substantielle. En effet, lorsque l'illicéité matérielle est envisagée, c'est pour densifier le contenu de l'infraction et non celui de la légalité. **Or, ce concept axiologique apparaît comme la raison d'être de la légalité elle-même.** A ce titre, la reconnaissance du caractère fondateur de l'illicéité matérielle semble insuffisante et nécessite d'être étayée. En considérant, à l'instar du droit germanique, que l'illicéité formelle laisse présumer de l'illicéité matérielle de la conduite incriminée, sa vérification apparaît comme une garantie supplémentaire pour le justiciable. Ainsi conçue, l'*antijuridicité* relève davantage d'une suppléance que d'une concurrence au principe de légalité criminelle. Un éclaircissement de ces concepts pourrait permettre de redonner tout son sens et son utilité à l'illicéité matérielle en tant que fondement présumé de la responsabilité pénale. Si le concept d'illicéité matérielle demeure réfractaire à toute intégration à l'infraction (A) il semble salubre en tant que fondement présumé de la responsabilité (B).

A) Un concept réfractaire à toute intégration à l'infraction

254. L'embarras de la doctrine française. La théorie de l'*antijuridicité* n'a pas été accueillie très favorablement¹⁰⁹⁵. L'approche française de l'*antijuridicité* est négative et formelle, en ce qu'elle renvoie essentiellement à l'étude des faits justificatifs. Il en ressortirait une certaine inutilité de l'illicéité matérielle dès lors que les faits justificatifs sont régis par la loi qui accorde sa protection à des valeurs essentielles¹⁰⁹⁶. Ce concept a pourtant une vocation plus large. Il vient en renfort, notamment, de l'unité et de la cohérence du système juridique, de l'autonomie du droit pénal¹⁰⁹⁷, de l'interprétation téléologique des incriminations ou de la nécessité des atteintes étatiques aux libertés¹⁰⁹⁸. Séduit par les apports positifs et substantiels de l'*antijuridicité* à la théorie pénale, un courant dissident a voulu rompre avec la tradition positiviste française pour intégrer au sein de l'infraction un élément injuste¹⁰⁹⁹. **Cet effort maladroît d'importation d'un concept isolé de la théorie allemande a été contre-productif puisqu'il a été perçu comme une entorse au principe de légalité criminelle.**

¹⁰⁹⁵ Voir notamment LEPOINTE E., « De l'impunité à la non punissabilité », *D.*, 1978, chron., p. 225 et s., spéc. p. 227; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 241.

¹⁰⁹⁶ Voir, pour des auteurs qui traitent de la justification sans recourir à la notion d'illicéité, DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 15^{ème} éd. 2008, p. 638 et s.; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 399 et s.

¹⁰⁹⁷ Voir WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 71 et s.

¹⁰⁹⁸ Voir particulièrement LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. des thèses, n° 39, 2010.

¹⁰⁹⁹ Voir ROBERT J.-R., *Droit pénal général*, PUF, coll. Thémis, 6^{ème} éd. 2005, p. 250, où l'auteur critique la conception étriquée de l'élément injuste, à l'origine de son insuccès.

L'inconvénient ne tient toutefois pas au concept d'illicéité mais à son incompatibilité avec l'infraction *stricto sensu*. En effet, les concepts allemands d'infraction et de responsabilité ont des singularités que l'on ne peut éluder, ni transposer *in extenso*. L'intégration de l'illicéité matérielle a, par conséquent, oscillé entre carence et excès. Au défaut pur et simple de prise en compte théorique du rôle juridique de l'illicéité matérielle, par sa réduction à l'élément légal (1), s'est opposée son intégration excessive au sein de l'infraction, par le biais d'un nouvel élément injuste (2).

1) La réduction insatisfaisante de l'illicéité à l'élément légal de l'infraction

255. L'insuffisance de la conception formelle au regard du droit positif. L'approche formelle ne suffit pas à expliquer les mécanismes qui gouvernent la justification. Elle ne rend pas fidèlement compte du pouvoir créateur du juge en la matière, ni de la consécration légale de sa liberté d'appréciation des critères de nécessité et de proportion. Partant, la conception de la justification en tant que conflit de normes (a) pour légaliste qu'elle soit, est en dissonance paradoxale avec le droit positif (b).

a) La justification comme conflit de normes

256. La relativité de la loi pénale. Les faits justificatifs témoignent, aux yeux d'une majorité d'auteurs, de la relativité de la loi pénale¹¹⁰⁰. A travers les circonstances justificatives, « *le législateur admet que l'incrimination n'a pas une valeur absolue, et il détermine les cas dans lesquels l'illicéité pénale doit s'effacer, alors même qu'un acte incriminé fut perpétré* »¹¹⁰¹. Il est vrai que l'inapplication ponctuelle de la loi pénale est commandé par le contexte même de réalisation de l'acte incriminé¹¹⁰². La mise en exergue de la détermination formelle du contexte matériel vient, cependant, occulter la prégnance de ce paramètre factuel. En dépit de cet inconvénient majeur, la doctrine explique l'irresponsabilité pénale par la « *neutralisation* » de l'élément légal de l'infraction¹¹⁰³. En raison des objections

¹¹⁰⁰ FORIERS P., *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant-Sirey, 1951, p. 321 et s. ; ROUJOU de BOUBÉE G., « Essai d'une théorie générale de la justification », *Annales de l'Université de sciences sociales de Toulouse*, t. XXX, 1982, p. 11 et s. ; MAYAUD Y., « Ratio legis et incrimination », *RSC* 1983. 597 et s., spéc. n° 27 et s.

¹¹⁰¹ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 182.

¹¹⁰² RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 325.

¹¹⁰³ ROUJOU de BOUBÉE G., « Essai d'une théorie générale de la justification », *préc.*, spéc. p. 20 ; MAYAUD Y., *art. préc.*, *loc. cit.* ; LEPOINTE E., « De l'impunité à la non-punissabilité », *D.*, 1978, *chron.*, p. 225 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, 1997, n° 435, 437 et 440 ; CONTE P. et MAISTRE

évoquées à l'endroit de cet élément, le même mécanisme formel a été reconsidéré à l'extérieur de l'infraction¹¹⁰⁴.

257. La justification comme neutralisation de l'élément légal. Selon la théorie classique de l'infraction, l'incrimination représente l'élément légal à défaut duquel la caractérisation des éléments matériel et moral est privée d'effet. L'obstacle à la constitution de l'élément légal peut avoir deux causes différentes puisque cette condition renvoie autant à l'existence d'une incrimination qu'à l'absence de fait justificatif¹¹⁰⁵. Un acte ordinairement illicite peut être justifié à raison des circonstances, lorsque l'incrimination entre en conflit avec une autre disposition légale¹¹⁰⁶. Nombre d'auteurs n'ont, toutefois, pas manqué de dénoncer l'élément légal comme procédant d'une **confusion entre l'incrimination et l'infraction**. En d'autres termes, l'élément légal ne relèverait pas de l'infraction concrète commise par le délinquant mais de l'incrimination abstraite prévue par le législateur¹¹⁰⁷.

258. La correspondance entre illégalité et illicéité seulement formelle. La notion d'illicéité ou d'*antijuridicité* formelle est issue de l'école allemande¹¹⁰⁸ qui l'appréhende comme la consécration légale d'une règle de conduite préexistante. Il s'agit plus précisément de la contrariété de l'acte avec la norme étatique¹¹⁰⁹. L'*antijuridicité* formelle est conçue comme un aspect objectif de l'infraction, suivant une conception qui l'emporta sur le courant subjectiviste, rivé sur la volonté de désobéir¹¹¹⁰. Aussi l'infraction est-elle présumée contraire à l'état juste des choses que la règle étatique cherche à préserver. C'est dire, avec un auteur, que « *toute infraction par définition contrevient à une interdiction : il s'agit donc*

du CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 241 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 309 ; BOULOC B., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 399.

¹¹⁰⁴ Voir sur cette évolution STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 182 et s. ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 97 et s.

¹¹⁰⁵ Voir GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, *op. cit.*, n° 433 et s. ; Voir aussi MAYAUD Y., *art. préc.*, *loc. cit.*, spéc. p. 437, où l'auteur considère qu'« *admettre que le fait justificatif puisse anéantir, au moment même de sa réalisation, le caractère délictueux de l'acte commis, c'est reconnaître qu'il s'impose comme une composante de l'incrimination, en détruisant ce qu'elle exprime de réprobation* ».

¹¹⁰⁶ Voir, pour cette interprétation du rattachement des faits justificatifs à l'élément légal, ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 98.

¹¹⁰⁷ Voir particulièrement ROBERT J.-H., « Histoire des éléments constitutifs de l'infraction », *préc.*, p. 276.

¹¹⁰⁸ Voir, pour une présentation exhaustive de la théorie de l'antijuridicité, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.* ; J. WALTHER, *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 44 et s. ; V. aussi L. JIMENEZ de ASUA, « L'antijuridicité », *RIDP* 1951. 273 et s., spéc. p. 277 et s.

¹¹⁰⁹ Voir en ce sens WALTHER J., *op. cit. loc. cit.*

¹¹¹⁰ Voir en ce sens STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n°189.

tautologiquement d'un fait interdit »¹¹¹¹, ce qui **correspond au raisonnement binaire en termes de légalité ou d'illégalité. De ce point de vue strictement formel, il n'existe aucune hiérarchisation des infractions** puisqu'elles sont toutes pareillement illégales et que cette contrariété n'est pas quantifiable. Cet aspect de l'illicéité correspond au principe de légalité, conçu classiquement en France comme se rapportant à l'élément légal de l'infraction. En raison de sa préexistence nécessaire à la transgression, il est désormais largement exclu des théories de l'infraction.

259. La justification comme obstacle légal à la qualification. Les réserves suscitées par la division tripartite de l'infraction¹¹¹² ont, dès lors, conduit la doctrine à présenter plus largement la justification comme un correctif de la loi pénale. L'analyse est identique qui se fonde sur l'interaction des textes d'incrimination et des textes de justification au sein de la condition légale de la responsabilité. Les faits justificatifs introduits dans la loi pour préserver la cohérence de la répression, sont autant d'obstacles à la qualification pénale¹¹¹³. Cette présentation aurait le mérite de mettre en relief l'impératif de cohérence et d'unité de la loi pénale¹¹¹⁴. Par conséquent, les faits justificatifs s'associeraient implicitement à chaque texte d'incrimination ou explicitement à un seul, pour déterminer l'illicéité d'une infraction¹¹¹⁵. Une telle focalisation sur l'aspect formel de la justification débouche insidieusement sur l'idée d'une définition négative de l'infraction¹¹¹⁶. Cette conception ne coïncide plus véritablement avec la logique de justification fondée sur l'utilité sociale de l'atteinte dont l'appréciation revient par nature au juge.

260. La reconnaissance légale de la vérification judiciaire de l'illicéité réelle. Le législateur, en ce qu'il raisonne dans l'abstrait, n'est pas le mieux placé pour évaluer concrètement le caractère nécessaire et proportionné d'une atteinte à la valeur sauvegardée. En somme, l'approche légaliste fait fi du considérable pouvoir d'appréciation judiciaire que la loi elle-même consacre en la matière.

¹¹¹¹ PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 229.

¹¹¹² Pour la démonstration du caractère extérieur de l'élément légal et pour l'établissement de son caractère préalable, Cf. *supra* n° 167 et s.

¹¹¹³ En ce sens, voir PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., n° 308 ; DECOCQ A., *Droit pénal général*, op. cit., p. 295.

¹¹¹⁴ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 186.

¹¹¹⁵ En ce sens, voir notamment MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 400.

¹¹¹⁶ Voir, pour un approfondissement de l'idée de définition négative de l'incrimination, ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 100 et s.

b) La dissonance paradoxale des théories legalistes avec le droit positif

261. La nécessité d'une vérification *a posteriori* de l'illicéité matérielle. Le comble de l'analyse négative formelle de l'illicéité est d'assez mal rendre compte de l'état du droit, sauf à méconnaître l'intime collaboration du juge et de la loi. Qu'il s'agisse de l'émancipation du juge à l'égard de la loi dans la découverte ou l'élargissement d'une cause de justification ou plus largement, de l'appréciation judiciaire incontournable en matière de nécessité et de proportion de l'atteinte à une valeur protégée, une lecture résolument matérielle s'impose. Or, la contestation de l'illicéité matérielle ne peut s'effectuer qu'*a posteriori*, en fonction des circonstances concrètes qui échappent par nature au législateur¹¹¹⁷.

262. L'incontestable pouvoir créateur du juge en matière de justification. Le pouvoir de reconnaissance des causes de justification dont use le juge avec parcimonie est séculaire, qui ne s'est pas borné à la création de l'état de nécessité¹¹¹⁸, ni à l'extension du domaine de la légitime défense¹¹¹⁹. Cet édifice prétorien entériné par le Code pénal de 1992 s'étoffe progressivement. La jurisprudence a abandonné le recours au défaut d'élément moral pour fonder l'irresponsabilité pénale notamment en matière de diffamation faite de bonne foi ou de vol dans le but d'assurer sa défense en justice, en employant des critères objectifs qui se rapportent à l'utilité sociale de la démarche¹¹²⁰. En outre, elle affirme clairement qu'« *il n'est pas interdit au juge d'interpréter largement les dispositions d'un texte favorable au prévenu* »¹¹²¹. La loi intègre fréquemment les évolutions jurisprudentielles en gage de son approbation, comme elle l'a encore récemment fait en matière de justification par les droits de

¹¹¹⁷ Pour une démonstration plus aboutie, Cf. *infra* n° 488.

¹¹¹⁸ Voir, sur les dispositions éparses qui pouvaient s'analyser comme une référence implicite à un principe général, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 268 ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale, op. cit.*, n° 124.

¹¹¹⁹ Voir, pour une illustration de l'extension de son domaine en matière de violences contraventionnelles, Crim. 20 nov 1956, *Bull. crim.* n° 761.

¹¹²⁰ Voir, pour l'exception de « bonne foi » dans la diffamation, Civ. 1^{ère}, 17 mars 2011, n° 11-10784, où la Cour reprend les exigences dégagées progressivement par la chambre criminelle. Voir, pour les droits de la défense, Crim., 11 février 2003, *JCP* 2003. I. 162, chron. VERON M., *ibid.* II. 10061, note DREYER E. ; *D.* 2004. 317, obs. DE LAMY B. Voir aussi Crim., 11 mai 2004 (2 arrêts), *RPDP* 2004. 875, chron. SAINT-PAU J.-C. ; *D.* 2004. 2326, note GABA H. ; *D.* 2004. 2779, obs. ROUJOU DE BOUBÉE G. ; *JCP* 2004. II. 10124, note GIRAULT C. ; *RSC* 2004. 635, chron. FORTIS E. ; *RSC* 2004. 866, chron. VERMELLE G. ; *LPA* 2005. 9, chron. COZETTE A. ; *RTD com.* 823, obs. BOULOC B. ; *Dr. pén.* 2004, comm. 122, note VERON M. Comp., s'agissant d'une entrave à la circulation non justifiée par la libre participation à une manifestation sur la voie publique, Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.*, *RPDP* 2005. 638, obs. PIN X. ; *RSC* 2005. 836, obs. VERMELLE G. Voir pour l'absence de preuve de la nécessité du vol à l'égard de la défense en justice, Crim., 10 mai 2005 : *JCP E* 2005. 1879, note DAURY-FAUVEAU M. ; Voir, pour des illustrations plus récentes, Crim., 9 juin 2009, *D.* 2009. 306, note GABA H.-K. ; *RPDP* 2009. 858, chron. FOURNIER S. ; Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85079.

¹¹²¹ TGI Paris, 2 oct. 1998, *JCP* 1998. II. 10189, note DERIEUX.

la défense¹¹²². Mieux, la loi exhorte parfois le juge à prendre la pleine mesure de son office, comme en témoigne l'expansion récente de l'exception indéterminée de « *motif légitime* », offrant toute latitude au pouvoir judiciaire pour apprécier l'illicéité de l'infraction au regard des circonstances concrètes.

263. L'appréciation judiciaire des exigences communes de nécessité et de proportion. Même lorsque le législateur entérine les créations prétoriennes, il laisse au juge un pouvoir considérable d'adaptation à chaque espèce. Dans la majorité des hypothèses légales de justification, en effet, la correspondance des faits avec la définition légale des faits justificatifs ne suffit pas¹¹²³. La légitime défense¹¹²⁴ et l'état de nécessité¹¹²⁵ en témoignent particulièrement qui requièrent expressément l'appréciation judiciaire des conditions de nécessité et de proportion. D'aucuns relèvent, cependant, que certaines autorisations de la loi ne semblent pas subordonnées à cette double exigence et s'analysent en termes de définition négative de l'infraction¹¹²⁶. En cas de silence textuel à cet égard, comme en matière d'autorisation faite aux citoyens d'appréhender l'auteur d'une infraction flagrante¹¹²⁷ ou faite aux gendarmes de recourir à la force armée¹¹²⁸, la jurisprudence précise pourtant que « *l'usage de la force, à cette fin, doit être nécessaire et proportionnée aux conditions de l'arrestation* »¹¹²⁹ ou « *absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce* »¹¹³⁰. Ces exigences prétoriennes manifestent bien la pondération des intérêts en cause et sont bien antérieures à leur consécration légale¹¹³¹. Les exigences de nécessité de l'atteinte et de proportion de l'atteinte à la valeur préservée transcendent des hypothèses de justification¹¹³². En dépit de l'existence de faits justificatifs précis, l'appréciation judiciaire reste irremplaçable, tant il est vrai que le juge est le seul à pouvoir ajuster les textes à l'infinie variété des circonstances. La prolifération de l'exception justificative de « *motif légitime* »

¹¹²² Voir L. n° 2010-1, du 4 janvier 2010, modifiant l'article 35 de la Loi du 29 juillet 1881.

¹¹²³ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 110 et s.

¹¹²⁴ Voir C. pén., art. 122-5.

¹¹²⁵ Voir C. pén., art. 122-7.

¹¹²⁶ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 110.

¹¹²⁷ Voir CPP, art. 73.

¹¹²⁸ En vertu de l'article 174 du décret du 20 mai 1993.

¹¹²⁹ Crim., 13 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 131 ; 28 mars 2006, D. 2006. 2721, note CHAVENT-LECLERE A.-S.

¹¹³⁰ Crim., 18 fév. 2003, D. 2003. 1317, note DEFFERRARD F. et DURTETTE V., *Dr. pén.* 2003, *chron.* n° 22, « *Carton jaune pour les bleus !* » ; Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 77.

¹¹³¹ Voir Crim., 25 juin 1958, *Lesage*, D. 1958, *jurispr.* p. 693, note M.R.M.P. ; JCP 1959. II. 10941, note LARGUIER J. ; RSC 1959, obs. LEGAL A.

¹¹³² Voir HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, Th. Paris XII, 1991, n°63, 270 et s. ; ROUJOU DE BOUBEE G., « Essai d'une théorie générale de la justification », *Ann. Fac. Toulouse*, 1982, p. 11 et s., *spéc.* p. 23 et 24. ; MASCALA C., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4, « *Faits justificatifs – Ordre de la loi* », mai 2002, n° 14 ; et, pour la dimension essentiellement objective de ces conditions tenant à l'acte, Cf. *infra* n° 280.

achève de convaincre de l'incongruité d'une analyse en termes de définition négative¹¹³³. Une chose est d'accorder au juge un pouvoir de vérification exceptionnelle de l'illicéité des faits, une autre serait de lui laisser définir les conditions de l'incrimination.

264. La reconnaissance de l'appréciation concrète de l'utilité sociale. Les faits justificatifs préservent la cohérence de la loi pénale, en ce qu'ils privent d'effet l'infraction, lorsque son utilité sociale concrète rend illégitime toute punition infligée à l'auteur. Or, les tenants de l'approche formelle admettent que loi pénale circonscrit l'illicéité à une atteinte véritable à l'intérêt général, apprécié dans sa globalité¹¹³⁴. Une telle conception de la justification n'est pas si éloignée de celle, pourtant décriée, qui se fonde directement sur l'*antijuridicité* matérielle¹¹³⁵. Cette dernière procède semblablement de la mise en balance de différents biens juridiques¹¹³⁶. Au fond, la doctrine majoritaire française raisonne de la même manière lorsqu'elle avance que l'infraction justifiée est socialement utile. Si la loi est attachée à l'utilité sociale de l'infraction justifiée, comme le prétend volontiers la doctrine majoritaire française, il n'y a qu'un pas à admettre que le juge sert la loi en vérifiant par lui-même l'utilité sociale de l'infraction contestée. Le pas fut plus que franchi par un courant doctrinal intégrant un élément injuste au sein de l'infraction, ce qui semble excessif dès lors que le juge doit prouver positivement l'utilité sociale de chaque infraction.

2) L'élévation excessive de l'illicéité au rang d'élément injuste de l'infraction

265. L'illicéité matérielle en tant qu'élément injuste de l'infraction. S'inspirant de la théorie allemande, une doctrine audacieuse a intégré dans l'infraction un élément injuste¹¹³⁷. Il correspondrait à la violation de l'intérêt socialement protégé par l'incrimination. Subordonner la responsabilité pénale à l'atteinte à l'intérêt social paraît en soi incontestable. L'apport majeur de ce courant réside, justement, dans cet éclaircissement du fondement de la justification. Son analyse en tant que mode de résolution d'un conflit de valeurs protégées

¹¹³³ Pour l'étayage de cette critique, Cf. *infra* n° 427.

¹¹³⁴ Voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 190.

¹¹³⁵ Voir, pour des rapprochements entre la doctrine allemande et française, WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité)*, Nancy II, 2003, p. 219 et s.

¹¹³⁶ Voir WALTHER J., *op. cit.*, p. 80-81 ; LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*.

¹¹³⁷ VOUIN, *Manuel de droit criminel*, LGDJ, 1949, n° 173 ; GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, t. 2, Sirey, 3^{ème} éd. 1914, n° 436 ; LARGUIER J. CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2008, p. 46 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 250 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 2^{ème} éd. 2006, p. 370.

plutôt que d'un conflit de normes, explique mieux l'état du droit et son mode d'évolution. Néanmoins, l'intégration au sein même de l'infraction d'un élément positif correspondant au caractère injustifié des faits ne convainc guère. Ce n'est pas tant son contenu que son positionnement systématique qui est critiquable, tant il paraît excessif d'accorder au jugement de valeur le même régime juridique qu'au contenu de l'infraction.

266. La critique du positionnement de l'illicéité matérielle dans l'infraction.

Faute de lésion d'un intérêt social protégé, l'élément injuste ferait défaut. Pour les uns¹¹³⁸, une telle carence résulterait exclusivement de l'existence d'un fait justificatif mais pour d'autres elle résulterait également de l'absence préalable de l'intérêt protégé¹¹³⁹. Or, il sera établi par la suite que l'absence de la valeur protégée empêche la caractérisation de la matérialité infractionnelle sans qu'il soit besoin de recourir à l'élément injuste¹¹⁴⁰. Il a, en outre, été soulevé « *que la sauvegarde d'une valeur sociale n'empêche pas le sacrifice d'une valeur inférieure* »¹¹⁴¹. On objectera alors qu'il pourrait s'agir de l'exigence d'une lésion de l'intérêt social appréciée globalement ; c'est par ailleurs ce qui ressort des conceptions matérielles les plus élaborées¹¹⁴². Mais, là encore, les détracteurs de l'élément injuste considèrent qu'il devient inutile s'il se rapporte exclusivement à la justification, puisqu'elle relève la loi. Au vu des développements précédents, cet argument mérite d'être largement relativisé. Quoiqu'il en soit, la charge de l'allégation¹¹⁴³ des faits justificatifs repose légalement sur le prévenu, ce qui est incompatible avec leur appréhension en tant que composante négative de l'infraction.

267. La contrariété au principe de légalité criminelle afférent à l'infraction.

La correspondance entre la matérialité et l'incrimination laisse présumer la contrariété à l'intérêt social, de sorte que le comportement infractionnel est réputé injuste. Le ministère public n'a donc pas à rapporter la preuve de sa contrariété au droit, mais seulement de sa correspondance à la loi d'incrimination. Il serait, par ailleurs, contraire au principe de légalité criminelle que la charge probatoire lui incombe, pour des raisons évidentes, précédemment

¹¹³⁸ LARGUIER J. CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2008, p. 48.

¹¹³⁹ Voir ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 249 et s.

¹¹⁴⁰ Cf. *infra* n° 296.

¹¹⁴¹ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 106.

¹¹⁴² Voir pour l'exigence d'une « atteinte à un intérêt protégé », PIN X., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 194.

¹¹⁴³ Voir, sur la distinction entre charge de la preuve et charge de l'allégation, DECOCQ A., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 299 ; PATARIN J., « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956, p. 8.

évoquées¹¹⁴⁴. Un second aspect décisif du régime de l'infraction, afférant encore au principe de légalité, s'oppose radicalement à la reconnaissance de l'élément injuste. Il réside dans l'exigence, posée par l'article 111-3 du Code pénal, d'une définition légale précise de chacun des éléments de l'infraction. Or, les faits justificatifs procèdent d'une appréciation judiciaire, au cas par cas, que permettent les exigences communes de nécessité et de proportion¹¹⁴⁵. En outre, la formulation des faits justificatifs généraux est conçue pour s'adapter à l'ensemble des incriminations. Quant aux faits justificatifs spéciaux, seuls les plus précis d'entre eux pourraient éventuellement satisfaire à l'impératif légal¹¹⁴⁶ mais la plupart d'entre eux requièrent la même double exigence et, partant, une certaine souplesse d'adaptation aux faits. Enfin, l'existence de faits justificatifs spéciaux innommés, c'est-à-dire standardisés sous l'appellation de « *motif légitime* », contreviendrait outrageusement audit principe. On le voit, l'intégration de l'illicéité matérielle à l'infraction est en contradiction ostentatoire avec le principe de légalité ou devient inutile si elle doit s'y plier. Cet écueil est imputable au modèle allemand auquel on emprunte un élément qui ne se conçoit que dans un système particulier.

268. La compatibilité de l'élément injuste avec la notion germanique d'infraction. Le modèle allemand moderne, largement répandu en Europe, se présente comme un système unitaire où toutes les conditions de la responsabilité pénale sont regroupées dans le concept d'infraction¹¹⁴⁷. L'illicéité située chronologiquement entre la typicité et l'imputabilité se présente, certes, comme une composante de l'infraction. Il est également vrai qu'au XIX^{ème} siècle, la doctrine allemande soutenait que le caractère injuste de l'acte devait être prouvé par le ministère public¹¹⁴⁸. Le syllogisme consistait à partir de son obligation d'établir la culpabilité de l'agent, pour considérer que l'absence de justification participait de cette démonstration et conclure que l'on ne pouvait imposer à l'agent d'établir lui-même son innocence¹¹⁴⁹. Plusieurs siècles de réflexions ont cependant nourri et façonné le concept d'injuste (*unrecht*) et on ne peut l'importer sans avoir dûment cerné l'approche de la responsabilité et de l'infraction qui en découle. L'infraction est désormais conçue comme le concept le plus large, apte à inclure des conditions présumées de la responsabilité pénale, telles que celles qui composent l'imputabilité. Contrairement à la tradition française,

¹¹⁴⁴ Cf. *supra* n°169.

¹¹⁴⁵ Cf. *supra* n° 263.

¹¹⁴⁶ Voir pour des illustrations ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 121.

¹¹⁴⁷ Voir WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 8.

¹¹⁴⁸ Voir en ce sens DREYER E., *Droit pénal général*, Litec, 2012, n° 1139 ; ROBERT J.-H., « Histoire des éléments constitutifs de l'infraction », *RSC* 1977. 218.

¹¹⁴⁹ Voir, pour une critique de ce raisonnement, MERLE P., *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. crim.*, 1970, t. IX, p. 26, n° 21.

l'infraction n'y est pas perçue en tant que synonyme d'illicéité puisque le jugement de valeur est dûment distingué de l'objet sur lequel il porte. Le professeur DECOCQ l'avait très justement saisi qui fit observer que l'antijuridicité, à défaut de constituer l'infraction *stricto sensu*, « exprime un jugement de valeur sur la conduite » de son auteur¹¹⁵⁰. La congruence des faits avec l'incrimination laisse présumer ce jugement de valeur négatif. Il n'a donc pas à être établi positivement par le juge mais peut souffrir de la preuve inverse¹¹⁵¹. Si « soutenir qu'une infraction comporte un élément injuste confine au pléonasme ou à la lapalissade »¹¹⁵², tout dépend de la définition que l'on retient de l'infraction. Or, loin de tendre à faire de l'infraction une condition de la responsabilité, la doctrine allemande fait de la responsabilité une composante de l'infraction. Au fond, la typicité, objective ou subjective, est la notion qui se rapporte le plus à la conception française de l'infraction, puisqu'il s'agit dans les deux cas de l'objet du jugement de valeur. Au prix d'une lente évolution, la doctrine française est parvenue peu ou prou à extraire l'appréciation sociale de l'infraction, au moins formellement. Il serait alors regrettable de la réintroduire par le truchement de l'illicéité matérielle qui devrait être indissociable de l'illicéité formelle. **Il faut comprendre que le concept allemand d'infraction tend à perdre de son intérêt en ce qu'il est plus large que celui de responsabilité** (« *Schuld* ») qui se rapporte à l'imputation¹¹⁵³ ou l'imputabilité¹¹⁵⁴ de l'acte. L'écueil de l'intégration de l'élément injuste à l'infraction provient, en conséquence, de ce que l'appréciation formelle et matérielle de l'illicéité n'est pas présentée avant son contenu typique comme fondement de ce dernier. Sont évoquées, à cet égard, des considérations chronologiques qui font prévaloir le moment de la contestation judiciaire du jugement de valeur sur le moment de son élaboration légale. En effet, c'est à partir des constatations matérielles que le juge procédera, éventuellement, au réexamen concret de la lésion de l'intérêt social abstraitement appréciée par le législateur. Les systèmes de tradition germanique admettent, nonobstant, que cette appréciation est fondatrice et première. Ainsi, le fait de présenter l'illicéité après la typicité n'empêche pas un auteur de considérer que la première étape de la qualification de l'infraction consiste « à rechercher le « préalable légal » de l'infraction (le texte d'incrimination), afin de vérifier que les faits concrets correspondent au type »¹¹⁵⁵. En somme, le jugement de valeur légal et abstrait (illicéité

¹¹⁵⁰ DECOCQ A., *Droit pénal général*, op. cit., p. 150.

¹¹⁵¹ Voir en ce sens PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 195.

¹¹⁵² JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1991, n° 210.

¹¹⁵³ Voir pour cette terminologie PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 237 et s.

¹¹⁵⁴ WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 10.

¹¹⁵⁵ PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 135.

formelle), en fonction des valeurs de la société (illicéité matérielle), préexiste à la réalisation matérielle des faits mais sa contestation concrète s'effectuera seulement *a posteriori*.

269. Les difficultés surmontables de transposition de l'illicéité matérielle. Non seulement l'intégration excessive de l'illicéité matérielle au sein de l'infraction heurte frontalement le principe de légalité mais elle a, paradoxalement, nourri les craintes à l'égard de cette notion. Or, on a vu poindre que les difficultés d'intégration de l'illicéité matérielle proviennent essentiellement des problèmes d'importation des concepts allemands dont l'articulation diffère, en dépit de leur synonymie. Ils n'ont pas, du reste, à être reproduits tels quels, d'autant que la théorie française a le mérite de présenter clairement l'illicéité formelle comme concept fondateur. Il est, par conséquent, souhaitable de conserver une présentation de la responsabilité pénale dans l'ordre des conditions légale, matérielle et morale, pour peu que l'on densifie l'appréhension théorique de l'illicéité, conformément au droit positif. Afin d'y parvenir, il faut impérativement éclaircir les malentendus qui entourent la notion d'illicéité matérielle.

B) Un concept salubre en tant que fondement présumé de la responsabilité

270. Une garantie d'utilité concrète de la répression. Les critiques adressées à cette notion oscillent entre dangerosité et inutilité. L'illicéité matérielle suscite les plus grandes craintes, en ce qu'elle s'opposerait frontalement au principe de légalité. Ne pouvant être considérée comme supérieure à la loi, l'illicéité matérielle serait inévitablement confondue avec l'illicéité formelle et perdrait, par là même, toute utilité. Ces objections doivent être battues en brèche, qui reposent sur le mythe de la primauté de l'illicéité matérielle. Un tel malentendu peut être dissipé par son appréhension en tant qu'exigence auxiliaire et non concurrente de l'illicéité formelle (1). En dégagant l'illicéité matérielle de la gangue de l'infraction pour l'envisager comme le fondement indissociable de la légalité, elle peut recouvrer sa pleine mesure et toute son utilité (2).

1) La dissipation du malentendu de la primauté de l'illicéité matérielle

271. Le mythe de la primauté de l'illicéité matérielle. L'antijuridicité ou l'illicéité matérielle désigne, selon la conception germanique, la contrariété de l'acte avec le bien juridique protégé¹¹⁵⁶. Alors que l'illicéité formelle procède de la violation des normes juridiques, l'illicéité matérielle procède de la lésion de valeurs sociales protégées par une norme. C'est dire avec un auteur qu'« *il n'existe de différence réelle entre les deux aspects de l'antijuridicité que si l'on admet que le juste est un bien juridique qui transcende les règles de comportement consacrées par la loi* »¹¹⁵⁷. Il ne faut, pourtant, pas s'y tromper, la loi est évidemment présumée conforme aux règles méta-juridiques qu'elle protège, de sorte que la prétendue supériorité des valeurs sur la loi est à considérablement relativiser. Nonobstant, l'affirmation de JIMENEZ DE ASUA selon laquelle, le « *contenu matériel (antisocial) de l'injuste (...) est indépendant de sa consécration par le législateur ; il est méta-juridique. La règle de droit ne l'invente pas, elle le consacre* »¹¹⁵⁸ a pu faire craindre « *que la loi ne soit pas seule compétente pour fixer la limite entre le juste et l'injuste* »¹¹⁵⁹. Or, que l'utilité de l'illicéité matérielle postule la reconnaissance d'un *juste* supra légal¹¹⁶⁰, ne signifie pas que quiconque autre que le législateur puisse déterminer son contenu *a priori*¹¹⁶¹. Cette prise de hauteur philosophique n'a jamais autorisé le juge à déclarer une loi injuste¹¹⁶². Elle permet, tout au plus, de guider l'interprète dans sa quête de la *ratio legis*. Les commentateurs du Code pénal doivent prendre acte de ce qu'il place certaines valeurs au dessus de la loi elle-même. En témoigne l'intégration récente d'un article 213-4¹¹⁶³ qui proscriit la justification des crimes contre l'humanité par l'ordre ou l'autorisation de la loi comme par le commandement de l'autorité légitime. Une telle loi ne pouvant être déclarée illégale, à peine d'absurdité, elle doit inexorablement être considérée comme injuste. Quoique ponctuelle, cette disposition constitue, à n'en pas douter, la reconnaissance de l'infraction comme atteinte à une valeur ou

¹¹⁵⁶ Voir WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 76 et s. ; LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit.

¹¹⁵⁷ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 190.

¹¹⁵⁸ WALTHER J., op. cit., p. 78.

¹¹⁵⁹ STONESTREET N., op. cit., loc. cit.

¹¹⁶⁰ Voir JIMENEZ DE ASUA L., op. cit., p. 305-306.

¹¹⁶¹ Voir, pour cette affirmation par un auteur qui prend pourtant toute la mesure philosophique de l'idée de juste, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit.

¹¹⁶² Sous réserve de son pouvoir d'écarter les lois inconventionnelles, Cf. *infra* n° 469 et s.

¹¹⁶³ L. n° 2004-800 du 6 août 2004, art. 28-I, où il est expressément fait état de l'impossibilité d'être « *exonéré de sa responsabilité* ».

un bien juridique protégé et non comme violation de la loi¹¹⁶⁴. Par ailleurs, les incriminations se réfèrent toujours à des valeurs, comme le suggère leur classification par le Code pénal selon l'atteinte qu'elles portent à la personnalité, à la vie et à l'intégrité corporelle de la personne, aux biens, à l'autorité de l'Etat, à la défense nationale¹¹⁶⁵...

L'ordre juridique n'a de sens que si l'on admet qu'il sert l'ordre social. C'est précisément parce qu'il est présumé le servir qu'il doit être interprété comme tel. Sans jamais pouvoir s'arroger le pouvoir d'étendre la répression par analogie, le juge en tant que garant des libertés peut, tout au contraire, la contenir dans les limites raisonnables qu'elle est réputée contenir. Aussi, peut-il procéder exceptionnellement à la vérification du caractère injuste de l'acte. Il le fera non seulement de manière négative par la justification des actes présumés illicites mais, plus largement, relativement à la définition positive de l'infraction, en s'assurant de l'existence d'une lésion¹¹⁶⁶. Voilà qui redonne tout son sens au principe d'interprétation stricte en ce qu'il est afférent à l'objet de l'illicéité et non aux garanties licites. Quant à l'œuvre doctrinale, elle ne se conçoit que dans une démarche critique tenant compte de la finalité du droit. La doctrine française a, toutefois, tendance à assumer une certaine neutralité axiologique qui est finalement déjà un parti pris¹¹⁶⁷. Des auteurs particulièrement autorisés ont pu faire grief au concept d'antijuridicité matérielle, en ce qu'il se réfère à des principes supra-légaux, d'être d'un maniement délicat et de relever davantage de la philosophie du droit que de la technique juridique¹¹⁶⁸. Or, la technique juridique a tout à gagner à s'inspirer de la philosophie du droit et, plus généralement, le droit à combattre une spécialisation des savoirs aussi aveugle qu'une science sans conscience¹¹⁶⁹.

272. L'illicéité matérielle comme exigence auxiliaire non concurrente. Les réticences de la doctrine française résident dans la crainte de voir la loi concurrencée par l'appréciation judiciaire. De ce point de vue, *« l'idée d'un 'juste supra-légal' » ne doit pas déboucher sur un recul du principe de la légalité criminelle (...). Le droit n'invente certes pas les valeurs collectives qu'il protège, lesquelles émanent d'un modèle méta-juridique ou, plus*

¹¹⁶⁴ Voir, pour un plaidoyer particulièrement abouti en ce sens, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit.

¹¹⁶⁵ Voir en ce sens WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 158.

¹¹⁶⁶ Voir, notamment, l'appréciation judiciaire du pouvoir trompeur des actes d'escroquerie, MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, n° 772. Pour les aspects positifs de l'illicéité matérielle, Cf. *infra* n° 467.

¹¹⁶⁷ Voir, sur l'impossible neutralité et la critique de l'inclinaison doctrinale devant le droit positif, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 236 et s.

¹¹⁶⁸ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 435.

¹¹⁶⁹ Voir, pour les dérives d'une science coupée de la philosophie, MORIN E., *Science avec conscience*, nouvelle éd. coll. *Points*, 1990.

prosaïquement, politique. Mais on est bien obligé de considérer comme injuste ce qui est incriminé, et cela seul »¹¹⁷⁰. Il s'agit d'un malentendu car nul ne prétend qu'il existe d'autres moyens que l'incrimination pour exprimer, à l'égard de tous, le contenu de l'illicite. Il ne saurait être question de « *juger du caractère injuste d'un acte indépendamment de la légalité qui le déclare tel* »¹¹⁷¹. Le principe de la légalité criminelle garde donc sa place centrale dans l'infraction et le juge ne saurait procéder à la création de l'illicite. Il peut, en revanche, aider à la délimitation cohérente et légitime de l'illicite. Il s'agirait alors d'une garantie auxiliaire du principe de légalité criminelle et non concurrente. Du reste, il n'y a pas de concurrence là où les domaines de compétence sont dûment distingués. A ce titre, on ne peut mettre sur le même plan la détermination abstraite de l'illicite et l'appréciation concrète de l'injuste. Selon la conception allemande, l'illicéité est la contrariété de l'action à une norme ou à l'ordre juridique alors que l'injuste est l'action qualifiée d'illicite¹¹⁷². L'illicéité est une relation abstraite, l'injuste renvoie à l'action concrète. Si le législateur a le monopole de la détermination abstraite de l'illicite, le juge a celui de l'appréciation concrète des faits qu'il est le seul à pouvoir qualifier d'injustes en vertu de son pouvoir d'interprétation des textes. Cette vérification postérieure du caractère injuste des faits, par l'adaptation des textes à chaque espèce, n'est pas usurpée au législateur qui n'est pas en mesure de s'en acquitter. Les offices du législateur et du juge sont donc complémentaires, qui ne jouent pas sur le même registre.

273. Parallèle avec la complémentarité des aspects formels et matériels de la légalité. D'aucuns relèvent, à juste titre, que cette complémentarité de la justice formelle et matérielle n'est pas sans faire écho à la complémentarité des aspects dis « *formels et matériels* » de la légalité¹¹⁷³. « *Le principe de la légalité, aux implications complexes, ne peut se résumer à cette seule expression formelle : la légitimité d'une incrimination ne tient pas seulement à son origine mais aussi à son contenu, au sens où le législateur ne doit recourir à la sanction pénale que dans les hypothèses où elle apparaît strictement nécessaire* »¹¹⁷⁴. Lorsqu'il est question de la nécessité ou de la proportion des peines, il s'agit bien du registre de l'illicéité matérielle. Les exigences d'accessibilité ou de la clarté des textes ressortent encore, en revanche, de la dimension formelle de l'illicéité. La légalité se divise en conditions tenant à l'existence d'une forme requise et à la qualité de cette forme. En somme,

¹¹⁷⁰ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 190.

¹¹⁷¹ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 241.

¹¹⁷² Voir en ce sens WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 12 et s.

¹¹⁷³ Voir en ce sens ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 120, note 908.

¹¹⁷⁴ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., op. cit., n° 89.

l'incrimination répond à une double exigence formelle, relative à la légitimité de sa source et à la qualité de sa forme. En tout état de cause, on a pu faire remarquer qu'au regard de sa source, le principe de légalité semblait aujourd'hui en déclin, mais que paradoxalement il en sortait parfois renforcé¹¹⁷⁵. C'est ainsi que la Cour de cassation a pu, par un contrôle de conventionalité parcimonieux, écarter l'application d'une loi imprécise¹¹⁷⁶. Qu'on considère l'exigence de clarté et de précision comme matérielle ou formelle, elle n'en reste pas moins distincte de l'exigence d'une loi au sens constitutionnel. Nonobstant, il est admis que ces exigences se complètent et se renforcent davantage qu'elles ne se concurrencent. Le législateur en a lui-même pris acte en prévoyant l'irresponsabilité en cas d'erreur de droit invincible. Or, il n'est pas impossible de considérer, à cet égard, que la loi qui n'a pas rempli son office d'accessibilité doit être écartée pour l'espèce en cause. L'erreur de droit devrait alors être examinée sous l'angle d'un vice de la légalité formelle, c'est-à-dire de défaut d'accessibilité de la règle en cause, en cas de défaut de publication notamment¹¹⁷⁷. La présomption de connaissance de la loi demeurerait irréfragable mais il pourrait être excipé de l'inapplicabilité du texte à l'espèce. Mieux, l'obligation ne serait pas opposable aux justiciables que l'Etat n'a pas su prévenir. En somme, l'incrimination est présumée répondre à toutes les exigences formelles de la licéité mais elles peuvent être concrètement contestées. Il en va de même des exigences matérielles.

274. La présomption d'illicéité et renforcement de la légitimité du droit pénal.

En tant que composante de l'infraction, l'élément injuste devrait se plier aux exigences formelles de la légalité ou lui nuire. En le sortant de cette gangue et en lui rendant sa place de fondement présumé de la responsabilité et de raison d'être de la légalité, il peut être considéré comme déduit de l'illicéité formelle. Partant, l'injuste devient un instrument nécessaire de vérification *ex post* de l'illicéité concrète, c'est-à-dire du bien-fondé de l'application de la loi et non de son existence. Cette exigence renforce paradoxalement mais certainement la légitimité et l'autorité de la loi.

2) L'utilité retrouvée de l'illicéité en tant que fondement de la responsabilité

¹¹⁷⁵ REBUT D., « Le principe de légalité des délits et des peines », *RPDP* 2001. 249.

¹¹⁷⁶ Voir notamment *Crim.*, 20 fév. 2001, *D.* 2001, *jurispr.* p. 3001, note WACHSMANN.

¹¹⁷⁷ Voir sur l'admission exceptionnelle de l'erreur de droit, *Crim.*, 11 mai 2006, *JCP G* 2006. II. 10207, note FARDOUX O., *AJ pénal* 2006. 358, obs. LEBLOIS-HAPPE J. (autorisation du délégué du procureur de conduire avec un permis international, en dépit de l'annulation de permis) ; *Crim.*, 24 nov. 1998, *JCP G* 1998. II. 10208, note HOUTMANN M.-H. (application d'un accord collectif négocié sous l'égide du médiateur du gouvernement) ;

275. Les garanties offertes par présomption fondatrice d'illicéité réelle.

GLASER, qui enseigna en Belgique puis en France, proposait déjà de voir la frontière entre le licite et l'illicite comme résultant « *de la nature du droit même comme d'un ordre objectif de la vie sociale (...) Comme illégal, il faut considérer ce qui s'oppose aux préceptes du droit pénal comme tel, mais tout ce qui est contraire aux normes du droit positif en général* »¹¹⁷⁸. Une des conceptions belges de l'infraction se situe précisément au confluent des doctrines française et allemande, qui propose un élément légal « *revu et corrigé* », intégrant l'antijuridicité¹¹⁷⁹. L'intérêt fondamental des travaux belges réside dans la synthèse effectuée à partir de plusieurs influences. L'une d'elles est, par ailleurs, anglo-américaine en ce qu'elle correspond à la distinction bidimensionnelle de l'*actus reus* et de la *mens rea*¹¹⁸⁰. Selon « *Le principe fondamental du droit anglais, commandant le régime de la responsabilité (...) toute infraction exige une culpabilité et non seulement un acte* »¹¹⁸¹. Cette inspiration a le mérite de considérer l'infraction essentiellement comme l'objet du jugement de valeur et non comme le jugement lui-même, à l'instar des évolutions doctrinales françaises¹¹⁸². Cet effort de synthèse mérite d'être poursuivi. Bien que l'influence germanique conduise à tout regrouper sous le concept d'infraction, il faut admettre que ce terme y est conçu comme plus large encore que celui de responsabilité qui n'en est qu'une des conditions, à côté de la typicité et de l'antijuridicité. Il convient pour rester fidèle au sens des mots, d'une langue à l'autre, de considérer les trois conditions classiques françaises comme des conditions de la responsabilité pénale qui est le concept le plus large de notre tradition juridique. En réduisant l'infraction à l'objet du reproche social, il est possible de mieux faire ressortir ses liens et sa différence probatoire avec la raison d'être du reproche et ses modalités d'attribution. Si l'on admet que l'illicéité est le fondement de la responsabilité, elle peut faire l'objet d'une présomption, contrairement aux composantes de l'infraction. L'illicéité matérielle est déduite de l'illicéité formelle dans le respect de la légalité. Néanmoins, pour renforcer la légalité, les circonstances exceptionnelles autorisent le juge à vérifier le caractère injuste de l'acte accompli, ce qui vient garantir l'utilité concrète de la répression, sans s'opposer à son utilité abstraite qui

¹¹⁷⁸ GLASER St., *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, LGDJ, Paris 1957, p. 55, dont l'auteur, professeur en Belgique, fut enseignant à l'Institut des Hautes Etudes Internationales de l'Université de Paris.

¹¹⁷⁹ TULKENS F. et VAN DE KERCHOVE M., *Introduction au droit pénal ; aspects juridiques et criminologiques*, éd. Story-scientia, 1993, p. 197 et s.

¹¹⁸⁰ Voir pour cette conception belge de l'infraction, WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 159.

¹¹⁸¹ FORTIN J. et VIAU L., *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 122.

¹¹⁸² Cf. *supra* n° 167 et s.

perdure. Au demeurant, la doctrine a progressivement reconnu à l'illicéité formelle un caractère non seulement extérieur à l'infraction mais préalable. La même évolution s'impose donc en matière d'illicéité matérielle. D'une part, la cohérence de la notion d'illicéité exige la réunion de ses deux aspects et, d'autre part, la cohérence de la responsabilité implique leur présentation en tant que raison d'être de celle-ci.

276. Une évolution cohérente avec la préexistence de l'illicéité formelle. Hormis la théorie classique des trois éléments de l'infraction¹¹⁸³ et celle qui y adjoint un quatrième élément dit injuste¹¹⁸⁴, les théories qui assimilent l'infraction à la responsabilité pénale considèrent toutes, dans leur grande diversité, que l'élément légal n'est qu'une condition préalable de l'infraction. Ainsi, selon la théorie des trois éléments, matériel, moral et injuste de l'infraction, l'élément légal est évincé pour devenir le préalable légal de la répression¹¹⁸⁵. Il en va de même de la théorie des deux éléments, matériel et psychologique, de l'infraction¹¹⁸⁶. S'agissant des théories qui distinguent l'infraction de la responsabilité, seule celle objective des deux éléments constitutifs de l'infraction y inclut l'élément légal, à côté de l'élément matériel pour les séparer de la catégorie subjective de la culpabilité¹¹⁸⁷. La théorie objective de l'élément unique affine la précédente par l'éviction du préalable légal, mais le comportement infractionnel y est également opposé à une catégorie indépendante, afférente au délinquant¹¹⁸⁸ ou à l'imputabilité¹¹⁸⁹. Enfin, la théorie mixte des deux éléments, matériel et moral, de l'infraction qui renvoie l'imputabilité à l'étude du délinquant, semble elle aussi s'inscrire dans le sens de l'éviction du préalable légal¹¹⁹⁰. Cette dernière présentation dont CUCHE fut l'artisan majeur, en diffusant l'idée de ventilation des conditions subjectives au sein de l'infraction et de la responsabilité fait figure de compromis¹¹⁹¹. A ce titre, elle connut

¹¹⁸³ Voir RENOUT H., *Droit pénal général*, Paradigme, 14^{ème} éd. 2009, 107 et s. ; SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^{ème} éd. 2012, n° 70.

¹¹⁸⁴ Voir LARGUIER J. CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2008, p. 12.

¹¹⁸⁵ Voir RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, op. cit., n° 198 ; PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd. 2012, n° 135, où l'auteur considère qu'« une infraction est constituée lorsque ses modalités concrètes correspondent à un type de conduite préalablement incriminé ».

¹¹⁸⁶ Voir CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 219 ; Y. MAYAUD, *Droit pénal général*, PUF, 2^{ème} éd. 2007, n° 13 et 150 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 15^{ème} éd. 2008, n° 430.

¹¹⁸⁷ Voir MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-droit pénal général*, op. cit., n° 383.

¹¹⁸⁸ Voir PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., n° 296.

¹¹⁸⁹ Voir ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 203.

¹¹⁹⁰ Voir BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 101.

¹¹⁹¹ Voir CUCHE P., *Précis de droit criminel*, 1, Dalloz, 1925 et pour un approfondissement de cette évolution AMBOS K., « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des strafprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007 (ss dir. LEBLOIS-HAPPE J.), Société de législation comparée, *Colloques*, Vol. 9, p. 153.

une certaine postérité puisque, les propositions doctrinales les plus récentes accentuent encore davantage l'omniprésence des aspects subjectifs, tout en reléguant l'élément légal au rang de préalable de l'infraction¹¹⁹². Force est d'admettre que « *la loi ne peut être en même temps source et élément constitutif de l'infraction. Le contenant est nécessairement distinct du contenu* »¹¹⁹³. Qu'elle soit présentée comme le préalable légal, comme la condition préalable de l'infraction ou à travers l'étude de la loi pénale précédant celle de l'infraction, l'illicéité formelle est le plus souvent conçue comme préexistante à l'infraction¹¹⁹⁴. Cette analyse est sans doute l'un des rares points de convergence de la doctrine pénale française avec le fait que les différentes approches de la responsabilité pénale cheminent toutes « *de l'acte au délinquant, des conditions objectives de la responsabilité aux conditions subjectives* »¹¹⁹⁵. Finalement, même les tenants de la théorie classique des trois éléments constitutifs de l'infraction y intégrant l'élément légal, admettent paradoxalement qu'il en est tout à la fois la condition préalable¹¹⁹⁶ ou l'« *élément constituant* »¹¹⁹⁷ opposé aux « *éléments proprement constitutifs* »¹¹⁹⁸. Ce constat rejoint parfaitement les propos de VOUIN qui a déjà affirmé que l'« *on peut exclure l'élément légal parce que la loi pénale se présente exactement comme un agent de la répression. La dire élément constitutif n'est qu'une manière de parler (...) en vue de rappeler le principe de la légalité des infractions* »¹¹⁹⁹.

277. La garantie de libre contestation de l'illicéité au vu des circonstances. S'il semble évident, pour de nombreux auteurs, que l'infraction est un fait illicite¹²⁰⁰, il leur est plus difficile d'admettre que la preuve de l'illicéité soit positivement rapportée¹²⁰¹. Il serait, en effet, contraire au respect de la légalité que le juge vérifie systématiquement le bien-fondé de la sanction des infractions, par la recherche de circonstances justificatives. Il en va autrement lorsque le caractère injuste de l'acte infractionnel est présumé mais que sa

¹¹⁹² Voir pour ces conceptions originales ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 99 ; Voir pour une conception unitaire de l'infraction, STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 184 et s.

¹¹⁹³ DOUCET J.-P., *Précis de droit pénal général*, éd. Faculté de Liège, 1976, p. 51.

¹¹⁹⁴ Voir en ce sens AMBOS K., « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des strafprozesses)*, préc.

¹¹⁹⁵ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-droit pénal général*, op. cit., n° 379, p. 500.

¹¹⁹⁶ SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^{ème} éd. 2012, n° 70 et s.

¹¹⁹⁷ CONTE P. et MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 219.

¹¹⁹⁸ BOULOC B., *Droit pénal général*, 20^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2007, n° 223 (comp. n° 101).

¹¹⁹⁹ VOUIN R., *Manuel de droit criminel*, Paris, 1949, p. 231, cité par ROBERT J.-H., « Histoire des éléments constitutifs de l'infraction », RSC, 1977, p. 276, note 38.

¹²⁰⁰ Voir particulièrement PIN X., « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009/49, p. 103 ; MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 405.

¹²⁰¹ Voir notamment DREYER E., *Droit pénal général*, Litec, 2012, n° 1139.

contestation est autorisée par des circonstances exceptionnelles. Il serait, du reste, inadmissible que le juge ait un pouvoir créateur en matière d'incrimination, mais la découverte de causes de neutralisation de responsabilité ne l'est pas. En ce sens, des auteurs reconnaissent, sans s'en expliquer véritablement, que la conception classique selon laquelle la création d'un fait justificatif relève de la compétence exclusive du législateur¹²⁰² doit être tempérée par l'admission de l'analogie en la matière¹²⁰³. Or, on ne peut nier que le principe de légalité criminelle implique que seul le législateur qui peut créer des incriminations, puisse réciproquement en détruire l'existence¹²⁰⁴. Il ne s'agit cependant pas de détruire une incrimination qui demeure abstraitement nécessaire, mais seulement de considérer qu'en dépit de sa caractérisation, la répression serait concrètement dépourvue de sa raison d'être et, partant, contraire à sa finalité de protection des valeurs¹²⁰⁵. Ainsi, l'analyse formelle développée au nom du principe de légalité procéderait d'un « *contresens* »¹²⁰⁶ car il est censé assurer la protection des citoyens contre les excès de la répression. Si l'on admet que la garantie qu'offre le principe de légalité aux justiciables ne souffre pas de l'analogie *in favorem*¹²⁰⁷, on pourrait admettre que la jurisprudence découvre des causes de justification « *ultra legem* »¹²⁰⁸, comme ce fut particulièrement le cas pour l'exception de bonne foi dans la diffamation¹²⁰⁹, l'état de nécessité¹²¹⁰ et les droits de la défense¹²¹¹. De surcroît, l'indétermination de l'exception justificative de « *motif légitime* » convainc définitivement de la conformité au droit du pouvoir créateur en matière de justification. Il serait donc possible d'admettre que la présomption d'illicéité est le fondement de la responsabilité, au sens où, pour qu'elle soit engagée, l'injustice concrète de l'infraction ne doit pas être contestée. Réciproquement, les motifs légitimes s'analysent en tant que mode de renversement de la présomption d'illicéité qui prive la responsabilité de ce fondement présumé. Ainsi, lorsque l'infraction est socialement utile, elle demeure intrinsèquement constituée mais la nécessité de la sanctionner disparaît. Cette posture rejoint finalement les explications données par la

¹²⁰² *Ibid.* n° 1113.

¹²⁰³ Voir en ce sens PIN X., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 226.

¹²⁰⁴ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 227.

¹²⁰⁵ Pour une analyse plus détaillée, Cf. *infra* n° 517.

¹²⁰⁶ DREYER E., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 1113.

¹²⁰⁷ Voir en ce sens STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 190 et s.

¹²⁰⁸ Voir, sur cette évolution, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 580 ; Cf. *infra* n° 497.

¹²⁰⁹ Voir, sur cette évolution, DREYER E., *Responsabilité civile et pénale des médias*, Litec, 3^{ème} éd. 2011, n° 501 et s., Cf. *infra* n° 537.

¹²¹⁰ Cf. *infra* n° 510.

¹²¹¹ Cf. *infra* n° 540.

doctrine en ce qui concerne le fondement objectif de la justification mais s'en éloigne par sa distinction avec la non-constitution de l'infraction qu'il conviendra d'approfondir.

278. La reconnaissance subséquente de la neutralisation de la responsabilité.

Les insuffisances théoriques de l'approche essentiellement formelle de la justification ont ouvert la voie aux théories subjectives, alors qu'elles sont aux antipodes du mécanisme justificatif et de l'effet *in rem* qui en découle. Seule la levée des malentendus à l'endroit de l'illicéité permet d'accorder à la justification un fondement objectif et cohérent. Considérer l'illicéité comme le jugement de valeur fondant la responsabilité et distinct de son objet permet, en effet, de dissiper les craintes à son égard. Il faut comprendre que le principe de légalité des délits et des peines est, par définition, relatif à l'infraction, en ce qu'elle est l'objet même de la présomption d'illicéité. Elle requiert, à ce titre, le plus haut niveau de garanties. Le jugement de valeur sur l'illicéité, quant à lui, ne peut être considéré comme illicite car il en est le fondement même. Fort de sa légitimité démocratique, le législateur est, en effet, le mieux fondé à procéder à cette appréciation, en fonction des valeurs qu'il découvre, de sorte que les lois qu'il édicte sont présumées conformes aux valeurs préexistantes. Le juge n'est pourtant pas en reste, qui, confronté à des circonstances concrètes non prévues par la loi, est contraint de réajuster exceptionnellement l'appréciation initiale, afin de préserver sa cohérence. L'étude de l'illicéité et de ses liens subtils avec l'infraction permet de mieux cerner la manière dont elle peut être combattue par la justification. En tant que présomption, elle est extérieure à la constitution de l'infraction mais en tant que fondement de la responsabilité, elle a nécessairement des répercussions indirectes sur ses composantes.

§ 2 : Le renversement de la présomption objective d'illicéité

279. Exonération objective d'une responsabilité apparente. Si l'analyse de l'illicéité précise le mécanisme justificatif, il convient de trancher sur la nature objective ou mixte de l'illicéité afin de dégager des critères cohérents de justification. La théorie allemande tend à rejoindre l'ambivalence française à l'endroit des critères de justification, en considérant que l'objet du reproche est objectif et subjectif. Or, la présomption d'illicéité est résolument objective en ce qu'elle porte exclusivement sur la matérialité infractionnelle. En vertu du parallèle nécessaire entre l'objet de la présomption et ses conditions de

renversement, les critères employés doivent être de même nature. Si la notion d'illicéité recelait une dimension objective et subjective, les contraventions ne pourraient être qualifiées d'illicites, faute d'exiger la preuve d'une condition subjective. Leur justification serait pareillement impensable, car les contraventions ne peuvent être contestées subjectivement en dehors de la « *force majeure* »¹²¹². En somme, c'est le rôle de l'illicéité dans la responsabilité, par l'analyse de son objet matériel et de son régime probatoire qui permet de cerner le mécanisme et la finalité de la justification. D'une part et contrairement aux causes de non-imputabilité portant sur la possibilité de l'attribution de l'acte injuste à l'auteur, les critères de justification sont essentiellement tournés vers l'acte car l'infraction, objet de la présomption d'illicéité, est exclusivement matérielle. D'autre part, le régime probatoire de la justification la distingue d'une cause objective de non-constitution de l'infraction donc d'irresponsabilité, pour la rapprocher d'un mécanisme d'exonération de responsabilité. En dépit de leur rapprochement probatoire, la justification peut être définitivement extraite de la gangue des causes subjectives d'irresponsabilité, en admettant que ses critères sont tournés vers l'acte, unique objet du jugement de valeur (A). Inversement, bien qu'objective, la levée de la présomption fondatrice d'illicéité ne doit pas être ramenée à la simple absence de qualification, en raison de leur différence de régime probatoire (B).

A) La distinction entre justification de l'infraction et non-imputation à l'agent

280. La matérialité comme seul objet de l'illicéité et unique instrument de justification. Si l'on admet qu'un jugement de valeur ne peut être porté que sur un acte et non un état d'esprit, la matérialité infractionnelle doit être envisagée comme le seul objet de la présomption d'illicéité. Ce caractère objectif de la présomption d'illicéité permet de comprendre qu'elle ne puisse être renversée que par des critères objectifs tirés de la matérialité des faits. Toutefois, le droit commun de la responsabilité a tendance à assimiler, en France, les notions de faute et d'illicéité. Or, « *à travers la faute, c'est le coupable du fait illicite que l'on détermine* »¹²¹³, de sorte que la faute a besoin de l'illicéité dans sa définition. L'inverse ne se vérifie pas car l'illicéité doit être caractérisée indépendamment de toute considération subjective. La définition que le droit civil français donne de l'illicéité dépend d'éléments d'imputabilité qui la parasitent. Le droit civil d'inspiration germanique permet, en

¹²¹² C. pén. art. 121-3 al. 5.

¹²¹³ BLOCH C., *La cessation de l'illicite (Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle)*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 71, 2008, n° 296.

revanche, de reconnaître que « *l'illicite qualifie le fait de manière objective, sans s'interroger sur les possibilités physiques et psychologiques de l'éviter. La faute impute le fait illicite à l'agent en vérifiant qu'il pouvait connaître et observer la règle* »¹²¹⁴. Cet effort de distinction a largement inspiré les droits privés européens. Un compromis pourrait être dégagé entre ces deux traditions, qui consiste à considérer la faute de manière bidimensionnelle, pourvu que l'on cantonne l'illicite à sa face objective et l'imputabilité à sa face subjective. De ce point de vue, l'illicéité doit uniquement être appréhendée en tant que jugement de valeur porté sur l'acte et sur l'auteur et ne saurait en aucun cas dépendre du jugement de réalité sur ses capacités à l'éviter. Seule cette acception stricte de l'illicéité permet de comprendre que les critères de la justification soient résolument tournés vers l'acte et indifférents à l'état d'esprit de l'auteur. Par conséquent, l'illicéité qui dépend exclusivement de l'appréciation de la nocuité sociale de l'acte (1) permet de borner la justification à l'appréciation de l'utilité sociale de l'acte. (2).

1) L'illicéité réduite à l'appréciation objective de la nocuité sociale de l'acte

281. Une assimilation de l'illicéité à la faute issue du droit privé français. D'après KELSEN, une conduite n'était pas considérée illicite à raison d'une quelconque relation avec une norme métajuridique, mais exclusivement par l'existence d'une sanction de l'ordre juridique¹²¹⁵. S'inscrivant en faux, CAPITANT dissocia l'impératif du coercitif pour définir l'illicite comme la violation d'une règle de conduite impérative que la sanction corrobore¹²¹⁶. Si la norme de conduite préexiste bien à la sanction, sa violation paraît très insuffisante car elle n'est pas, en principe, réprimée pour elle mais pour la lésion qu'elle cause. Des auteurs se sont alors tournés judicieusement vers les effets du fait juridique, afin de caractériser son illicéité. Un fait est illicite dès qu'il a pour effet de léser le droit ou l'intérêt d'autrui. Pour convaincante que paraisse cette définition de l'illicéité, elle fut élaborée, en Belgique, voici près d'un siècle, relativement à la notion de faute *lato sensu*¹²¹⁷. **SAVATIER et JOSSERAND se sont eux-mêmes inscrits dans ce courant pour donner à la faute la définition de l'illicéité qui consiste à « léser un droit sans pouvoir se réclamer**

¹²¹⁴ *Ibid.* n° 257.

¹²¹⁵ Voir KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Trad. EISENMANN C., Dalloz, 1962, p. 152.

¹²¹⁶ Voir CAPITANT R., *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Th. Paris, Dalloz, 1928, p. 93 et s. ; et sur l'irradiation du droit par les règles dites souples, Cf. *infra* n° 514.

¹²¹⁷ LIMPENS J., « *La faute et l'acte illicite en droit comparé* », *Mél. DABIN J.*, II, Sirey, p. 734.

d'un droit supérieur ou équivalent, donc, sans pouvoir invoquer un motif légitime »¹²¹⁸.

L'exception de motif légitime, extérieure à l'imputabilité, fut comprise, à tort, comme ayant trait à une absence non définie d'anormalité. L'imputabilité y demeurant indéterminée, cette conception stricte de l'illicéité fut évidemment considérée comme dépourvue d'intérêt dans la recherche de la faute. Il a été objecté qu'en dépit de son caractère dommageable, une conduite pouvait correspondre à celle de l'homme avisé et, par là même, ne pas lui être reprochée¹²¹⁹. Puisque l'on voulait à tout prix que l'illicéité soit la faute, elle devait, à ce titre, englober l'imputabilité. Proche de la position Belge, celle de STARCK avait, en outre, le mérite de ne pas prétendre définir la faute puisque la théorie de la garantie en est totalement exempte¹²²⁰. Aussi n'eut-elle paradoxalement que peu d'influence sur la notion d'illicéité qui restera jusqu'à nos jours l'apanage de la faute. Le projet de réforme du droit de la responsabilité, dirigé par le professeur TERRE, recèle encore toute l'équivocité de la relation entre l'illicéité et la faute¹²²¹. La proposition de texte qui en est issue pose d'abord le principe selon lequel « la faute consiste, volontairement ou par négligence, à commettre un fait illicite »¹²²². Cet alinéa laisse entendre de manière tout à fait cohérente que la faute dépend de l'illicéité de l'acte et des dispositions psychologiques. L'alinéa suivant dispose, sans craindre la contradiction, qu'« un fait est illicite quand il contrevient à une règle de conduite imposée par la loi ou par le devoir général de prudence et de diligence ». Voilà qui revient à faire dépendre l'illicéité de l'anormalité de la conduite, c'est-à-dire de son imputabilité¹²²³.

282. Une distinction de la faute et de l'illicéité issue du droit privé allemand. La place cruciale qu'accordent les systèmes d'inspiration germanique à la notion de fait illicite contraste fortement avec sa marginalité en droit français¹²²⁴. Le terme est radicalement absent de tous les textes afférents à responsabilité civile à commencer par l'article 1382 du Code civil. Quand le terme figure dans des textes épars, c'est pour renvoyer à la violation objective

¹²¹⁸ JOSSERAND L., *Cours de droit civil français*, II, Sirey, 3^{ème} éd. 1939, n° 426.

¹²¹⁹ Voir, pour les critiques de cette définition, BLOCH C., *La cessation de l'illicite (Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle)*, op. cit., n° 264.

¹²²⁰ Voir STARCK B., *Essai d'une théorie générale de l'illicéité en sa double fonction de garantie et de peine privée*, Th. Paris, L. RODSTEIN, 1947.

¹²²¹ Voir TERRE F. (ss. dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. *Thème et commentaires*, 2011, p. 11 (art. 5).

¹²²² VOIR BLOCH C., *Définition de la faute*, in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, op. cit., p. 101.

¹²²³ Cf. *supra* n° 215 et s.

¹²²⁴ Voir, pour de plus amples développements sur ce constat, MARTY G., « Illicéité et responsabilité », *Mél. JULLIOT DE LA MORANDIERE L.*, Dalloz, 1964, p. 339.

des prescriptions existantes en la matière¹²²⁵. **Le texte général de la responsabilité civile allemande comporte depuis longtemps une référence à l'illicéité, conçue de manière autonome en tant que lésion d'un intérêt protégé, clairement distincte du devoir de réparation dépendant de l'existence d'une faute intentionnelle ou de négligence**¹²²⁶. La négligence y serait, par ailleurs, perçue non comme le manquement à une conduite extérieure et objective mais comme, un pur état d'esprit, une défaillance de la volonté¹²²⁷. En tout état de cause, le fait est illicite lorsqu'il porte atteinte à l'un des droits énumérés par la loi allemande¹²²⁸ ou à une norme de protection. Il est fautif lorsque l'agent savait ou aurait dû savoir que le fait était illicite et qu'il pouvait ou aurait pu agir autrement. La tradition germanique a progressivement irradié la plupart des Codes européens¹²²⁹. La notion objective d'illicéité séparée de l'imputabilité fut très tôt reprise, avec plus ou moins d'adresse, notamment par les droits suisse¹²³⁰, grec¹²³¹, italien¹²³², autrichien¹²³³, néerlandais¹²³⁴. Ce parti pris a le mérite de distinguer clairement l'objet du reproche de ses modalités d'attribution. Néanmoins, la faute ne semble pas se résoudre à l'imputabilité comme le suggère la distinction allemande. Elle se rapporterait davantage à la réunion des deux composantes, objective et subjective, de la responsabilité, de sorte qu'un terrain d'entente pourrait être trouvé entre les deux traditions juridiques, pourvu que l'illicéité soit cantonnée à la dimension objective de la faute¹²³⁵. Selon le droit criminel canadien qui reprend le principe fondamental du droit anglo-saxon, commandant le régime de la responsabilité, « *l'acte ne rend pas*

¹²²⁵ Voir, pour les apparitions sporadiques du terme « *illicite* » dans le Code civil, BLOCH C., *La cessation de l'illicite*, op. cit., n° 259.

¹²²⁶ Voir la traduction de l'article 823 du BGB de l'Office de législation étrangère et de droit international, *Code civil allemand*, LGDJ, 1929 ; reprise par BLOCH C., *La cessation de l'illicite*, op. cit., n° 257 in fine.

¹²²⁷ DELIYANNIS J., *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, LGDJ, 1952, n° 195 et s.

¹²²⁸ BGB, § 823 et s.

¹²²⁹ Voir pour les **Codes pénaux** des pays latins, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit. ; pour les **Codes civils**, BLOCH C., *La cessation de l'illicite*, op. cit., n° 257.

¹²³⁰ Art. 41 al. 1^{er}, Loi fédérale du 30 mars 1911 complétant le Code civil suisse : « *Celui qui cause, d'une manière illicite, un dommage à autrui, soit intentionnellement, soit par négligence ou imprudence, est tenu de le réparer* ».

¹²³¹ Art. 914, C. civ. grec : « *Celui qui a provoqué à un autre un préjudice d'une manière illicite et coupable est tenu de le réparer* » (trad. DELIYANNIS J., *Th. préc.*, p. 338).

¹²³² L'article 2043 du Code civil italien dispose que tout fait intentionnel ou imprudent qui cause à autrui un dommage injuste, oblige l'auteur à le réparer (MARTY G., *art. préc.*, p. 341).

¹²³³ Art. 1294, ABGB (C. civ. autrichien) : « (...) *La lésion illicite se produit volontairement ou involontairement* (...) » (trad. DELIYANNIS J., *Th. préc.*, p. 335).

¹²³⁴ Art. 1401, C. civ. néerlandais : « *Tout fait illicite à la suite duquel un préjudice est provoqué à autrui, oblige celui qui en est coupable à le réparer* » (trad. DELIYANNIS J., *Th. préc.*, p. 341) ; Art. 6.3.1, C. civ. néerlandais : « *Est réputé acte illicite, toute atteinte à un droit et tout acte ou abstention contraire à une obligation légale, ou à ce qu'il convient de faire en société conformément au droit non écrit, sauf motif de justification* » (trad. LIMPENS J., *art. préc.*, p. 726).

¹²³⁵ Cf. *infra* n° 283 et s.

(l'auteur) coupable à moins que (son) état d'esprit ne soit coupable »¹²³⁶. Cette maxime pose le principe que toute responsabilité pénale exige au-delà de l'acte répréhensible (*actus reus*), la démonstration d'une culpabilité (*mens rea*), ce qui n'est pas si éloigné de la conception proposée de la double dimension de la faute.

283. Le compromis de l'illicéité comme composante objective de la faute. Sans doute influencé par le droit allemand, PLANIOL avait cherché à dresser un inventaire des devoirs préexistants¹²³⁷. Cette démarche fut considérée illusoire, comme le fut aussi le recours à la notion d'illicite : « *Il y a du verbalisme répétitif dans cette définition : quand un fait est-il injuste ou illicite ? Quand il est fautif. Quand un fait est-il fautif ? Quand il est injuste ou illicite* »¹²³⁸. Pour nombre d'auteurs, mieux vaudrait définir la faute comme l'écart de conduite que n'aurait pas commis l'homme avisé¹²³⁹. Elle est pourtant considérée par d'autres comme la violation illicite d'une règle préexistante¹²⁴⁰. **Or, la comparaison aux qualités de l'homme moyen est bien d'essence subjective et n'entraîne aucune sanction en l'absence de lésion.** Cette conception de la faute, *stricto sensu*, et non de l'illicéité, est confortée par l'article 4-101 des *Principes de droit européen de la responsabilité*¹²⁴¹ définissant la faute comme la violation intentionnelle ou par négligence de la « *règle de comportement standard* ». L'article 1382 du Code civil disposant que « *Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer* » sans préciser où réside l'illicéité, a été interprété comme assimilant l'illicéité à la faute. **Il n'est, cependant, pas impossible de considérer que l'illicéité procède du lien de causalité unissant l'acte au dommage.** Cette approche s'inspire d'une théorie suisse n'ayant connu qu'un succès d'estime, qui considérait que tout acte dommageable non autorisé était illicite¹²⁴². C'est bien la lésion injustifiée qui est illicite et elle serait réputée imputable à son auteur ou anormale, jusqu'à preuve contraire. En d'autres termes, le dommage redouté serait présumé comme résultant d'un écart de conduite sauf preuve de l'impossibilité pour le

¹²³⁶ FORTIN J. et VIAU L., *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982, p. 122.

¹²³⁷ Voir sur ce point, BERG O., « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », RTD civ., 2006, p. 57, n° 15-16.

¹²³⁸ MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations, Droit civil*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2011, n° 52.

¹²³⁹ Voir notamment FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations-Le fait juridique*, t. 2, A. Colin, 12^{ème} éd. 2007, n° 98 ; DEJEAN DE LA BATIE N., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ 1965.

¹²⁴⁰ Voir notamment BLOCH C., *La cessation de l'illicite*, op. cit., n° 264.

¹²⁴¹ Elaborés le 16 octobre 2004 par l'European group on tort law, Voir, pour la version française, www.egtl.org.

¹²⁴² Voir DARBELLAY J., *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et pénal*, Ed. univ. Fribourg (Suisse), 1955, p. 56 et s.

standard moyen de l'éviter¹²⁴³. Le rapport CATALA proposait justement d'introduire expressément les notions d'illicéité et d'imputabilité : « *Tout fait illicite ou anormal ayant causé un dommage à autrui oblige celui à qui il est imputable à le réparer* »¹²⁴⁴. Cependant, l'adjonction alternative de l'anormalité à l'illicéité est bien l'aveu qu'elle est encore le synonyme de faute. **Il eut été préférable de proposer : « *Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage est présumé illicite, sauf motif légitime, et oblige celui à qui il est imputable à le réparer* ».**

Loin d'être ramené à l'imputabilité, l'écart de conduite ou l'anormalité, est conçu comme la dimension objective de l'illicéité¹²⁴⁵ alors qu'il s'agit de l'attribution subjective du fait illicite à l'auteur. L'entêtement à ramener l'illicite au fautif conduit à considérer les faits générateurs de responsabilité sans faute, comme dépourvus d'illicéité¹²⁴⁶. Ces responsabilités dites *anormatives* procéderaient d'activités humaines licites mais dommageables et seraient notamment engagées en vertu d'une loi mécanique de cause¹²⁴⁷. Or, **l'aptitude causale à la lésion est le siège même de l'illicéité de sorte que les faits générateurs de responsabilité sans faute pourraient être considérés comme illicites bien que leur imputation se fonde sur des concepts distincts de celui de faute.**

284. La transposition en droit pénal : illicéité et imputabilité englobées par la culpabilité. Imprégnés de l'approche civiliste, les pénalistes français ont souvent tendance à induire l'illicéité de la faute. De ce point de vue, la responsabilité pénale est conçue comme venant sanctionner un « *comportement socialement répréhensible, c'est-à-dire différent de celui qu'aurait accompli un modèle normal de comportement (...) cette condition manque lorsque « l'élément injuste » fait défaut* »¹²⁴⁸. Or, **la comparaison avec le bon père de famille ne permet en aucun cas de déterminer la nocuité sociale de l'acte mais seulement la capacité de l'éviter.** On en voudra pour preuve la possibilité pour le bon père de famille de commettre un acte antisocial en raison de circonstances contraignantes ou trompeuses, comme dans l'hypothèse où il aurait pu objectivement croire à une agression injustifiée pour risposter à l'encontre d'une victime innocente¹²⁴⁹. Pourtant, d'aucuns considèrent que l'élément matériel nécessite exceptionnellement d'être précisé par le recours au standard

¹²⁴³ Cf. *supra* n° 215 et s.

¹²⁴⁴ Art. 1340 proposé en remplacement de l'art. 1382 C. civ. : www.henricapitant.org.

¹²⁴⁵ Voir notamment BLOCH C., *La cessation de l'illicite*, *op. cit.*, n° 293 et s.

¹²⁴⁶ Pour plus de détails sur cette question, Cf. *infra* n° 332 et s.

¹²⁴⁷ *Ibid.*

¹²⁴⁸ MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, n° 433.

¹²⁴⁹ Cf. *supra* n° 225 et s.

moyen et que « *cette appréciation, qui permet d'établir le caractère répréhensible du comportement adopté, établit par la même occasion l'antijuridicité matérielle de ce même comportement et s'oppose ensuite à ce que l'élément injuste puisse à nouveau être examiné au titre des faits justificatifs* »¹²⁵⁰. Cette appréciation doit, tout au contraire, se cantonner aux conditions subjectives de la responsabilité. Le même consensus relatif à l'articulation de la faute et de l'illicéité en droit civil pourrait être dégagé en droit pénal, qui consisterait à ce que la culpabilité englobe l'illicéité et l'imputabilité. La faute serait ainsi appréhendée comme ayant deux aspects, objectif et subjectif. **Mais, c'est bien la culpabilité qui procède de l'illicéité et non pas l'inverse.** L'illicéité peut, par ailleurs, être caractérisée indépendamment de l'imputabilité et partant, de la culpabilité, la réciproque n'étant pas vraie. L'illicéité procède d'un jugement de valeur¹²⁵¹ sur la contrariété de l'acte au droit et l'imputabilité d'un jugement de réalité sur la possibilité d'éviter l'acte illicite. Il y aurait, d'une part, un objet du reproche apprécié indépendamment de l'auteur et de l'autre, une condition subjective de rattachement à un auteur, sans laquelle il ne saurait être question de faute. C'est dire, avec une doctrine d'inspiration germanique, que « *deux opérations étroitement mêlées sont donc nécessaires pour établir la culpabilité de l'auteur de l'infraction et sa punissabilité : la qualification et l'imputation* »¹²⁵².

Néanmoins, le droit pénal allemand s'est progressivement éloigné de ses préceptes civils pour se rapprocher du droit français, l'opération de qualification qui présume de l'illicéité des faits ayant, au surplus, une dimension subjective. Or, il semble que l'objet du blâme social ne puisse être qu'un acte et non une volonté humaine qui permet seulement d'adresser le reproche. Il serait philosophiquement contestable de procéder à un jugement de valeur sur la personne de l'auteur. On peut, en revanche, reprocher une conduite à une personne et la punir *pour* son comportement. La volonté qui sous-tend, par principe, les faits humains n'a de coloration négative que par le truchement d'un acte objectivement lésionnaire. **Il est, dès lors, difficile de souscrire aux conceptions extrêmes d'un auteur selon lequel l'imputabilité conditionne la condamnation en tant qu'« appréciation négative de l'agent pénal »**¹²⁵³. Il ne saurait en aucun cas s'agir de la « *non-valeur de la personne de l'auteur en tant que tributaire d'un système de valeurs sociales protégées par un ordre social donné* »¹²⁵⁴. D'autres avaient envisagé, dans la même mouvance, l'imputabilité à travers le

¹²⁵⁰ MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, op. cit., n° 412.

¹²⁵¹ A l'instar de la responsabilité civile.

¹²⁵² PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 137.

¹²⁵³ DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, p. 48.

¹²⁵⁴ *Ibid.*

concept de « *sub-socialité* » de l'auteur¹²⁵⁵, laquelle s'apparente à une conception subjective de l'*antijuridicité*. Toute approche en termes de jugement de valeur de l'auteur de l'infraction semble, pourtant, irrecevable. Si la culpabilité est connotée négativement, c'est simplement qu'elle reflète l'illicéité du comportement.

285. La cohérence entre l'objectivité de l'illicéité et de sa contestation. Le fait d'avoir introduit des considérations subjectives dans la détermination de l'illicéité a perturbé la cohérence de la responsabilité pénale et, par là même, de sa justification. **Le recours à la comparaison au standard de référence pour apprécier la nocuité sociale de l'acte est un non-sens.** Cet élément d'imputabilité pervertit l'illicéité au point de parvenir à justifier des comportements objectivement injustes mais non imputables subjectivement, tels que les hypothèses de justification vraisemblable¹²⁵⁶. Or, la jurisprudence elle-même tend à remettre en cause la dimension subjective de la justification en matière d'exception de bonne foi dans la diffamation, de droits de la défense et d'autres motifs légitimes¹²⁵⁷. En outre, si l'illicéité recelait une quelconque dimension subjective, il faudrait admettre que les contraventions qui constituent un pan considérable du droit pénal, ne sont pas illicites et qu'elles sont insusceptibles de justification. En effet, l'improbable objet subjectif de la présomption d'illicéité ferait défaut, faute de pouvoir établir positivement ni même contester leur élément moral. La présomption d'illicéité ne pourrait naître de la seule réalisation des faits incriminés et ne pourrait *a fortiori* être combattue par les circonstances justificatives. L'exception de motif légitime dont les contraventions sont pourtant le domaine privilégié¹²⁵⁸, ne pourrait être interprétée en tant que fait justificatif. Il ne pourrait s'agir, à plus forte raison, d'un élément constitutif négatif et subjectif, puisque les contraventions en sont dépourvues positivement¹²⁵⁹. Il s'agirait alors d'un élément constitutif négatif mais objectif qui serait entièrement laissé à l'appréciation du juge. Or, il a été démontré que si cette liberté servait le principe de légalité quant à la vérification concrète de l'illicéité, elle le desservirait outrageusement quant à la description abstraite des actes réputés illicites¹²⁶⁰. Enfin, si l'on admet que l'illicéité est objective, le recours à des considérations d'imputabilité pour la combattre apparaît comme nul et non avenue. **Sauf à admettre l'inouïe nécessité d'imputer**

¹²⁵⁵ Voir particulièrement DASKALAKIS E., *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 18.

¹²⁵⁶ Cf. la critique de l'admission du motif légitime vraisemblable, *supra* n° 225.

¹²⁵⁷ Cf. *supra* n° 286 et s., *infra* n° 536 et s.

¹²⁵⁸ Cf. *infra* n° 444 et s.

¹²⁵⁹ Pour l'analyse de faute contraventionnelle, Cf. *infra* n° 445 et s.

¹²⁶⁰ Cf. *supra* n° 266.

un fait licite, il convient de se résoudre à l'adoption de critères purement objectifs de justification comme y invite le code pénal.

2) La justification réduite à l'appréciation de l'utilité sociale de l'acte

286. L'appréciation de la nécessité et de la proportion au regard des moyens.

Les dispositions légales relatives aux faits justificatifs généraux disposent invariablement que n'est pas pénalement responsable la personne qui « *accomplit un acte* », de sorte que l'irresponsabilité s'apprécie toujours au regard de l'acte, qu'il soit « *prescrit ou autorisé par les dispositions législatives ou réglementaires* »¹²⁶¹, « *commandé par l'autorité légitime* »¹²⁶², « *commandé par nécessité de la légitime défense d'elle-même ou d'autrui* »¹²⁶³, « *strictement nécessaire* »¹²⁶⁴ à la défense d'un bien ou « *nécessaire à la sauvegarde d'une personne ou d'un bien* »¹²⁶⁵. Ainsi, c'est bien l'acte et le résultat effectif qui doivent être nécessaires à la sauvegarde d'un intérêt protégé. Il en va de même s'agissant de l'exigence de proportion de l'acte à la gravité de l'atteinte encourue. Dans l'hypothèse du commandement de l'autorité légitime, l'irresponsabilité est acquise « *sauf si cet acte est manifestement illégal* », ce qui implique d'une certaine manière que l'illégalité manifeste serait disproportionnée au regard du devoir d'obéissance. Quant à la riposte nécessaire à l'atteinte injustifiée, elle est expressément justifiée « *sauf s'il y a disproportion entre les moyens de défense employé et la gravité de l'atteinte* » ou pour la défense des biens, sous réserve que les moyens employés soient « *proportionnés à la gravité de l'infraction* ». L'état de nécessité fait pareillement exception de la « *disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace* ».

287. Une évolution jurisprudentielle conforme aux textes. Il est vrai que la jurisprudence a refusé d'accorder le bénéfice de la légitime défense à celui qui a repoussé l'ivrogne qui l'importunait, provoquant la chute mortelle de ce dernier. D'aucuns ont pu y voir la volonté de prise en compte du résultat dans l'appréciation de la défense¹²⁶⁶. D'autres maintiennent que la faible gravité de l'acte était proportionnée à la faible gravité de

¹²⁶¹ C. pén., art. 122-4 al. 1.

¹²⁶² C. pén., art. 122-4 al. 2.

¹²⁶³ C. pén., art. 122-5 al. 1.

¹²⁶⁴ C. pén., art. 122-5 al. 2.

¹²⁶⁵ C. pén., art. 122-7.

¹²⁶⁶ MASCALA C., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-5 et 122-6, « *Faits justificatifs – Légitime défense* », avril 2012, n° 90.

l'agression¹²⁶⁷, d'autant que la Cour a motivé son refus en expliquant que « *la légitime défense est incompatible avec le caractère involontaire de l'infraction* »¹²⁶⁸. Cette motivation vivement contestée en ce que les actes sont par principe volontaires, a par ailleurs été progressivement abandonnée¹²⁶⁹. Depuis lors, la chambre criminelle a eu l'occasion d'insister sur « *le moyen mis en œuvre pour repousser l'agresseur* »¹²⁷⁰ dans une affaire où, certes, le résultat lui-même semblait proportionné. Inversement, dans une affaire où ni l'acte ni le résultat n'apparaissait proportionné, ladite chambre a motivé son refus d'accorder le bénéfice de l'autorisation de la loi à un gendarme, par le « *risque disproportionné* » qu'il a pris pour arrêter un conducteur récalcitrant et qui a provoqué la mort accidentelle de son collègue¹²⁷¹. De la même manière, la Cour précise, dans le silence du texte d'autorisation pour les citoyens d'appréhender un malfaiteur¹²⁷², que « *l'usage, à cette fin, de la force doit être nécessaire et proportionné aux conditions de l'arrestation* »¹²⁷³. Elle avait déjà eu l'occasion de relever expressément qu'indépendamment des blessures occasionnées par un policier en état de nécessité, « *le risque pris* » par celui-ci « *en tirant un coup de feu au sol pour intimider* » un homme dangereux et armé « *apparaît en rapport avec le danger créé par ce dernier* »¹²⁷⁴. Dans un cas d'échanges de coups de poing et nonobstant les conséquences plus graves de l'acte de défense, une cour d'appel a plus récemment admis que la légitime défense s'apprécie au regard des moyens mis en œuvre et non du résultat¹²⁷⁵. De manière moins explicite, la chambre criminelle a approuvé le rejet de l'exception de motif légitime motivé par le fait que la diffusion des failles de sécurité présentait « *un risque d'utilisation à des fins de piratage* », en dépit du but d'information et de l'absence de piratage, pourrait-on ajouter car ce « *risque* » renvoie à la disproportion des moyens¹²⁷⁶.

288. La compatibilité de la pesée des valeurs en cause avec l'indifférence du résultat. Un auteur a judicieusement fait observer que dès lors que la théorie de

¹²⁶⁷ ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 269 et s. ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 734 ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n°129.

¹²⁶⁸ Crim., 16 fév. 1967, *préc.*

¹²⁶⁹ Cf. *supra* n° 240.

¹²⁷⁰ Crim., 11 juin 1997, *Gaz. Pal.* 1997. II. 228.

¹²⁷¹ Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 77.

¹²⁷² CPP, art 73.

¹²⁷³ Crim., 13 avril 2005, *préc.*

¹²⁷⁴ Crim., 16 juil. 1986, *D.* 1988. 390 (2^{ème} esp.), note DEKEUWER A. ; *Gaz. Pal.*, 1987. I, somm. 10.

¹²⁷⁵ Bordeaux, 25 janv 2006, *Cah. jurispr. Aquitaine et Midi-Pyrénées* 2006, n° 3, p. 536, obs. GARCON E.

¹²⁷⁶ Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 2009. *AJ.* 2935, obs. DARSONVILLE A., *D.* 2009. 806, note LASSERRE CAPDEVILLE J., *RSC* 2010. 178, note FRANCILLON J., *AJ pén.* 2010. 79, obs. ROYER G., *JCP G* 2010. 19, note LEPAGE A., *Dr. pén.* 2010, comm. 3, VERON M.

l'*antijuridicité* consistait à comparer objectivement l'intérêt social sacrifié à celui qu'elle tend à préserver, la résolution de ce conflit de valeurs sociales devrait impliquer de tenir compte de la valeur effectivement atteinte par l'infraction¹²⁷⁷. De ce point de vue, il semblerait difficile de justifier le sacrifice de la vie d'un importun au bénéfice de la tranquillité d'un passant ou de son intégrité physique. L'issue proposée consisterait à renoncer à l'analyse objective pour s'attacher au but de l'agent¹²⁷⁸. Opposer à ce point les approches objectives et subjectives semble illusoire, tant il est vrai que le but de l'agent revient à l'aptitude causale de son acte. Il apparaît alors inutile de prendre un détour subjectif pour expliquer les solutions du droit positif. L'illicéité matérielle permet pleinement de comprendre l'importance accordée à l'acte puisque le résultat peut être sans lien avec l'aptitude causale de l'acte. Partant, c'est toujours en référence à lui que les valeurs sont appréhendées.

289. Le parallèle entre illicéité et justification quant à l'appréciation de l'acte.

Il s'agit là de l'expression d'un parallélisme nécessaire entre la détermination législative de l'illicéité et de l'appréciation judiciaire de la justification. Il a précédemment été observé que la hiérarchie des incriminations tenait davantage à l'aptitude causale de l'acte qu'au résultat effectivement engendré¹²⁷⁹. Pareille analyse explique qu'un résultat effectif soit rarement requis et que lorsqu'il est exigé, les peines fulminées en matière de tentative sont identiques à celles des infractions consommées correspondantes. Semblablement, la gradation des peines entre les différentes incriminations requérant la mort d'autrui ne se comprend qu'au regard des divers degrés d'intensité causale exigés. Aussi, le résultat, en ce qu'il procède de paramètres souvent hasardeux, est-il un élément essentiellement secondaire dans la détermination de l'illicéité. On peut lire, ainsi, dans les ouvrages de droit civil que « *l'illicéité est une propriété objective du comportement ; elle implique la constatation que le comportement viole l'ordre juridique* »¹²⁸⁰ et c'est bien la direction de l'acte contre une valeur qui permet ce constat. Or, ce qui vaut pour la détermination de l'illicéité doit, en toute logique, valoir aussi pour la levée de la présomption d'illicéité. En d'autres termes, le juge utilise *a posteriori*, les mêmes modalités objectives d'appréciation de l'illicéité que celles du législateur *a priori*. L'irréductible singularité de l'appréciation judiciaire tient au fait qu'elle s'effectue de manière concrète au regard de circonstances exceptionnelles que ne peut prévoir le législateur, dont l'appréciation doit demeurer générale et abstraite. Quant à la pesée des

¹²⁷⁷ ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹²⁷⁸ *Ibid.*

¹²⁷⁹ Cf. *supra* n°198.

¹²⁸⁰ PUECH M., *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973, n° 11.

valeurs en cause, il s'agit d'une expression qui désigne, plus exactement, la pesée des actes de sauvegarde des valeurs sociales. Un auteur belge évoque, à cet égard, l'obligation de peser les valeurs sociales, les biens juridiques concurrents et le degré de danger qui les menace¹²⁸¹. D'ailleurs, dans la plupart des hypothèses une seule valeur, telle que la vie ou encore l'intégrité physique, sera en cause, de sorte qu'il s'agira de savoir si l'acte de défense tend davantage à la protéger qu'à l'atteindre¹²⁸². Par conséquent, seul l'acte est au cœur de l'appréciation circonstanciée de l'illicéité au regard de ce qu'il recèle de menace ou de protection des valeurs sociales¹²⁸³.

290. Le résultat comme simple indice de l'utilité sociale de l'acte. L'indifférence du résultat est, cependant à relativiser, dans la mesure où il apparaît comme un indicateur de l'utilité sociale de l'acte. **Si un résultat disproportionné n'emporte pas automatiquement la disproportion de l'acte, sa juste mesure laissera, en revanche, présumer celle de l'acte.** Cette présomption sera plus difficile à renverser puisqu'il faudrait rapporter la preuve de ce que l'acte aurait abstraitement pu engendrer un résultat bien plus grave. Dans le premier cas, en revanche, il suffira de démontrer que le résultat a concrètement été causé par des paramètres indépendants de l'auteur et non maîtrisables. En conséquence, le résultat participe de l'appréciation de la nocuité de l'acte mais il n'en est pas le principal objet, ce qui n'est pas sans rappeler son rôle secondaire dans la détermination de la gravité des infractions¹²⁸⁴.

291. Les spécificités de la cause objective d'exonération. La présomption d'illicéité ayant pour objet la matérialité infractionnelle, son renversement a bien des conséquences indirectes sur celle-ci, ce qui a pu prêter à confusion. La complexité de la justification tient à ce qu'elle se distingue non seulement des causes subjectives d'irresponsabilité, mais qu'elle se singularise également au sein des causes objectives. **Par son encrage dans l'acte, indépendamment de l'auteur, elle opère *in rem*, mais par son régime probatoire, elle se distingue de la non-constitution de l'infraction. Elle semble exiger au contraire une apparence de responsabilité.**

B) La distinction probatoire entre justification et non-constitution de l'infraction

¹²⁸¹ VERHAEGEN J ;, « Notions floues en droit pénal » in *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1984, p. 11 et s.

¹²⁸² Pour l'étude des particularités de cette hypothèse de justification, Cf. *infra* n° 565.

¹²⁸³ Cf. *infra* n° 568.

¹²⁸⁴ Cf. *supra* n° 202 et s.

292. L'effet indirect de la justification sur l'infraction. L'ancienne mouture des textes relatifs à la justification était tournée vers l'absence d'infraction, la dernière évoque plus largement l'irresponsabilité de l'auteur. Il est vrai que la justification lève la présomption d'illicéité qui est la condition fondatrice de la responsabilité. C'est ainsi qu'une infraction parfaitement constituée perd sa raison d'être initiale. La lésion d'un bien juridique a bien été réalisée mais des circonstances légitimes l'autorisaient exceptionnellement. **En revanche, lorsqu'une cause fait directement obstacle à la constitution de l'infraction, comme l'absence d'intérêt protégé, l'illicéité n'est même pas présumée.** Dans les deux cas, l'irresponsabilité opère *in rem* mais la différence essentielle tient à la présomption d'illicéité et, partant, de responsabilité qui fait défaut en l'absence d'infraction constituée (1). La justification est plus délicate pour le prévenu, qui procède de la levée à sa charge de la présomption d'illicéité. Partant, c'est une présomption de responsabilité qu'il faut combattre. **L'infraction qui est une atteinte présumée illicite et donc imputable, est paradoxalement nécessaire au mécanisme de justification.** Son effet indirect sur l'infraction et l'imputabilité ont pourtant pu faire douter de son essence purement objective. Or, en tant que cause d'exonération d'une responsabilité apparente, la justification demeure un mécanisme objectif de libération de l'obligation pénale (2).

1) L'absence d'infraction ou l'absence de présomption de responsabilité

293. Le rejet de la justification comme absence de qualification ou de typicité. L'approche essentiellement formelle de la justification aboutit le plus souvent à une impossibilité de qualifier *prima facie*¹²⁸⁵. Il est alors expliqué que les faits justificatifs s'analysent comme des « *obstacles à la qualification* »¹²⁸⁶ ou comme des cas de « *qualifications négatives* »¹²⁸⁷. C'est ainsi que le professeur DECOCQ les décrivait comme des circonstances exclusives de l'incrimination, faisant disparaître leur qualification légale¹²⁸⁸. En Allemagne, une doctrine dissidente a vu dans les faits justificatifs français, l'équivalent de sa « *théorie des éléments typiques négatifs* »¹²⁸⁹. L'*antijuridicité* est, de ce point de vue, ramenée à la typicité. C'est dire si l'approche est principalement formelle, qui

¹²⁸⁵ Cf. *supra* n° 259.

¹²⁸⁶ PRADEL, *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 306.

¹²⁸⁷ DOUCET J.-P., *Précis de droit pénal général*, *op. cit.*, p. 141.

¹²⁸⁸ DECOCQ A., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 295.

¹²⁸⁹ Voir, sur ce courant très controversé, WALTHER J., *op. cit.*, p. 155 et s.

opte pour une impossibilité de qualifier *a priori*. En ce qu'elle confond la notion formelle de typicité avec le jugement axiologique *a posteriori* qu'est l'*antijuridicité* matérielle, cette théorie fut largement décriée¹²⁹⁰. Cette branche minoritaire prétendait simplifier l'infraction en la scindant en deux éléments : l'injuste et la responsabilité. Partant, elle ne distinguait pas les faits non typiques et ceux correspondant au type mais bénéficiant d'un fait justificatif. WELZEL faisait précisément grief à cette théorie de considérer le fait de tuer une mouche comme l'équivalent d'un homicide justifié par la légitime défense, les deux étant regroupés dans la catégorie des faits non typiques¹²⁹¹. Il faut bien reconnaître que la doctrine contemporaine des pays de tradition germanique renoue d'une certaine manière avec cette conception éculée, qui tend à réunir la typicité et l'*antijuridicité* sous une même condition¹²⁹². Il est vrai que leur réunion permet de constituer le fait générateur de la responsabilité et fait naître une présomption d'imputabilité. Cela étant, il reste difficile d'amalgamer l'absence de toute atteinte à l'existence d'une atteinte légitimée. En atteste particulièrement, la différence de régime probatoire de la typicité et de l'*antijuridicité*.

294. Des régimes probatoires diamétralement opposés. Il n'y a aucun hasard à ce que des dispositions procédurales imposent aux juges de se pencher d'abord sur les éléments de preuve de l'accomplissement de l'acte reproché, avant de se prononcer sur leur justification¹²⁹³. Le premier cas correspond à l'insuffisance d'éléments factuels pour pouvoir qualifier l'infraction et, par là même, les réprouver. Le second renvoie, en revanche, à l'existence d'une donnée factuelle supplémentaire qui remet en cause le jugement de valeur sous-tendu par la qualification. Il existe donc bien une différence de nature juridique entre l'absence de qualification de l'acte et sa justification, qui emporte des particularités probatoires décisives. Lorsque les faits ne correspondent à aucune qualification, ils ne peuvent être présumés injustes. Dès qu'ils correspondent à une qualification et qu'ils présentent, à ce titre, la figure d'une atteinte à un bien juridique pénalement protégé, ils sont présumés injustes. **La nuance est de taille car l'auteur devra renverser cette présomption par la démonstration de l'utilité sociale concrète de son geste.** La charge de la preuve des

¹²⁹⁰ *Ibid.* p. 157.

¹²⁹¹ Voir, pour cette critique éclairante, WELZEL H., cité par WALTHER J. (*op. cit.*, p. 208).

¹²⁹² Voir, pour ce courant doctrinal en général et dans les pays latins en particulier, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, p. 333.

¹²⁹³ Voir, respectivement pour l'ordonnance de non-lieu et les questions en Cour d'assises, CPP, art. 177 et 349-1.

circonstances légitimes, aptes à annihiler le jugement de valeur abstrait attaché à l'incrimination, ne revient pas au ministère public¹²⁹⁴.

295. La distinction entre responsabilité apparente et non constituée. En outre, ce n'est pas seulement l'imputabilité qui est présumée mais c'est toute la responsabilité qui le devient. La concordance de l'acte avec un fait humain incriminé emporte l'apparence de responsabilité. Seule la réalisation de l'infraction est présumée injuste et imputable à son auteur. C'est pourquoi il est possible de caractériser un mécanisme d'exonération de responsabilité à l'endroit de la justification. Une cause d'exonération requiert, à titre préalable, une responsabilité apparente, faute de quoi la responsabilité n'est tout simplement pas constituée. Si aucune des conditions de la responsabilité n'est utilement contestée, la caractérisation de l'infraction équivaut à l'engagement de la responsabilité. Du point de vue du prévenu, la situation juridique est bien plus inconfortable. Une illustration concrète permettra de mieux cerner le hiatus qui existe entre les deux hypothèses.

296. L'absence de valeur protégée comme exemple d'impossibilité de qualifier. L'impossibilité de qualifier dont il est fait état en matière de justification s'apparente davantage au défaut de correspondance des faits à l'incrimination. Cette hypothèse est clairement distincte de l'existence de circonstances justificatives en ce qu'elle renvoie à l'absence d'un élément de fait décrit, tel que l'acte lui-même ou les circonstances qui l'entourent. Ce sera particulièrement le cas des infractions dites « *impossibles* » qui, à défaut d'intérêt protégé, ne correspondent qu'imparfaitement à la qualification et qui, par là même ne sont pas punissables. Il devrait en aller de même de la tentative qui emprunte « *l'élément qualifiant* » de l'infraction consommée correspondante¹²⁹⁵. Quoique le résultat légal ne soit pas requis, l'autonomie de la tentative est toute relative puisque la proximité causale et temporelle de l'acte s'apprécie au regard du résultat légal. En recherchant constamment « *des actes devant avoir pour conséquence directe et immédiate de consommer le crime* »¹²⁹⁶, le juge tient nécessairement compte des circonstances objectives pour considérer que l'acte est dirigé contre une valeur. Si le meurtre d'un cadavre est inconcevable, sa tentative l'est tout autant, car on ne peut commencer à exécuter une action impossible. Par un arrêt

¹²⁹⁴ Cf. *supra* n° 294.

¹²⁹⁵ Voir en ce sens CONTE P., MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. Sirey Universités, 2004, n° 338.

¹²⁹⁶ *Crim.*, 25 oct. 1962 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n° 292 (Lacour), et n° 293 (Benamar et Schieb) ; *D.* 1963. 221, note BOUZAT P. ; *JCP* 1963. II. 12985, note VOUIN R. Cf. l'appréciation de la causalité en matière de tentative *supra* n° 195.

« d'inspiration plus criminologique que juridique »¹²⁹⁷, la chambre criminelle en a décidé autrement, le prédécès de la victime « *constituant une circonstance indépendante de la volonté de l'auteur* »¹²⁹⁸. Ce motif est à ce point large qu'il pourrait recouvrir des cas d'emplois de procédés surnaturels, dont l'inefficacité serait indépendante de la volonté de l'auteur, alors que la Cour entendait certainement restreindre la répression à des hypothèses vraisemblables. En tout état de cause, cette « *consécration d'une conception purement subjective de la tentative* »¹²⁹⁹ fût âprement dénoncée comme contraire au principe de légalité criminelle¹³⁰⁰. En raison de circonstances trompeuses, l'auteur paraît tout à fait « *imputable* » dans la mesure où son acte révèle son hostilité à la vie humaine. Aucune atteinte objective ne peut, néanmoins, lui être imputée dans la mesure où, en l'absence de vie humaine, l'atteinte n'a même pas pu commencer. GARRAUD précisait, à cet égard, que « *là où le droit que la loi entend protéger fait défaut* », ce même droit n'a couru aucun danger¹³⁰¹. D'autres auteurs ont exhorté à l'abandon de la solution prétorienne, au moins s'agissant de l'impossibilité dite « *de droit* »¹³⁰² ou encore « *absolue* »¹³⁰³. Ils préconisent, en d'autres termes, l'éviction de l'« *impossibilité de qualification* »¹³⁰⁴.

La jurisprudence a cependant généralisé la répression aux « *impossibilités* » tenant à l'absence de valeur protégée et non aux moyens inadaptés, dès lors que la tentative était punissable¹³⁰⁵. Cette unique limite est aussi la seule explication au *hiatus* considérable qui existe entre la répression envisagée et l'impunité reconnue notamment en matière d'omission de porter secours à un cadavre, lorsque l'auteur ignorait le prédécès de la victime¹³⁰⁶. Au mieux, pourrait-on y voir l'abandon progressif de la solution controversée d'autant plus que

¹²⁹⁷ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 512.

¹²⁹⁸ Crim., 16 janv. 1986 (Perdereau), *Bull. crim.* n° 25 ; D 1986. 265, note MAYER D. et GAZOUNAUD C., p. 839, obs. VITU A., et p. 849, obs. LEVASSEUR G. ; RSC 1987. 199 obs. LEVASSEUR G. ; JCP 1987. II. 20774, note ROUJOU DE BOUBEE G.

¹²⁹⁹ CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit.

¹³⁰⁰ Voir particulièrement *Ibid.* ; Voir aussi *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 167 ; LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, n° 603.

¹³⁰¹ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, op. cit., n° 242.

¹³⁰² Voir, pour l'opposition de l'absence d'intérêt protégé à l'impossibilité « *de fait* » tenant à l'impossibilité momentanée d'atteindre le résultat ou d'impossibilité tenant aux moyens employés, ROUX J.-A., *Cours de droit criminel français, T. I : Droit pénal*, Sirey, 2^{ème} éd. 1927, p. 11 et s.

¹³⁰³ Voir, pour l'opposition de l'absence d'objet de l'infraction, tenant à l'intérêt protégé ou aux moyens, à l'impossibilité « *relative* » tenant à l'impossibilité momentanée d'atteindre le résultat ORTOLAN J., *Eléments de droit pénal*, t. 1, Paris 1863, n° 1005 et s.

¹³⁰⁴ La tentative pourrait être maintenue « *lorsqu'il manque des éléments qui n'entrent pas dans la description matérielle de l'incrimination* » (PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., loc. cit. où l'auteur cite l'exemple de la tentative de vol dans une voiture vide ou dans une maison dépourvue d'objet de valeur, ainsi que celui de l'entrave à l'IVG en l'absence d'IVG programmée).

¹³⁰⁵ Voir, pour de nombreuses illustrations jurisprudentielles, *ibid.* et LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 318 et s.

¹³⁰⁶ Crim., 1^{er} fév. 1955, JCP 1955. 8582, note PAGEAUD P.-A. ; LEVASSEUR G., « Omission de porter secours à une personne cliniquement morte », RSC 1994. 109.

le vol de sa propre chose n'a pas été admis¹³⁰⁷, alors même que la tentative de vol est incriminée. L'impunité du vol de sa propre chose, qui est souvent rapproché du « *détournement de mineur-majeur* »¹³⁰⁸, est cependant justifiée par le recours à la notion de délit putatif¹³⁰⁹. On voit pourtant mal en quoi serait-il plus imaginaire que le meurtre d'un cadavre. Certains excipent du fait qu'il serait mené à son terme et aurait dépassé le commencement d'exécution¹³¹⁰. « *Une telle conclusion heurte le bon sens* »¹³¹¹, qui fait fi de la similitude avec la tentative de meurtre impossible¹³¹² et qui conduirait à réprimer la tentative de vol de sa propre chose au détriment de sa « *consommation* ». L'existence du bien juridique protégé semble, en conséquence, nécessaire à la qualification de l'infraction et s'analyse, par là même, comme une condition préalable de l'acte sans laquelle la typicité du comportement fait défaut¹³¹³.

297. La distinction entre responsabilité non constituée et exonérée. Une qualification sans effet n'équivaut pas à une absence pure et simple de qualification. La justification lève la présomption de responsabilité attachée à la caractérisation de l'infraction. Ce mécanisme se distingue des autres causes objectives d'irresponsabilité par sa difficulté probatoire. La libération de l'obligation pénale qui est inhérente au mécanisme d'exonération se distingue surtout des causes d'irresponsabilité subjective.

2) La levée de la présomption d'illicéité ou la libération de l'obligation pénale

298. L'effet indirect de la perte du fondement de la responsabilité sur ses composantes. La présence de circonstances légitimes n'affecte pas directement le contenu de la responsabilité pénale. Elles sont, en effet, extérieures à la caractérisation matérielle et objective des faits présumés illicites, comme aux conditions subjectives de rattachement à l'auteur. Ces circonstances exceptionnelles affectent, néanmoins, le jugement de valeur

¹³⁰⁷ Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n°113, *préc.*

¹³⁰⁸ Voir par exemple LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 324.

¹³⁰⁹ Voir DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 456.

¹³¹⁰ Voir DECOCQ A. cité par JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1991, n° 227 ; MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003, p. 277.

¹³¹¹ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 325.

¹³¹² Voir en particulier VARINARD A., « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », Mél. CHAVANNE A., Litec 1990, p. 176.

¹³¹³ Cf. le rattachement de la condition préalable à la matérialité infractionnelle, *supra* n° 177 ; Voir dans un sens proche LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 604.

initialement posé sur les faits décrits. Ceux-ci ne sont réputés illicites que jusqu'à la preuve d'un motif légitime. **L'infraction demeure constituée mais elle est dépourvue d'intérêt car les circonstances lui ôtent toute nocuité sociale. Par un « effet domino », les conditions d'imputabilité, éventuellement remplies, n'ont même plus à être recherchées.** Les faits n'étant plus marqués du sceau de la désapprobation sociale, leur attribution à un auteur perd tout son sens car il ne saurait être désigné à l'opprobre public. Cette conception du rôle de la justification dans la responsabilité montre combien on aurait tort de croire que l'importance de la notion d'infraction tient à la quantité d'éléments qu'elle comporte. Son caractère phare ressort bien plus de la qualité des liens qu'elle entretient avec les autres conditions de la responsabilité. Un raisonnement en plans successifs a précisément le mérite de mettre en exergue l'articulation des concepts. La controverse sur le positionnement de l'élément légal a permis de souligner les limites d'une présentation de l'infraction en éléments juxtaposés¹³¹⁴. « Si on perçoit l'élément légal prosaïquement comme le texte d'incrimination lui-même, que l'on place sur la liste des éléments à réunir pour constituer l'infraction, juxtaposé à la mort de la victime par exemple, ou à la soustraction d'une chose, la théorie prend une allure factice »¹³¹⁵. De même, l'imputabilité n'a aucun sens à défaut d'acte illicite et doit, par là même, être envisagée en dernier lieu.

299. L'infraction privée d'effet. L'infraction peut être définie comme l'accomplissement d'un acte réputé illicite. Cette présomption issue de la congruence entre les faits et une incrimination se trouve renversée par la démonstration d'un motif légitime *lato sensu*. Bien que persistante, cette correspondance est dépourvue d'effet car le jugement de valeur qui est la raison d'être du reproche social est concrètement révisé. L'incrimination d'un comportement montre qu'il constitue *a priori* une transgression des valeurs collectives de la société. « Il ne semble pas que les circonstances de sa commission puissent annuler purement et simplement cette gravité intrinsèque »¹³¹⁶. L'utilité sociale de l'infraction ne signifie certes pas que l'atteinte à la valeur protégée soit annulée, mais que cette lésion est autorisée et parfois même prescrite. La transgression de l'interdit pénal abstrait est concrètement et globalement conforme à la finalité du droit. C'est toute la différence entre l'existence de l'incrimination et son application. **Aussi peut-on appréhender le mécanisme de justification comme une libération circonstancielle de l'obligation pénale.** L'interdit

¹³¹⁴ Voir notamment DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 54 et s.

¹³¹⁵ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 185.

¹³¹⁶ *Ibid.* n° 192.

persiste dans l'absolu mais il ne se justifie plus au regard des circonstances d'espèce. C'est autrement dire que l'interdit ne s'applique plus à celui dont la conduite est conforme à l'intérêt social. La prohibition d'une atteinte à une valeur perd sa raison d'être, dès lors qu'elle est dictée par un intérêt supérieur. En l'absence de lésion matérielle injustifiée, il n'y a plus rien à imputer.

300. L'imputabilité privée d'objet. L'imputabilité en tant qu'elle correspond au mécanisme de désignation du responsable de l'infraction, n'a plus lieu d'être envisagée, lorsque l'infraction sert l'ordre social. Sinon, cela reviendrait à exiger que toutes les conditions de la responsabilité fassent défaut pour conclure à l'impunité, alors que l'absence d'une seule suffit. On ne saurait exiger de celui qui accomplit ce qui est juste, que son état d'esprit soit « *bon* » ni même en concordance avec ses actes. **Ce serait admettre qu'un acte licite, non imputable à son auteur est punissable.** En tout état de cause, les actes humains sont présumés sous-tendus par une volonté libre et éclairée et cette présomption ne peut être utilement combattue que s'ils sont injustes. Un acte licite n'a pas à être attribué ou mis au compte d'un individu car aucune conséquence juridique n'en découle. Seul le prononcé d'une sanction afflictive et infamante nécessite et justifie des investigations psychologiques¹³¹⁷. Serait-elle possible, l'attribution d'un reproche dépourvu d'objet injuste est vaine. Ainsi, ce ne sont pas les conditions d'imputabilité qui font défaut mais le questionnement lui-même qui n'a plus de raison d'être. Il faut comprendre **que l'imputabilité ne doit être envisagée que lorsque que les autres conditions de la responsabilité sont acquises** et ce, afin d'éviter l'écueil de la confusion de la non-imputabilité et de l'imputabilité dépourvues d'objet. En d'autres termes, il convient de renoncer à considérer comme des causes d'irresponsabilité subjective les hypothèses où ce ne sont pas tant les conditions de rattachement d'un acte à une personne qui manquent que l'objet injuste à attribuer. A défaut d'une distinction claire à cet égard, toutes les causes d'impunité objective pourraient être considérées comme subjectives en ce qu'elles font indirectement obstacle à l'imputabilité. C'est ainsi que d'aucuns considèrent, non sans ambiguïté, que « *le mécanisme de justification intervient au contraire pour introduire la logique d'imputation dans l'illicéité pénale (...) En somme, l'existence d'un fait justificatif indique que, bien qu'une valeur protégée ait été transgressée, on ne peut pas engager la responsabilité pour faute sur ce fondement, parce que la neutralisation de l'illicéité de l'acte rend l'imputation impossible. Comprise de cette manière, la justification*

¹³¹⁷ Voir en ce sens DOUCET J.-P., *Précis de droit pénal général*, 1976, éd. Faculté de Liège, p. 81.

*reste sans doute liée à l'utilité sociale de l'acte, au sens où cette dernière explique la disparition de la faute »*¹³¹⁸.

Plus généralement, tous les aspects subjectifs de la responsabilité reflètent les conditions objectives, tant il est vrai que c'est leur concordance que l'on cherche à vérifier. Partant, le défaut d'une exigence subjective renseigne parfois davantage sur l'absence préalable du fait générateur objectif de la responsabilité. A tel point que l'on ne peut, véritablement, conclure à l'existence d'une cause subjective d'irresponsabilité qu'après s'être enquis de savoir si les conditions premières étaient dûment caractérisées. Nul n'est besoin, du reste, de chercher quelque correspondance, si l'objet même de la comparaison fait préalablement défaut.

C'est ainsi que l'erreur de droit, généralement analysée comme une cause subjective d'irresponsabilité¹³¹⁹, pourrait être envisagée, en amont, comme un vice de légalité formelle. Bien que l'erreur de droit ait pour conséquence d'empêcher l'auteur de percevoir l'illicéité de son acte, elle semble, d'abord et plus radicalement, priver l'acte de toute illégalité. Il serait, à cet égard, souhaitable de considérer qu'une injonction légale ne s'adresse qu'à celui qui en a été régulièrement prévenu. A défaut d'accessibilité, la loi devrait être tout simplement écartée pour irrégularité de forme¹³²⁰. L'Etat étant peu enclin à reconnaître ses défaillances, a sans doute préféré mettre en avant les répercussions sur la personne qui a cru agir légitimement « *par une erreur sur le droit qu'elle n'était pas en mesure d'éviter* »¹³²¹. L'intérêt de bien distinguer le caractère intrinsèque ou extrinsèque de l'absence d'imputabilité réside évidemment dans le régime des causes de non-imputabilité. La répression de la complicité en atteste particulièrement, car l'emprunt de criminalité dépend de l'existence d'un fait injuste mais demeure indifférent à l'imputabilité de l'auteur¹³²².

301. La neutralisation de l'illicéité préalable ou l'exonération totale de responsabilité. La différence entre l'absence d'illicéité et sa neutralisation est considérable. Dès lors qu'un fait humain correspond à une incrimination, l'infraction est réalisée et réputée injuste. Or, tout fait humain présumé illicite, est aussi présumé imputable à son auteur. C'est donc une présomption de responsabilité que la neutralisation de l'illicéité permet de combattre. Le mécanisme de justification témoigne de ce que la responsabilité présumée n'équivaut pas à une responsabilité engagée. Il est alors possible de voir dans l'assimilation

¹³¹⁸ STONESTREET N., *op. cit. loc. cit.*

¹³¹⁹ Voir notamment LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. des thèses, n° 39, 2010, n° 639.

¹³²⁰ Pour cette exigence dite de légalité matérielle, Cf. *infra* n° 468.

¹³²¹ Art. 122-3, C. pén.

¹³²² Pour l'étude de l'effet *in rem* de la justification, Cf. *infra* n° 304 et s.

des concepts d'infraction et de responsabilité une sorte de raccourci qui ne se vérifiera pas toujours. Si cet amalgame peut être dûment érigé en principe, c'est à la condition d'admettre qu'il souffre d'exceptions relatives ou absolues. En effet, en dépit de la constitution de l'infraction, l'irresponsabilité sera absolue lorsque sa cause résidera objectivement dans la neutralisation du jugement de valeur. En revanche, les causes d'irresponsabilité subjective ne sont que relatives à l'agent et n'excluront pas l'engagement de la responsabilité d'autres participants, sur le plan pénal comme civil. Au contraire, l'infraction justifiée est concrètement neutre et ne peut plus être imputée à quiconque, ni même fonder une quelconque action en réparation contre ses participants, à défaut de contrariété au droit. Quoique réalisée, l'infraction légitimée n'a plus d'effet juridique en droit privé, l'imputabilité se trouvant dépourvue d'objet quelle que soit la matière. L'étendue considérable de l'effet *in rem* de la justification sur la responsabilité représente bien l'enjeu de sa distinction des causes subjectives d'irresponsabilité opérant *in personam*.

Section 2 : L'étendue *in rem* de la neutralisation de la responsabilité

302. L'irresponsabilité totale des participants de l'atteinte légitime. Quoi qu'en disent les tenants d'une conception subjective de la justification¹³²³, il convient d'admettre que les circonstances justificatives affectent le jugement de valeur sur l'acte et non l'appréciation de la réalité de son rattachement à l'auteur. La neutralisation objective de l'illicéité qui en découle, leur accorde un effet *in rem*, bénéficiant à l'ensemble des participants. De ce point de vue, leur responsabilité civile ne peut pas davantage être engagée, qui se fonde également sur l'illicéité de l'acte. Toutefois, il est parfois admis que la considération du caractère antisocial du comportement « *pourrait n'avoir aucune emprise sur la mise en œuvre de la responsabilité civile dont le but n'est pas de blâmer l'auteur du fait générateur mais d'assurer la réparation d'un dommage* »¹³²⁴. Mais, lorsque la jurisprudence civile fait preuve d'une autonomie marginale en adaptant le régime de la justification, c'est

¹³²³ Voir particulièrement ROUSSEAU *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 167 et s., n° 195, où l'auteur considère les faits justificatifs comme des « *causes de non-imputation morale* », ce qui revient à prétendre qu'ils « *opèrent in personam, de telle sorte que le bénéfice d'une légitime défense ou d'un état de nécessité par l'auteur du fait principal n'interdit pas la poursuite d'éventuels complices ; c'est autrement dire qu'ils n'affectent pas le caractère délictueux de l'acte* »

¹³²⁴ *Ibid.*, n° 169, p. 229. Voir cependant, sur les aspects normatifs de la responsabilité civile, GRARE C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 45, 2005, n° 168 et s.

pour l'assouplir¹³²⁵ et non pour en restreindre l'application. L'illicéité étant conçue de façon moins stricte en droit civil qu'en droit pénal qui sanctionne les atteintes les plus graves, les circonstances à même de justifier une atteinte publique doivent *a fortiori* justifier l'atteinte privée qu'elle peut engendrer. L'illicéité étant le fondement même du mécanisme de responsabilité, elle est inhérente à toutes ses formes, de sorte qu'*« en présence d'un fait justificatif, toute condamnation civile devient inconcevable »*¹³²⁶. L'irresponsabilité civile s'impose donc pour celui qui agit conformément à l'intérêt social. Cette solution est, néanmoins, jugée problématique lorsque la victime n'est pas fautive. Alors que la justification neutralise les faits générateurs de toutes les responsabilités privées fondées sur l'illicéité, certains proposent qu'elle n'ait d'effet que sur la responsabilité pour faute. Or, faire supporter la charge du dommage à l'auteur, en l'absence de contrariété au droit de son acte ou, encore, à son bénéficiaire légitime ne semble pas beaucoup plus opportun. Cela revient, surtout, à contorsionner inutilement la matière, alors qu'un fondement plus appropriée existe, qui est à chercher dans une responsabilité publique sans faute.

303. La responsabilité de l'Etat bénéficiaire de l'atteinte légitime. En vertu de la théorie du *risque-profit*, la jurisprudence administrative a, progressivement, admis la réparation des dommages résultant d'une mission d'intérêt général. Ainsi, en l'absence de faute de la victime et en présence d'un comportement socialement nécessaire et mesuré de l'auteur, le Conseil d'Etat a reconnu la responsabilité sans faute de l'administration dans des hypothèses d'infractions justifiées. L'état de nécessité, la légitime défense d'autrui et d'autres autorisations de la loi se prêtent particulièrement à la responsabilité fondée sur le risque de l'Etat qui les admet en considération du bien commun. Dès lors que ces circonstances légitimes autorisent l'accomplissement d'actes de police ou de secours, en cas de carence des autorités qui ne peuvent être omniprésentes, il est logique que l'Etat indemnise de la même manière les dommages causés par ses agents que ceux occasionnés par les citoyens œuvrant en leur lieu et place, dans l'intérêt de tous. Au même titre que l'atteinte nécessaire au bien commun engendre l'irresponsabilité totale de ses participants (§1), elle permet l'engagement de la responsabilité de l'Etat qui l'autorise et en bénéficie au premier chef (§2).

§ 1 : L'irresponsabilité des participants de l'atteinte nécessaire au bien commun

¹³²⁵ Voir, sur l'ordre de l'autorité publique, le consentement de la victime et l'acceptation des risques, STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 155 et s.

¹³²⁶ HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, Th. Paris XII, 1991, p. 477 et 478.

304. L'effet *in rem* du motif légitime sur la responsabilité pénale et civile. S'il est communément admis que les faits justificatifs opèrent *in rem* et bénéficient à l'ensemble des coauteurs ou complices ayant participé à l'infraction justifiée¹³²⁷, de nombreuses réserves sont cependant formulées. D'abord, des auteurs tempèrent l'analyse en arguant de l'existence de conditions subjectives de la justification qui ne s'apprécieraient qu'en la personne de chaque participant¹³²⁸. Or, l'appréciation *in personam* n'est pas nécessaire pour deux séries de raisons, tenant à la dimension essentiellement objective du renversement de la présomption d'illicéité. D'une part, la conscience justificative n'est pas à rechercher, qui se déduit de l'utilité sociale de l'acte et qui reviendrait à l'imputation inutile d'un fait licite. D'autre part, les rares cas de responsabilité des participants s'expliquent par des considérations objectives tenant à la l'absence d'utilité sociale réelle de l'acte principal. Lorsqu'en effet, l'irresponsabilité de tous les participants n'est pas acquise, c'est invariablement pour des questions d'imputabilité s'appréciant *in personam*, qui trahissent la nocuité sociale de l'acte, par exemple, si l'un d'entre, eux seulement, est victime d'apparences objectivement trompeuses. Ensuite, certains vont plus loin en admettant que la justification s'oppose uniquement à l'imputation morale de l'infraction¹³²⁹. De ce point de vue, elle permettrait non seulement l'engagement de la responsabilité pénale des participants de l'infraction justifiée, mais encore celui d'une responsabilité civile sans faute.

Le code civil n'est, certes, pas particulièrement prolixe à l'endroit des faits justificatifs. Il existe quelques références éparses, ainsi que des exceptions de motif légitime qui opèrent objectivement¹³³⁰. Aussi, le droit civil s'inspire-t-il largement, en la matière, des préceptes du droit pénal. En vertu du principe de l'autorité de la chose jugée au criminel sur le civil, le juge doit surseoir à statuer lors des actions civiles « *en réparation du dommage causé par l'infraction* »¹³³¹. L'ordre ou la permission de la loi, le commandement de l'autorité légitime,

¹³²⁷ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 241 et 288 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, T.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 438 ; MASCALA C., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4, « *Faits justificatifs – Ordre de la loi* », mai 2002, n° 4. BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 399 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 356 ; BERNARDINI R., *Droit pénal général*, op. cit., n° 521 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 693 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 309 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, op. cit., n° 347 *in fine* ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, op. cit., n° 398 ; DREYER E. *Droit pénal général*, op. cit., n° 1145.

¹³²⁸ Voir notamment SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, op. cit., n° 224 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., op. cit., loc. cit. ; ROBERT J.-H., op. cit., loc. cit., et p. 266.

¹³²⁹ Voir ROUSSEAU F., op. cit., loc. cit.

¹³³⁰ Cf. *infra* n° 324.

¹³³¹ CPP, art. 4 al. 2 modifié par l'article 20 de la loi du 5 mars 2007. Voir BOULOC B., obs. sous L. 5 mars 2007 n° 2007-291, RSC 2007. 573.

la légitime défense et l'état de nécessité sont alors empruntés au droit pénal¹³³² et répondent sensiblement aux mêmes critères d'application¹³³³. S'il est vrai que leur mécanisme n'apparaît pas comme « *une pure émanation des causes de justification pénale* »¹³³⁴, la finalité d'indemnisation de la responsabilité civile ne saurait justifier une méconnaissance de leur fondement axiologique¹³³⁵. La consécration légale de la justification en matière civile, proposée par l'avant-projet de réforme dirigé par le professeur CATALA, est venue conforter l'analyse, qui renvoyait expressément aux dispositions du Code pénal¹³³⁶. Par ailleurs, la dissociation de l'objet de l'illicéité et de son imputation s'impose aussi bien en droit civil qu'en droit pénal, quoique le degré d'exigences soit variable. C'est pourquoi la question de la faute, dépendante de celle de l'imputation à l'auteur, ne se posera même pas si l'objet du reproche a perdu sa raison d'être. Conformément à la conception substantielle et objective de l'illicéité, précédemment développée, les circonstances justificatives permettent la neutralisation de l'illicéité de toutes les participations (A) et, partant, l'exonération de toutes les responsabilités fondées sur l'illicéité (B).

A) La neutralisation de l'illicéité de toutes les participations

305. La justification automatique des infractions dépendantes. La doctrine considère majoritairement que les faits justificatifs s'opposent à l'emprunt de l'infraction principale, car ils en neutralisent l'élément légal¹³³⁷. Il a cependant été établi que la justification portait sur la présomption préalable d'illicéité de l'infraction et non sur sa constitution. En d'autres termes, la légitimation axiologique de l'infraction, loin de faire

¹³³² En outre, le droit pénal offre des possibilités comparables au droit civil pour moduler la prise en compte des faits justificatifs, grâce à la notion de concours réel d'infractions. Voir, sur les conséquences de la pluralité de faits qualifiables pénalement, DECIMA O., *L'identité de faits en droit pénal*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 74, 2008.

¹³³³ Voir en ce sens BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, n° 333 et n° 344 et s. ; STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 154 et s. ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 169, où l'auteur critique « la transposition de la théorie pénale de la justification ».

¹³³⁴ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 154, PELISSIER J., « Faits justificatifs et action civile », *D.*, 1963, chron., p. 121 et s.

¹³³⁵ Cf. *infra* n° 333.

¹³³⁶ Sur l'apport de cet avant-projet dans le domaine de la justification, voir notamment F. ROUSSEAU, « L'introduction des faits justificatifs dans le Code civil par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *RPDP* 2008. 539 et s.

¹³³⁷ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., op. cit., n° 241 et 288 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, T.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 438 ; MASCALA C., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4, « Faits justificatifs – Ordre de la loi », mai 2002, n° 4. BOULOC B., op. cit., n° 375 ; ROBERT J.-H., op. cit., p. 356 ; DESPORTES F. et LE GUNHEC F., op. cit., n° 693 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 309 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, op. cit., n° 347 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, op. cit., n° 398.

obstacle à la réalisation matérielle, l'exige au contraire. Il n'apparaît pas utile de chercher à légitimer une action qui ne correspondrait pas à un type de conduite abstraitement redouté. La dimension matérielle de l'illicéité permet, à cet égard, de distinguer la caractérisation matérielle de l'infraction du jugement de valeur porté sur elle. L'infraction principale étant constituée indépendamment de sa justification, les infractions qui en dépendent le sont aussi. Ce n'est pas à dire pour autant que les actes de participation ne sont pas en eux-mêmes infractionnels. Ils correspondent à des types d'infractions accessoires, incorporant dans leur matérialité l'infraction à laquelle ils s'associent. La présomption d'illicéité de l'atteinte principale s'étend, en toute logique, aux actes qui en favorisent la réalisation. Or, la neutralisation de l'illicéité de l'infraction principale neutralise, par la même occasion, les infractions dépendantes. En somme, la justification de l'infraction principale n'affecte en rien la réalisation infractionnelle de la participation (1), mais renverse la présomption d'illicéité de l'infraction de participation (2).

1) L'absence d'effet sur la réalisation infractionnelle de la participation

306. La participation comme fait typique principal ou accessoire. Qu'il s'agisse d'une infraction principale réalisée collectivement ou d'une infraction accessoire de complicité ou de recel, chaque acte de participation comporte une typicité propre, laissant préjuger de son illicéité. Ces types de conduite se rapporteraient au fait de s'associer de manière non-équivoque à un acte présumé illicite. Une telle participation à une atteinte juridique permet bien un jugement de valeur sur sa nocuité sociale. L'acte de participation, par sa causalité souvent déterminante, recèle sa propre nocuité sociale, en tant qu'objet même de la présomption d'illicéité. La complicité et la coaction apparaissent comme des atteintes distinctes mais dépendantes de l'atteinte principale, ce qui les rapproche du recel qui n'est pas un acte de participation à proprement parler, mais une infraction dépendante. Dès lors que la justification, extérieure à l'infraction, ne fait pas obstacle à la typicité de l'acte de participation (a), elle laisse naître la présomption d'illicéité de la participation (b).

a) L'absence d'effet sur la typicité de l'acte de participation

307. Le rejet de la théorie de l'imputation participative de l'infraction d'autrui.

Cette approche permet à ses promoteurs de traiter les participations du coauteur¹³³⁸ et du complice¹³³⁹ en tant que modes d'imputation totale ou partielle de l'infraction d'autrui. Leurs agissements personnels ne participeraient pas de l'objet du reproche social mais de son attribution à une personne autre que l'auteur. En raison de son fait personnel non illicite, le participant serait responsable du fait illicite d'autrui, alors que « *nul n'est responsable pénalement que de son propre fait* ». Or, l'article 121-1 du Code pénal ne saurait être interprété comme permettant de reprocher l'infraction d'autrui à un tiers, en raison de sa participation personnelle. Le principe fondamental de responsabilité personnelle impose essentiellement de rechercher si un fait réputé illicite peut être reproché à son auteur et s'oppose radicalement à ce qu'il soit attribué à un tiers même participant. En outre, le mécanisme d'imputation, dans une responsabilité pour faute, est exclusivement subjectif qui consiste à savoir si l'auteur avait une liberté et une lucidité suffisantes pour éviter de commettre un fait illicite¹³⁴⁰. Un tel questionnement perd tout son sens à l'égard du tiers qui ne peut éviter que son propre fait. Il ne répondra donc que de sa participation et seulement si elle est infractionnelle. Aussi, l'imputation de l'infraction pénale est-elle toute entière tournée vers son auteur. La question de sa nature principale ou participative perd alors de son sens, qui ne se pose que pour l'infraction qui, elle, peut être partiellement dépendante d'une autre. En somme, les spécificités objectives de l'acte intéressent la constitution de l'infraction quand l'imputation invite à un questionnement subjectif sur la capacité de son auteur à en répondre. C'est autrement dire que l'imputation ne saurait être dépendante de l'infraction d'autrui quand seule une infraction le pourrait. **C'est, par ailleurs, la possibilité d'apprécier la nocuité sociale de l'acte de participation qui achève de convaincre de sa non-appartenance au mécanisme d'imputation.** Celui-ci est par nature réfractaire à tout jugement de valeur sur la personne dont il apprécie seulement la réalité des facultés volitives¹⁶⁹. Cette distinction substantielle des composantes de la responsabilité pénale

¹³³⁸ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 239 et s.

¹³³⁹ Voir *ibid.*, n° 192 et s. ; et de manière plus nuancée ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 343.

¹³⁴⁰ La seule dérogation admise se cantonne à la responsabilité des personnes morales dont la consécration est univoque (Art. 121-2 C. pén.) mais dont les critiques sont légion. Non seulement, elle ne peut réaliser matériellement l'infraction sans le truchement d'une personne physique, mais cette imputation ne peut être contestée qu'objectivement. Voir plus largement CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 370 et s.

explique la distinction de leur régime probatoire¹³⁴¹. Or, qu'il s'agisse du coauteur, du complice ou du receleur, la preuve de leur acte de participation à l'infraction commune, principale ou d'origine, doit nécessairement être rapportée par le ministère public. La participation ne saurait se présumer, ce qui indique qu'elle est l'objet de la présomption d'illicéité et, en cela, du reproche social. A cet égard, il paraît pour le moins étonnant que toutes les formes de participation ne soient pas traitées au travers des mêmes composantes de la responsabilité. Ainsi, peut-on lire que la coaction et la complicité d'infraction relèvent de « *l'imputation participative* », alors que le recel de chose se conçoit en tant qu'infraction accessoire, c'est-à-dire de participation¹³⁴². C'est oublier que le recel était historiquement conçu comme un mode de complicité. A en croire l'analyse, le recel devait à l'origine être considéré en tant que mode d'attribution du reproche. Mais, il faudrait désormais y voir l'objet même du reproche, car il fut érigé en infraction autonome voilà près d'un siècle¹³⁴³. Or, il est peu concevable qu'un acte de participation puisse relever de plusieurs aspects de la responsabilité. La complicité incriminée à titre autonome et principal participerait donc de l'objet du reproche, alors qu'elle relèverait de son attribution en tant qu'imputation participative. Pire, la coaction relèverait, partiellement mais simultanément, de l'objet du reproche ainsi que de son attribution¹³⁴⁴.

L'argument du positionnement de la complicité dans la partie générale du Code pénal, consacrée à l'engagement de la responsabilité plus qu'à l'infraction *stricto sensu*, ne semble pas suffire à justifier un tel éclatement des modes de participation¹³⁴⁵. On pourrait d'ailleurs aisément considérer que la coaction, la complicité et le recel relèvent au premier chef de l'article 121-4 du Code pénal qui dispose qu'est auteur de l'infraction, la personne qui commet les faits incriminés ou tente de les commettre. Il est vrai qu'à ce stade de la démonstration, la conception du complice en tant qu'auteur d'une infraction distincte de complicité ne s'impose pas encore avec évidence. Néanmoins, la séparation du coauteur d'une infraction et de l'auteur d'un recel heurte, d'emblée, tant ils apparaissent tous deux comme les auteurs de faits infractionnels. En tout état de cause, il paraît préférable de traiter tous les actes de participation dans la même composante de la responsabilité. Et il ne peut s'agir que de l'infraction qui est le siège de l'analyse des actes, puisqu'ils sont par nature

¹³⁴¹ Cf. *supra* n° 169.

¹³⁴² Voir en ce sens ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 193.

¹³⁴³ *Ibid.*

¹³⁴⁴ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 239 et s.

¹³⁴⁵ « Une interprétation scientifique a le devoir de ne pas s'arrêter à ces objections de forme », CARBONNIER J. « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952. I. 1034.

l'objet du reproche social et non une modalité d'attribution. Enfin, il est frappant de constater que les tenants de l'imputation participative finissent par concéder qu'elle est une condition de la qualification de l'infraction¹³⁴⁶. Cela revient à admettre, finalement, que l'acte de participation relève de la qualification individuelle de l'infraction.

308. Une dimension nécessairement infractionnelle de la participation. Qu'il s'agisse d'une infraction principale réalisée collectivement ou d'une infraction accessoire de complicité ou de recel, le participant doit être envisagé comme « *l'auteur d'une infraction à part entière* »¹³⁴⁷. L'affirmation est incontournable à l'endroit des coauteurs puisque chacun réalise pleinement le comportement décrit par l'infraction en cause¹³⁴⁸. Elle l'est aussi à l'endroit du receleur qui sans accomplir les éléments constitutif de l'infraction d'origine, apparaît comme l'auteur d'une infraction distincte de détention ou de profit de l'objet ou produit d'un crime ou d'un délit¹³⁴⁹. De la même manière, il est possible d'appréhender l'auteur d'un acte de provocation ou d'aide à une infraction principale¹³⁵⁰ en tant qu'auteur d'une infraction de complicité *de...* Le doyen CARBONNIER avait déjà parfaitement démontré, sous l'égide du Code pénal ancien, que si la dépendance du recel ne l'empêche pas d'être un délit autonome¹³⁵¹, « *la complicité peut donc bien constituer un délit distinct, tout en restant un délit conditionné* »¹³⁵². Au demeurant, la chambre criminelle a, à plusieurs reprises, fait état « *du délit (ou du crime) de complicité* »¹³⁵³. Elle a même, plus récemment, fait état des « *éléments matériel et moral constitutifs de la complicité de publicité illicite en faveur du*

¹³⁴⁶ « *C'est au cours de l'opération individuelle d'imputation qu'il conviendra de déterminer la qualification idoine pour chaque participant, ainsi que pour l'auteur* » ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 202 ; Il serait possible d'envisager la qualification « *comme une opération consécutive à l'imputation* » ROBERT J.-H., « Imputation et complicité », JCP 1975. I. 2720, n° 44.

¹³⁴⁷ Voir, pour cette affirmation en matière de complicité, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 409 ; Voir dans le même sens RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, op. cit., n° 352. ROBERT J.-H., « Imputation et complicité », JCP 1975. I. 2720, n° 26 ; *Droit pénal général*, op. cit., p. 352 et s. Voir, dans cette lignée, DE JACOBET DE NOMBEL C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 55, n° 581 ; MALABAT V. et SAINT-PAU J.-C., « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. p. 4.

¹³⁴⁸ Voir, sur les confusions largement opportunistes de la jurisprudence entre coauteur et complice, PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 270 ; ROUSSEAU F., op. cit., n° 238 ; ALLIX D., *Essai sur la coaction*, LGDJ 1976, n° 152 ; GULPHE P., « La distinction entre coauteurs et complices », RSC 1948. 665.

¹³⁴⁹ Art. 321-1 C. pén.

¹³⁵⁰ Art. 121-7 C. pén.

¹³⁵¹ Voir en ce sens CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 621 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, op. cit., n° 2451 ;

¹³⁵² CARBONNIER J., « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *préc.*

¹³⁵³ Crim., 30 mai 1989, *Bull. crim.*, n° 222 ; 24 oct. 1989, *Bull. crim.*, n° 380 ; 11 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 471, RSC 1991. 347, obs. LEVASSEUR G.

tabac »¹³⁵⁴. La complicité serait une infraction de même nature que le recel et s'en distinguerait seulement par un degré plus élevé de dépendance. Cette intensité accrue ressortirait particulièrement de l'emprunt de pénalité¹³⁵⁵ qui contrasterait avec la pénalité autonome fulminée en matière de recel¹³⁵⁶. A l'analyse, cependant, l'autonomie de la peine mérite d'être réexaminée à la lumière des textes la précisant¹³⁵⁷. L'article 321-4 du Code pénal prévoit que la peine maximale est élevée au seuil de celle de l'infraction d'origine, lorsqu'elle est supérieure, dès lors que le receleur avait connaissance de l'infraction et, le cas échéant, de l'aggravation. Il s'agit de toute évidence du même système d'emprunt de pénalité qu'en matière de complicité, à ceci près que le receleur peut, abstraitement, être puni d'une peine supérieure à celle de l'auteur de l'infraction de provenance. En outre, le régime juridique du recel le rapproche de la complicité, s'agissant de sa dépendance, substantielle et parfois procédurale, à l'infraction originaire¹³⁵⁸. En matière de coaction, la dépendance est plus faible en raison de l'accomplissement de l'infraction principale. L'illicéité de l'acte étant acquise, il serait davantage question de l'emprunt de sa gravité, en raison de la dimension collective de l'acte et donc potentiellement plus grave. Par conséquent, il est permis de conclure à une même nature infractionnelle des actes de participation qui possèderaient, nonobstant, un degré variable de dépendance à l'infraction d'autrui.

309. Les circonstances légitimes extérieures à l'acte typique de participation. Il a précédemment été démontré que les circonstances légitimes sont extérieures à la réalisation de l'infraction, quelle qu'elle soit¹³⁵⁹. Les actes de participation à une infraction devant être analysés comme constitutifs d'une infraction à part entière, leur caractérisation est indépendante des circonstances exceptionnelles qui l'entourent. Les circonstances légitimes ne peuvent apparaître en tant que cause de non-constitution de l'infraction. Si elles en modifient l'appréciation sociale, elles sont insusceptibles de contrarier leur réalisation matérielle. Le juge n'a pas à caractériser l'absence de motif légitime pour chaque infraction. Le législateur ayant déjà apprécié abstraitement leur nocuité sociale, le juge se contente

¹³⁵⁴ Crim., 18 mars 2003 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 69.

¹³⁵⁵ Art. 121-6 C. pén.

¹³⁵⁶ Voir sur cette observation ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 193.

¹³⁵⁷ Art. 321-4 C. pén.

¹³⁵⁸ La prescription de l'action publique semble dépendre davantage de l'infraction d'origine, lorsque la jurisprudence reporte son point de départ au moment où cette dernière est apparue et constatée dans des conditions permettant l'exercice de l'action publique, Crim., 16 fév. 1997, *Bull. crim.* n° 48 ; 7 mai 2002, *Bull. crim.* n° 108. Il est, par ailleurs, notable que le recel est assimilé à l'infraction de provenance à l'égard de la récidive (Voir Art. 321-5 C. pén.). Voir, pour des développements plus nuancés sur ces questions de dépendance, ROUSSEAU F., *op. cit. loc. cit.*

¹³⁵⁹ Voir *supra* n°171.

d'abord de vérifier l'adéquation des faits à l'incrimination. Or, les incriminations même accessoires, décrivent invariablement un acte circonstancié¹³⁶⁰. Ainsi, c'est la participation à une infraction qui est réputée illicite et non un acte de participation détaché de tout contexte. **Pour que le motif légitime soit extérieur à la constitution d'une *infraction de participation*, il faut donc qu'il le soit tant à l'égard de l'acte que des circonstances infractionnelles décrites, en ce qu'elles relèvent tout autant de la typicité des faits.** Ces circonstances requises à titre préalable apparaissent comme un élément d'appréciation essentiel du caractère attentatoire de l'acte. Leur caractérisation est donc nécessaire à celle d'une atteinte aux valeurs que l'infraction préalable représente, négativement en l'occurrence. En matière de coaction, c'est le caractère commun de l'infraction qu'il convient de caractériser en ce qu'il permet d'apprécier la gravité de l'atteinte. C'est au regard des circonstances de réalisation que le législateur apprécie abstraitement l'illicéité de l'acte. Or, il a été démontré que les circonstances légitimes, même lorsqu'elles sont prévues par le texte d'incrimination, ne s'opposent pas au caractère abstraitement attentatoire de l'infraction principale¹³⁶¹. Si l'infraction commune, principale ou d'origine demeure parfaitement constituée, en dépit de sa légitimation par des circonstances exceptionnelles, les participations qui en dépendent le sont aussi.

310. La participation à l'infraction justifiée comme atteinte présumée illicite. Si le motif légitime est extérieur à l'acte de participation, il l'est aussi des circonstances infractionnelles qui participent de la caractérisation de l'atteinte. En effet, ce n'est pas seulement un acte, pris isolément, qui peut être justifié mais une atteinte effective pleinement caractérisée sauf à priver d'objet la justification. Dès lors que les circonstances justificatives ne s'opposent pas à la typicité de la participation, elles permettent la naissance d'une présomption d'illicéité de celle-ci.

b) La naissance d'une présomption d'illicéité de l'acte de participation

311. Une participation présumée illicite en raison de son aptitude causale. La participation à l'infraction d'autrui ou à une infraction collective engage automatiquement l'emprunt de la présomption d'illicéité attachée à cette dernière. L'acte de participation à une atteinte est lui-même attentatoire en raison de son aptitude causale propre. Partant,

¹³⁶⁰ Voir *supra* n° 178.

¹³⁶¹ Voir *supra* n° 261.

l'infraction dépendante est aussi réputée illicite. Il est clair que l'on reproche au complice sa propre participation à l'infraction. On ne lui reproche pas l'infraction d'autrui en raison de sa participation, mais bien sa participation parce qu'elle facilite une infraction. C'est à plus forte raison le cas du coauteur, à qui l'on reproche l'accomplissement d'une infraction collective et non l'infraction d'autrui en raison de son intervention. L'acte de participation, par sa causalité souvent déterminante, est l'objet même de la présomption d'illicéité. La doctrine ne dit pas autre chose lorsqu'elle fonde la nocuité sociale de l'acte de participation sur sa causalité¹³⁶². Certains font, toutefois, valoir que « *la causalité relève plus de la fiction que de la réalité* »¹³⁶³. On objectera qu'elle est tout simplement appréciée de manière abstraite dans le cas d'une tentative de participation. A cet égard, la possibilité de la répression de la participation à une infraction de participation atteste particulièrement de la nocuité sociale intrinsèque d'une participation à une atteinte (α). Il a été observé que la causalité était plus subjective qu'objective, en la matière¹³⁶⁴. Cela semble peu probable, étant donné que l'état d'esprit de l'auteur principal est parfaitement indifférent (β).

α - L'emprunt de la présomption d'illicéité de l'infraction facilitée

312. L'admission de la tentative de participation. La jurisprudence a souvent qualifié de coauteur, le simple complice lorsque la complicité était réprimée de manière plus étroite¹³⁶⁵. Des auteurs ont cependant relevé qu'elle poursuivait cet amalgame dans des hypothèses où l'intérêt répressif ne se vérifiait plus¹³⁶⁶. Une telle assimilation de la coaction à la complicité témoignerait de leur appartenance à un même mécanisme d'imputation participative de l'infraction d'autrui¹³⁶⁷. La conclusion paraît hâtive, qui se fonde sur la qualification d'auteur de celui qui facilite l'infraction sans la consommer. Or, la consommation n'est pas l'unique moyen de commettre une infraction, lorsque sa tentative est

¹³⁶² Voir GARRAUD R., *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, op. cit., n° 267 et 882 ; ORTOLAN M., *Eléments de droit pénal*, op. cit., n° 221 ; ROBERT J.-R., *Droit pénal général*, op. cit., p. 343 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., op. cit., n° 405 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, op. cit., n° 535 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., op. cit., n° 534 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, op. cit., n° 425 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général*, op. cit., n° 382.

¹³⁶³ SALVAGE P., « Le lien de causalité en matière de complicité », *RSC* 1981. 25 ; Voir dans le même sens MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, op. cit., n° 564 ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 208.

¹³⁶⁴ *Ibid.* Voir aussi PIN X, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ 2002, n° 337, qui considère que « le consentement participatif n'est pas seulement l'expression de l'élément moral de la complicité, mais il se substitue également à son élément matériel ».

¹³⁶⁵ Voir, pour des illustrations détaillées, PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 270 ; ROUSSEAU F., op. cit., n° 240 ; ALLIX D., *Essai sur la coaction*, op. cit., n° 152 ; GULPHE P., « La distinction entre coauteurs et complices », *RSC* 1948. 665.

¹³⁶⁶ Voir particulièrement ROUSSEAU F., op. cit., loc. cit. ; ALLIX D., *Essai sur la coaction*, op. cit., loc. cit.

¹³⁶⁷ *Ibid.*

réprimée. La jurisprudence semble se faire l'écho de cette analyse en refusant de considérer comme coauteur du délit d'opposition à l'exécution de travaux d'utilité publique celui qui n'a pas pénétré sur le chantier pour s'opposer aux travaux¹³⁶⁸. Elle refuse également cette qualification, en matière de séquestration, pour des participants à un mouvement de grève au cours de laquelle des dirigeants ont été séquestrés « *en l'absence de rôle actif joué dans la volonté d'empêcher les victimes de circuler librement* »¹³⁶⁹. Elle ne réprime, en tant qu'auteur, que celui qui se tient prêt, sur les lieux et au temps de l'infraction, dans une attitude non équivoque, notamment de guet ou de distraction¹³⁷⁰. Cette participation recèle une dimension plus principale qu'accessoire, car elle exclut l'aide à la préparation de l'infraction dont le complice peut se contenter. En s'efforçant de caractériser une proximité causale et temporelle entre l'acte du coauteur et l'infraction commune, le juge répressif exige à n'en pas douter un commencement d'exécution. Certes, il n'a pas échappé à la chambre criminelle que la tentative qui facilite la réalisation de l'infraction correspond aussi à un acte de complicité¹³⁷¹. Mais elle cantonne le recours à la théorie de la « *complicité corespective* » au cas de difficultés probatoires¹³⁷², et privilégie la qualification de coauteur lorsque les deux auraient pu s'appliquer¹³⁷³. La complicité doit, en effet, rester subsidiaire et ne s'appliquer que lorsque la participation n'est pas principale, c'est-à-dire lorsque l'auteur ne réunit pas l'ensemble des éléments constitutifs de l'infraction commune¹³⁷⁴ ou qu'il ne la commet pas, même partiellement¹³⁷⁵. Or, la chambre criminelle a déjà retenu la tentative de vol à l'encontre de malfaiteurs armés, placés en embuscade¹³⁷⁶, étant entendu qu'en pareille hypothèse, elle tend

¹³⁶⁸ Crim., 8 oct. 1997, *Dr. pén.* 1998, comm. 19, obs. VERON M.

¹³⁶⁹ Crim., 6 sept. 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. 55.

¹³⁷⁰ Voir notamment Crim., 4 août 1927, *S. I.* 33; 7 déc. 1954, *D.* 1955, jurispr. p. 221; 22 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 348; 25 janv. 1973, *Gaz. Pal.* 1973. I. somm. 94, note DOUCET J.-P.; RSC 1974. 580, obs. LARGUIER J.; 3 nov. 1978, *Bull. crim.* n° 299.

¹³⁷¹ « *Le coauteur d'un crime aide nécessairement l'autre coupable dans les faits qui consomment l'action et devient, par la force des choses légalement son complice* » Crim., 9 juin 1848, *S.*, 1848. I. 127; Voir, pour cet arrêt, PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2009, n° 36.

¹³⁷² Voir Crim., 25 févr. 1975, *Bull. crim.* n° 65. Voir aussi PIN X., *op. cit., loc. cit.*; LARGUIER J., « Homicide et blessures commis en groupe : crime impossible, et présomption de participation ou causalité », RSC 1973. 879.

¹³⁷³ « *Dans les actes de complicité, on a toujours distingué ceux qui, extrinsèques à l'acte, tendent à en préparer, faciliter et réaliser la consommation, et ceux qui, par la simultanéité d'action et l'assistance réciproques, constitue la perpétration même; que, lorsque ces derniers ont été commis, il existe bien moins des complices que des coauteurs* » Crim., 17 déc. 1859, in *Les grands arrêts du droit pénal général, op. cit.*, n° 95; Voir aussi Crim., 9 nov. 1860, *Bull. crim.* n° 229.

¹³⁷⁴ Voir, pour cette définition du coauteur, notamment PIN X., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 268; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 403; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général, op. cit.*, n° 554; LEGAL A., « La notion de coauteur », RSC 1962. 749.

¹³⁷⁵ Voir, pour cette définition du coauteur, LEGAL A., « La complicité en matière de délit d'imprudence », RSC 1956. 531.

¹³⁷⁶ Voir Crim., 29 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 356.

à insister sur l'existence d'un équipement ou d'un dispositif idoine¹³⁷⁷. Ainsi, la tentative est évidemment punissable en matière de coaction, sans qu'il soit besoin de recourir à la complicité. L'acte du coauteur est alors réputé illicite, en lui-même. Mais, en tant qu'acte collectif, il recèle une gravité particulière qui autorise l'emprunt de la gravité de la qualification commune. C'est pourquoi on reprochera à celui qui n'a commis qu'un commencement d'exécution sa participation principale à l'infraction consommée, voire aggravée¹³⁷⁸. Ce jugement de valeur plus sévère porté sur l'acte du coauteur se justifie par sa gravité particulière, dès lors que l'action collective tend à causer une lésion plus grave à l'ordre social.

La doctrine considère, en revanche, que la répression de la tentative de complicité est définitivement exclue, depuis l'arrêt *Lacour*¹³⁷⁹. Lorsqu'en effet, le fait principal n'a été ni commis, ni tenté, il n'est pas punissable et sa facilitation ne l'est pas davantage. En cas de provocation non suivie d'effet, la jurisprudence doit recourir à des incriminations formelles autonomes¹³⁸⁰. Il s'agit principalement de l'association de malfaiteurs qui sanctionne la préparation collective d'infractions punies d'au moins cinq ans d'emprisonnement¹³⁸¹ et plus récemment, du mandat criminel incriminant la provocation à l'empoisonnement ou à l'assassinat¹³⁸². A cela s'ajoute l'incrimination redondante, en date du 2 mars 2010, de la participation à un groupe, même temporaire, ayant des visées violentes¹³⁸³. La répression des bandes violentes participe de « *l'éclatement du vocabulaire de la participation criminelle* » et de la multiplication inquiétante des infractions de préparation¹³⁸⁴.

Il se pourrait, néanmoins, que le sort de la tentative de complicité ne s'en trouve pas véritablement scellé. A l'analyse, il apparaît que la Cour de cassation s'est uniquement opposée à la répression de la tentative de complicité impossible¹³⁸⁵. L'absence de fait principal punissable s'apparente, en effet, à l'absence de valeur protégée. Dès lors que l'infraction préalable fait défaut, on ne peut s'y associer, ni même commencer à le faire. La

¹³⁷⁷ Voir Crim., 2 mai 1974, *Bull. crim.* n° 156.

¹³⁷⁸ dès lors que les circonstances aggravantes affectent l'infraction commune, Voir en ce sens DE JACOBET DE NOMBEL C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 55, n° 570 ; LARGUIER J., « Homicide et blessures commis en groupe : crime impossible, et présomption de participation ou causalité », préc.

¹³⁷⁹ Crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts) : *Bull. crim.*, n° 292 (*Lacour*), et n° 293 (*Benamar et Schieb*) ; D. 1963. 221, note BOUZAT P. ; JCP 1963. II. 12985, note VOUIN R.

¹³⁸⁰ Voir notamment Crim., 30 avril 1996, *Bull. crim.* n° 176 ; 26 mai 1999, RSC 2000. 621, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P. Comp. Douai 21 oct. 2003, JCP 2004. II. 10115, note MARECHAL J.-Y.

¹³⁸¹ Voir C. pén., art 450-1.

¹³⁸² Voir C. pén., art 221-5-1 (L. n° 2004-204 du 9 mars 2004).

¹³⁸³ Voir C. pén., art 222-14-2 (L. n° 2010-201 du 2 mars 2010).

¹³⁸⁴ Voir en ce sens PARIZOT R., « 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, chron. 2701.

¹³⁸⁵ Pour l'étude de l'admission contestable de la tentative de meurtre impossible, Cf. *supra* n° 296.

tentative de complicité se conçoit, au contraire, parfaitement dans l'hypothèse d'un fait principal punissable que le complice aurait tenté de faciliter. La complicité de crime étant un crime distinct, sa tentative est incriminée par l'article 121-4 du Code pénal. Elle sera punissable à condition que l'acte de nature à faciliter le crime, n'ait « *manqué son effet qu'en raison de circonstances indépendantes de la volonté de son auteur* »¹³⁸⁶. Au fond, c'est bien ce qu'admet implicitement la jurisprudence lorsqu'elle réprime le complice qui n'est pas parvenu à faciliter matériellement la commission de l'infraction principale. Ont ainsi été sanctionnés, des complices qui ont fourni des moyens ou donné des instructions, non utilisés par l'auteur pour commettre l'infraction¹³⁸⁷. Elle se contente alors, comme en matière de tentative, d'un acte abstraitement causal¹³⁸⁸, dont l'absence d'effet concret est indépendant du comportement volontaire de l'auteur. D'aucuns considèrent qu'il s'agit d'une absence de « *répercussions objectives* »¹³⁸⁹ impliquant « *la non-exigence d'un rapport causal objectif entre le comportement et le résultat de l'infraction distincte de complicité* »¹³⁹⁰. Pourtant, il existe bien un lien causal abstrait entre l'acte de complicité et l'acte principal réputé illicite. Tout porte, alors, à croire que la jurisprudence réprime, ce faisant, un acte de tentative de complicité qui est une manière de commettre l'infraction de complicité et d'en punir l'auteur. L'analyse peut être transposée au délit de recel de chose, dont la tentative, non expressément prévue, semble de prime abord exclue. Il existe également en la matière des infractions-obstacles qui permettent, à la faveur d'interventions législatives récentes, une « *répression plus préventive* » et moins sévèrement punies¹³⁹¹. L'existence de ces infractions autonomes

¹³⁸⁶ Voir C. pén., art 121-5.

¹³⁸⁷ Voir notamment Crim., 17 mai 1962, *D.* 1962. 473 ; 31 janv. 1974, *JCP* 1975. II. 17984, note MAYER-JACK A.

¹³⁸⁸ Cf. *supra* n° 195.

¹³⁸⁹ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 414.

¹³⁹⁰ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 165, où l'auteur considère qu'il s'agit d'un encouragement moral, donc d'une causalité subjective qui ne se conçoit que sous l'angle d'une imputation participative de l'infraction d'autrui.

¹³⁹¹ Voir, pour « *des infractions assimilées au recel ou voisines de celui-ci* », « *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 (...)* » (C. pén., art. 321-6, introduit par la Loi n° 2006-64 du 23 janv. 2006, art. 24) ; « *le fait, par une personne dont l'activité professionnelle comporte la vente d'objets mobiliers usagés ou acquis à des personnes autres que celles qui les fabriquent ou en font le commerce, d'omettre, y compris par négligence, de tenir jour par jour (...) un registre indiquant la nature, les caractéristiques, la provenance, le mode de règlement de l'objet et contenant une description des objets acquis ou détenus en vue de la vente ou de l'échange et permettant l'identification de ces objets ainsi que celle des personnes qui les ont vendus ou apportés à l'échange* » (C. pén., art. 321-7, modifié la par Loi n° 2011-267 du 14 mars 2011, art. 55) ; « *le fait, par une personne visée à l'article précédent, d'apposer sur le registre prévu par cet article des mentions inexactes (...)* Est puni des mêmes peines le fait, par cette personne, de refuser de présenter ce registre à l'autorité compétente » (C. pén., art. 321-8).

qui consistent, au fond, en des présomptions de recel¹³⁹², ne s'oppose pas à répression de la tentative de recel de chose. Elle est, de surcroît, incriminée lorsque le recel est de nature criminelle, conformément à l'emprunt de pénalité aménagé en la matière¹³⁹³. Enfin, si la tentative de délit recel est incriminée pour certains recels spéciaux, tels que le blanchiment¹³⁹⁴ qui incrimine, en réalité, une complicité de blanchiment¹³⁹⁵, il existe bien, en droit positif, une répression de la tentative de complicité de recel de biens.

313. L'admission de la complicité de participation. Les coauteurs de l'infraction peuvent naturellement avoir des complices, sous réserve d'une distinction stricte des infractions principales et accessoires. De la même manière, la jurisprudence sanctionne la complicité de complicité¹³⁹⁶, conformément à son incrimination qui ne distingue pas selon le caractère direct ou indirect de la participation¹³⁹⁷. En matière de délit de recel, la complicité est pareillement incriminée¹³⁹⁸. Le complice de l'infraction principale peut, par ailleurs, être condamné pour recel, sans qu'il soit porté atteinte au principe *ne bis in idem*¹³⁹⁹. Le complice initial peut donc être condamné aussi pour complicité de recel s'il a accompli un acte de provocation à l'infraction, puis fourni une aide à la dissimulation du produit. En outre, le délit de blanchiment qui est une forme spéciale de recel¹⁴⁰⁰, ne correspond pas au blanchiment en soi mais à l'aide qui y est apportée¹⁴⁰¹, tout comme le délit redondant de facilitation de la justification mensongère des ressources¹⁴⁰² et d'autres blanchiments spéciaux, en matière de

¹³⁹² Voir en ce sens Conte P., *Droit pénal spécial*, Litec, 2^{ème} éd. 2005, n° 182.

¹³⁹³ Voir C. pén., art. 321-4.

¹³⁹⁴ Voir C. pén., art. 324-6.

¹³⁹⁵ Cf. *infra* n° 313.

¹³⁹⁶ « L'aide ou l'assistance apportée en connaissance de cause à l'auteur d'une escroquerie, même par l'intermédiaire d'un complice, constitue la complicité incriminée à l'article 121-7 du Code pénal », Crim., 15 déc. 2004, JCP 2005. II. 10050, note MARECHAL J.-Y., D. 2005. 2128, note ROYER G.

¹³⁹⁷ Voir MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, op. cit., n° 552.

¹³⁹⁸ Voir C. pén., art. 121-6 ; et, pour la circonstance aggravante de bande organisée, C. pén., art. 321-2.

¹³⁹⁹ Voir, pour l'admission d'un tel cumul en matière de vol, Crim., 18 nov. 1965, D. 1966. 248, note COMBALDIEU R. ; 9 fév. 1967, Bull. crim. n° 62 ; et en matière d'abus de confiance, Crim., 6 janv. 1970, Bull. crim. n° 11 ; 25 avril 1974, Bull. crim. n° 152.

¹⁴⁰⁰ L'article 324-1 Code pénal distingue deux formes de blanchiment. L'alinéa 1 incrimine « **le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect** ». Tandis que l'alinéa 2 incrimine « **le fait d'apporter son concours à une opération de placement, de dissimulation, ou de conversion d'un produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit** ».

¹⁴⁰¹ DREYER E., *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. *Cours Magistral*, 2008, n° 1264 et s. ; contra CUTAJAR C., « L'auteur de l'infraction principale et le blanchiment », note sous Crim., 14 janv. 2004, D. 2004. 1377. Voir, pour un exemple de « vrai » blanchiment, l'article 405 du Code des douanes.

¹⁴⁰² « Est puni des mêmes peines le fait de faciliter la justification de ressources fictives pour des personnes se livrant 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 » (C. pén., art. 321-6, al. 2).

stupéfiants et de proxénétisme¹⁴⁰³. Ce parti pris législatif ouvre la possibilité de répression d'une complicité de complicité de recel. C'est aussi admettre, avec la chambre criminelle, qu'un agent puisse être puni en tant qu'« *auteur du blanchiment du produit d'une infraction qu'il a lui-même commise* »¹⁴⁰⁴. Ces cumuls de déclarations de culpabilité sont autorisés par la pluralité des faits de participation. Ils viennent, surtout, témoigner de ce que l'acte de participation est le siège de la présomption d'illicéité, dès lors qu'il vient conforter un fait infractionnel distinct. La reconnaissance jurisprudentielle « *du recel de recel* » achève de convaincre d'une certaine autonomie infractionnelle de l'acte de participation.

314. L'admission du recel de participation. Si le complice¹⁴⁰⁵ et le coauteur peuvent avoir un receleur, « *le recel de recel* » paraît moins évident. La chambre criminelle a pourtant admis que l'auteur d'une infraction puisse être poursuivi aux titres de blanchiment, complicité et recel de blanchiment du produit de son infraction. En effet, « *d'une part, les faits poursuivis sous la qualification de blanchiment de fraude fiscale sont distincts de ceux de complicité et recel de blanchiment, d'autre part, le complice de l'auteur principal d'un délit peut, lorsque l'infraction est consommée, en être le receleur* »¹⁴⁰⁶. Bien que chacun de ces faits infractionnels apparaissent comme la suite logique du précédant, il est techniquement possible de les distinguer¹⁴⁰⁷. **Considérer les actes de participation comme permettant l'imputation d'une infraction reviendrait à admettre que les juges ont imputé plusieurs fois la même infraction à un même participant.** Il faudrait comprendre qu'à la suite d'un improbable concours d'imputation, il serait procédé à un inutile cumul d'imputation. La répression de la participation à une « *infraction de participation* » atteste particulièrement de la nature infractionnelle de celle-ci. C'est, plus précisément, la direction de l'acte vers l'infraction principale, ainsi confortée, qui permet l'emprunt de la présomption d'illicéité. L'infraction principale étant parfaitement constituée indépendamment de l'imputabilité de son auteur, l'état d'esprit de ce dernier ne s'oppose pas à l'emprunt de la présomption d'illicéité. Il est assez logique, du reste, qu'il existe une proximité de régime entre l'infraction principale et l'infraction accessoire ou dépendante.

¹⁴⁰³ Voir C. pén., art. 222-38 et 225-6 2°, le constat d'une telle multiplication d'incriminations enchevêtrées étant particulièrement affligeant.

¹⁴⁰⁴ Crim., 20 fév. 2008, *Bull. crim.* n° 43, *D.* 2008. 1585, note CUTAJAR C., *RSC* 2008. 607, obs. MATSOPOULOU H., *AJ pénal* 2008. 234, note DARSONVILLE A.

¹⁴⁰⁵ Au travers de l'infraction principale punissable consommée.

¹⁴⁰⁶ Crim., 20 fév. 2008, préc.

¹⁴⁰⁷ Sous réserve du cumul limité des peines de même nature, Voir C. pén., art. 132-3.

315. L'absence d'opposition entre les emprunts de matérialité de criminalité.

L'affirmation selon laquelle « *une infraction sans élément moral n'est pas plus punissable qu'une infraction justifiée* »¹⁴⁰⁸ doit être combattue. Toute infraction comporte, on l'a vu, une atteinte abstraite à l'ordre public indépendamment de son rattachement à la volonté de son auteur¹⁴⁰⁹. Cette atteinte peut faire l'objet d'un reproche social mais il ne sera adressé qu'au participant qui pouvait l'éviter. Au contraire, l'infraction justifiée est concrètement neutre et ne peut plus être imputée à quiconque. Des auteurs ont ainsi fait valoir que la complicité pouvait se greffer sur un fait « *objectivement* » punissable, indépendamment de l'intention délictueuse qui s'apprécie individuellement en la personne de chaque participant¹⁴¹⁰. La rédaction initiale de l'incrimination de la complicité est invoquée à l'appui de l'analyse¹⁴¹¹, qui se contentait d'une « *action qualifiée crime ou délit* »¹⁴¹². Il est précisément reproché à cette thèse de greffer les actes de complicité sur *l'acte* principal punissable et non sur *l'infraction* principale punissable¹⁴¹³. On lui fait grief de « *ravaler l'élément moral de l'infraction au rang de quantité négligeable* »¹⁴¹⁴ alors qu'il serait déterminant de l'existence de l'infraction¹⁴¹⁵, comme du choix de sa qualification¹⁴¹⁶. Or, il a précédemment été démontré que la constitution d'une infraction dépendait exclusivement de la concordance d'un acte circonscrit avec une incrimination et, que la qualification dépendait de l'aptitude causale requise¹⁴¹⁷. Cette analyse fut, par ailleurs, confortée par le régime probatoire de l'infraction qui est incompatible avec la présomption de volonté de ses actes. De la sorte, l'emprunt de matérialité n'a plus à être opposé à l'emprunt de criminalité. **La réalisation matérielle de l'infraction principale suffit à ce que la présomption d'illicéité naisse et s'étende à l'acte de participation.** Il suffit, pour s'en convaincre de relire d'illustres auteurs

¹⁴⁰⁸ JEANDIDIER W., note sous Crim., 8 janv. 2003, *JCP G* 2003. II. 10159.

¹⁴⁰⁹ Cf. *supra* n° 283.

¹⁴¹⁰ ROBERT J.-H., « Imputation et complicité », *JCP* 1975. I. 2720, n° 26; *Droit pénal général, op. cit.*, p. 352 et s. Voir, dans cette lignée, DE JACOBET DE NOMBEL C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, 2006, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 55, n° 581 ; MALABAT V. et SAINT-PAU J.-C., « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. p. 4.

¹⁴¹¹ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 412.

¹⁴¹² Anc. C. pén., art. 60.

¹⁴¹³ Voir notamment ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale, op. cit.*, n° 197.

¹⁴¹⁴ JEANDIDIER W., art. préc.

¹⁴¹⁵ ROUSSEAU F., *op. cit. loc. cit.*

¹⁴¹⁶ MAYAUD Y., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 384 ; DE LAMY B., obs. sous Crim., 8 janv. 2003, *D.* 2004, somm. 310.

¹⁴¹⁷ Cf. *supra* n° 185.

classiques. CHAUVEAU et HELIE ont, ainsi, admis que « *si l'acquittement de l'auteur principal est motivé sur sa bonne foi, son ignorance du crime dont il n'était qu'un instrument, il est évident que le bénéfice de cette exception toute personnelle ne peut s'étendre au prévenu de complicité* »¹⁴¹⁸. ROUX a également insisté sur le fait que « *les causes d'irresponsabilité (...) suppriment la culpabilité de l'auteur mais laissent subsister le délit* »¹⁴¹⁹. GARCON a expliqué, à son tour, que « *rien ne s'oppose à la condamnation du complice si l'auteur principal (...) est acquitté pour défaut de volonté coupable ou d'intention frauduleuse. Dans ces hypothèses le crime subsiste avec ses caractères constitutifs particuliers* »¹⁴²⁰. C'est dire si la doctrine classique avait saisi que le jugement de valeur sur la nocuité sociale d'une infraction portait exclusivement sur sa réalisation matérielle. La même orthodoxie juridique se retrouvait chez les auteurs allemands du siècle dernier mais elle fut peu à peu abandonnée au profit d'une approche aussi confuse que la nôtre. En effet, lorsque CARBONNIER tentait de concilier l'emprunt de matérialité avec une conception matérielle et morale de la criminalité, l'exercice relevait de la gageure conceptuelle¹⁴²¹.

316. La réduction jurisprudentielle de l'emprunt de criminalité à la seule matérialité. En exigeant un « *fait principal punissable* »¹⁴²², la jurisprudence se contente assez clairement d'une infraction au sens strict. Elle peut s'entendre de la simple réalisation d'un fait correspondant à une incrimination, indépendamment des autres composantes de la responsabilité¹⁴²³. Ainsi, l'absence d'imputabilité est constamment jugée indifférente par la doctrine¹⁴²⁴ et par le juge, lequel l'apprécie en la personne de chaque participant¹⁴²⁵. Quant à l'absence de volonté, elle est rigoureusement traitée comme une cause de non-imputabilité.

¹⁴¹⁸ CHAUVEAU A., HELIE F., et VILLEY E., *Théorie du Code pénal*, t. 1, Librairie générale de jurisprudence, 6^{ème} éd. 1887, cité par JEANDIDIER W., note sous Crim., 8 janv. 2003, *JCP G* 2003. II. 10159.

¹⁴¹⁹ ROUX J.-A., *Cours de droit criminel français, T. I : Droit pénal*, Sirey, 2^{ème} éd. 1927, p. 342.

¹⁴²⁰ GARCON E., *Code pénal annoté*, T. 1, 2^{ème} éd. 1956, par ROUSSELET, PATIN et ANCEL, art. 59 et 60, n° 118.

¹⁴²¹ Voir CARBONNIER J. « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952. I. 1034.

¹⁴²² Voir par exemple Crim., 1^{er} mars 1945, *Bull. crim.* n° 17, *D.* 1945. 265 ; 14 avril 1999, *Bull. crim.* n° 81, *RSC* 1999. 809, obs. BOULOC B. ; 28 nov. 2006, *Bull. crim.* n° 294, *RSC* 2007. 79, obs. MAYAUD Y.

¹⁴²³ Cf. *supra* n° 168.

¹⁴²⁴ BONIS-GARCON E., *Rép. pén.* Dalloz, V° « Trouble psychique-malades mentaux », n° 75 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 412 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général, op. cit.*, n° 546 ; BOULOC B., *op. cit.*, n° 321 ; ROBERT J.-H., *op. cit.*, p. 356 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *op. cit.*, n° 557 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 430 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 356 ; MAYAUD Y., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 399.

¹⁴²⁵ La démente de l'auteur d'un viol n'interdit pas de condamner l'instigateur pour complicité de viol, Voir en ce sens Crim., 13 mars 1991, *Bull. crim.* n° 125 ; Voir aussi Crim., 16 juin 1887, *Bull. crim.* n° 221. Voir, pour une solution identique, lorsque l'auteur principal est un mineur non discernant, Crim., 27 nov. 1845, *DP* 1846. 4, n° 94 ; 12 oct. 1882, *Bull. crim.* n° 233 ; lorsque l'auteur est victime d'une contrainte morale, Crim., 20 oct. 1949, *Bull. crim.* n° 291.

La chambre criminelle a affirmé, le 8 janvier 2003, son indifférence, « *le défaut d'intention coupable n'excluant pas la culpabilité d'un complice* »¹⁴²⁶. Cette solution vient conforter l'absence d'autonomie de la faute qui apparaît comme la réunion d'un fait réputé illicite et de la présomption de volonté de ses actes. Le renversement de cette présomption s'oppose à l'attribution subjective de la faute mais laisse intact le jugement de valeur négatif sur l'acte. La chambre criminelle a considéré, deux mois plus tard, que les juges qui ont relevé « *l'élément matériel du délit de publicité en faveur du tabac commis par les annonceurs* », ont, par là même, « *constaté l'existence d'un fait principal punissable* »¹⁴²⁷. Si cette solution avait déjà été formulée à de nombreuses reprises¹⁴²⁸, certains arrêts pouvaient être interprétés, implicitement, en sens inverse¹⁴²⁹. Mais, d'une part, lorsque la Cour considère qu'il ne peut y avoir complicité de meurtre si la question de l'intention de l'auteur n'a pas été posée, c'est en réalité la matérialité du meurtre qui n'est pas établie¹⁴³⁰. On a pu voir, à cet égard, que la qualification intentionnelle ou non intentionnelle dépendait entièrement de l'aptitude causale de l'acte¹⁴³¹. Par ailleurs, il est communément admis que l'auteur de l'infraction principale n'a pas à être connu, ce qui rendrait impossible l'appréciation de la faute selon une conception subjectiviste. D'autre part, dans la célèbre affaire dite « du sang contaminé », la Cour de cassation a, certes, penché pour une conception subjective du fait principal, mais elle a également considéré que l'empoisonnement nécessitait une intention de tuer¹⁴³². A tel point qu'il est difficile de tirer quelque enseignement d'un arrêt vivement décrié par la doctrine, en ce qu'il bafoue les principes gouvernant la matière, par complaisance à l'égard des décideurs publics¹⁴³³.

¹⁴²⁶ Crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 5, *D.* 2003. 2661, note GARCON E., *JCP G* 2003. II. 10159, note JEANDIDIER W., *RSC* 2003. 553, obs. BOULOC B., *D.* 2004, somm. 310, obs. DE LAMY B. *Comp. Crim.*, 7 avril 2004, *Bull. crim.* n° 95, qui qualifie *contra legem* d'auteur d'une importation de stupéfiants, celui qui se contente de l'organiser, créant de toute pièce un délit du « faire faire ». Voir pour une approbation de la solution VERON M., note sous Crim., 7 avril 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 121.

¹⁴²⁷ Crim., 18 mars 2003 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 69.

¹⁴²⁸ Voir, pour une autre illustration de l'indifférence de l'erreur de fait commise par l'auteur principal, Crim., 3 juill. 1886, *D.* 1886. 473. Voir dans le même sens Crim., 18 sept. 1990, *Bull. crim.* n° 194 ; 3 juill. 1909, *DP* 1911. I. 290 ; 2 fév. 1916, *Bull. crim.* n° 130 ; 13 juin 1918, *Bull. crim.* n° 239 ; 28 juill. 1921, *Bull. crim.* n° 312 ; 16 nov. 1998, *JCP* 1999. II. 10118, note JEANDIDIER W. ; 19 fév. 2002, *Bull. crim.* n° 35.

¹⁴²⁹ Voir de manière implicite Crim., 30 oct. 1941, *DP* 1919. I. 67 ; 28 mai 1990, *Bull. crim.* n° 214 ; 20 juin 1994, *Bull. crim.* n° 246 ;

¹⁴³⁰ Voir Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* n° 83.

¹⁴³¹ Pour la distinction entre possibilité du résultat et certitude de sa survenance, Cf. *supra* n° 197 et s.

¹⁴³² Voir Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127, *D.* 2004. 1620, note REBUT D., somm. 2751, obs. MIRABAIL, *JCP* 2003. II. 10121, note RASSAT M.-L., *Dr. pén.* 2003, comm. 97, obs. VERON M., *RSC* 2003. 781, obs. MAYAUD, *D.* 2005. 195, note PROTHAIS.

¹⁴³³ Voir particulièrement MALABAT V. et SAINT-PAU J.-C., « Le droit pénal général malade du sang contaminé », préc.

La chambre criminelle a, en tout état de cause, réaffirmé la réduction de l'emprunt de criminalité à sa seule matérialité en expliquant « *que si l'intention coupable n'est pas caractérisée (...), l'élément matériel de l'infraction existe (...); que la complicité d'un délit principal peut exister même si l'intention coupable n'est pas caractérisée à l'encontre d'un auteur dudit délit, dès lors que l'absence de culpabilité de ce dernier repose sur un motif qui lui est personnel et que le fait commis par celui-ci reste objectivement punissable* »¹⁴³⁴. Cette posture jurisprudentielle est, par ailleurs, tout à fait cohérente avec la formulation, constante en matière criminelle, qui admet « *que rien ne s'oppose à ce que le jury, après avoir résolu négativement la question de la culpabilité à l'égard de l'auteur principal, résolve affirmativement la même question à l'égard du complice* »¹⁴³⁵. Le fait que la culpabilité englobe ici l'imputabilité¹⁴³⁶, atteste du rapprochement inéluctable de ces notions. Il devient, alors, difficile de nier la consécration d'une réduction de l'infraction principale à sa dimension matérielle, d'autant plus que cet édifice jurisprudentiel est cohérent avec les solutions rendues en matière de recel. La Cour de cassation a, en effet, eu l'occasion de condamner le receleur du produit d'une infraction principale, en dépit de l'absence de culpabilité de l'auteur de l'infraction d'origine¹⁴³⁷. En cas de recel de malfaiteurs, « *il n'est donc pas nécessaire que la culpabilité de la personne recelée ait été légalement établie* »¹⁴³⁸, et peu importe qu'elle ait bénéficié d'un acquittement¹⁴³⁹. Ainsi, « *le recel de chose paraît se contenter d'un fait qualifié crime ou délit, réduit à (sa) seule matérialité* »¹⁴⁴⁰. L'indifférence à l'égard de l'état d'esprit de l'auteur s'impose d'autant plus à l'endroit du coauteur qui réunit sur sa tête les faits constitutifs de l'infraction commune. Au fond, ces solutions concordantes ne s'expliquent que par une conception matérielle de l'infraction. Seule l'aptitude causale de l'acte est susceptible de faire l'objet d'un jugement de valeur et partant, de constituer l'infraction. L'acte de l'auteur principal étant l'unique objet de la présomption d'illicéité, elle s'étend à toute participation matérielle suffisamment causale.

¹⁴³⁴ Crim., 15 déc. 2004, n° 03-87827 (*inédit*), *Dr. pén.* 2005, comm. 79, obs. ROBERT J.-H.

¹⁴³⁵ Crim., 2 juin 1916, *S.* 1918-1919. I. 189 ; 13 juin 1918, *S.* 1921. I. 236 ; 28 juill. 1921, *S.* 1922. I. 288 ; 21 mai 1990, *Bull. crim.* n° 203 ; 31 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 56.

¹⁴³⁶ Voir en ce sens ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*, où l'auteur se prévaut de la formulation large de l'article 349 du Code de procédure pénale « *l'accusé est-il coupable d'avoir commis tel fait ?* » et relève qu'une question spéciale doit désormais être posée pour chaque cause d'irresponsabilité (C. pr. pén., art. 349-1).

¹⁴³⁷ Voir en ce sens Crim., 9 fév. 1956, *JCP* 1956. 9574, note LARGUIER J.

¹⁴³⁸ Crim., 27 juill. 1867, *DP* 1867. I. 457, 17 fév. 1899, *DP* 1899. I. 326.

¹⁴³⁹ Voir Crim., 2 mai 1946, *Bull. crim.* n° 116, *S.* 1948. I. 57, note LEGAL ? ; BASTIA 8 avr. 1875, *DP* 1875. II. 130, *S.* 1875. II. 298.

¹⁴⁴⁰ CONTE P., *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd. Litec, 2007, n° 613, note 9.

317. La constitution de l'infraction et la neutralisation de la responsabilité. Si la constitution de l'infraction a des répercussions sur l'imputabilité qui s'apprécie relativement à elle, l'inverse ne se vérifie pas. La constitution de l'infraction ne saurait dépendre de son rattachement à une volonté libre et lucide. Les incriminations se contentent de décrire des faits humains présumés imputables et illicites. Le renversement de ces présomptions n'a pas d'influence sur la constitution de l'infraction. Il joue, en revanche, sur la responsabilité en privant l'infraction d'effet, de manière absolue quant à l'illicéité, ou relative quant à l'imputabilité. L'infraction justifiée étant matériellement réalisée, elle demeure abstraitement illicite, tout comme l'acte infractionnel de participation. La participation à une infraction justifiée ne saurait donc être rapprochée de l'hypothèse d'une complicité impossible, qui ne peut être présumée illicite faute de condition préalable. Pour que l'on puisse parler de justification à l'endroit de la complicité, elle doit être réalisée dans toute sa matérialité. L'infraction préalable en faisant partie, sa justification au regard des circonstances concrètes de réalisation s'étend de la même manière aux participants. L'infraction de participation est parfaitement réalisée mais sa présomption d'illicéité est renversée.

2) Le reversement de la présomption d'illicéité de l'infraction de participation

318. La neutralisation de la condition préalable à l'acte de participation. On a vu que l'infraction principale ou collective était constituée et que, partant, la condition préalable des infractions de participation l'était aussi. Toutefois, la présomption d'illicéité de l'infraction facilitée étant renversée, celle des infractions dépendantes l'est tout autant. La condition préalable de l'acte de participation est neutralisée de sorte que l'emprunt de la présomption d'illicéité, quoique réalisé, est neutralisé. On dit que la justification opère *in rem* et non *in personam* « *pour illustrer le fait que c'est l'acte lui-même qui est lavé de tout caractère infractionnel (illicite) et non son auteur qui est blanchi (...) Or il n'y a rien de répréhensible à s'associer à un acte dont la légitimité est reconnue* »¹⁴⁴¹. Ainsi, la justification neutralise l'emprunt objectif d'illicéité des infractions de participation (a) indépendamment de l'état d'esprit des participants dont l'imputabilité est dépourvue d'objet (b).

¹⁴⁴¹ DREYER E. *Droit pénal général*, Litec, 2^{ème} éd. 2012, n° 1145.

a) La neutralisation de l'emprunt d'illicéité des infractions de participation

319. La neutralisation de l'illicéité de l'infraction principale en matière de complicité. La neutralisation de l'infraction principale neutralise, par la même occasion, l'emprunt d'illicéité de la complicité. La jurisprudence criminelle a déjà tranché en ce sens, en matière de diffamation justifiée par une injonction légale de publication, en considérant que « *le fait n'étant pas punissable, les complices ne pouvaient pas faire l'objet de poursuites* »¹⁴⁴². Sa position est moins tranchée dans un arrêt qui précise que si la bonne foi « *doit être appréciée en la personne de l'auteur de l'article diffamatoire* », elle « *a pour effet d'exclure, tant la responsabilité de l'auteur des propos, que celle du directeur de la publication* »¹⁴⁴³. Elle a, d'ailleurs, réitéré cette position paradoxale qui tend à concilier l'effet *in rem* et l'appréciation *in personam* de ce fait justificatif ambiguë¹⁴⁴⁴. Sous l'influence de la Cour européenne qui discute la conception française de l'exception de bonne foi¹⁴⁴⁵, la Cour de cassation tend à abandonner cette référence connotée subjectivement, pour reconnaître un véritable fait justificatif¹⁴⁴⁶. Dans un arrêt du 11 mars 2008, elle a considéré qu'un article « *ne dépassait pas les limites de la liberté d'expression* » au visa de l'article 10 CESDH, dès lors qu'il traitait « *d'un sujet d'intérêt général relatif au rachat frauduleux par un organisme bancaire d'une compagnie d'assurance de droit étranger qui avait mis à la charge de l'Etat français, et donc du contribuable, des sommes considérables* »¹⁴⁴⁷. En se référant au « *sujet d'intérêt général* », la Cour pose un critère objectif de balance des valeurs sociales en cause, incompatible avec l'appréciation *in personam*. C'est dire, avec un auteur, que « *paraissant favorable à un effet in rem, la solution de l'arrêt, au contraire, devrait être profitable au sort de tous ceux dont la responsabilité pénale sera recherchée* »¹⁴⁴⁸. Cette évolution devrait conduire la chambre criminelle à abandonner sa position peu compréhensible portant sur l'absence d'effet de ce fait justificatif sur le complice de droit commun¹⁴⁴⁹. Ce qui vaut pour

¹⁴⁴² Crim., 17 fév. 1981, *Bull. crim.* n° 63, arrêt rendu au visa des articles 5 de la loi du 1er juillet 1901 et 1er du décret 16 août 1901 qui imposent l'insertion d'une déclaration d'association.

¹⁴⁴³ Crim., 11 juin 1981, *Bull. crim.* n° 197, étant entendu que la responsabilité, en matière d'infraction de presse, obéit au principe de responsabilité en « *cascade* » qui fait du directeur de publication l'auteur principal et de l'auteur des propos, un complice (art. 23 et 42 de la loi du 29 juillet 1981).

¹⁴⁴⁴ Crim., 11 sept. 2007, *Bull. crim.* n° 198. Voir aussi Crim., 20 mai 2003, JCP 2004. I. 147, n° 5 : « *la bonne foi s'apprécie en la personne de l'auteur de l'article incriminé* ».

¹⁴⁴⁵ CEDH 14 fév. 2008, *Joly et SARL Libération c/ France*, JCP 2008. II. 10172, note DERIEUX ?.

¹⁴⁴⁶ Voir en ce sens CONTE P., « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *Mél. A. CHAVANNE*, p49.

¹⁴⁴⁷ Crim., 11 mars 2008, *Bull. crim.* n° 59, JCP 2008. I. 209, n° 3 obs. DREYER E.

¹⁴⁴⁸ CONTE P., « Diffamation et sujet d'intérêt général », note sous Crim., 11 mars 2008, *RPDP* 2008. 869, spéc. p. 874, où l'auteur met en exergue l'influence de la jurisprudence européenne.

¹⁴⁴⁹ Crim., 19 fév. 2002, *Bull. crim.* n° 35, *RSC* 2002. 809, obs. BOULOC B.

le fait justificatif de « *bonne foi* » longtemps confondu avec l'absence d'intention de nuire¹⁴⁵⁰, vaut a fortiori pour l'ensemble de la justification¹⁴⁵¹.

320. La neutralisation de l'illicéité de l'infraction d'origine en matière de recel.

Il en va de même en matière de recel de chose, où l'acte de participation n'est pas punissable, s'il est dépourvu d'objet illicite¹⁴⁵². En revanche, s'agissant du recel de cadavre¹⁴⁵³ ou de malfaiteur¹⁴⁵⁴, il semble que la valeur protégée ne soit plus la même. Ces formes particulières de recel sont traitées en tant qu'« *entraves à la saisine de la justice* ». En tant qu'obstacles à la manifestation de la vérité judiciaire, il importe peu que l'infraction d'origine soit justifiée, dès lors qu'elle est réalisée. Plusieurs arrêts indiquent qu'il importe peu que l'auteur de l'infraction d'origine ait bénéficié d'un acquittement¹⁴⁵⁵.

321. La neutralisation de l'illicéité de l'infraction commune aux coauteurs.

Même parmi les tenants de l'effet *in rem* des faits justificatifs, certains défendent, paradoxalement, une appréciation de la justification en la personne de chaque participant¹⁴⁵⁶. Cette analyse fait évidemment le jeu des défenseurs de l'effet *in personam* de la justification, perçue en tant que cause de non-imputation morale¹⁴⁵⁷. La conception objective de la justification semble très bien se passer de détracteurs, avec de tels partisans. A les suivre, en effet, les faits justificatifs, quoique s'appuyant sur des circonstances extérieures à l'agent « *supposent presque toujours une certaine attitude de la part de celui-ci* » qui pourrait ponctuellement ne pas se retrouver chez le complice ou le coauteur¹⁴⁵⁸. Or, le caractère

¹⁴⁵⁰ Voir notamment Crim., 11 sept. 2007, préc., ce qui explique l'emploi d'une appréciation *in personam*.

¹⁴⁵¹ Voir CONTE P., « Diffamation et sujet d'intérêt général : précision », *RPDP* 2009. 171, spéc. p. 172, où l'auteur précise son analyse dans le sens une objectivation de la justification qui « *vaut pour tous les intéressés* ».

¹⁴⁵² « *Si les informations (...) étaient licites et leur divulgation autorisée, la condamnation des journalistes pour en avoir simplement publié le support (...), ne saurait être justifiée au regard de l'art. 10 CESDH* », CEDH 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, DEBOISSY F. et SAINT-PAU J.-C., « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) », *D.* 2000, chron. 267. Si le fait d'origine est licite, que l'infraction soit non constituée ou justifiée, les receleurs ne sont pas punissables.

¹⁴⁵³ Voir C. pén. art 334-7.

¹⁴⁵⁴ Voir C. pén. art 334-6.

¹⁴⁵⁵ Voir Crim., 2 mai 1946, *Bull. crim.* n° 116, *S.* 1948. I. 57, note LEGAL ; BASTIA 8 avr. 1875, *DP* 1875. II. 130, *S.* 1875. II. 298.

¹⁴⁵⁶ Voir notamment DESPORTES F. et LE GUNHEC F., *op. cit.*, n° 693 ; SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^{ème} éd. 2012, n° 224 ; LEPOINTE E. « De l'impunité à la non punissabilité », *D.*, 1978, chron., p. 225 et s.

¹⁴⁵⁷ Voir particulièrement TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009 ; ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 167.

¹⁴⁵⁸ DESPORTES F. et LE GUNHEC F., *op. cit. loc. cit.*

nécessaire et proportionné de cette « attitude », se retrouve nécessairement chez le participant qui emprunte matériellement l'acte principal ou collectif.

Pourtant, cet emprunt est discuté par les auteurs qui postulent que si « *la justification de l'un ne doit pas profiter à l'autre, ce n'est pas parce qu'elle constitue une cause subjective d'irresponsabilité pénale, c'est parce que la coaction suppose que l'on puisse reprocher à chaque intervenant une infraction distincte de l'autre* »¹⁴⁵⁹. De ce point de vue, « *il n'y aurait aucune raison de faire profiter un coauteur d'une telle cause justificative alors qu'il ne peut la revendiquer lui-même : on conçoit en effet qu'à l'occasion d'une même agression, deux individus réagissent différemment, l'un sachant maîtriser sa riposte et l'autre répondant de façon disproportionnée* »¹⁴⁶⁰. A la vérité, il est difficile de prétendre qu'un auteur a mesuré sa riposte, sans tenir compte du fait qu'il a agi collectivement. En effet, les violences collectives sont fatalement plus graves qu'une réponse individuelle. Cette gravité fait partie intégrante de l'acte du coauteur qui l'emprunte nécessairement à l'infraction collective. Le coup porté individuellement ne recèle pas une gravité équivalente à celle du même coup porté au cours d'une rixe.

322. L'emprunt de la légitimité de l'atteinte facilité. On le voit, la participation principale à un acte légitime ne peut faire l'objet d'aucune réprobation sociale. L'emprunt d'illicéité est neutralisé car la légitimité d'une atteinte s'étend, par principe aux actes qui y ont concouru. La justification subséquente des actes de participation se retrouve naturellement lorsqu'ils sont accessoires.

b) L'indifférence de l'état d'esprit des participants d'une atteinte légitime

323. Prise en compte de l'état d'esprit et infraction non véritablement justifiée. Si l'atteinte est socialement utile, en principe, la participation à celle-ci l'est aussi par emprunt. Aucun participant ne pourra être inquiété pénalement, quel que soit son état d'esprit, car il n'y a plus rien d'illicite à imputer. Toutefois, l'exemple est souvent repris « *de deux individus tirant sur un troisième qui, pour plaisanter, les menace avec une arme factice ; l'un, ignorant la plaisanterie, pourra invoquer le bénéfice de la légitime défense, mais pas*

¹⁴⁵⁹ DREYER E., *Droit pénal général*, op. cit., n° 1127.

¹⁴⁶⁰ *Ibid.*

l'autre qui connaissait la vérité »¹⁴⁶¹. Or, ni l'un, ni l'autre ne pourra invoquer utilement le bénéfice d'une circonstance légitime, résolument inexistante¹⁴⁶². Aucune nécessité objective ne justifiant l'atteinte, son illicéité autorise l'imputation subjective à tous les participants qui pouvaient l'éviter. S'il existait vraiment une circonstance objectivement trompeuse, il serait étonnant, du reste, qu'elle n'induisse en erreur qu'un seul coauteur. En tout état de cause, l'erreur de fait est bien une cause de non-imputabilité qui s'apprécie *in personam*. Elle peut, à ce titre, expliquer des solutions divergentes selon le participant en cause. Elle n'est cependant pas de nature à lever la présomption d'illicéité de l'infraction commune.

Un auteur invoque le cas plus délicat d'un officier de police judiciaire qui ordonne à un agent de s'introduire dans le domicile d'autrui. L'obéissance à un ordre non manifestement illégal est justifiée, mais on conçoit mal qu'elle s'étende au donneur d'ordre qui avait conscience de l'illégalité¹⁴⁶³. Dans cette hypothèse, l'instigateur de l'infraction justifiée de violation de domicile est lui-même à l'origine du conflit de valeurs entre la protection de vie privée et le devoir d'obéissance. Il paraît, somme toute, logique qu'il ne bénéficie pas de la sauvegarde du devoir d'obéissance qu'il a lui-même mis en péril en le faisant naître par un ordre illégal. Aussi, la justification ne saurait-elle profiter à celui qui a rendu l'atteinte nécessaire. En tout état de cause, le particularisme de cette solution provient de celui de ce fait justificatif atypique et particulièrement critiquable. On voit mal, en effet, comment l'obéissance à un ordre illégal pourrait être utile socialement. Quoique l'ordre soit la vertu des médiocres comme le prétendait EINSTEIN, si l'on tient autant à préserver l'obéissance, il suffit de fonder l'irresponsabilité de l'exécutant sur une cause subjective. Ce fait justificatif correspond précisément à une hypothèse de non-imputabilité due à des circonstances objectivement trompeuses¹⁴⁶⁴. La nocuité sociale de l'acte est incontestable mais elle ne peut être reprochée à celui qui, à l'instar du standard moyen, n'aurait pu l'éviter. Finalement, ces cas de figure ne correspondent pas à des cas de justification très orthodoxes puisque la justification est seulement vraisemblable. L'illicéité de l'atteinte n'étant pas neutralisée, la question de son imputation subjective peut se poser différemment selon les participants. Au contraire, lorsque la justification est établie, elle ne se posera plus pour personne, la raison d'être du reproche ayant disparu.

¹⁴⁶¹ ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*, reprenant l'analyse de DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *op. cit.*, n° 750 ; SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, *op. cit. loc. cit.*

¹⁴⁶² « Si, en revanche, on assigne un fondement objectif à la justification, elle opère *in rem* et profite -ou est refusée- à tous les participants de l'infraction. Dans l'exemple précédant, aucun des protagonistes ne peut invoquer la légitime défense dont les conditions objectives font défaut » CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 288.

¹⁴⁶³ ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁶⁴ Cf. *supra* n° 233.

324. L'indifférence de l'état d'esprit des participants d'une infraction justifiée.

Contrairement aux cas précédents, le vol commis par deux coauteurs, dont l'un seulement agit par nécessité de nourrir ses enfants, est une hypothèse plus sérieuse de discussion. Les circonstances concrètes autorisent, ici, le réexamen de la nocuité sociale de l'atteinte. Il est alors suggéré que « *l'admission de l'état de nécessité pour l'un ne bénéficierait pas à l'autre* »¹⁴⁶⁵. Pourtant, s'ils ont volé seulement de quoi nourrir les enfants, les deux peuvent bénéficier de la justification, même si l'un ignorait la légitimité de son acte. D'autres auteurs considèrent encore que l'agent se joignant, par plaisir, à une bagarre ne devrait pas être justifié, s'il se rallie par hasard à celui qui se trouve en état de légitime défense¹⁴⁶⁶. Mais, de deux choses l'une : ou bien l'atteinte collective n'était pas nécessaire ou disproportionnée et elle est injustifiée pour tous les participants, ou alors elle était légitime et la question de son imputation ne se pose plus. La vérification de la volonté des participants est exclue dès que l'objet du reproche a disparu¹⁴⁶⁷. Au demeurant, la conscience justificative se déduit de la légitimité de l'acte. Tant et si bien qu'il semble difficile d'établir son défaut. Inversement, le participant qui ne serait pas mû par un but social aura peu de chance d'adopter un comportement mesuré. L'éviction de la responsabilité du complice s'impose, de la même manière, s'il n'avait pas conscience de l'existence d'un motif légitime car cet état d'esprit coupable ne se greffe sur aucun comportement illicite. La solution peut paraître choquante mais il sera assez rare qu'un individu mal intentionné arrive, malgré lui, à un acte utile socialement.

325. L'exonération totale des participants d'une atteinte légitime. En renversant la présomption d'illicéité de l'infraction, la justification neutralise la responsabilité de tous participants de l'atteinte justifiée. Partant, elle s'oppose à l'engagement de toutes les responsabilités fondées sur l'illicéité du fait générateur.

¹⁴⁶⁵ ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*, reprenant l'exemple donné par DESPORTES F. et LE GUNEHÉC F., *op. cit.*, n° 693.

¹⁴⁶⁶ Voir en ce sens ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 266 ; ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁶⁷ Pour une démonstration plus détaillée, Cf. *supra* n° 324.

B) L'exonération de toutes les responsabilités fondées sur l'illicéité

326. L'efficiencia de la justificación sur l'illicéité de la responsabilité civile. La doctrine civile admet, communément, que les circonstances justificatives suppriment le caractère illicite d'un fait qui le présente *a priori*¹⁴⁶⁸. Tout dépend, pourtant, du sens donné à la notion d'illicéité qui est souvent confondue avec la faute en droit civil¹⁴⁶⁹. Cette confusion explique que les faits justificatifs soient considérés comme suppriment la faute et, par là même, inopérants en matière de responsabilité sans faute¹⁴⁷⁰. Considérer que la présomption d'illicéité n'est portée que sur le fait de causer un dommage, permet de mieux comprendre que la jurisprudence ne distingue pas selon le caractère fautif ou non de la responsabilité en cause¹⁴⁷¹.

En neutralisant l'illicéité qui est le fondement même de la responsabilité civile, les circonstances justificatives apparaissent comme une cause d'exonération non seulement de la responsabilité civile pour faute (1) mais aussi de la responsabilité civile sans faute (2).

1) L'exonération de la responsabilité civile pour faute

327. L'efficiencia de la justificación sur l'illicéité objective de la faute civile. Si les circonstances justificatives relevaient des causes de non-imputabilité, elles seraient indifférentes à l'engagement de la responsabilité civile¹⁴⁷². Or, le mécanisme de justification neutralise la responsabilité civile pour faute, qu'elle soit de nature délictuelle ou

¹⁴⁶⁸ Voir MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2011, n° 116 et s. ; BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, n° 332 et s. ; TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *Droit civil. Les obligations*, Précis Dalloz, 10^{ème} éd. 2009, n° 734 et s. ; BACACHE-GIBEILI M., *Droit civil*, ss. dir. LARROUMET C., T. V, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd. 2012, n° 152 et s.

¹⁴⁶⁹ Cf. *supra* n° 281.

¹⁴⁷⁰ « Les faits justificatifs servent à mesurer le caractère fautif d'un comportement, qui lui-même est un des fondements possibles des techniques d'imputation. A ce titre, ils agissent dans les systèmes de responsabilité pour faute, mais ils sont indifférents dans le système d'ordre public » STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 153.

¹⁴⁷¹ Voir, des **refus de l'action en réparation fondée sur 1382 ou 1384, alinéa 1^{er}** du Code civil, Civ. 2^{ème}, 10 juin 1970 (**autorisation de la loi**), *D.*, 1970, jurispr. p. 690 ; *RTD civ.* 1971. 146, obs. DURRY G. ; Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992 (**légitime défense**), *D.*, 1992. 353, note BURGELIN J.-F. ; *RTD civ.* 1992. 768, obs. JOURDAIN P.

¹⁴⁷² Voir notamment BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 332 et s. ; TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 731 et s. ; VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2006, n° 548 et s.

contractuelle¹⁴⁷³. Il est, par conséquent, peu probable que la justification relève d'une cause de non-imputation morale, *a priori* indifférente¹⁴⁷⁴. En effet, l'obligation de réparation s'étend, selon la loi, à celui qui a agi sous l'empire d'un trouble mental¹⁴⁷⁵, ainsi qu'à l'*infans* selon la jurisprudence¹⁴⁷⁶. Il est vrai que cette exclusion concerne davantage l'incapacité de jouissance d'une volonté libre et éclairée. En principe, les circonstances trompeuses ou contraignantes qui font obstacle à son seul exercice, peuvent renverser la présomption de volonté de l'acte illicite¹⁴⁷⁷. Elles ne sont, pourtant, pas conçues comme des causes de non-imputabilité. A l'instar de l'amalgame, précédemment dénoncé, en matière d'imprudences pénales, il semble que l'essentiel des aspects de la responsabilité civile se rapporte à la caractérisation de la faute civile. De nombreux auteurs ont avancé qu'en droit civil, la justification ne neutraliserait pas une illicéité prédéterminée, comme en droit pénal¹⁴⁷⁸. Elle interviendrait, comme l'essentiel des causes d'irresponsabilité, lors de la caractérisation même de la faute¹⁴⁷⁹. Or, rien ne permet de défendre une conception de la justification qui la verrait comme relevant tantôt d'un jugement de valeur, tantôt d'un constat ou d'un jugement de réalité. Par conséquent, l'idée qu'en droit civil, les faits justificatifs participeraient, négativement, à la définition de l'illicéité, confondue avec la faute, doit être combattue.

328. La contestation de la justification comme obstacle à la faute civile. Si certains auteurs affirment que la justification n'a pas, en droit civil, les mêmes effets qu'en droit pénal¹⁴⁸⁰, c'est en raison de l'absence d'incrimination de faits typiques¹⁴⁸¹. Ce raisonnement est peu convaincant¹⁴⁸² car il conduit à nier aussi la typicité de l'imprudence qui

¹⁴⁷³ Voir MAZEAUD H. et L. et TUNC A., *Traité de la responsabilité civile*, t. 1, 6^{ème} éd. par TUNC A., n° 704-6 et 704-8 ; VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, op. cit., n° 557, p. 492.

¹⁴⁷⁴ Voir, pour cet aveu de la part du concepteur de la justification comme cause de non-imputation morale, ROUSSEAU F., op. cit., n° 169.

¹⁴⁷⁵ Voir C civ., art. 489-2.

¹⁴⁷⁶ Cass. ass. plén., 9 mai 1984 (5 arrêts), D. 1984, jurispr. p. 525, concl. CABANNES J., note CHABAS F. ; JCP 1984. II. 20256, note JOURDAIN P.

¹⁴⁷⁷ Cf. *supra* n° 217.

¹⁴⁷⁸ Voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 153 ; ROUSSEAU F., op. cit., loc. cit.

¹⁴⁷⁹ *Ibid.*

¹⁴⁸⁰ Voir en ce sens FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., op. cit., n° 116 ; et déjà MAZEAUD H. et L. et TUNC A., *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, t. 1, Montchrestien, 6^{ème} éd. 1965, n° 489 et s.

¹⁴⁸¹ En droit pénal « l'action des faits justificatifs présuppose la commission d'un fait incriminé, c'est-à-dire d'un fait dont, à première vue, l'illicéité est caractérisée. En droit civil, au contraire, ce postulat de l'illicéité du fait semble faire défaut en présence d'une circonstance justificative » (STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 157).

¹⁴⁸² Voir MARTY G., « Illicéité et responsabilité », in *Mél. Julliot de la Morandière*, 1964, p. 339 et s., spéc. p. 348, où l'auteur juge l'explication insuffisante pour expliquer une telle divergence d'effet de la justification en droit civil.

permet de la présumer illicite¹⁴⁸³. Toute logique d'exonération serait exclue¹⁴⁸⁴ pour la simple raison que l'auteur d'une atteinte justifiée n'aurait pas un comportement déviant de celui du standard moyen de prudence et de diligence¹⁴⁸⁵. C'est oublier qu'avant que le juge ne se prononce sur la vérification concrète de l'illicéité du comportement, le législateur a déjà réputé abstraitement illicite le fait de causer un dommage à autrui. Avant de porter toute appréciation sur le comportement, le juge procède au constat de sa correspondance avec un modèle type, plus ou moins strictement selon la matière. Ensuite, seulement, le juge sera en mesure d'ajuster le jugement de valeur au regard des circonstances concrètes. Si elles rendent l'atteinte socialement nécessaire, tout jugement de réalité sur les possibilités qu'avait l'agent de l'éviter deviendra proprement inutile. Ainsi, la normalité du comportement ne permet pas de le justifier mais de l'attribuer à son auteur. Certes, le comportement justifié pourra être considéré, sans grand intérêt, comme normal, l'inverse, en revanche, n'est pas toujours vrai, bien que la présomption d'imputabilité soit plus dure à renverser en droit civil.

329. La nécessaire distinction entre l'illicéité et l'anormalité de la faute civile.

La vérification concrète de l'illicéité au regard des circonstances serait entièrement absorbée par une appréciation *in abstracto* circonstanciée de la faute civile. C'est pourquoi la doctrine considère que les faits justificatifs sont de nature à exclure le caractère fautif d'un acte dommageable¹⁴⁸⁶. En cas d'autorisation de la loi¹⁴⁸⁷, de légitime défense¹⁴⁸⁸ ou d'état de nécessité¹⁴⁸⁹, il est vrai que la jurisprudence refuse l'action en réparation fondée sur les articles 1382 et 1383 du Code civil. De même l'avant-projet CATALA, de réforme du droit

¹⁴⁸³ Cf. *supra* n° 175.

¹⁴⁸⁴ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 157 ; ROUSSEAU F., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁴⁸⁵ Voir, pour la caractérisation de la faute civile par l'appréciation d'un écart de conduite par rapport au standard de diligence normale placé dans les mêmes circonstances, CONTE P., « Responsabilité du fait personnel », *Rép. civ.*, Dalloz, mai 2002, n° 10 ; LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2012-2013, n° 6705 et 6707 ; BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 288 et s., spéc. n° 303 ; TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 715 et s. ; JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, « Droit à réparation – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », fasc. 121-20, 2011, n° 18 ; VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil-les conditions de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 450 et s. Voir aussi l'article 1352, alinéa 2, de l'avant-projet de réforme du droit des obligations, dirigé par le professeur CATALA, définissant la faute comme « la violation d'une règle de conduite imposée par la loi ou un règlement ou le manquement au devoir général de prudence ou de diligence », : www.henricapitant.org.

¹⁴⁸⁶ Voir notamment CONTE P., « Responsabilité du fait personnel », *Rép. civ.*, Dalloz, mai 2002, n° 54 et s. ; BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 332 ; LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 1969 et s. ; TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 734 ; JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, « Droit à réparation – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », fasc. 121-20, 2011, n° 5.

¹⁴⁸⁷ Civ. 2^{ème}, 10 juin 1970 (CPP, art. 73), préc.

¹⁴⁸⁸ Civ. 2^{ème}, 22 avr. 1992, préc.

¹⁴⁸⁹ Civ. 2^{ème}, 16 nov. 1956, *D.* 1957, jurispr. p. 180, note PONSARD A. ; 18 avril 1970, *Bull. civ.* II, n° 88.

des obligations, prévoyait une disposition selon laquelle « *il n'y a pas de faute lorsque l'auteur du dommage se trouve dans l'une des situations prévues aux articles 122-4 à 122-7 du Code pénal* »¹⁴⁹⁰. Tout dépend, en réalité, de ce que l'on entend par faute. Or, elle est généralement ramenée aux comportements illicites qui ne sont pas prévus au cas par cas, mais seraient appréciés en fonction d'obligations particulières ou générales de prudence¹⁴⁹¹. Pour autant, ce comportement prétendument fautif ou illicite n'a jamais constitué un fait générateur de la responsabilité civile, en l'absence de dommage. **C'est bien le témoignage de ce que l'illicéité abstraite d'un comportement réside dans le seul fait qu'il cause un dommage.** Ce dernier n'est plus contraire au droit, lorsqu'il est socialement nécessaire. Une telle appréciation procède d'un jugement de valeur du comportement et non du jugement de réalité de sa normalité. En témoigne particulièrement la compatibilité de l'illicéité du comportement avec sa normalité. Un agent peut avoir pris les meilleures dispositions pour éviter un dommage et l'avoir tout de même causé, en raison de circonstances contraignantes ou trompeuses. C'est le cas de celui qui cause un dommage à un agresseur imaginaire pour sauver un enfant apparemment en danger, en raison de circonstances objectivement trompeuses, qui n'ôtent pas l'illicéité objective de l'acte mais son anormalité. **Ces causes de non-imputabilité ne rendent pas le comportement typique socialement utile mais socialement normal.** Il faut, cependant, reconnaître que l'illicéité du comportement laisse présumer de son anormalité puisque les comportements dommageables sont, en principe, évitables. Il se peut qu'exceptionnellement, la prudence ou la diligence normale n'empêchent pas de commettre une atteinte illicite. Aussi, la normalité du comportement permet-elle l'attribution du reproche à son auteur et se résume-t-elle, par la-même, à l'aspect subjectif de la faute.

330. Le renversement de la présomption d'illicéité et indifférence de la faute.

Le renversement de la présomption d'illicéité intervient en amont de la question de la faute qui perd tout intérêt. La Cour de cassation a toutefois précisé que l'existence d'une autorisation de la loi ne relevait pas l'auteur de l'atteinte de l'obligation générale de prudence et de diligence sanctionnée par l'article 1382 du Code civil¹⁴⁹². D'aucuns en ont déduit que

¹⁴⁹⁰ www.henricapitant.org.

¹⁴⁹¹ « Tandis qu'en droit pénal, grâce au procédé d'incrimination, on peut qualifier les faits illicites avant de neutraliser cette illicéité au moyen d'un fait justificatif, on considérera plus volontiers, en droit civil, que l'acte justifié est conforme au modèle de conduite du bon père de famille » (STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 160).

¹⁴⁹² Civ. 2^{ème}, 14 juin 1972, D., 1973. 423, note LEPOINTE.

l'existence de ce fait justificatif n'excluait pas la faute¹⁴⁹³. Cependant, il est parfaitement logique que l'illicéité ne soit pas neutralisée dans le cas d'un acte disproportionné. Il n'est nul besoin de recourir à la prudence normale pour apprécier la mesure objective de l'acte. On a pu voir, à cet égard, que la normalité de la conduite au regard des circonstances trompeuses n'ôte pas l'illicéité de l'atteinte mais son imputabilité. **C'est dire si la jurisprudence tend à confondre la prudence et la diligence de l'auteur avec la nécessité et la proportionnalité de l'atteinte.** Or, la normalité ne détermine en aucun cas la licéité du comportement. En revanche, la licéité de l'acte influe sur son imputabilité qui devient parfaitement indifférente. Ainsi, la vérification de la prudence et de la diligence ne subsiste pas en cas de fait justificatif et ne se substitue guère à celle de la proportionnalité de l'acte¹⁴⁹⁴. L'affirmation selon laquelle, une atteinte disproportionnée, donc illicite, correspond nécessairement à une conduite imprudente, anormale doit être nuancée. Il est vrai que l'illicéité engage une présomption d'imputabilité mais elle devrait pouvoir être reversée. Dans le cas contraire, il faut admettre qu'il existe une présomption irréfragable d'imputabilité en droit civil. C'est sans doute le cas, puisque le dément et l'*infans* doivent avoir une conduite prudente ou normale même s'ils n'en ont pas la capacité et que la jurisprudence est assez restrictive à l'égard de la contrainte et de l'erreur de fait¹⁴⁹⁵. Si les causes affectant les capacités de jouissance ou d'exercice du libre arbitre sont insuffisamment prises en compte, l'obligation de prudence doit être regardée comme une obligation de résultat indépendamment des moyens dont disposait l'auteur pour éviter le dommage¹⁴⁹⁶. Par conséquent, la confusion de la normalité de la conduite avec son utilité a des conséquences moins fâcheuses en droit civil qu'en droit pénal où la présomption d'imputabilité peut être reversée.

331. La dissociation des présomptions d'illicéité et d'imputabilité en droit civil germanique. La doctrine allemande considère que « *l'illicéité pénale, par l'idée de l'unité de l'ordre juridique, entraîne automatiquement l'illicéité civile* »¹⁴⁹⁷. Les auteurs allemands s'accordent à dire que leur droit ne connaît pas de texte à portée aussi générale que les articles 1382 et 1383 du Code civil¹⁴⁹⁸. Le raisonnement reste le même qu'en droit pénal, fondé sur

¹⁴⁹³ Voir notamment STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 158 et s.

¹⁴⁹⁴ *Contra, ibid.*, où l'auteur affirme « *lorsque l'infraction commise est disproportionnée par rapport à la menace, on peut dire, pour faire un rapprochement avec les termes employés en droit civil, que l'auteur a violé l'obligation générale de prudence et de diligence qui s'impose à lui en toutes circonstances* ».

¹⁴⁹⁵ Cf. *supra* n° 217 et s., 281 et s.

¹⁴⁹⁶ C'est sans doute ici que le bât blesse, lorsqu'il est question de responsabilité pour faute.

¹⁴⁹⁷ WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand (contribution à une théorie générale de l'illicéité)*, Nancy II, 2003, p. 343.

¹⁴⁹⁸ Voir FERRAND F., *Droit privé allemand*, 1997, éd. Dalloz, p. 387 et s.

une division entre la typicité, l'antijuridicité et l'imputabilité¹⁴⁹⁹. Par principe, une fois la typicité établie, l'illicéité est présumée¹⁵⁰⁰. Tous les aspects subjectifs de la responsabilité se trouvent réunis au sein de la notion de « *faute imputable* »¹⁵⁰¹. Pourtant, en droit pénal d'inspiration germanique, comme en droit pénal français, il existe une typicité subjective qui renvoie à la forme intentionnelle ou non intentionnelle de l'infraction. Les aspects subjectifs sont ventilés dans diverses composantes de la responsabilité, de manière inutilement compliquée, comme en France, depuis CUCHE¹⁵⁰². La doctrine contemporaine allemande s'est éloignée de ses préceptes classiques en droit pénal mais les a maintenus en droit civil. La doctrine française gagnerait en cohérence à renouer avec ses grands auteurs qui penchaient pour une conception objective de l'illicéité¹⁵⁰³. La comparaison avec le droit civil germanique permet de mieux saisir l'indépendance non réciproque de l'illicéité vis-à-vis de la faute. Si l'illicéité d'une conduite s'appréhende sans égard à son attribution subjective à un auteur, cette dernière question ne se posera, en revanche, que si l'illicéité de l'acte est incontestée. En droit allemand, la justification a donc bien pour conséquence logique d'exclure toute forme de responsabilité civile¹⁵⁰⁴. Pour absolu qu'il paraisse, ce principe connaît aussi des entorses fondées sur des considérations d'équité à l'égard des victimes innocentes. Bien qu'en cas d'atteinte justifiée, le texte fondateur de la responsabilité civile soit écarté, faute d'antijuridicité¹⁵⁰⁵, il existe des dispositions spécifiques à l'état de nécessité. Un « *droit à réparation sans faute* » est reconnu au propriétaire qui a subi un dommage pour sa chose, dans un cas de nécessité¹⁵⁰⁶. Il existe, d'ailleurs, des dispositions comparables dans le Code des obligations suisse qui, après avoir affirmé qu'« *en cas de légitime défense, il n'est pas dû de réparation pour le dommage causé à la personne ou aux biens de l'agresseur* », précise qu'en cas de nécessité, le juge peut déterminer « *équitablement le montant de la réparation due par celui qui porte atteinte aux droits d'autrui pour se préserver ou préserver un tiers d'un dommage ou d'un danger imminent* »¹⁵⁰⁷, une correspondance étant prévue dans le Code

¹⁴⁹⁹ Voir WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, op. cit., p. 348.

¹⁵⁰⁰ Lorsqu'il s'agit d'une atteinte à un droit absolu. En revanche, en cas d'atteinte à un « *droit-cadre* », l'illicéité n'est pas présumée, le juge doit alors procéder à la balance des intérêts en cause (*Ibid.*).

¹⁵⁰¹ *Ibid.*

¹⁵⁰² Pour la possibilité de qualifier une infraction en fonction de l'aptitude causale de l'acte sans recours à la psychologie de l'agent, Cf. *supra* n° 185 et s.

¹⁵⁰³ Cf. *supra* n° 315.

¹⁵⁰⁴ WALTHER J., op. cit., p. 350.

¹⁵⁰⁵ Voir le § 823 du BGB.

¹⁵⁰⁶ Voir le § 904 du BGB. Empêcher l'atteinte légitime reviendrait, en revanche, pour le propriétaire à commettre un acte antijuridique. Par ailleurs, il se voit privé de ses droits lorsqu'il a provoqué la situation de nécessité. Voir WALTHER J., op. cit., p. 359.

¹⁵⁰⁷ Art 52 al. 1 et 2 CO/OR.

civil suisse¹⁵⁰⁸. Nonobstant, ces dispositions sont reconnues comme étant purement opportunistes et la doctrine allemande semble à court « *d'explication systématique satisfaisante pour ces exceptions au principe d'unité de l'ordre juridique posé avec tant de détermination* »¹⁵⁰⁹. En somme, bien que le comportement ne soit plus illicite et qu'il serait contraire au droit d'engager la responsabilité de son auteur, l'équité commande de réparer le dommage de la victime non fautive. C'est remplacer une injustice par une autre, alors qu'une réparation publique est tout à fait envisageable¹⁵¹⁰, sans recourir à une quelconque responsabilité de l'auteur d'une atteinte nécessaire au bien commun.

332. L'exonération totale des responsabilités pour faute et sans faute. En droit civil allemand et suisse, les faits justificatifs permettent par principe l'exonération de toute forme de responsabilité civile, sauf exception équitable en matière d'état de nécessité. La doctrine française considère, plus radicalement, que l'irresponsabilité de l'auteur d'une infraction justifiée s'explique par le comportement fautif de la victime¹⁵¹¹ et qu'à ce titre, l'état de nécessité ne devrait pas empêcher l'indemnisation d'une innocente victime¹⁵¹². Ces derniers ne produiraient pas d'effet exonératoire, mais participeraient simplement à la détermination de l'illicéité en s'opposant à la caractérisation de la faute¹⁵¹³. « *La responsabilité civile n'est exclue par les faits justificatifs qu'en tant qu'elle est fondée sur la faute, puisque la responsabilité sans faute, dont l'imputation ne repose pas sur l'illicéité du fait générateur du dommage, persiste* »¹⁵¹⁴. Or, s'il l'on veut bien dissocier l'illicéité de la faute, on doit aussi admettre que la neutralisation de l'illicéité intervient avant tout questionnement sur la faute. D'ailleurs, certains auteurs s'appuient encore sur le mécanisme pénal de neutralisation de l'illicéité pour présenter la justification en matière civile¹⁵¹⁵. Dès lors qu'en droit pénal, le renversement de la présomption d'illicéité est indépendant de toute

¹⁵⁰⁸ « *Le propriétaire peut s'il a subi un préjudice, réclamer une indemnité équitable (...)* » (Art 701 al. 2 CCS/ZGB).

¹⁵⁰⁹ WALTHER J., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵¹⁰ Pour la responsabilité de l'Etat du fait des atteintes nécessaires au bien commun, Cf. *infra* n° 339 et s.

¹⁵¹¹ Voir, pour une conception s'appuyant sur une doctrine majoritaire, JACQUES P., note sous Cass. 2^e civ. 28 fév. 1996, *Gaz. Pal.* 1997. I. 86 ; BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 339 ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 169 ; STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 158 et s..

¹⁵¹² Voir en ce sens LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, *op. cit.*, n° 1976 ; BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, *op. cit.*, n° 338 ; TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 734 ; JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, « *Droit à réparation – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes* », fasc. 121-20, novembre 2011, n° 60 et s. ; VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil-les conditions de la responsabilité civile*, *op. cit.*, n° 571.

¹⁵¹³ BLOCH L., *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, Th. Bordeaux IV, 2003, n° 60.

¹⁵¹⁴ Voir notamment STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 160.

¹⁵¹⁵ Voir par exemple, VINEY G. et JOURDAIN P., *op. cit.*, *loc. cit.*

considération tenant à l'auteur, il n'y a pas de raison pour que le raisonnement soit différent en droit civil. Ainsi, les circonstances justificatives suppriment la question de l'attribution d'une illicéité neutralisée, que l'imputabilité repose ou non sur une faute de l'auteur, car elle est dépourvue d'objet.

2) L'exonération de la responsabilité civile sans faute

333. Le maintien opportuniste de la responsabilité sans faute et sans illicéité.

En droit civil, l'absence de distinction entre la faute et l'illicéité, donne à penser que les circonstances justificatives laissent subsister la responsabilité civile sans faute¹⁵¹⁶. Il est vrai que le mécanisme de justification ne peut prospérer à défaut d'illicéité du fait générateur de responsabilité. Encore faudrait-il admettre qu'aucune présomption d'illicéité ne naît du fait causal dommageable, lorsqu'il est imputé au gardien ou au répondant. **Cela revient encore à faire dépendre l'illicéité d'une imputabilité qui lui succède logiquement.** Un tel raisonnement manque d'orthodoxie juridique dès lors que toute responsabilité civile repose sur le dommage causé directement ou indirectement. Les responsabilités du fait de la chose ou du fait d'autrui ne font, somme toute, qu'étendre la présomption d'illicéité de la cause directe à une cause indirecte. Or, il faut bien reconnaître que la distinction des responsabilités pour faute et sans faute, en matière de justification, fut conçue dans une logique purement indemnitaire¹⁵¹⁷. C'est particulièrement en matière d'état de nécessité que l'intérêt pour la victime s'est imposé¹⁵¹⁸. Certes, lorsque la victime n'a pas provoqué le danger, il ne serait pas juste qu'elle supporte le poids d'un dommage auquel elle est parfaitement étrangère¹⁵¹⁹. Aussi et afin d'accorder une indemnisation à la victime, la Cour de cassation a-t-elle déjà eu recours

¹⁵¹⁶ Voir notamment, à propos du projet d'insertion des faits justificatifs dans le Code civil, ROUSSEAU F., « L'introduction des faits justificatifs dans le Code civil par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *Rev. pénit. dr. pén.*, 2008, 539 ; Voir aussi STONESTREET N., *op. cit.*, n° 161.

¹⁵¹⁷ Voir FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, n° 116 ; FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, T. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis, 2^{ème} éd. 2010, p. 88 et s. ; TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *op. cit.*, n° 734 ; MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, n° 118 ; AUBRY C. et RAU C. F., par P. ESMEIN, *Droit civil français, T. 6, Paris*, 7^{ème} éd. 1975, n° 363 ; BACACHE-GIBEILI M., *Droit civil, ss. dir. LARROUMET C., T. V, Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd. 2012, n° 155.

¹⁵¹⁸ Voir notamment, CHEVALLIER J.-Y., « L'état de nécessité », *Mél. Bouzat*, Pédone, 1980, p. 117 et s. ; SAVATIER R., « L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle », *Mél. Capitiant*, 1939, p. 729 et s. ; PALLARD R., *L'exception de nécessité en droit civil*, Th. Poitiers, 1949 ; DEMOGUE R., *Des obligations en général*, T. III, Paris, 1923, n° 240 et s., spéc. p. 398-400, cité par STONESTREET N., *op. cit.*, loc. cit.

¹⁵¹⁹ Voir, sur le rôle de la faute de la victime en droit civil, fondée sur la causalité, GOGORZA A., *L'obligation de veiller à ses intérêts*, Th. Bordeaux, 2006.

à la responsabilité dite objective, fondée sur l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil¹⁵²⁰. L'affirmation selon laquelle la légitime défense neutralise toute forme de responsabilité civile a donc été interprétée comme cantonnée à une faute de l'agresseur¹⁵²¹.

334. L'effort doctrinal de cantonnement de la logique indemnitaire. La doctrine n'en déduit pas forcément qu'en dehors de la faute de victime, les faits justificatifs n'ont aucune emprise sur la responsabilité sans faute des articles 1384 et suivants du Code civil¹⁵²². Il est vrai qu'à l'exception de celle des instituteurs du fait de leurs élèves, tout responsable du fait d'une chose ou du fait d'autrui peut se voir imputer la production d'un dommage sans avoir commis lui-même de faute¹⁵²³. Des auteurs font, néanmoins, valoir que dès qu'une faute intervient dans le mécanisme d'imputation, même si elle n'est pas le fait personnel du responsable, la neutralisation de son illicéité par un fait justificatif devrait être de nature à paralyser l'imputation¹⁵²⁴. Il en irait ainsi de la responsabilité du fait d'autrui, fondée sur l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil, puisque la jurisprudence semble exiger une faute de la part de l'auteur direct du dommage¹⁵²⁵. De même, la responsabilité du commettant serait

¹⁵²⁰ Voir Cass. 2^e civ. 11 juill. 1962, *D.* 1963, jurispr. 40, note AZARD P. ; 20 janv. 1987, *D.* 1987, *IR*, p. 24 ; 12 déc. 1994, *Resp. civ. assur.*, 1995, comm. n° 48.

¹⁵²¹ Voir Cass. 2^e civ. 22 avr. 1992, *D.*, 1992. 353, note BURGELIN ; *RTD. civ.*, 1992. 768, obs. JOURDAIN P.

¹⁵²² Voir art. 1384 al. 6 et 8 C. civ.

¹⁵²³ Voir, **pour les gardiens**, Civ. 2^{ème}, 20 nov. 1968, *JCP* 1970. II. 16567, note DEJEAN DE LA BÂTIE ; *RTD civ.* 1969. 337, obs. DURRY ; Ch. réunies, 13 fév. 1930, *GAJC*, 11^{ème} éd. n° 193 ; *DP* 1930. I. 57, concl. MATTER, note RIPERT ; S. 1930. I. 121, note ESMEIN. Voir, **pour la responsabilité du fait d'autrui fondé sur l'article 1384 al.1^{er}** C. civ. qualifiée de plein droit, Crim., 26 mars 1997, *Bull. crim.*, n° 124 ; *GAJC*, 11^{ème} éd. n° 218-219 (II) ; *D.* 1997. 496, note JOURDAIN P. ; *D.* 1998, somm. 201, obs. MAZEAUD D. ; *JCP* 1997. II. 22868, rapp. DESPORTES P. ; *JCP* 1998. II. 10015, note HUYETTE ; *JCP* 1997. I. 4070, n°1, obs. VINEY G. ; *Dr. fam.*, 1997, n° 98, note MURAT ; *Resp. civ. assur.* 1997, comm. 292, note GROUTEL ; *LPA*, 5 oct. 1999, note ALT-MAES. Voir, **pour la responsabilité des parents** du fait de leur enfant mineur, Civ. 2^{ème}, 19 fév. 1997, *Bull. civ.* II, n° 56 ; *GAJC*, 11^{ème} éd. n° 208-209 (II) ; *D.* 1997. 265, note JOURDAIN ; *ibid.*, somm. 290, obs. MAZEAUD D. ; *JCP* 1997. II. 22848, concl. KESSOUS, note VINEY G. ; *Resp. civ. assur.* 1997, chron. 9, LEDUC ; *Gaz. Pal.*, 1997. II. 572, note CHABAS ; *ibid.* 1998. I. 171, note PUILLE ; *Dr. fam.*, 1997, n° 83, note MURAT (1^{ère} esp.) ; *LPA*, 15 sept. 1997, note LEBRETON. Voir, **pour la responsabilité du commettant et de l'artisan**, G. VINEY et P. JOURDAIN, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2006, n°791-1 et 893. Voir, **pour la responsabilité du fait des animaux de l'article 1385** C. civ., Civ. 2^{ème}, 2 avr. 1997, *Bull. civ.* II, n° 101 et sur **l'article 1386**, Voir Civ. 3^{ème}, 4 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 397.

¹⁵²⁴ Voir, sur le débat doctrinal relatif à l'exigence d'une faute d'autrui comme fait générateur de responsabilité sans faute, particulièrement SAINT-PAU J.-C., « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ? », *Resp. civ. assur.* 1998, chron. 22 ; JOURDAIN P., « La responsabilité pour autrui à la recherche de ses fondements », in *Mél. C. LAPOYADE-DESCHAMPS*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p. 67 et s.

¹⁵²⁵ Voir, pour les associations sportives, Ass. plén., 29 juin 2007, *Bull. civ.*, n° 7 ; *B.I.C.C.*, 1^{er} oct. 2007, rapp. PASCAL, avis DUPLAT ; *D.* 2007, chron., p. 2408 ; *ibid.*, *AJ*, 1957, obs. GALLMEISTER ; *ibid.*, pan., 2903, obs. BRUN P. ; *JCP* 2007. II. 10150, note MARMAYOU ; *JCP E* 2007. 2198, note RADE C. ; *RLDC*, 2007/42, n° 2690, note MEKKI ; *Resp. civ. assur.* 2007, étude 17, HOCQUET-BERG ; *RTD civ.* 2007. 782, obs. JOURDAIN P. ; *Gaz. Pal.*, 7-8 nov. 2007, note POLERE. Voir aussi JOURDAIN P., « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. assur.*, 2000, n° spécial sur la responsabilité du fait d'autrui, nov. 2000, p. 5 et s.

soumise à la commission d'une faute par le préposé¹⁵²⁶. Dans ces hypothèses, la justification faisant obstacle à l'illicéité de la cause directe du dommage, elle permettrait d'exonérer la responsabilité du répondant. De telle sorte, on éviterait de faire porter une responsabilité du fait d'autrui plus lourde que celle que le répondant assumerait en commettant lui-même une faute¹⁵²⁷. De ce point de vue, l'indifférence des circonstances justificatives serait restreinte aux responsabilités fondées sur un générateur non fautif¹⁵²⁸, telles que la responsabilité du gardien¹⁵²⁹ et celle des parents¹⁵³⁰.

335. L'extension critique de la responsabilité de l'auteur de l'atteinte justifiée.

SAVATIER et RIPERT ont même défendu l'idée d'une responsabilité autonome fondée sur l'état de nécessité¹⁵³¹. D'ailleurs, le projet de réforme de la responsabilité civile, dirigé par le professeur TERRE, propose le principe de l'absence de responsabilité en cas de faits justificatifs « conformément aux dispositions du Code pénal », pour éviter d'avoir à s'interroger sur les conditions de l'action *de in rem verso*¹⁵³². Il y est, cependant, fait exception expresse du cas où « le fait dommageable était justifié par la nécessité de la sauvegarde d'un intérêt autre que celui de la victime, celle-ci [ayant] droit à une réparation

¹⁵²⁶ Voir Civ. 2^{ème}, 8 oct. 1969, *Bull. civ.*, II, n° 269; Civ. 2^{ème}, 8 avr. 2004, *Bull. civ.*, II, n° 194; *D.* 2004. 2601, note SERINET ; *D.* 2005, Pan., 187, obs. MAZEAUD; *J.C.P.*, 2004, II. 10131, note IMBERT; *Dr. et patrim.*, oct. 2004. 105, obs. CHABAS ; *RTD civ.* 2004. 517, obs. JOURDAIN P. Etant entendu que cette faute n'engage pas automatiquement la responsabilité personnelle du préposé, Voir Ass. plén., 25 fév. 2000, *D.* 2000. 673, note BRUN P. ; *Resp. civ. assur.* 2000, chron. 11, obs. GROUDEL ; *Dr. et patrim.*, 2000, n° 82, p. 107, obs. CHABAS ; *RTD civ.* 2000. 582, obs. JOURDAIN P. ; *JCP* 2000. I. 241, obs. VINEY G.; *ibid.*, II. 10295, concl. KESSOUS, note BILLIAU.

¹⁵²⁷ Voir, sur ce point, SAINT-PAU J.-C., « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ? », préc., n° 12, et dans le même sens STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 163.

¹⁵²⁸ *Ibid.*

¹⁵²⁹ Voir Ch. réunies, 13 fév. 1930 (*Jand'heur*), préc.

¹⁵³⁰ Ass. plén., 9 mai 1984, *Bull. civ.*, n° 4 ; *G.A.J.C.*, 11^{ème} éd. n° 208-209 (I) ; *D.* 1984. 525, concl. CABANNES, note CHABAS ; *JCP* 1984. II. 20255, note DEJEAN DE LA BÂTIE ; *RTD civ.* 1984. 508, obs. HUET ; Cass. 2^e civ. 10 mai 2001, *Bull. civ.*, II, n° 96 ; *D.* 2001. 2851, rapp. GUERDER, note TOURNAFOND ; *D.* 2002, somm. 1315, obs. MAZEAUD D. ; *JCP* 2001. II. 10613, note MOULY ; *JCP* 2002. I. 124, n° 20, obs. VINEY G. ; *Defrénois*, 2001. 1275, note SAVAUX ; *Resp. civ. assur.* 2001, chron. 18, GROUDEL ; *Dr. fam.* 2002, chron. 7, JULIEN ; *RJPF* 2001-9/41, note CHABAS ; *LPA*, 29 mars 2004, note LAYDU.

¹⁵³¹ Voir, pour une conception particulière de l'état de nécessité, faisant naître un rapport d'obligation entre le débiteur et le créancier de l'assistance face au danger, RIPERT G., *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949, n° 156. Voir, pour une action fondée sur l'état de nécessité qui ne relèverait ni du risque, ni de la faute, SAVATIER R., *Traité de responsabilité civile*, *op. cit.*, loc. cit.

¹⁵³² Voir, pour une illustration jurisprudentielle, JOURDAIN P., *op. cit.*, n° 61 ; VINEY G. et JOURDAIN P., *op. cit.*, loc. cit.

¹⁵³³ GRARE-DIDIER C., « Des causes d'exclusion ou d'exonération de la responsabilité », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (ss. dir. de TERRE F.), Dalloz, coll. *Thème et commentaires*, 2011, p. 185, spéc. 187.

équitable »¹⁵³³. Les auteurs s'inspirent, pour une fois, du droit germanique, mais pour reprendre une des rares dispositions que la doctrine allemande ne parvient pas à défendre juridiquement. Ils se vantent, à cet égard, d'aller plus loin que le rapport CATALA-VINEY, « *en rattachant cette réparation à l'équité* »¹⁵³⁴ conformément aux vœux d'une partie de la doctrine¹⁵³⁵. Voilà qui n'incite pas vraiment à secourir son prochain, contrairement aux autorisations voire aux injonctions du droit pénal. Si cette solution est équitable pour la victime, elle ne saurait l'être à l'endroit de l'auteur, tant il est vrai que « *la responsabilité civile n'est pas satisfaisante car on ne peut pas retenir un fait illicite au civil alors qu'il est justifié au pénal : un même fait est ou n'est pas contraire au droit* »¹⁵³⁶. C'est bien en termes d'illicéité qu'il convient de raisonner, quand la plupart des pénalistes considèrent de manière assez équivoque que toute responsabilité civile est exclue à défaut de faute¹⁵³⁷. Ce qui laisse ouverte la voix de la responsabilité sans faute, dont se montre parfois partisane, la doctrine pénale¹⁵³⁸.

336. La critique de la responsabilité du bénéficiaire de l'action justifiée. La réforme de la responsabilité civile qualifiée d' « *arlésienne* »¹⁵³⁹, gagnerait plutôt à s'inspirer des *Principes de droit européen de la responsabilité* dont l'article 7-101 prévoit que « *la responsabilité peut être écartée si et dans la mesure où l'auteur a agi légitimement* », en mentionnant les hypothèses classiques de faits justificatifs¹⁵⁴⁰. Aussi doit-on combattre toute responsabilité civile, même réduite au fait de la chose et au fait de l'enfant. Ces derniers constituent bien des faits dommageables, en raison de leur aptitude causale. Or, cette causalité suffit à faire naître une présomption d'illicéité que renverse la démonstration de l'utilité sociale de l'atteinte. Reconnaisant une telle neutralisation d'illicéité, la doctrine a dû rivaliser d'ingéniosité pour proposer les fondements les plus divers à l'indemnisation de la

¹⁵³³ Voir TERRE F. (ss. dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, coll. *Thème et commentaires*, 2011, p. 11 (art. 45).

¹⁵³⁴ GRARE-DIDIER C., art. préc., *loc. cit.*

¹⁵³⁵ Voir notamment FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations. 2. Le fait juridique*, 12^{ème} éd. Sirey, 2007, n° 116. BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec 2009, n° 338 ; BACACHE-GIBEILI M., *Droit civil*, ss. dir. LARROUMET C., T. V, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd. 2012, n° 155.

¹⁵³⁶ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 224.

¹⁵³⁷ Voir notamment MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 401 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 350.

¹⁵³⁸ Voir notamment, pour l'enrichissement sans cause, BOULOC B., MATSOPOULOU H., *Droit pénal général et procédure pénale*, *op. cit.*, n° 205.

¹⁵³⁹ KLEITZ C., « La réforme du droit de la responsabilité civile : l'arlésienne ? », *Gaz. Pal.* 2010. 10342 (éditorial).

¹⁵⁴⁰ Voir art. 7-101, *Principles of european tort law*, élaborés le 16 octobre 2004 par l'*European group on tort law*, version française consultable en ligne : www.egtl.org.

victime non fautive. Il s'est agi de ne pas réserver l'indemnisation aux seuls cas visés par certains des articles 1384 et suivants du Code civil. C'est ainsi que la responsabilité contractuelle, fondée sur une « *convention d'assistance* » est parfois évoquée¹⁵⁴¹. Ce sont principalement des quasi-contrats que sont la gestion d'affaire et l'enrichissement sans cause qui ont reçu les plus grandes faveurs¹⁵⁴². Ce dernier fondement amène à désigner comme responsable le bénéficiaire de l'acte nécessaire, alors qu'il n'a pas en principe à supporter les dommages résultant de l'intervention de la police ou des secours et incombant à la collectivité. Il est fait état, à cet égard, d'un droit de nuire contre indemnité¹⁵⁴³. Si droit de nuire il y a, c'est en raison d'une nécessité publique et l'indemnité qui en découle ne sera certainement pas privée. Par ailleurs, la Cour de cassation ne se montre pas particulièrement favorable à cette indemnisation privée¹⁵⁴⁴. Certains pénalistes se font, tout de même, l'écho de ce raisonnement¹⁵⁴⁵ qui consiste à échanger, plus ou moins subtilement, une injustice contre une autre. DEMOGUE y voyait, pourtant assez prosaïquement, une sorte « *d'expropriation pour cause d'utilité privée* »¹⁵⁴⁶, alors qu'en matière de justification, c'est bien de l'utilité publique dont il est question.

337. L'inadaptation de l'indemnisation privée des atteintes d'intérêt public. Il reste que « *le fondement de ces réparations est discuté* »¹⁵⁴⁷ qu'il s'agisse de la responsabilité de l'auteur comme de celle du bénéficiaire. Il est vrai que certains juges du fond ont déjà admis la responsabilité civile du gendarme, relaxé pour homicide involontaire sur le fondement de l'ordre de la loi¹⁵⁴⁸. Cette solution est particulièrement malvenue en matière de dommages causés par les agents de l'administration, qu'ils soient permanents ou occasionnels. **Or, dans une telle hypothèse, le Conseil d'Etat a déjà accepté de**

¹⁵⁴¹ Voir, pour une illustration jurisprudentielle, JOURDAIN P., *op. cit.*, n° 61 ; VINEY G. et JOURDAIN P., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁴² Voir FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *op. cit.*, n° 116 ; TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *op. cit.*, n° 734 ; MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, n° 118 ; P. BRUN, *op. cit.*, n° 391 ; AUBRY C. et RAU C. F., par P. ESMEIN, *Droit civil français*, T. 6, Paris, 7^{ème} éd. 1975, n° 363 ; BACACHE-GIBEILI M., LARROUMET C. (ss. dir.), *op. cit.*, n° 155.

¹⁵⁴³ Voir SAVATIER R., « L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle », *Mél. Capitant*, 1939, p. 729 ; *Traité de responsabilité civile*, 1955, n° 100, cité par WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 355.

¹⁵⁴⁴ *Crim.*, 16 juill. 1986, D. 1986. 390, note DEKEUWER A. ; *Contra Crim.*, 27 déc. 1884, D. 1885. I. 219.

¹⁵⁴⁵ « *Ce raisonnement pourrait être étendu à toutes les causes de justification, dès lors que la victime est étrangère à la situation justificative, ou du moins lorsqu'elle n'est pas fautive* » STONESTREET N., La notion d'infraction pénale, *op. cit.*, n° 193 ; Voir dans le même sens MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 401 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 350.

¹⁵⁴⁶ Voir, sur les conceptions de cet auteurs, JOURDAIN P., *op. cit.*, n° 62 ; VINEY G. et JOURDAIN P., *op. cit.*, *loc. cit.* ; RASSAT M.-L., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁴⁷ PIN X. *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁴⁸ Voir ROUEN, 17 mars 2004, *JCP* 2005. IV. 1432.

rembourser à l'agent le montant de sa condamnation civile¹⁵⁴⁹. L'application des dispositions du droit civil conduit, en effet, à engager la responsabilité de l'agent au mépris du service public dans lequel son action s'inscrit pleinement. Elle peut encore conduire à demander réparation au bénéficiaire du service public, alors qu'il n'a pas en principe à supporter les dommages résultant de l'intervention de la police ou des secours. En outre, le droit civil ne permet pas de réparer les dommages éventuellement subis par l'auteur d'une infraction socialement nécessaire car la licéité de l'action est considérée, à tort, comme indifférente en matière de responsabilité sans faute. La dimension publique de l'intervention étant éludée, il faudrait considérer que l'auteur est responsable de son propre dommage puisqu'il l'a lui-même causé en prenant des risques délibérés. Or, la véritable cause de son dommage est à chercher dans le risque inhérent à la poursuite de l'intérêt général.

338. La nécessité d'une indemnisation publique des atteintes légitimes. Certains auteurs admettent, en dehors de la responsabilité civile, un droit d'indemnisation pour la victime d'un acte nécessaire. Ils plaident alors en faveur d'une intervention législative¹⁵⁵⁰, comme ce fut le cas de l'indemnisation automatique en matière d'accident de la circulation¹⁵⁵¹. De nombreux auteurs ont également souligné la nécessité d'une réparation et la difficulté d'en trouver le fondement¹⁵⁵². C'est oublier qu'il existe déjà une réparation publique des dommages causés par les actes de service public direct et plus généralement par l'usage de prérogatives de puissance publique, telles que celles accordées aux citoyens en cas d'urgence. La responsabilité administrative s'applique bien, ainsi, non seulement aux personnes publiques mais également aux personnes privées qui remplissent une mission d'intérêt général. Si cette responsabilité a parfois été évoquée par des privatistes¹⁵⁵³, elle mérite d'être approfondie, tant son évolution jurisprudentielle s'adapte à la réparation des dommages causés par les auteurs d'infractions justifiées.

¹⁵⁴⁹ Cf. *infra* n° 340 et s.

¹⁵⁵⁰ HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, *op. cit.*, p. 477 et 478.

¹⁵⁵¹ Voir, pour cette proposition, WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, *op. cit.*, p. 353.

¹⁵⁵² *Ibid.* p. 355, HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁵⁵³ Voir, pour une brève évocation de la qualité de collaborateur occasionnel du service public accordée au sauveteur bénévole, JOURDAIN P., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, « Droit à réparation – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », fasc. 121-20, novembre 2011, n° 60.

§ 2 : La responsabilité de l'Etat du fait des atteintes nécessaires au bien commun

339. L'existence d'une responsabilité pour risque en cas de nécessité publique.

La responsabilité de l'administration en l'absence de faute a été reconnue dès le 19^{ème} siècle et s'est progressivement développée. Elle est considérée comme la première responsabilité de plein droit, dépourvue de jugement de valeur sur la conduite dommageable¹⁵⁵⁴. Son fondement réside dans le fait que la puissance publique impose, dans l'intérêt général, d'importantes sujétions aux citoyens, auxquels des dommages sont donc susceptibles d'être causés en dehors de toute faute¹⁵⁵⁵. La nécessité d'assurer la réparation publique des préjudices engendrés par la poursuite de l'intérêt général s'est imposée, bien que certains inconvénients doivent être supportés sans compensation, comme la contrepartie des avantages procurés à chacun par l'administration. Ce sont des considérations d'équité qui ont ainsi présidé à l'instauration prétorienne d'une responsabilité, qui reste subsidiaire et limitée à des cas qui ne cessent toutefois de s'étendre¹⁵⁵⁶. Ces hypothèses sont généralement rattachées soit à la notion de risque inhérent à l'activité publique¹⁵⁵⁷, soit à celle de rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁵⁵⁸. Les deux fondements tendent, bien souvent, à se recouper comme en matière de dommages causés au tiers par l'usage policier d'armes ou d'engins dangereux. Le Conseil d'Etat justifie cette responsabilité sans faute tant par la gravité spéciale du risque que par celle du dommage, excédant les charges normalement supportées par les simples particuliers¹⁵⁵⁹. Le dommage causé au tiers par une infraction justifiée doit être indemnisé de la même manière, en raison du caractère généralement dangereux de l'activité de service public et de la charge anormalement supportée par la victime pour la défense de l'intérêt général. C'est plus précisément à la notion de risque que la responsabilité sans faute de l'Etat,

¹⁵⁵⁴ Voir CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. I, Montchrestien, Domat droit public, 15^{ème} éd. 2001, n° 1484.

¹⁵⁵⁵ Voir, pour une vision critique de la responsabilité sans faute conçue comme un facteur de déresponsabilisation de l'administration, DEMICHEL A., *Le droit administratif, Essai de réflexion théorique*, LGDJ, 1978, p. 157.

¹⁵⁵⁶ Voir notamment WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd. 2012, n° 482 et s.

¹⁵⁵⁷ Voir, sur la théorie du risque, FRANC M., « Traitement du risque et principe de précaution », *AJDA* 2003. 360.

¹⁵⁵⁸ Elle est mise en œuvre lorsque l'administration, à l'occasion de ses activités, principalement normatives, de puissance publique, fait peser des charges particulières sur certains citoyens seulement, rompant ainsi, à leur détriment, l'égalité devant les charges publiques. L'anormalité ainsi que la spécialité du préjudice doivent alors être établies. Voir, pour cette conception stricte, CHAPUS R., *op. cit.*, n° 1507.

¹⁵⁵⁹ Voir CE, 24 juin 1949, *Lecomte*, *Rec.* 307.

du fait de ses agents est généralement rattachée. Le citoyen autorisé, et parfois obligé¹⁵⁶⁰, par l'Etat à faire un acte de police ou de secours pouvant être dommageable à un tiers, se retrouve bien dans la même situation que l'agent de police. **En tout état de cause, ce mode de réparation publique des dommages occasionnés par les agents permanents de l'administration a été étendu par assimilation à ses collaborateurs occasionnels.** Qu'il s'agisse d'agents permanents ou occasionnels, la responsabilité pour risque permet l'application d'un régime simplifié au regard des responsabilités pour faute et pour rupture d'égalité. Aussi, la victime d'une infraction justifiée peut-elle être indemnisée par l'Etat, lorsque l'infraction est commise non seulement par un agent, mais encore par un simple citoyen, dit collaborateur, prêtant son concours à la puissance publique ou accomplissant un acte de service public (A). Les conditions d'un tel recours sont, au demeurant, particulièrement favorables aux victimes d'infractions justifiées (B).

A) L'existence d'une responsabilité sans faute du fait des collaborateurs publics

340. La réparation des dommages causés ou subis par l'auteur d'une infraction justifiée en tant que collaborateur occasionnel. Le fondement délictuel ou quasi-délictuel proposé par la doctrine pour l'action en réparation du dommage causé ou subi par l'auteur d'une infraction nécessaire au bien commun, fait fi du rôle de la puissance publique dans sa survenance. En effet, le dommage résultant d'un service public qu'un simple citoyen peut accomplir, est principalement imputable à l'Etat qui l'y autorise pour des impératifs d'intérêt général. On a vu, à cet égard, que l'application des dispositions du droit civil était particulièrement inappropriée en matière de dommages causés par les collaborateurs de l'administration puisqu'elle leur en ferait supporter la charge. C'est dans le même mépris de la dimension d'intérêt général du fait causal qu'elle conduit à éluder les dommages subis par eux ou encore à en attribuer la charge au bénéficiaire. Lorsqu'il est question de prérogatives de puissance publique, c'est bien les règles de droit public qu'il convient d'appliquer en premier lieu. Le juge administratif fait, à ce titre, une place à part, dans la responsabilité pour risque, aux dommages occasionnés aux collaborateurs de l'administration. Cette responsabilité est fondée sur la solidarité¹⁵⁶¹, car il s'est agi, avant tout, de réparer les

¹⁵⁶⁰ Voir C. pén. art. 223-6 al. 1 (**non-obstacle à commission d'infraction**) et art. 223-6 al. 2 (**omission de porter secours**). Bien que ces infractions ne s'appliquent théoriquement qu'en l'absence de risque, il se pourrait qu'un agent accomplisse un acte abstraitement dépourvu de risque mais causant concrètement un dommage à son auteur ou à un tiers.

¹⁵⁶¹ Voir en ce sens CHAPUS R., *op. cit.*, n° 1487.

conséquences d'une charge subie par un citoyen, du fait des activités qu'il accepte de réaliser dans l'intérêt général. Cette réparation des dommages subis par les collaborateurs du service public (1) a été logiquement étendue aux dommages causés par eux (2) ce qui permet d'éviter la disparité de traitement qu'engendrerait l'application des règles civiles qui fut expressément exclue.

1) La réparation des dommages subis par les collaborateurs du service public

341. L'indemnisation réservée à l'origine aux collaborateurs permanents du service public. Le Conseil d'Etat a consacré le principe d'une responsabilité sans faute dans l'arrêt *Cames* de 1895¹⁵⁶². L'intérêt de cette hypothèse s'est sensiblement déplacé. Très tôt, le problème concernant les dommages causés aux fonctionnaires à l'occasion du fonctionnement des services publics s'est trouvé résolu par la protection législative, mais l'administration peut engager d'autres agents pour remplacer les fonctionnaires. Ces personnes peuvent bénéficier des principes dégagés dans l'arrêt *Cames* qui ont, par la suite, donné naissance à la législation sur les accidents du travail. De nos jours, les agents publics ne sont pratiquement plus concernés par cette jurisprudence en raison du développement des mécanismes légaux forfaitaires et automatiques de réparation¹⁵⁶³. Si cette jurisprudence ne concerne plus guère les collaborateurs permanents du service public, elle bénéficie en revanche aux personnes qui apportent occasionnellement leur concours au service public. Il est généralement considéré que la responsabilité de l'Etat du fait de ses collaborateurs, permanents ou occasionnels, est une responsabilité pour *risque-profit*. De ce point de vue, la collectivité publique, bénéficiant de l'activité d'une personne, doit indemniser cette dernière dans le cas où l'activité qu'elle a produite lui a causé un préjudice.

342. L'indemnisation étendue aux collaborateurs occasionnels du service public. La jurisprudence *Cames* n'a pas perdu tout intérêt puisqu'au sortir de la seconde Guerre mondiale, le juge administratif l'a étendue aux collaborateurs occasionnels du service public. Depuis l'arrêt *Commune de Saint-Priest-la-Plaine*, ce régime de responsabilité s'applique aux simples particuliers qui apportent leur concours à l'occasion d'un service

¹⁵⁶² Voir CE, 21 juin 1895, *Cames*, *Rec.* 509.

¹⁵⁶³ Voir FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. *Domat droit public*, 6^{ème} éd. 2010, n° 845.

public¹⁵⁶⁴. En l'espèce, deux tireurs bénévoles de feux d'artifices avaient été blessés par une explosion. Cette responsabilité sans faute s'applique alors désormais aux personnes qui, sans toujours avoir été requises, ni sollicitées de prêter leur aide à un service public, se sont spontanément offertes de le faire. Dans cette affaire, en effet, les particuliers apportèrent volontairement et gratuitement leur aide à une mission administrative. La collaboration devait, en pareille hypothèse, être acceptée au moins tacitement par l'Administration. **Cependant, en cas d'urgente nécessité et même en l'absence de toute autorité publique, le juge a pu reconnaître la qualité de collaborateur à celui dont l'intervention n'a été ni demandée, ni acceptée.** Ce fut notamment le cas d'un passant blessé alors qu'il tentait de maîtriser un malfaiteur¹⁵⁶⁵, ce qui correspond, somme toute, à une autorisation générale de la loi¹⁵⁶⁶. De nombreuses espèces correspondent, en effet, à des circonstances justificatives, qui recouvrent des actes de police comme de secours¹⁵⁶⁷, notamment en cas d'incendie¹⁵⁶⁸ ou de noyade¹⁵⁶⁹. Qu'il s'agisse d'autorisation de la loi, d'ordre de l'autorité légitime ou d'état de nécessité, la réparation des dommages engendrés par l'action justifiée relève du droit public et non du droit privé. La jurisprudence judiciaire se fait d'ailleurs l'écho de cette posture administrative, en faisant prévaloir la responsabilité publique au profit des collaborateurs occasionnels sur les règles de responsabilité civile.

343. L'exclusion expresse de la responsabilité civile par le juge judiciaire. Les juridictions judiciaires ont appliqué, à plusieurs reprises, les principes dégagés par la jurisprudence administrative aux dommages subis par les collaborateurs occasionnels du service public¹⁵⁷⁰. Le bénéfice de responsabilité publique pour risque a d'abord été accordé dans le célèbre arrêt *Giry* rendu, en 1956, par la Cour de cassation. En l'espèce, le docteur Giry avait été blessé par une explosion, alors qu'il était venu porter secours à des personnes asphyxiées par une émanation de gaz. Ayant agi sur réquisition du commissaire agissant en qualité d'auxiliaire du procureur de la République, le docteur intenta une action en réparation,

¹⁵⁶⁴ Voir CE Ass., 22 novembre 1946, *Cne de Saint-Priest-la-Plaine*, Rec. 279, *GAJA*, n° 57.

¹⁵⁶⁵ Voir CE Sect., 17 avril 1953, *Pinguet*, Rec. 177, S. 1954. III. 69, note ROBERT G. ; D. 1954. 7, note MORANGE G.

¹⁵⁶⁶ CPP, art. 73

¹⁵⁶⁷ Voir, pour personne blessée en venant au secours d'une femme tombée dans une fosse, CE, 9 oct. 1970, Sieur Gaillard. Voir aussi C.E., 27 novembre 1970, *Appert-Colin*, *AJDA* 1970. 37.

¹⁵⁶⁸ Voir CE Ass., 30 nov. 1946, *Faure*, Rec. 245.

¹⁵⁶⁹ Voir CE Sect., 25 septembre 1970, *Cne de Batz-sur-Mer*, Rec. 540, *AJDA* 1970. 37, D. 1971. 55, concl. MORISOT.

¹⁵⁷⁰ Voir particulièrement Civ., 23 novembre 1956, *Trésor public c/ docteur Giry*, *GAJA*, n° 76, D. 1957. 34, concl. LEMOINE ; Civ. 1ère, 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*, Bull. civ. I, n° 51, *Gaz. Pal.* 1996. 177, note OLIVIER, *JCP* 1996. II. 22608, rapp. SARGOS, D. 1997. 83, note LEGRAND.

non contre des bénéficiaires du service public, mais contre le ministre de la justice et l'agent judiciaire du Trésor. S'il était logique de se tourner vers l'administration pour laquelle l'intervention dommageable avait été réalisée, la condamnation en appel des défendeurs sur le fondement de la responsabilité de plein droit du fait des choses l'était beaucoup moins. La Cour de cassation a donc considéré que « *la Cour d'appel s'est appuyée à tort, sur les dispositions de droit privé relatives aux délits et quasi-délits, qui ne peuvent être invoquées pour fonder la responsabilité de l'Etat; qu'elle avait, en revanche, le pouvoir et le devoir de se référer, en l'espèce, aux règles du droit public* ». Elle conclut alors « *qu'à l'instant où il fut blessé, le docteur Giry, requis par le représentant d'un service public était devenu un collaborateur occasionnel de ce service; Attendu que la victime d'un dommage subi dans de telles conditions n'a pas à le supporter; que la réparation de ce dommage - toute recherche d'une faute étant exclue - incombe à la collectivité dans l'intérêt de laquelle le service intéressé a fonctionné* »¹⁵⁷¹. En effet, la stricte application des règles civiles, dans l'indifférence de la dimension d'intérêt général de l'action aurait conduit à faire supporter, au moins partiellement, ce dommage à la victime qui a elle-même pris le risque de pénétrer dans un immeuble contaminé par une fuite de gaz. La première chambre civile a, par ailleurs, eu l'occasion de réitérer l'analyse de droit public en affirmant que « *la victime d'un dommage subi en raison de sa qualité de collaborateur du service public de la justice peut, même en l'absence de faute, en demander réparation à l'Etat* »¹⁵⁷².

344. L'extension progressive de la réparation. Contrairement à la responsabilité de droit privé, celle de l'Etat du fait de ses collaborateurs occasionnels permet la réparation des dommages subis par eux, qu'ils aient ou non commis une infraction. Elle a, de surcroît, été étendue aux dommages causés par eux, offrant ainsi une indemnisation plus cohérente que celle offertes par les hypothèses, du reste contestables, de responsabilité civile¹⁵⁷³.

¹⁵⁷¹ *Ibid.*

¹⁵⁷² Un mandataire judiciaire à la liquidation des entreprises, qui demande réparation du préjudice que lui aurait causé le service public de la justice en refusant systématiquement de lui confier un mandat judiciaire, n'est donc pas tenu de rapporter la preuve de l'existence d'une faute de service. Voir Cass. civ. 1ère, 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*, Bull. civ. I, n° 51, préc.

¹⁵⁷³ Cf. *supra* n° 333.

2) L'extension aux dommages causés par les collaborateurs du service public

345. L'admission de la réparation des dommages causés sans faute par les agents publics. Consacré par l'arrêt *Regnault-Desroziers* de 1919¹⁵⁷⁴, la responsabilité du fait des choses dangereuses repose sur l'idée que la réalisation du risque inhérent à certaines activités de l'administration, doit être indemnisée par elle. En l'espèce, il s'agissait d'un dépôt de munitions rangé et entretenu sans faute et dont la seule existence créait un risque que l'administration devait assumer en cas de dommage. On retrouve également l'arrêt *Lecomte* de 1949, déjà évoqué¹⁵⁷⁵, concernant l'utilisation d'armes dangereuses par les forces de police. En l'espèce, alors qu'il tentait d'arrêter une voiture automobile signalée comme occupée par des suspects, un gardien de la paix avait mortellement atteint par balle un passant. Le Conseil d'Etat a donc affirmé que « *la responsabilité de la puissance publique se trouve engagée, même en l'absence d'une telle faute, dans le cas où le personnel de la police fait usage d'armes ou d'engins comportant des risques exceptionnels pour les personnes et les biens, et où les dommages subis dans de telles circonstances excèdent, par leur gravité, les charges qui doivent être normalement supportées par les particuliers en contrepartie des avantages résultant de l'existence de ce service public* »¹⁵⁷⁶. Les faits décrits correspondent, *mutatis mutandis*, au cas d'un particulier accomplissant un acte nécessaire comportant des risques inhérents à la protection de l'intérêt général et dont la réalisation peut être anormalement supportée par un tiers innocent. La seule différence tient au fait que les particuliers utilisent dans une moindre mesure des armes ou engins comportant des risques exceptionnels. Néanmoins, d'éminents auteurs distinguent, à ce titre, le risque spécial¹⁵⁷⁷ et le risque général qui suffit à l'engagement de la responsabilité au profit des collaborateurs occasionnels¹⁵⁷⁸. En outre, d'autres auteurs mettent en parallèle la responsabilité du fait des collaborateurs occasionnels avec celle du fait de l'usage d'arme à feu par les agents de police¹⁵⁷⁹.

¹⁵⁷⁴ Voir CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, Rec. 329, GAJA, n° 35.

¹⁵⁷⁵ Cf. *supra* n° 340.

¹⁵⁷⁶ CE, 24 juin 1949, *Lecomte et Daramy* (2 arrêts), GAJA, n° 63.

¹⁵⁷⁷ Voir particulièrement CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. I, op. cit., n° 1488.

¹⁵⁷⁸ *Ibid.*, n° 1494.

¹⁵⁷⁹ Voir en ce sens LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18ème éd. 2011, n° 57-9, p. 374.

346. L'admission de la réparation des dommages causés par collaborateurs occasionnels. Les dommages causés par une infraction, socialement nécessaire et proportionnée dans ses moyens, devraient être réparés au même titre que ceux causés par les agents publics. Cette similitude n'a pas échappé au Conseil d'Etat qui a, plusieurs fois, appliqué la responsabilité du fait des collaborateurs occasionnels de l'administration aux dommages causés par eux¹⁵⁸⁰. Dans l'affaire la plus récente, un particulier avait déjà été condamné par un tribunal judiciaire à réparer les conséquences dommageables d'un accident causé à un tiers, alors qu'il conduisait en automobile des douaniers sur leur demande, apportant de telle sorte son concours au service public. Le juge administratif a donc considéré que « *sur le fondement de la responsabilité sans faute de la collectivité à l'égard du collaborateur occasionnel du service, l'Etat devra supporter la réparation du préjudice subi par celui-ci du fait des condamnations prononcées à son encontre par le tribunal judiciaire (montant de l'indemnité versée à la victime et montant des dépens des instances judiciaires). Le juge civil avait établi en l'espèce la faute du conducteur. Le juge administratif n'est pas lié par l'appréciation faite par l'autorité judiciaire* »¹⁵⁸¹. Dans ce cas, la preuve du caractère fautif du fait dommageable n'a pas à être rapportée par la victime et la preuve, par le défendeur, qu'aucune faute n'a été commise reste sans conséquence. La responsabilité est engagée de plein droit en raison du préjudice causé, même en l'absence de faute. La doctrine publiciste déduit de cet édifice prétorien que de la même manière que l'administration répond du fait de ses agents permanents¹⁵⁸², elle répond du fait de ses collaborateurs occasionnels, considérés comme des agents publics¹⁵⁸³.

347. La reconnaissance de la responsabilité administrative par le juge civil. Là encore, la jurisprudence judiciaire a emboîté le pas de son homologue du second ordre juridictionnel. Par un arrêt d'appel de 2007, c'est une chambre commerciale qui a considéré que les dommages causés par un collaborateur occasionnel du service public de lutte contre l'incendie ne relevaient pas de la compétence judiciaire¹⁵⁸⁴. Elle précise, à ce titre, qu'en l'absence de faute personnelle du collaborateur, il n'est d'action possible que contre la commune devant le juge administratif. Si le problème se pose, habituellement, en termes de

¹⁵⁸⁰ CE Sect., 22 mars 1957, *Cie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, GAJA, n° 32 ; 8 juin 1966, *Ministre des finances c. Lemaire*, D. 1967. 343, note LAVROFF D. G.

¹⁵⁸¹ CE, 8 juin 1966, *Ministre des finances c. Lemaire*, op. cit.

¹⁵⁸² Il peut s'agir des fautes de service ou de fautes personnelles non dépourvues de tout lien avec le service commises par ses agents, Voir notamment CE, 18 nov. 1949, *Mimeur*, Rec. 492, GAJA, n° 32-5.

¹⁵⁸³ Voir en ce sens, LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, op. cit. loc. cit.

¹⁵⁸⁴ Voir Saint-Denis de la Réunion (ch. com.), 29 janvier 2007, CGE c/ SA Fibres coopérative, AJDA 2007. 754

responsabilité de l'Administration vis-à-vis du collaborateur, dans cette affaire, la situation était différente. La responsabilité du collaborateur était mise en cause par un tiers et le juge judiciaire confirme la responsabilité de l'Etat.

348. La compatibilité entre responsabilité sans faute et réparation des atteintes justifiées. La personne qui apporte son concours à l'exécution d'un service public et qui subit un dommage peut se voir indemnisée par l'Administration sans avoir à prouver une faute de celle-ci. Si ce cas est relativement fréquent, plus rares sont les demandes d'engagement de la responsabilité d'un collaborateur occasionnel du service public par un tiers, victime d'un dommage.

B) Des conditions d'application favorables aux victimes d'infractions justifiées

349. Un régime d'indemnisation publique particulièrement large. Il s'agit d'une responsabilité complémentaire, que le juge n'examinera qu'après avoir vérifié que la responsabilité pour faute ne pouvait être utilement invoquée. La responsabilité pour risque de l'administration applicable à ses collaborateurs occasionnels est conçue assez largement pour bénéficier aux victimes des infractions justifiées par des circonstances légitimes. D'abord, ses conditions générales sont simples et favorables aux victimes qui ne doivent démontrer, au delà de l'existence d'un préjudice, que le lien de cause à effet entre l'activité administrative et le dommage (1). Ensuite, les conditions spécifiques à la collaboration tiennent essentiellement à la participation à une activité d'intérêt général (2).

1) L'établissement de la condition générale de lien causal avec le préjudice

350. Compatibilité avec le dommage causé par l'infraction. La responsabilité pour risque permet souvent la réparation des dommages d'origine infractionnelle. La loi a instauré des fonds d'indemnisation consacrés notamment aux victimes de dommages corporels, d'actes terroristes¹⁵⁸⁵ et de contamination médicale par le VIH¹⁵⁸⁶. « *Ces mécanismes se substituent, ainsi, à la difficile mise en cause de la responsabilité de l'administration pour incapacité à empêcher ces infractions ou à en appréhender les auteurs*

¹⁵⁸⁵ Voir CPP, art. 706-3 et s.

¹⁵⁸⁶ Voir C. santé publ., art. L. 3122-1.

»¹⁵⁸⁷. Cette même idée de *risque-pouvoir* fonde la responsabilité pour risque des personnes publiques du fait des mineurs dont elles ont la garde¹⁵⁸⁸. Cette construction prétorienne, inspirée du droit civil, permet également la réparation des infractions causées par des mineurs en danger¹⁵⁸⁹ ou délinquants¹⁵⁹⁰. L'ensemble de la responsabilité pour risque est particulièrement favorable à la victime qui n'a plus rien à prouver si ce n'est le préjudice qu'elle a subi. En outre, l'administration ne pourra être exonérée que, de manière restrictive, par la force majeure ou la faute de la victime. Ces règles simples sont d'emblée acquises en présence d'infractions justifiées, puisqu'elles sont pleinement constituées.

351. Le caractère suffisant du lien causal entre la mission d'intérêt général et le dommage. Que le dommage soit subi ou causé, en principe, la victime requérante n'a pas à démontrer de comportement fautif du service public¹⁵⁹¹, mais seulement à rapporter la preuve du préjudice subi et de son lien de causalité avec une activité de puissance publique. La jurisprudence administrative tend, il est vrai, à pencher pour la théorie de la *causalité adéquate*, dite aussi « *directe* »¹⁵⁹². La responsabilité sans faute de l'Etat au profit de ses collaborateurs occasionnels, étant de surcroît rattachée au risque, le préjudice n'a pas, en principe, à être spécial et anormal. Cette double exigence correspond aux conditions plus restrictives du cas de rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁵⁹³. La première chambre civile a pourtant affirmé, en marge du droit public, que « *la victime d'un dommage subi en raison de sa qualité de collaborateur du service public de la justice peut, même en l'absence de faute, en demander réparation à l'Etat, dès lors que son préjudice est anormal, spécial et d'une certaine gravité* »¹⁵⁹⁴. Cet arrêt atteste d'un rapprochement de la responsabilité du fait des dommages subis par les collaborateurs avec l'hypothèse de rupture d'égalité. Ce même

¹⁵⁸⁷ FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, op. cit., n° 845.

¹⁵⁸⁸ *Ibid.*, n° 843-1.

¹⁵⁸⁹ CE Sect., 11 fév. 2005, *Gie Axa Courtage*, Rec. 45, *AJDA* 2005. 663, *RFDA* 2005. 594, concl. DEVYS, note BON.

¹⁵⁹⁰ CE Sect., 1^{er} fév. 2006, *Garde des sceaux c/ MAIF*, *AJDA* 2006. 586, chron. LANDAIS et LENICA, *DA* 2006. 602, concl. GUYOMAR, note BONX.

¹⁵⁹¹ Le collaborateur étant assimilé à un agent public, les éventuelles fautes commises par lui sont assimilées à des fautes de service. La collectivité devrait donc couvrir les condamnations prononcées contre le collaborateur occasionnel en cas de demande en réparation de tiers, victimes d'un dommage que le collaborateur leur a causé. Lorsque le collaborateur n'a commis aucune faute, c'est la responsabilité sans faute de la collectivité qui permet la réparation. Cependant, la jurisprudence ne s'est pas prononcée à ce jour en matière de responsabilité de l'Etat ou d'une collectivité territoriale en cas de faute commise par un collaborateur occasionnel du service public ayant causé un préjudice à un tiers et pouvant éventuellement entraîner une action récursoire. Voir en ce sens la réponse (à la question n° 93231) formulée ministre de l'intérieur, de l'outre-mer et des collectivités territoriales, publiée au *JO* le 11 janv. 2011, p.174 : www.assemblee-nationale.fr.

¹⁵⁹² FRIER P.-L. et PETIT J., op. cit., n° 856.

¹⁵⁹³ Voir, en ce sens, CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. I, op. cit., n° 1507.

¹⁵⁹⁴ Civ. 1^{ère}, 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*, *Bull. civ. I*, n° 51, préc.

constat avait été fait dans le cas des dommages causés par eux qui pouvaient être fondés par le risque et par la rupture d'égalité entendue *lato sensu*¹⁵⁹⁵. D'ailleurs, ce clivage est parfois jugé artificiel, tant il est vrai que l'ensemble des cas légaux ou jurisprudentiels de responsabilité sans faute pourrait être rangé sous la bannière de la rupture d'égalité devant les charges publiques¹⁵⁹⁶. Ainsi, l'autorisation faite aux citoyens d'appréhender l'auteur d'une infraction flagrante crée un risque, dont la réalisation peut faire supporter à son auteur ou à un tiers, une charge anormale, causée par un acte nécessaire au bien de tous. Il semble, toutefois, que la responsabilité pour rupture d'égalité ne soit que subsidiaire, qui s'applique « *lorsque l'action de l'administration qui n'a pas causé d'accident et n'est pas source de risque particulier, s'est déroulée régulièrement* »¹⁵⁹⁷. En effet, la rupture d'égalité devant les charges publique est analysée au sens strict comme comportant au-delà de la probabilité de dommage, une véritable certitude de lésion des intérêts d'une catégorie restreinte de personnes sacrifiées presque délibérément¹⁵⁹⁸. En outre, ce recours n'est généralement ouvert qu'en cas de mesures normatives directement prises par l'administration¹⁵⁹⁹. Du fait de la spécialité et l'anormalité exigées, les dommages causés du fait de la loi ou des conventions internationales sont rarement retenus, car celles-ci s'adressent à un nombre trop grand d'individus. En tout état de cause, la responsabilité étant plus aisément admise en cas de dommages accidentels, on devrait considérer que c'est le fondement du risque qui prévaut. Ces deux fondements partagent, quoiqu'il en soit, les mêmes cas limités d'exonération. Le lien de causalité ne disparaît que si l'administration ou l'agent parviennent à établir la force majeure ou la faute de la victime.

352. La réparation intégrale du préjudice causé. La responsabilité pour risque permet d'indemniser intégralement le préjudice¹⁶⁰⁰. La réparation du dommage engendré par la collaboration est fonction du préjudice réellement subi. Elle ne donne pas lieu au simple versement d'une indemnité forfaitaire. Est indemnisé, tout préjudice, tant matériel et moral, dès lors qu'il est certain, actuel, direct. La collectivité responsable est celle dans les attributions de laquelle figure la mission de service public auquel le collaborateur a

¹⁵⁹⁵ Cf. *supra* n° 339.

¹⁵⁹⁶ Voir, pour une telle posture, WALINE J., *Droit administratif, op. cit.*, n° 484.

¹⁵⁹⁷ FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif, op. cit.*, n° 846.

¹⁵⁹⁸ CHAPUS R., *Droit administratif général, T I, op. cit.*, n° 1507

¹⁵⁹⁹ Voir, pour la responsabilité du fait des mesures régulières ou du fait des lois et traités, FRIER P.-L. et PETIT J., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁰⁰ CE, 30 avril 2004, *Cne de Sillingy* : www.conseil-etat.fr.

participé¹⁶⁰¹. Peuvent être concernés par le bénéfice du service rendu, l'État, le département, la commune, un centre hospitalier, une caisse des écoles ou tout autre établissement public. En toute hypothèse, c'est principalement la faute personnelle de la victime, généralement une imprudence grave, qui pourra limiter ou exonérer la responsabilité de la collectivité publique, comme le manque de mesure exclut la justification.

353. L'exonération limitée à la force majeure ou à la faute de la victime. Fort logiquement, le fait du tiers ou le cas fortuit ne sauraient être exonératoires, mais la faute de la victime ou la force majeure produisent les mêmes effets que dans les hypothèses classiques de responsabilité pour faute. L'Etat ne peut donc s'exonérer que par l'établissement de la force majeure ou de la faute de la victime¹⁶⁰². D'abord et à l'instar du droit civil, la force majeure peut avoir intégralement engendré l'action ou l'avoir simplement partiellement aggravée. Ensuite et de la même manière, la faute de la victime permet l'exonération lorsqu'elle a, par son action ou son inaction, soit rendu le dommage inévitable, soit en a simplement aggravé l'effet. C'est ainsi que la réparation des dommages causés aux tiers par la force armée de l'Etat bénéficie seulement aux tiers et non aux personnes visées par la police¹⁶⁰³. Cela ressort bien de l'arrêt *Daramy* du Conseil d'Etat, de 1949, où il vérifie « *qu'aucune imprudence ou négligence ne peut être reprochée au sieur Lecomte, mortellement atteint par un coup de feu tiré par un gardien de la paix* »¹⁶⁰⁴. Dans un arrêt plus récent, il précise qu'un pompier volontaire « *intervenait en qualité de collaborateur occasionnel du service public ; qu'ainsi, l'accident dont il a été victime lors de son intervention engageait la responsabilité de la commune, sans que celle-ci puisse se prévaloir, pour échapper à cette responsabilité, d'une faute commise par un tiers* »¹⁶⁰⁵.

354. La compatibilité avec la réparation des dommages causés par l'infraction justifiée. La causalité exigée entre le fait de l'administration et le préjudice est parfaitement compatible avec la réalisation d'une infraction. En outre, l'exigence spécifique d'une collaboration à une mission d'intérêt général correspond pleinement aux circonstances légitimant l'atteinte.

¹⁶⁰¹ Le contrat multirisque des collectivités territoriales comprend généralement une garantie responsabilité civile qui couvre les dommages causés ou subis par le bénévole qui intervient à l'occasion d'une mission de service public.

¹⁶⁰² CHAPUS R., *Droit administratif général*, T I, op. cit., n° 1484.

¹⁶⁰³ Voir en ce sens C.E., 27 juill. 1951, *Dame Auberge*, D. 1952. 108, concl. GAZIER.

¹⁶⁰⁴ CE, 24 juin 1949, *Lecomte et Daramy*, op. cit.

¹⁶⁰⁵ CE, 24 janv. 2007, *SUVA ou Cne de Sausheim*, n° 289646 (inédit au recueil) : www.conseil-etat.fr.

2) L'établissement de l'exigence spéciale de collaboration au service public

355. Une conception large du service public. C'est la participation effective à un service public qui permet de justifier la mise en œuvre de la responsabilité de la collectivité publique. Or, la notion de service public est entendue comme toute activité d'intérêt général. En effet, la jurisprudence ne conçoit pas la notion de service public au sens organique du terme¹⁶⁰⁶. Selon le Conseil d'Etat dès lors qu'une personne privée accomplit une mission qui normalement incombe à la personne publique, elle collabore au fonctionnement du service public et a donc la qualité de collaborateur occasionnel ou bénévole. La mise en jeu de cette responsabilité administrative sans faute est subordonnée dans ce cas au concours effectif à l'exécution d'un service public.

La jurisprudence administrative considère, de la même manière, que la démonstration d'un lien direct entre une demande de la collectivité publique et la personne volontaire n'est pas nécessaire¹⁶⁰⁷. La réparation d'accidents subis ou causés par le collaborateur occasionnel déroge ainsi au droit commun¹⁶⁰⁸. Le collaborateur occasionnel doit apporter une véritable contribution au service public, soit en renfort soit par substitution à un agent public, ce qui serait moins concevable pour l'activité normative.

356. Une conception souple de la cause de la collaboration. Qu'elle soit bénévole ou rémunérée, la collaboration va du simple coup de main à la prise en charge totale du service. La collaboration doit seulement être réelle et justifiée, quelle que soit sa cause¹⁶⁰⁹. Ne serait pas protégée par l'administration, la personne qui ne ferait qu'assister à l'exécution du service, ni celle qui se contenterait de manifester son intention d'y participer. L'administration prend, en revanche, à sa charge tout dommage subi ou causé par celui qui, en sa seule qualité de particulier, agit de façon temporaire ou gratuite pour le compte de la collectivité publique soit concurremment, soit sous sa direction, soit spontanément. Il s'agit

¹⁶⁰⁶ Voir notamment CE Sect., 25 septembre 1970, *Cne de Batz-sur-mer et Mme Veuve Tesson*, Rec. 540, AJDA 1971. 60.

¹⁶⁰⁷ Voir CE Sect., 16 novembre 1960, *Cne de Gouloux*, Rec. 628 ; 10 décembre 1969, *Sieurs Simon, Quarteron et Visserias*, Rec. 567 ; 24 janvier 2007, *SUVA-Caisse nationale suisse d'assurance*, préc.

¹⁶⁰⁸ Voir notamment BON P., « La responsabilité sans faute de l'État français envers le collaborateur occasionnel d'une personne privée étrangère », note sous CE Sect., 13 janvier 1993, *Mme Galtié*, RFDA 1994. 91-98.

¹⁶⁰⁹ Voir, pour une critique de la souplesse de cette responsabilité, ROCHE J., « Les communes victimes des sauveteurs bénévoles », D. 1971, chron. 257.

non seulement des requis¹⁶¹⁰, mais encore de ceux dont la proposition d'aide à la acceptée, des sollicités, et des personnes dont l'intervention est légitimée du fait de l'urgence. L'origine de la collaboration est donc variable ; elle peut découler d'un accord exprès ou tacite donné par la collectivité. Il arrive également que la collectivité profite de l'aide apportée par le collaborateur occasionnel car elle n'a pas vraiment pu l'accepter ou la refuser du fait de l'urgence. La collaboration peut être spontanée sans accord de la collectivité pour des motifs d'urgence s'il s'agit, notamment, de porter secours à une personne en péril. La condition d'acceptation par l'administration ou de notoriété de la contribution en l'absence d'opposition de l'administration est logiquement exclue dans les cas « d'urgente nécessité », telle qu'en cas de concours à l'arrestation d'un délinquant. Selon la doctrine le concours doit être justifié par l'autorité ou les circonstances¹⁶¹¹. Ce dernier cas se rapproche à n'en plus douter des hypothèses d'infractions justifiées.

357. Les collaborations justifiées par « l'urgente nécessité ». En l'absence de sollicitation collective ou individuelle de particuliers par la personne publique, le lien de collaboration est moins évident. Il convient alors d'apprécier les faits au cas par cas afin de déterminer si l'intervention est justifiée et par conséquent si l'indemnisation en cas de dommage entraînera l'application du régime des collaborateurs occasionnels ou bénévoles. L'urgente nécessité en cas de danger justifie pleinement l'intervention, de sa propre initiative, d'un collaborateur, alors que la collectivité n'a eu ni à refuser ni à accepter l'offre d'intervention. Selon certains auteurs¹⁶¹², le juge se montrerait aussi compréhensif en ce qui concerne la justification de l'intervention¹⁶¹³, qu'il est indulgent s'agissant de la faute de la victime¹⁶¹⁴. Selon un arrêt récent du Conseil d'Etat, celui qui a volontairement accepté, « *en raison de l'urgente nécessité de l'intervention* », de porter secours à une personne blessée en dehors de ses missions et de prendre les risques inhérents à une telle opération, a la qualité de collaborateur occasionnel du service public¹⁶¹⁵. L'évolution jurisprudentielle manifeste un certain assouplissement de la responsabilité pour risque et traduit le souci du Conseil d'Etat de

¹⁶¹⁰ Les collaborateurs peuvent être requis à titre gratuit (la collectivité réquisitionne des bénévoles pour porter secours aux sinistrés d'une inondation) ou à titre onéreux (des personnes réquisitionnées par la collectivité pour collaborer à une mission de service public moyennant une compensation financière tels que des médiateurs par exemple).

¹⁶¹¹ Voir en ce sens CHAPUS R., *Droit administratif général*, t. I, op. cit., n° 1496.

¹⁶¹² Voir notamment *Ibid.* ; ROCHE J., « Les communes victimes des sauveteurs bénévoles », *D.* 1971, chron. 257.

¹⁶¹³ Voir, pour l'appel au secours d'une femme tombée dans une fosse, CE, 9 oct. 1970, *Gaillard*, *RD Publ.*, 1970. 1431, concl. ROUGEVIN-BAVILLE M.

¹⁶¹⁴ Voir CE Ass., 27 nov. 1970, *Cons. Appert-Collin*, *AJDA* 1971. 59.

¹⁶¹⁵ CE Sect., 12 octobre 2009, *CROSS Chevillard*, n° 297075 (publié au recueil) : www.conseil-etat.fr.

dédommager ceux qui se portent courageusement à l'aide de personnes en danger, comme les y incitent d'ailleurs les faits justificatifs du Code pénal comme ses articles 223-6 et 7. Il semble, néanmoins, que la nécessité sociale se passe de toute forme d'autorisation publique¹⁶¹⁶. Il n'en reste pas moins qu'en dehors de l'urgence, une manifestation de volonté, plus ou moins explicite, de la part des autorités responsables du service reste nécessaire. Le Conseil d'Etat a considéré que celui qui, sans intervention d'aucune sorte de l'autorité publique, intervient dans l'exécution du service public, ne peut bénéficier de la protection accordée au collaborateur du service public. Il a assez sévèrement refusé sa protection au particulier qui avait fait quitter le territoire par la mer à des résidents du Vanuatu dont la sécurité apparaissait menacée et son bateau avait été saisi pour le compte du Vanuatu. Il a fait valoir qu'il existait d'autres moyens d'agir puisque la France disposait sur place d'une représentation diplomatique et de moyens appropriés lui permettant d'intervenir à bref délai. L'intéressé ne pouvait soutenir « *qu'il avait, compte tenu de l'urgence d'une intervention, la qualité de collaborateur occasionnel et bénévole du service public* »¹⁶¹⁷. Il y a fort à penser que ne serait pas protégé celui qui n'agirait aucunement dans l'intérêt général en raison de circonstances trompeuses.

¹⁶¹⁶ Cf. *supra* n° 356, 357.

¹⁶¹⁷ CE 31 mai 1989, *Pantaroni*, *Rec.* 144, *AJ* 1989. 611, chron. HONORAT et BAPTISTE, *D.* 1990. 296, obs. BON et TERNEYRE.

Conclusion du chapitre II

358. La neutralisation *in rem* des responsabilités fondées sur l'illicéité de l'acte.

L'illicéité du fait générateur étant la raison d'être de la responsabilité, lorsqu'elle est neutralisée, c'est toute la responsabilité qui est paralysée. En l'absence d'acte injuste, l'objet du reproche fait défaut et ne peut plus être imputé. Ainsi conçu, le mécanisme de justification s'apparente à une cause objective d'exonération qui requiert, par définition, une apparence préalable de responsabilité. La conception objective de l'illicéité et de sa justification a permis de mettre en lumière le caractère déterminant de la matérialité infractionnelle, qui laisse présumer de la responsabilité toute entière. L'infraction strictement conçue fait naître deux présomptions, d'illicéité et d'imputabilité, qui ne doivent pas être confondues car le reversement de la présomption d'imputabilité procède d'un jugement de réalité sur l'aptitude de l'agent à répondre de ses actes. L'appréciation de la normalité de l'atteinte que l'auteur ne pouvait éviter est une cause d'irresponsabilité subjective qui opère *in personam*. En revanche, l'existence de circonstances justificatives remet en cause l'illicéité concrète de l'acte et prive la responsabilité de son fondement. La raison d'être du reproche ayant disparu, la question de son attribution n'a plus d'objet. La neutralisation du fondement de la responsabilité opère *in rem*, à l'égard de tous les participants et quelle que soit la nature de la responsabilité, dès lors qu'elle est fondée sur l'illicéité du fait générateur. Ainsi, aucune responsabilité civile ne peut être retenue, même lorsque la victime est un tiers innocent. Il n'y pas lieu de distinguer selon qu'il s'agisse d'une responsabilité pour faute ou sans faute, car elle est invariablement fondée sur l'illicéité, issue d'un fait causal dommageable. Nul n'est besoin de malmenier davantage le droit de la responsabilité à des fins indemnitaires, alors qu'il existe un recours en responsabilité non fondé sur l'illicéité. La responsabilité de l'Etat peut être engagée du fait des atteintes nécessaires au bien commun. Il s'agit de la responsabilité sans faute du fait des collaborateurs occasionnels du service public, qui a été progressivement étendue aux dommages causés par eux, même en l'absence de sollicitation de l'Etat. L'intervention peut, en effet, être spontanée si elle est justifiée par l'urgence. Il suffit qu'il existe un lien causal entre la participation à une mission d'intérêt général au sens large et le dommage. Il s'agit souvent d'hypothèses de sauvetage, de secours à des personnes en péril ou d'appréhension de délinquants, dès lors que la prise de risque est justifiée par une autorisation ou par les circonstances. Cette compétence administrative clairement admise par le Conseil d'Etat est progressivement reconnue par les juges judiciaires.

Conclusion du titre II

359. L'effet du motif légitime sur le jugement de valeur fondant la responsabilité. La justification procède d'un jugement de valeur et ne peut avoir aucun effet sur les conditions de la responsabilité qui ne requièrent aucune appréciation judiciaire de la nocuité sociale de l'acte. Partant, le motif légitime ne peut avoir aucun effet sur les composantes de la responsabilité, au premier rang desquelles figure l'infraction, laquelle a déjà fait l'objet d'un jugement de valeur abstrait par le législateur. D'ailleurs, à défaut d'infraction, il n'y aurait pas de présomption d'illicéité de l'acte et il n'y aurait plus rien à justifier. Non seulement l'infraction doit être distinguée de l'illicéité qu'elle laisse présumer, mais elle doit également être distinguée de son imputabilité à l'auteur. Il a été démontré, à cet égard, que les différents types de dol correspondaient seulement à la présomption de volonté libre et éclairée appliquée aux différents types de matérialité exigés. L'aptitude causale de l'acte incriminé suffit à distinguer les qualifications pénales et apparaît comme l'objet véritable du jugement valeur, à l'exclusion de toute considération tenant à l'état d'esprit de l'auteur. Le motif légitime n'a donc d'effet que sur le fondement présumé de la responsabilité pénale, qui réside dans l'appréciation de l'illicéité du fait générateur. Il s'agit de renverser la présomption de nocuité sociale de l'acte au regard des valeurs en conflit, issues des circonstances extérieures à celles prévues par l'incrimination. Si l'utilité sociale concrète du comportement est acquise, il n'y plus lieu de s'interroger sur les dispositions psychologiques de l'auteur ou des participants, puisqu'il n'y a plus d'objet illicite à imputer. Si la culpabilité procède de l'illicéité, l'inverse ne se vérifie pas, de sorte qu'aucune condition subjective n'interfère dans le mécanisme justificatif. L'appréciation de l'anormalité de la conduite ne se pose qu'à titre secondaire, pour attribuer un reproche dont l'objet est définitivement acquis. Sauf à considérer que la responsabilité civile peut se dispenser de l'illicéité du fait générateur, il convient de se résoudre à l'idée qu'elle ne pourra, sous aucune de ses formes, être instrumentalisée à des fins indemnitaires. Le motif légitime étant un motif d'intérêt général, c'est naturellement la responsabilité publique qui pourra être engagée aux fins de réparation des dommages éventuels. L'engorgement des juridictions administratives n'est pas à craindre car tous les cas de justification n'occasionnent pas des dommages à tiers innocents. D'ailleurs, la plupart des infractions ne requièrent aucun préjudice, ni même aucune atteinte effective au bien juridique protégé. C'est précisément la caractéristique majeure des infractions à motif légitime qui sont de simples risques d'atteintes hypothétiques.

Conclusion de la première partie

360. La détermination purement objective du juste. A l'instar des faits justificatifs, l'exception de motif légitime est un instrument objectif de justification de l'acte permettant l'exonération totale de toute responsabilité fondée sur l'illicéité. Il a pourtant été reproché à la théorie classique de la neutralisation de l'élément légal de l'infraction de s'attacher aux conséquences objectives de la justification, au détriment de sa cause¹⁶¹⁸. De ce point de vue, le droit pénal ne s'intéresserait aux faits que dans la mesure où ils procèdent de la culpabilité d'une personne¹⁶¹⁹, de sorte que le fondement de la justification serait à chercher à l'endroit de la volonté de l'auteur. Or, tout porte à croire que le droit ne s'intéresse à la volonté que dès qu'elle est manifestée par une matérialité illicite. La focalisation du droit pénal sur la matérialité objective ne signifie pas son désintérêt pour les éléments subjectifs de la responsabilité, loin s'en faut. La matérialité des actes est en réalité le seul moyen dont dispose le droit pour appréhender la volonté de l'auteur. Les dispositions intellectuelles ne peuvent avoir d'influence que « *sur le seul terrain des causes d'irresponsabilité subjectives* »¹⁶²⁰. Quant aux investigations psychologiques plus profondes, il a précédemment été établi qu'elles relevaient exclusivement de l'individualisation des peines. Poussées à l'extrême les conceptions subjectivistes rejoignent celles du criminaliste GRAMATICA selon lequel l'infraction n'existait qu'en fonction de l'*antisocialité* subjective de son auteur¹⁶²¹. Or la nocuité sociale est un jugement de valeur qui ne peut être porté que sur l'acte, au regard de ses circonstances objectives de réalisation. L'éclaircissement des notions de but et de mobile a permis de faire apparaître la notion de motif comme une raison objective prenant corps dans les circonstances matérielles de l'acte. En tant que cause psychique profonde ne transparaissant pas de manière univoque dans la matérialité des faits, le mobile est insusceptible de modifier l'appréciation de l'acte. La conscience justificative ou le but légitime ne peuvent justifier l'acte que s'ils sont relayés par des circonstances objectives permettant de réviser l'appréciation de l'illicéité de l'acte.

Ce sont bien les circonstances particulières de réalisation qui peuvent permettre de juger socialement utile un acte présumé illicite par le législateur. Le motif se présente dès lors

¹⁶¹⁸ DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982, n° 147.

¹⁶¹⁹ *Ibid.*, n° 165.

¹⁶²⁰ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 436.

¹⁶²¹ GRAMATICA F., *Principes de défense sociale*, Cujas, 1964, p. 29 et s., p. 130 et s. cité par MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel-Droit pénal général*, t.1, Cujas, 7^{ème} éd., 1997, n° 436.

comme un instrument de mesure objectif de la légitimité de l'acte. La conception subjective de la justification doit être combattue au même titre que la conception subjective de l'infraction car elles portent sur le même objet. De la même manière que la loi apprécie l'acte au regard des valeurs représentées dans les circonstances préalables de l'infraction, le juge apprécie le même acte circonstancié au regard de nouvelles valeurs qui ressortent des circonstances non prévues par l'incrimination. Pour déconcertante que puisse paraître la réduction de l'infraction à sa matérialité, elle permet paradoxalement de lui conférer une place centrale au sein de la responsabilité. D'ailleurs, les textes d'incrimination font essentiellement dépendre la sanction d'une réalisation matérielle qui apparaît alors comme la seule condition de la responsabilité dont la preuve doit être positivement rapportée. Au fond, cette position qui semble dépouiller l'infraction n'est pas si éloignée de l'assimilation classique de l'infraction à la responsabilité. La caractérisation matérielle de l'infraction emporte, en effet, une présomption de responsabilité. Aussi l'infraction est-elle bien synonyme d'une responsabilité mais seulement présumée, puisque la raison d'être du reproche et son attribution à l'auteur peuvent être contestés. La différence entre ces deux causes d'irresponsabilité tient au fait que l'illicéité est le fondement même de la responsabilité et que sa neutralisation prive d'objet l'imputabilité qui n'a plus lieu d'être appréciée. Ce sont les insuffisances de la conception de la justification en tant que conflit de normes et non de valeurs qui ont conduit à se tourner vers un fondement subjectif. Toute considération tenant à l'auteur ne renseigne pourtant que sur la possibilité de lui attribuer la responsabilité de son acte illicite. L'appréciation judiciaire de l'illicéité concrète de l'acte ne doit pas être perçue comme une remise en cause de l'appréciation abstraite portée par la loi. Le juge se contente d'abord de caractériser la concordance du fait humain à l'incrimination qui emporte une présomption d'illicéité et d'imputabilité de l'infraction ainsi constituée. Le renversement de la présomption d'illicéité n'affecte pas l'existence de l'incrimination mais lui garantit une application conforme à sa finalité de protection des valeurs. L'étude de l'exception de motif légitime donne la possibilité de consolider la théorie de la justification en démontrant que l'objet et l'instrument de mesure du jugement de valeur ne peuvent être qu'objectifs.

Cette analyse permet d'unifier les effets de la justification, conçue comme neutralisant tantôt l'élément légal, tantôt l'élément matériel, tantôt l'élément moral, alors qu'elle affecte le fondement axiologique de la responsabilité. Cette finalité substantielle est en

accord avec la mise en œuvre spécifique du motif légitime qui apparaît comme un fait justificatif standard. Or, son indétermination ne heurte pas le principe de légalité criminelle mais le renforce en ce qu'elle offre au juge la plus grande liberté dans la prise en compte de l'illicéité réelle de l'atteinte au regard de l'immense variété des circonstances d'espèce et des conflits de valeurs.

PARTIE II :
LA MISE EN ŒUVRE DU MOTIF LEGITIME
OU LA PRISE EN COMPTE DU REEL

361. Un standard général de la justification au service de l'illicéité réelle. De prime abord, le motif légitime n'apparaît pas comme le droit commun de la justification, puisqu'il y déroge doublement. D'une part, son indétermination rend ses conditions d'application particulièrement larges au regard des autres faits justificatifs légaux, qu'ils soient généraux ou spéciaux. D'autre part et paradoxalement, son domaine d'application est étroitement délimité à une catégorie particulière d'infractions spécialement déterminées et dérogoires au droit commun. A l'analyse, on s'aperçoit, cependant, que la notion de fait justificatif spécial innommé a peu de sens et que seule l'extension de la réserve implicite de motif légitime à toutes les infractions garantirait leur illicéité réelle négative. La mise en œuvre extraordinairement souple du motif légitime, à l'égard de ses critères d'application est, ainsi, amenée à devenir le droit commun de la justification. La jurisprudence indique, depuis longtemps, que le motif légitime doit ressortir, de manière tout à fait concrète et objective, « *des circonstances de la cause* »¹⁶²². Cette formule montre à quel point il est nécessaire de se référer à une appréciation fidèle de la réalité globale des faits, pour en apprécier l'utilité sociale concrète. Seul le juge peut offrir cette prise en compte factuelle et réaliste du comportement replacé dans son contexte, pour en rétablir la licéité matérielle. Inversement, l'absence de circonstances justificatives permet de confirmer négativement la présomption d'illicéité réelle de l'infraction. Le législateur ne saurait prévoir toutes les modalités d'accomplissement des infractions à même de les rendre socialement utiles ou neutres. En matière d'illicéité réelle négative, les restrictions formelles ne sont pas de mise, car le juge doit rester libre d'opérer une appréciation concrète de la nocuité sociale de l'acte. Si l'illicéité réelle peut être garantie par la souplesse des conditions d'application du motif légitime, ce n'est qu'à condition que son champ d'application soit également généralisé.

Le législateur a, pourtant, affecté cette exception large à un domaine restreint d'incriminations dont la matérialité est réduite à sa plus simple expression. Il semble, alors, que le législateur ait pris acte du caractère équivoque de l'illicéité positive de ces infractions dérogoires, en les tempérant au moyen exceptionnel d'un fait justificatif spécial indéterminé. La réserve de motif légitime apparaît insidieusement comme une condition supplémentaire de la répression, alors que toute infraction fait implicitement réserve des

¹⁶²² Crim., 1er août 1878, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 1879. I. 390 ; *S.* 1878. I. 484.

circonstances exceptionnelles. En tout état de cause, ses caractères négatif et imprécis rendent le motif légitime impropre à préciser positivement le champ de la répression. Contrairement à ce qui ressort de certains travaux parlementaires, l'exception spéciale de motif légitime ne saurait être la panacée de la banalisation de la répression. Loin s'en faut, puisque sa prévision expresse semble justifier artificiellement les dérives répressives, en dispensant le législateur de circonstancier davantage ses incriminations. La banalisation de la répression se trouve renforcée par la banalisation subséquente de la justification, permettant d'inverser la charge de la preuve de l'illicéité des faits. En somme, l'auteur doit justifier de la nécessité et de la proportionnalité de son acte alors que la nécessité et la proportionnalité de l'incrimination sont en cause, en raison d'un manque de contrôle de l'illicéité substantielle des infractions et, partant de leur légitimité. L'anticipation à outrance de la répression invite à s'interroger d'abord sur la légitimité des normes pénales avant de procéder à l'examen secondaire de la légitimité des actes accomplis par le prétendu délinquant. Le mécanisme de justification requiert préalablement une présomption solide d'illicéité réelle, au risque de systématiser l'inversion la charge de la preuve. En confondant l'illicéité positive qui doit être strictement délimitée par la loi et l'illicéité négative qui relève de la libre appréciation des juges, le législateur affecte l'illicéité réelle dans ses deux dimensions. L'affectation spéciale du motif légitime à un domaine dérogatoire de la répression ne fait qu'accroître l'imprécision de l'illicéité positive sans y remédier. En outre, elle conduit au cantonnement artificiel de l'illicéité négative, alors que la réserve des circonstances légitimes ne peut être que générale.

Par conséquent, le législateur doit garantir lui-même l'illicéité positive des infractions et laisser au juge le soin de vérifier, au gré des circonstances et non de la loi, l'illicéité négative des faits. Aussi, s'agira-t-il d'abord de démontrer que l'illicéité réelle est malmenée, dans sa dimension positive, par la spécialisation du motif légitime pour admettre, ensuite, que l'illicéité réelle peut être préservée, au moins négativement, par la généralisation du motif légitime. Le motif légitime doit donc être rejeté en tant que fait justificatif spécial innommé (Titre 1) pour être reconnu au titre de standard général de justification (Titre 2).

TITRE I :

LE REJET DU MOTIF LEGITIME

COMME FAIT JUSTIFICATIF SPECIAL INNOMME

362. L'illicéité réelle desservie par la spécialisation du motif légitime. A moins d'être instrumentalisé à d'autres fins, le mécanisme de justification suppose nécessairement la réalisation préalable d'un comportement présumé injuste. Or, la présomption d'illicéité réelle attachée aux infractions à motif légitime est pour le moins sujette à caution. Les incriminations concernées se rapportent, en effet, à des comportements d'une densité matérielle dérisoire représentant un risque hypothétique pour des valeurs secondaires. Les qualifications en cause ne sont pas nécessairement contraventionnelles, il peut aussi s'agir de délits assez lourdement punis. Ces infractions insuffisamment circonscrites et excessivement réprimées défient les principes fondamentaux gouvernant la matière et s'inscrivent dans un mouvement général de banalisation de l'exception. Le législateur feint de prendre acte de son incurie en incriminant, sous réserve de motif légitime, des actes dont la nocuité sociale est incertaine. Dans sa grande mansuétude, il permet à l'auteur de l'infraction d'établir la légitimité de son acte, quand la légitimité de la répression est elle-même sujette à caution. Alors que les circonstances justificatives devraient rester exceptionnelles, l'anticipation de la répression s'accompagne de l'anticipation de la justification à un stade où la présomption d'illicéité des faits demeure incertaine.

En tant que fait justificatif spécial innommé le motif légitime consiste, ni plus ni moins, en un dévoiement de la justification aux fins de renforcer en apparence l'illicéité positive de l'infraction. Or, la justification relève de l'illicéité négative, c'est-à-dire du domaine de l'exception permettant de renverser et non de renforcer, la présomption d'illicéité réelle. Elle est, par conséquent, inapte à préciser positivement le contenu de l'infraction. Dès lors, la mention expresse d'une exception large n'a d'autre intérêt que celui de dissimuler les carences de la définition positive de l'infraction. Au fond, l'exception de motif légitime conforte le législateur dans l'absence de précision des circonstances permettant de présumer l'illicéité réelle des actes. Il se contente, alors, d'incriminer les comportements qui risquent éventuellement d'engendrer un trouble à l'ordre public, à charge pour le prévenu d'établir la licéité de son acte au vu des circonstances.

Ainsi, face au domaine dérogatoire des infractions de risque abstrait (Chapitre I), le recours à une justification imprécise semble bien illusoire (Chapitre II).

Chapitre I :

Le domaine dérogatoire des infractions de risque abstrait

363. L'illicéité équivoque des comportements incriminés. La doctrine française admet aisément que l'autonomie de l'illicéité pénale, justifiée par sa finalité particulière de la protection des valeurs collectives essentielles, exige le respect de l'exigence de gravité de l'atteinte¹⁶²³. Elle laisse, toutefois, entière la question des critères de sélection des valeurs méritant une protection pénale et des comportements susceptibles d'être incriminés. Voilà bien le point nodal de la difficulté de l'analyse critique de l'illicéité des infractions qui est pourtant le prérequis de toute justification. Les infractions à motif légitime ne comportent, aucune atteinte effective aux valeurs protégées, il s'agit d'infractions de prévention tout à fait dérogatoires aux principes fondateurs du droit pénal. Une telle assertion ne permet, cependant, pas de remettre en cause la légitimité de ces infractions, tant il est vrai que l'absence d'atteinte effective n'est aucunement présentée comme un critère rédhibitoire. Les infractions préventives sont uniquement perçues comme des exceptions auxquelles peut procéder à sa guise le législateur, fort de sa légitimité démocratique. Il ne s'en prive pas, à en juger par la prolifération des infractions de risque hypothétique dont témoigne le domaine d'application du motif légitime. Le principe d'*ultima ratio* gouvernant la matière pénale commande, pourtant, une stricte sélection des atteintes aux valeurs susceptibles d'être incriminées¹⁶²⁴. « *Si le droit français n'a pas cru bon de se doter d'un concept promettant de délimiter a priori le domaine du droit pénal, c'est sans doute qu'il ne le souhaite pas et qu'il entend au contraire l'infraction avant tout comme une atteinte à la loi* »¹⁶²⁵. Or, selon la doctrine des pays de tradition germanique, chaque valeur ou « *bien juridique* »¹⁶²⁶ requiert une protection idoine qui ne doit prendre une dimension pénale que pour les plus essentiels. Par ailleurs, toutes les formes de lésion ne sauraient être menacées de sanctions afflictives et infamantes. Une telle analyse suppose, par conséquent, de se pencher sur la délicate question des valeurs protégées que la tradition juridique française avait évincée de son champ pour la reléguer au domaine philosophique¹⁶²⁷. « *L'existence du bien juridique (concret) protégé par*

¹⁶²³ Voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux, 2009, n° 117-118.

¹⁶²⁴ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. des thèses, n° 39, 2010, n° 309 et s.

¹⁶²⁵ *Ibid.*, n° 168.

¹⁶²⁶ Voir, sur la sélection des biens juridico-pénaux, *ibid.*, n° 309 et s.

¹⁶²⁷ Voir PIN X., « L'infraction juste », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 585 et s.

le texte d'incrimination pourrait alors être considérée comme une condition préalable à l'infraction puisqu'en l'absence de celui-ci, l'incrimination n'a plus de raison d'être »¹⁶²⁸.

L'infraction pénale suppose ensuite que « le fait illicite entre directement en conflit avec une valeur protégée, soit en la mettant gravement en danger, soit en la lésant effectivement »¹⁶²⁹.

Cette conception concrète de l'atteinte au bien juridique transcende, de la sorte, le clivage insuffisant entre l'atteinte et le risque d'atteinte. La prévention du risque prenant progressivement le pas, en droit positif, sur le principe de l'atteinte effective, il convient de savoir à quelles conditions cette dérogation est admissible.

A cet égard, le fait que les infractions à motif légitime ne présentent pas d'atteinte effective aux valeurs primaires permet seulement d'établir leur caractère dérogatoire (section 1). En revanche, le fait qu'elles ne représentent généralement aucune menace concrète pour des valeurs secondaires permet d'établir le caractère excessif de leur répression (section 2).

¹⁶²⁸ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 319 ; PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. Cours, 5^{ème} éd. 2012, n° 164).

¹⁶²⁹ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 119.

Section 1 : L'absence d'atteinte effective aux valeurs primaires

364. Des infractions essentiellement préventives. Les infractions à motif légitime sont largement dépourvues d'un résultat matériellement distinct du comportement incriminé et ne comportent, par là même, aucune atteinte effective aux valeurs protégées. En dépit des différences terminologiques, il existe différentes catégories de résultats qui peuvent se diluer au point de correspondre à n'importe quel fait incriminé. Cette conception élastique du résultat reste essentiellement descriptive, puisque l'atteinte réelle est présentée comme facultative, voire purement potestative. En l'absence de critères précis de sélection, la théorie pénale ne permet pas de contenir l'anticipation outrancière de la répression que révèlent les infractions à motif légitime. Le blâme social doit affecter principalement les actes constituant un mal avéré pour la société, et accessoirement sur ceux qui représentent uniquement un risque d'atteinte au bien commun. A défaut de réflexion sur le seuil minimal de nocuité sociale de l'acte, l'interprète assiste impuissant à une inquiétante normalisation de l'exception. Il est vrai que la gravité de l'acte importe plus que ses conséquences. Les infractions préventives ne sauraient, pour autant, devenir le droit commun de la répression. La nocuité sociale des infractions à motif légitime est à ce point dérisoire qu'elles semblent bien s'inscrire dans un mouvement contestable de banalisation de la prévention. Or, la prévalence logique de la gravité de l'acte sur ses conséquences (§1) ne justifie pas la banalisation critique de la répression à défaut d'atteinte réelle (§2).

§ 1 : Une prévalence logique de la gravité de l'acte sur ses conséquences

Le glissement du caractère secondaire de l'atteinte vers son indifférence. Que la conception du résultat soit large ou stricte, tous les types de résultats recensés en droit positif sont admis, à titre d'exception, comme l'est aussi l'absence de résultat. Les infractions à motif légitime pourraient ainsi être considérées comme des infractions-obstacle ou formelles. Elles consisteraient en la répression d'un « *dommage abstrait* » situé, « *au nom d'une défense formelle de valeurs collectives, à une distance variable du résultat réel* »¹⁶³⁰. La défense sociale ne devrait précisément jamais être purement formelle, au risque de justifier n'importe quelle distance entre l'acte et le résultat dit réel.

¹⁶³⁰ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, op. cit., n° 363 et s.

De ce point de vue, le déficit causal des faits de simples détentions ou omissions réprimés sauf motif légitime indique que la proximité de l'atteinte redoutée n'est même plus prise en compte dans la définition de l'acte. Au-delà du caractère secondaire ou facultatif de l'atteinte effective aux valeurs (A), les infractions à motif légitime font ressortir un certain glissement vers l'indifférence plus radicale de celle-ci (B).

A) Le caractère secondaire de l'atteinte effective aux valeurs

365. L'atteinte effective critère de gravité et non d'existence de l'infraction.

L'absence de prise en compte des conséquences de l'acte dans les infractions à motif légitime ne semble pas poser de difficultés particulières, puisque leur exigence n'apparaît qu'en tant que simple modalité de la répression. En effet, le préjudice ne peut qu'être regardé comme un critère inopérant de l'infraction (1) et l'atteinte effective n'en est pas un critère nécessaire (2).

1) Le préjudice comme critère inopérant de l'infraction

366. Une logique de réparation peu compatible avec le droit pénal. La seule certitude en matière de résultat de l'infraction concerne le préjudice qui doit être considéré comme un critère inopérant¹⁶³¹. Beaucoup d'infractions, mineures ou non, ne supposent ni préjudice, ni même l'existence d'une victime¹⁶³². Lorsqu'il est fait mention expresse du préjudice dans une incrimination, la jurisprudence l'interprète à ce point largement qu'elle tend à le considérer comme inhérent à la réalisation matérielle de l'infraction¹⁶³³. Qu'il s'agisse d'escroquerie¹⁶³⁴, de faux¹⁶³⁵ ou d'abus de confiance¹⁶³⁶ notamment, l'exigence d'un préjudice, dit social, se confond avec l'atteinte abstraite à la valeur protégée. Il est vrai qu'une logique civiliste est parfois calquée sur certaines infractions, dites de résultat¹⁶³⁷. Un

¹⁶³¹ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux, 2009, n° 118 ; Voir aussi MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003.

¹⁶³² Voir par ex., les infractions de conduite en état d'ivresse (C. route, art. L. 234-1 et s.), le mandat criminel (C. pén., art. 221-5-1), la corruption, (C. pén., art. 433-1, 432-11).

¹⁶³³ Voir notamment Crim. 5 mars 1980, *Bull. crim.* n° 81, et pour une analyse critique, MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, n° 812.

¹⁶³⁴ Voir Crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.* n° 234, *RSC* 1993. 783, obs. BOUZAT P.

¹⁶³⁵ Voir Crim., 19 nov. 1974, *Bull. crim.* n° 335, *RSC* 1975. 689, obs. VITU A.

¹⁶³⁶ Voir Crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.* n° 81, *D.* 1980. IR. 335, obs. PUECH M.

¹⁶³⁷ Voir RAYMOND M.-A., *Les infractions de résultat*, Th. Bordeaux, 2010.

préjudice quantifiable devient alors indispensable à leur qualification¹⁶³⁸, comme en matière de violences¹⁶³⁹. Toutefois, le recours au préjudice, loin d'éclaircir la question du résultat, l'a obscurci durablement¹⁶⁴⁰. En effet, la qualification est parfois déterminée par la durée de l'incapacité totale de travail¹⁶⁴¹ alors qu'il semble artificiel d'apprécier la volonté de l'auteur par rapport à cette notion technique¹⁶⁴². La lourdeur de la répression dépend plus de la réalisation hasardeuse d'un préjudice, du reste maladroitement quantifié, que de la gravité du comportement et de la faute qui en dépend. L'acte le plus anodin est, en effet, susceptible d'entraîner les conséquences les plus graves¹⁶⁴³. Cette notion qui jure avec le réalisme de la matière pénale s'oppose, par ailleurs, à la répression effective du commencement d'exécution, tant il est délicat d'apprécier le potentiel de l'acte à causer un résultat aussi précis qu'aléatoire¹⁶⁴⁴. L'impossibilité pratique de punir la tentative engendre paradoxalement « *la multiplication d'incriminations spéciales tel le guet-apens, situées très en amont de la consommation de l'infraction* »¹⁶⁴⁵. De nombreuses infractions à motif légitime témoignent, à cet égard, de l'anticipation de répression au stade préparatoire, en ce qu'elles se contentent d'un risque hypothétique de violences. Il en va ainsi des incriminations de plus en plus nombreuses des simples détentions d'objets potentiellement dangereux¹⁶⁴⁶ ou de port d'une tenue vestimentaire destinée à éviter l'identification¹⁶⁴⁷. En tout état de cause, la marginalité des hypothèses où les incidences concrètes, parfois lointaines, d'un acte conditionnent la qualification pénale témoigne de ce que « *la prise en compte d'un préjudice n'est qu'une modalité de l'incrimination, et non un critère général de sélection des faits punissables* »¹⁶⁴⁸. Cette modalité demeure, somme toute, source de « *malentendus et d'ambiguïté* » car « *ce qui intéresse le droit pénal, c'est moins la souffrance matérielle ou morale d'une victime que les agissements coupables du criminel* »¹⁶⁴⁹.

¹⁶³⁸ Voir, pour les effets sur leur régime, de la qualification de l'infraction en crime, délit ou contravention, MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 400 et s.

¹⁶³⁹ Art. 222-7 et s. et R. 625-1 C. pén.

¹⁶⁴⁰ Voir pour cette affirmation MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 84.

¹⁶⁴¹ Ce critère tenant compte essentiellement de la durée du préjudice au détriment de son intensité variable paraît de surcroît assez simpliste, même du point de vue de la victime.

¹⁶⁴² Voir pour cette démonstration RAYMOND M.-A., « Les infractions de résultat », in *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice* (dir. SAINT-PAU J.-C.), Cujas, n° 1, 2011, p. 51 et s., spéc. p. 60.

¹⁶⁴³ Voir CHAVANNE A., « Le problème de la répression des délits involontaires », RSC 1962. 241 et s.

¹⁶⁴⁴ RAYMOND M.-A., préc.

¹⁶⁴⁵ *Ibid.*

¹⁶⁴⁶ Cf. *infra* n° 411.

¹⁶⁴⁷ Cf. *infra* n° 417.

¹⁶⁴⁸ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 119.

¹⁶⁴⁹ MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 98.

367. Le caractère facultatif du dommage concret comme abstrait. L'atteinte effective à la valeur protégée est parfois qualifiée de dommage abstrait, par opposition au dommage concrètement subi par la victime du préjudice¹⁶⁵⁰. La prise en compte inadaptée de ce dernier dans les violences a pu, paradoxalement, engendrer une recrudescence de la pénalisation de la phase préparatoire qu'illustrent certaines infractions à motif légitime. Il n'en reste pas moins que leur défaut d'exigence de tout dommage ne pose aucune difficulté particulière, quoiqu'elles demeurent très éloignées de l'atteinte effective. Le dommage *lato sensu* ne représente, en effet, qu'une modalité de la répression, censée influencer davantage sur son intensité que sur son existence même.

2) L'atteinte effective comme critère non nécessaire de l'infraction

368. L'équivalence pénale du commencement d'exécution et de l'atteinte. « Plutôt qu'à la mesure des incidences de l'acte, la notion d'infraction pénale renvoie à la gravité intrinsèque de la transgression »¹⁶⁵¹ ou plutôt de la lésion, car la transgression, en tant que relative à l'interdit, est insusceptible de gradation. La formule « atteinte » est, par ailleurs, souvent utilisée tant pour indiquer la lésion effective d'un bien juridique que sa mise en danger¹⁶⁵². En premier lieu, non seulement les conséquences matérielles de l'acte ne sont pas nécessairement comprises dans l'incrimination¹⁶⁵³, mais en outre, lorsqu'elles y figurent, elles peuvent être contournées, le cas échéant, par le biais de l'incrimination de la tentative¹⁶⁵⁴. Cela montre bien que la nocuité sociale de l'acte est plus importante que ses conséquences matérielles effectives¹⁶⁵⁵. Si la réalisation du résultat redouté n'est pas nécessaire, elle ne devrait pas être indifférente à la peine encourue. Or, le droit français fait le choix de l'identité des peines abstraitement prévues pour la tentative et l'infraction consommée correspondante. Au contraire, d'autres systèmes juridiques voisins tels que celui de l'Allemagne, de l'Espagne ou de la Belgique, retiennent une pénalité moindre en cas de tentative¹⁶⁵⁶.

¹⁶⁵⁰ Voir pour cette distinction SAINT-PAU J.-C., *RPDP* 2008. 853 et s., spéc. p. 854.

¹⁶⁵¹ STONESTREET N., *op. cit.*, n° 119.

¹⁶⁵² MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 2^{ème} éd. 1982, p. 28 et s. ; MARINUCCI G. et DOLCINI E., « La Constitution et le droit pénal en Italie, structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 317.

¹⁶⁵³ Voir les développements relatifs à l'infraction formelle et au délit-obstacle, SPITERI P., « L'infraction formelle », *RSC* 1966. 497 et s.

¹⁶⁵⁴ Sur cette question, Cf. *supra* n° 194.

¹⁶⁵⁵ Sur cette démonstration, Cf. *supra* n° 195.

¹⁶⁵⁶ Voir, sur cette comparaison, PRADEL J. et CADOPPI A., *Droit pénal général comparé*, Cujas, 2005, p. 71 et s.

De la même manière, l'empoisonnement est puni aussi gravement que le meurtre. Il n'en va pas différemment des nombreuses incriminations, comme celle du harcèlement moral notamment¹⁶⁵⁷, qui assimilent les actes ayant « *pour objet ou pour effet de ...* », c'est-à-dire ceux qui ont causé ou tendaient à causer tel résultat.

369. Vers une équivalence pénale de la préparation de l'atteinte. De nombreuses infractions à motif légitime répriment assez fortement la simple préparation de l'infraction. Celles précédemment envisagées qui visent à prévenir des violences sont souvent punies plus sévèrement que les violences ayant entraîné un faible préjudice¹⁶⁵⁸. D'autres infractions à motif légitime visent à prévenir des infractions moins graves telles que les atteintes aux systèmes de traitement automatisé de données. Il s'agit particulièrement de leur préparation qui est punie des mêmes peines que l'infraction préparée¹⁶⁵⁹, tout comme l'association de malfaiteurs informatiques¹⁶⁶⁰. Cette répression anticipée est gravement réprimée alors que la matérialité équivoque des actes préparatoires¹⁶⁶¹ reste insuffisante au regard du principe de légalité¹⁶⁶². En effet, « *les actes préparatoires accomplis ne sont pas nécessairement de nature à permettre l'identification de la nature de l'infraction préparée et donc d'en déterminer la gravité. (...) Est donc alors en réalité incriminé tout acte qui peut permettre la préparation d'une certaine infraction* »¹⁶⁶³. S'agissant plus précisément des infractions collectives, si ce n'est pas finalement « *la seule existence du groupe qui est pénalisée* » dès lors que la sanction précoce s'effectue « *sans preuve suffisante de la nature et de la gravité de l'infraction préparée* »¹⁶⁶⁴.

370. L'absence de critères de l'atteinte et l'indifférence de sa proximité. Critère facultatif de la création d'incrimination, l'atteinte effective est de moins en moins un critère de gravité de la qualification au regard de la sanction lourde de la tentative, des infractions formelles qui s'en rapprochent et même des infractions-obstacles souvent assorties de

¹⁶⁵⁷ Voir C. pén., art. 222-33-2.

¹⁶⁵⁸ Voir pour les violences légères assorties de peines contraventionnelles, C. pén., art. R. 624-1.

¹⁶⁵⁹ Voir C. pén., art. 323-3-1.

¹⁶⁶⁰ Voir C. pén., art. 323-4.

¹⁶⁶¹ V. sur ce point MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, op. cit., n° 497, p. 631 et 632.

¹⁶⁶² Voir, pour cette critique, MALABAT V., « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », in *La cohérence des châtements*, Dalloz, coll. *Essai de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10, 2012, p. 27 et s. ; et sur l'imprécision de la définition d'un acte par référence à son effet réalisé ou redouté, CONTE P., MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 157.

¹⁶⁶³ MALABAT V., art. préc.

¹⁶⁶⁴ Voir, pour cette critique de la « *dématérialisation des exigences traditionnelles* » de la répression, *Ibid.*

l'exception de motif légitime. Finalement, l'absence d'exigences irréductibles relatives au comportement incriminé mène inexorablement à l'indifférence de la proximité de l'atteinte. L'atteinte effective devient indifférente même au titre de résultat redouté. En témoigne le défaut de prise en compte de l'aptitude causale à l'atteinte redoutée qui ressort particulièrement des infractions de détention et d'omission à motif légitime.

B) Le glissement vers l'indifférence de l'atteinte effective redoutée

371. L'admission de toutes les formes d'infractions de prévention. Les infractions à motif légitime sont exclusivement préventives, ce qui est parfaitement admis par la doctrine. GARRAUD considérait, à cet égard, que « *l'infraction implique matériellement la lésion ou la mise en péril d'un bien protégé par la loi. Dans le cas de lésion, on dit qu'il y a dommage réalisé (...) Dans le cas de la mise en péril, le bien juridique n'a pas été lésé mais a couru un danger et a subi un risque* »¹⁶⁶⁵. Cette mise en péril correspond à un risque concret pour le bien protégé et se rapproche, partant, de la notion d'infraction formelle, correspondant à l'incrimination autonome d'un commencement d'exécution. L'acte est à ce point proche du résultat que sa réalisation est indifférente, comme en matière de tentative où la qualification reste inchangée. Les infractions formelles sont finalement assez rares, comparées à la montée en puissance de l'infraction-obstacle. Elle apparaît comme le domaine de prédilection de l'exception de motif légitime et a très tôt été appréhendée en tant que « *l'incrimination d'une attitude ou d'un comportement sans portée immédiate et effective* »¹⁶⁶⁶. Autant dire qu'il s'agit de comportements anodins et que la survenance d'une atteinte effective modifiera considérablement la répression. C'est, par conséquent, l'intensité causale de l'acte qui permet de distinguer ces différents types de comportements. Si l'infraction formelle manifeste une indifférence seulement relative au résultat redouté¹⁶⁶⁷, l'infraction-obstacle révèle une indifférence bien plus marquée, puisque la conduite incriminée en est très éloignée. En raison de leur ancrage en droit positif, les infractions « préventives » restent assez peu dénoncées. La persistance de divergences terminologiques en la matière n'est pas de nature à en faciliter l'analyse critique. Plus le comportement est éloigné du résultat redouté, plus on rencontre l'exception de motif légitime.

¹⁶⁶⁵ GARRAUD R., *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, op. cit., n° 287.

¹⁶⁶⁶ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, Droit pénal général*, 1967, p. 369, n° 384.

¹⁶⁶⁷ Voir MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 168.

Aussi assiste-t-on, au travers de cette étude, aussi bien à l'admission raisonnable de l'infraction formelle (1) qu'à une admission sans limite de l'infraction-obstacle (2).

1) L'Admission raisonnable de l'infraction formelle

La mise en péril des mineurs ou l'absence d'atteinte effective. S'il existe de nombreuses acceptions de la notion de résultat¹⁶⁶⁸, le principal clivage confronte les tenants d'une conception stricte du résultat¹⁶⁶⁹, réservé aux infractions dites matérielles¹⁶⁷⁰ et les partisans d'une extension de ce dernier à toute infraction même formelle¹⁶⁷¹. Il faut bien admettre que cette opposition présente un intérêt restreint, dès lors qu'est admise dans tous cas la possibilité d'infractions dépourvues d'atteinte effective à la valeur ou au bien juridique protégé. C'est précisément parmi les infractions de mise en danger et non de lésion *stricto sensu* que l'on peut rencontrer l'exception de motif légitime. Ainsi, dans une section intitulée « *De la mise en péril des mineurs* », le Code pénal punit de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende, la privation de soins¹⁶⁷² et deux ans d'emprisonnement et de 30 000 euros d'amende, l'« *abandon moral et éducatif* »¹⁶⁷³ du mineur¹⁶⁷⁴. Bien que les deux textes incriminent des soustractions aux obligations parentales, « *au point de compromettre* » la santé de l'enfant mineur, seul le moins sévèrement réprimé est assorti de l'exception de motif légitime. Cette différence de gravité pourrait s'expliquer par le fait que la « *privation de soins ou d'aliments (...227-15 CP) est une infraction matérielle* »¹⁶⁷⁵ voire même de résultat¹⁶⁷⁶, car l'atteinte effective à la santé du mineur serait implicitement exigée par la chambre criminelle, lorsqu'elle approuve les juges du fond d'avoir écarté le délit au motif que l'enfant

¹⁶⁶⁸ Voir pour une présentation détaillée des différentes approches en matière de résultat MARECHAL J.-Y., *op. cit.*, p. 44 et s. Voir aussi LACAZE M., *op. cit.*, n° 319.

¹⁶⁶⁹ BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. *Précis*, 2011, n° 240 ; DESPORTES F. et LE GUNEHEC F., *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 460 ; JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1991, n° 240 ; ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005, p. 212.

¹⁶⁷⁰ Voir, sur la distinction entre infractions matérielles et formelles avec l'emploi de différentes terminologies quant aux types de résultats requis, MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 514 et s. ; PIN X., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 149 ; CONTE P. et MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, p. 183 et s.

¹⁶⁷¹ Voir CONTE P. et MAISTRE du CHAMBON P., *op. cit.*, n° 180 et s. ; MAYAUD Y., « *Ratio legis et incrimination* », RSC 1983. 597 ; PIN X., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁷² « *Le fait, par un ascendant ou toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou ayant autorité sur un mineur de quinze ans, de priver celui-ci d'aliments ou de soins au point de compromettre sa santé* » (Art. 225-15 al. 1, C. pén.).

¹⁶⁷³ Voir pour cette formule RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Précis*, 6^{ème} éd. 2011, n° 731.

¹⁶⁷⁴ Voir Art. 227-17, C. pén.

¹⁶⁷⁵ WAGNER M., Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2011, n° 177.

¹⁶⁷⁶ Voir pour cette interprétation PRADEL J. et DANTI JUAN M., *Droit pénal spécial*, Cujas 5^{ème} éd. 2010, n° 593.

était en bonne santé¹⁶⁷⁷. Or, dans cet arrêt elle avait à se prononcer sur la présomption de privation de soin de l'alinéa 2, en cas de mendicité avec enfant¹⁶⁷⁸. Un auteur souligne, à cet égard, que le fait d'« *utiliser un enfant pour solliciter la générosité des passants* » n'est pas une privation de soins, pour conclure que cette « *incrimination n'a pas sa place dans ce texte* »¹⁶⁷⁹. On comprend mieux, dès lors, le penchant restrictif de la jurisprudence à l'endroit d'un texte qui feint de protéger la santé de l'enfant pour préserver une valeur beaucoup plus évanescence¹⁶⁸⁰. La préservation de la tranquillité publique ne nécessite sans doute pas la fulmination d'une peine de sept ans d'emprisonnement et de 100 000 euros d'amende. Le manque de nourriture ou de soins implique, en revanche, un risque élevé d'atteinte effective à la santé de l'enfant et le texte exige, en outre, que l'exposition à ce risque soit dûment établie¹⁶⁸¹. C'est bien parce que la mendicité avec un mineur en bas âge n'a pas été considérée comme entraînant de manière certaine une atteinte à la santé qu'il y eut relâche¹⁶⁸². Que les juges du fond aient appliqués l'exigence de risque concret pour la santé du mineur, à l'alinéa 2 relatif à la mendicité, a rarement été salué par la doctrine¹⁶⁸³. Il a plutôt été reproché à cette solution de restreindre le champ d'application de cette infraction formelle, en la transformant purement et simplement en infraction matérielle¹⁶⁸⁴. Il aurait, cependant, été bien plus regrettable que la présomption irréfragable de privation de soins, en cas de mendicité, soit doublée d'une présomption simple de compromission de la santé de l'enfant, qu'il reviendrait alors au prévenu de combattre. Cette interprétation souvent défendue¹⁶⁸⁵, ne

¹⁶⁷⁷ Crim., 12 oct. 2005, *Bull. crim.* n° 259 ; *JCP* 2006, II, 10022, note LEBLOIS-HAPPE J. ; *D.* 2006, Pan. p. 1649, obs. ROUJOU de BOUBÉE G., GARE T. et MIRABAIL S. ; *AJ Pénal* 2005, p. 416, obs. R. P. ; *Dr. pénal* 2006, Comm. n° 6, note VERON M. ; *Dr. fam.* 2006, Comm. n° 72, note DE LAMY B. Voir, pour un arrêt concernant la même prévenue, rendu dans des termes strictement identiques, Crim. 12 oct. 2005, *JCP* 2006, II, 10023.

¹⁶⁷⁸ « *Constitue notamment une privation de soin le fait de maintenir un enfant de moins de six ans sur la voie publique ou dans un espace affecté au transport collectif de voyageurs, dans le but de solliciter la générosité des passants* » (Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *JO*, 19 mars 2003, p. 4761 ; *D.* 2003, Lég. p. 868.).

¹⁶⁷⁹ MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, n° 684.

¹⁶⁸⁰ Voir pour cette appréciation LACAZE M., *op. cit.*, n° 271.

¹⁶⁸¹ Voir, pour un arrêt qui rappelle que le délit exige cumulativement une privation de soins ou d'aliments et une compromission de l'état de santé de l'enfant, CA Douai, 4^{ème} ch., 15 mai 2007, n° 07-00489.

¹⁶⁸² « *Le rapport de cause à effet entre ces actes et la compromission de la santé n'est pas systématique, ce qui suppose d'établir la réalité de cette dernière* » (MARECHAL J.-Y. « La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? » *D.* 2006. 2446).

¹⁶⁸³ Voir cependant LACAZE M., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁶⁸⁴ Voir particulièrement MARECHAL J.-Y. note préc.

¹⁶⁸⁵ « *Il appartient à la personne poursuivie d'établir l'absence de compromission de la santé* » (*ibid.*). Voir aussi ROMAN P., « *Privation d'aliments ou de soins envers un mineur* », *J.-Cl. Pénal*, art. 227-15 et 227-16, fasc. 20, mai 2011, n° 17, où l'auteur considère qu'« *il s'agit d'une présomption qui n'est malheureusement pas irréfragable* ». Voir dans le même sens DREYER E., *Droit pénal spécial*, Ellipse, 2^{ème} éd. 2012, n° 651.

coïncide guère avec les réticences jurisprudentielles¹⁶⁸⁶ « à l'égard d'une forme de pénalisation de la misère »¹⁶⁸⁷. S'il convient d'approuver la reconduction de l'exigence d'une compromission et les freins à la répression de la mendicité, il faut reconnaître avec la plupart des commentateurs que le constat de la bonne santé de l'enfant n'était pas nécessaire¹⁶⁸⁸. De l'avis même du procureur général, repris par l'avocat général, « le choix par le législateur du terme "compromettre" exclut la notion de résultat et implique seulement celle de risque »¹⁶⁸⁹. La chambre criminelle n'a certes pas répondu clairement à cet argument en se prononçant par un arrêt de rejet fondé sur l'appréciation souveraine des juges du fond. Il n'est, pourtant, pas certain que soit véritablement exigée une infraction matérielle car les juges du fond ont précisément relevé que la santé de l'enfant n'avait pas été compromise. Ceux-ci ont, par ailleurs, condamné le même jour des faits similaires, en caractérisant des circonstances particulières tenant au lieu, à la durée et aux conditions d'hygiène, sans exiger d'atteinte effective à la santé de l'enfant¹⁶⁹⁰. Aussi, la jurisprudence en matière de mendicité avec enfant semble-t-elle moins à déplorer que la création même de cette disposition qualifiée d'« épouvantail »¹⁶⁹¹ et l'enchevêtrement de dispositions du même acabit¹⁶⁹², telles que l'exploitation de la mendicité d'un mineur¹⁶⁹³.

L'« abandon moral et éducatif », incriminé par l'article suivant, recoupe également la privation de soins puisque la compromission de la santé de l'enfant est requise par une formule identique. La volonté du législateur d'accorder l'exception de motif légitime à cette incrimination plutôt qu'à la précédente s'explique, cependant, par sa moindre gravité. Cette omission est, en effet, bien plus large, car elle porte sur l'ensemble des obligations parentales et non pas uniquement sur les plus importantes d'entre elles.

¹⁶⁸⁶ Voir, pour la décision de première instance qui soumet l'alinéa 2 aux conditions de l'alinéa 1^{er} tenant à la caractérisation de compromission de la santé de l'enfant, TGI Paris, 13 janv. 2004, *AJ pénal* 2004. 244, obs. REMILLIEUX P.

¹⁶⁸⁷ LEBLOIS-HAPPE J., « Le délit de privation de soins n'est pas constitué si les faits poursuivis n'ont pas compromis la santé du mineur », note préc., n° 3.

¹⁶⁸⁸ Voir notamment LEBLOIS-HAPPE J., note préc. ; PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 50 ; LACAZE M., op. cit., loc. cit.

¹⁶⁸⁹ COMMARET D., *Avis in Gaz. Pal.* 2005. 10. Voir aussi Cour de cassation, *Rapport annuel 2005*, p. 389.

¹⁶⁹⁰ « Le maintien ininterrompu sur un quai de métro souterrain, pendant toute une journée, d'un enfant de moins de trois ans, au détriment des règles élémentaires d'hygiène, a compromis la santé » du mineur (CA Paris, 15 févr. 2005, *JurisData*, n° 274040). Voir dans le même sens Paris 20^{ème} ch., 18 oct. 2005, n°04-04400, *JurisData*, n° 2005-298916.

¹⁶⁹¹ Voir pour cette critique de l'alinéa 2, SEUVIC J.-F., « Mise en péril des mineurs », *RSC* 2003. 839-840.

¹⁶⁹² Voir, pour une critique des « doublons » en matière de mendicité, VERON M., *Droit pénal spécial*, Sirey, 14^{ème} éd. 2012, n° 345.

¹⁶⁹³ Art. 225-12-5 et 225-12-6, C. pén. (Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, préc.)

372. La prise en compte de l'aptitude causale à l'atteinte redoutée. La soustraction aux obligations parentales qui se confond matériellement avec l'absence de conduites sécuritaire, éducative et morale de l'enfant ne suffit pas à caractériser l'infraction, bien qu'elle soit de nature à compromettre l'intérêt du mineur. La compromission doit être effective, mais elle n'a plus à être grave comme l'exigeait l'ancienne mouture de l'incrimination. Il est vrai que sous l'égide de l'ancien texte, la jurisprudence semblait suggérer la nécessité d'une atteinte effective aux valeurs protégées¹⁶⁹⁴. Dans une espèce où un jeune enfant avait été envoyé dans une école en Inde, la chambre criminelle avait approuvé la relaxe fondée sur une enquête éducative relevant que l'enfant ne présentait aucun trouble psychique et qu'il était socialement bien intégré d'où il résultait une absence de compromission grave de sa santé, sécurité, éducation ou moralité¹⁶⁹⁵. Bien qu'il s'agisse encore d'un arrêt de rejet s'en remettant à l'appréciation souveraine des juges du fond, on a pu en déduire que « *les juridictions raisonnent bien davantage en termes d'atteinte ou de résultat qu'en termes de mise en danger ou en péril* »¹⁶⁹⁶. Comme précédemment, l'emploi du terme « *compromettre* » implique simplement l'exposition à un risque et ne renvoie qu'au contexte, à l'intensité ou à la durée de l'abstention¹⁶⁹⁷. Lorsqu'une certaine gravité de l'exposition au péril était exigée, la caractérisation du résultat pouvait apparaître comme un mode de preuve *a fortiori* du risque. Si la réciproque n'est pas vraie puisque l'absence d'atteinte n'établit pas l'absence de risque, il reste que l'atteinte est difficile à distinguer du risque grave, lorsqu'il ne s'agit pas de valeurs aussi concrètes que l'intégrité physique. Ce n'est peut-être pas tant le terme de gravité que le type de valeurs en cause qui brouille la frontière entre l'atteinte et le risque. En effet, « *les manquements susceptibles d'être reprochés aux parents au titre de leurs obligations légales peuvent revêtir des formes très diverses et, en eux-mêmes, ils n'apparaîtront pas nécessairement punissables, la liberté restant le principe en matière d'autorité parentale* »¹⁶⁹⁸. Il importe avant tout qu'il soit procédé à une appréciation rigoureuse du degré et des circonstances de l'omission. En tout

¹⁶⁹⁴ Voir en ce sens CONTE P., *Droit pénal spécial*, 3^{ème} éd. Litec, 2007, n° 117.

¹⁶⁹⁵ Crim., 17 oct. 2001, *Bull. crim.*, n° 214, *D.* 2002, jurispr. p. 751, note HUYETTE M. ; *Dr. pén.* 2002 p. 14, obs. VERON M. Voir aussi Crim., 11 juill. 1994, *Bull. crim.*, n° 269 ; *JCP* 1995, II, 22441, note EUDIER F., où la Cour considère que l'article 357-1 ancien comme l'article 227-17 du code pénal « *n'exige pas que le manque de direction ait eu pour effet de porter atteinte d'une manière irréversible à la santé, la moralité ou la sécurité de l'enfant* ».

¹⁶⁹⁶ MARECHAL J.-Y. note préc.

¹⁶⁹⁷ Comme le suggère le positionnement dans une rubrique du Code pénal intitulée « *De la mise en péril des mineurs* ». Voir dans le même sens les travaux préparatoires qui indiquent assez maladroitement que les manquements doivent être « *susceptibles de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de l'enfant ; il n'est pas nécessaire que ceux-ci soient déjà compromis* », *Rapp. PEZET M.*, 13 juin 1991, *Doc. AN*, n° 2121, p. 233.

¹⁶⁹⁸ MARECHAL J.-Y. note préc.

état de cause et comme en matière de privation de soin, les arrêts plus récents de condamnation ne paraissent pas requérir d'atteinte effective¹⁶⁹⁹, sous réserve des difficultés de distinction de l'atteinte et de la compromission concrète de l'éducation. Aussi, le délit a-t-il été jugé constitué par l'absentéisme répété de deux enfants sans que leur mère intervienne pour les obliger à y retourner¹⁷⁰⁰. Ont été condamnés, de la même manière, les membres d'une secte qui n'ont pas scolarisés leurs enfants, préférant dispenser eux-mêmes un enseignement porteur de repli et de carences préjudiciables au développement de la personnalité, selon un rapport concluant au danger de la situation pour l'enfant¹⁷⁰¹.

373. La non-compensation de l'absence d'atteinte dans les infractions-obstacle.

En dépit de certaines controverses le délit d'abandon moral ou de soustraction aux obligations parentales ne nécessite aucune atteinte effective aux différentes dimensions de l'intérêt de l'enfant. Il s'agit d'une caractéristique essentielle des infractions à motif légitime. Néanmoins, l'incrimination se singularise, à l'instar des rares infractions formelles, par la proximité du résultat redouté qui justifie son absence de caractérisation. La quasi-totalité des infractions à motif légitime ne requiert aucune caractérisation de la compromission concrète de leur objet de protection. Dans une omission seule et sans autre précision textuelle, le résultat matériel se confond toujours avec le comportement. Il en va ainsi de nombreuses infractions à motif légitime, tels les refus de vente, de déférer à des convocations, d'effectuer des travaux et de bien d'autres refus d'obéir à l'autorité administrative¹⁷⁰². Il ne peut rien résulter d'une abstention mais c'est en principe ce qu'on reproche à l'auteur. Ce déficit causal n'est généralement pas suffisamment compensé par la gravité des circonstances¹⁷⁰³. Aucun degré minimum d'intensité causale n'est instauré comme limite à l'incrimination de ces comportements équivoques. Ils se multiplient alors, sans embûche théorique, pour constituer le domaine d'application privilégié de l'exception de motif légitime.

¹⁶⁹⁹ LEBLOIS-HAPPE J., note préc.

¹⁷⁰⁰ Voir CA Douai, 15 fév. 2006, *JCP* 2006. IV. 2874. Voir, pour une affaire similaire, CA Rouen, 15 fév. 2006, *JurisData* n° 2007-344653.

¹⁷⁰¹ Voir CA Pau, 19 mars 2002, *JCP* 2002. IV. 2923.

¹⁷⁰² Cf. *infra* n° 407.

¹⁷⁰³ Cf. *infra* n° 402.

2) L'admission sans limite de l'infraction-obstacle

374. La distension excessive du lien entre acte et résultat redouté. L'analyse la plus élaborée, en la matière, tend à distinguer quatre catégories d'infractions, selon leur positionnement sur l'*iter criminis*. D'abord, l'objet protégé ou la condition préalable¹⁷⁰⁴ du délit qui n'est autre que « *le substrat matériel* » du bien juridique, est effectivement atteint dans les infractions matérielles mais simplement mis en danger dans les infractions formelles et de prévention¹⁷⁰⁵. Les infractions de prévention se distinguent, ensuite, des infractions formelles par le fait que la survenance du résultat, loin d'être indifférente à leur caractérisation, l'exclut purement et simplement¹⁷⁰⁶. Ceci explique par le fait qu'à l'instar de la tentative, l'infraction formelle recèle la quasi-certitude de la survenance du résultat¹⁷⁰⁷. Enfin, si les infractions de prévention et obstacle se situent plus amont, et bien souvent au stade des actes préparatoires comme de nombreuses infractions à motif légitime, elles sont également susceptibles de distinction. Une doctrine particulièrement autorisée avait pu considérer que certains délits-obstacle étaient tellement éloignés du résultat redouté qu'ils pouvaient entrer en cumul avec une infraction matérielle¹⁷⁰⁸, au lieu d'être absorbés par elle, comme pour les infractions de prévention. En tout état de cause, cette sous-distinction a perdu de son intérêt en raison du recours accru aux circonstances aggravantes de l'infraction. Cette distinction avait, pourtant le mérite de souligner que les différences de degré de prévention sont telles qu'elles peuvent engendrer des variations de régime juridique.

A l'analyse, on s'aperçoit que le délit-obstacle est à ce point éloigné du résultat redouté, qu'il se situe à la frontière de la logique préventive. Il porte en effet bien souvent sur un objet juridique distinct, contrairement aux infractions formelles qui protègent plus directement des valeurs primaires. Si les infractions à motif légitime de port d'arme et de refus de travaux sur bâtiments insalubres, notamment, tendent à protéger l'intégrité corporelle, ce n'est que par le truchement de valeurs secondaires relatives à la sécurité ou à la santé publique¹⁷⁰⁹.

¹⁷⁰⁴ Sur cette notion, Cf. *supra* n° 177.

¹⁷⁰⁵ Voir sur ce point LACAZE M., *op. cit.*, n° 488.

¹⁷⁰⁶ Voir *ibid.* et pour la même définition employée pour les délits obstacles, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 323.

¹⁷⁰⁷ Voir *ibid.*, reprenant la conception de MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel*, t. 1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 485.

¹⁷⁰⁸ Voir MERLE R. et VITU A., *op. cit.*, n° 514 ; et pour des postures plus réservées quant à l'existence d'une pluralité de faits, LACAZE M., *op. cit.*, *loc. cit.* ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, n° 235.

¹⁷⁰⁹ Cf. *infra* n° 389.

L'objet juridique de l'abandon moral et éducatif se réfère pareillement à des valeurs secondaires. Il y aurait alors fort à penser que la survenance d'une atteinte effective à l'intégrité de l'enfant ne soit pas indifférente à la qualification de l'infraction, mais qu'elle permette au contraire la qualification de violences involontaires aggravées par une faute délibérée¹⁷¹⁰. Le délit de privation d'aliments ou de soins est d'ailleurs lui-même aggravé par la survenance de la mort du mineur¹⁷¹¹. Alors que la principale discussion, relative à l'abandon moral et éducatif, s'articule autour de la question de son caractère matériel ou formel¹⁷¹², il semble qu'il s'agisse plutôt d'un délit-obstacle. Ce dernier correspondrait finalement aux hypothèses où la réalisation de l'atteinte redoutée n'est ni requise, ni indifférente en raison de l'éloignement de l'acte dans le processus causal. Cette catégorie pourrait recouvrir tous les cas où la survenance effective du résultat permettrait une absorption par la qualification matérielle correspondante, les rares cas où un cumul de qualifications serait envisageable, ainsi que les hypothèses de plus en plus courantes d'aggravation de la répression¹⁷¹³. Il convient de rappeler que les peines d'amendes contraventionnelles se cumulent entre elles et avec celles prévues pour les crimes et délits¹⁷¹⁴. En définitive, l'infraction-obstacle correspond à l'incrimination d'un simple risque de résultat qui requiert, en cas de réalisation, le recours à une autre qualification. Qu'il s'agisse d'une qualification matérielle, aggravée ou en cumul, elle fera en principe encourir des peines plus sévères¹⁷¹⁵.

375. La prolifération incontrôlée d'infractions-obstacle. La grande majorité des infractions à motif légitime relèvent de la catégorie des infractions-obstacle. Les refus de travaux sur bâtiment menaçant ruine ou insalubres, en font partie au même titre que l'abandon moral, car ils sont trop éloignés de l'atteinte effective à l'intégrité d'une personne, notamment, pour que sa survenance soit indifférente. Au vu des définitions précédentes, une seule infraction à motif légitime apparaît comme strictement formelle : l'omission de porter

¹⁷¹⁰ Voir C. pén., art. 222-19 al 2 (**trois ans** d'emprisonnement).

¹⁷¹¹ Voir C. pén., art. 227-16 ; et, pour la chute mortelle d'un enfant laissé seul dans une poussette près d'un escalier, CA Douai, 5 mai 2010, n°10-00230A, *Juris-Data*, n° 2010-014573.

¹⁷¹² Voir notamment, pour une conception formelle de l'infraction entendue largement comme l'absence d'atteinte requise, PEDRON P., « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pénal*, Art. 227-17, fasc. 20 (2008), n° 113.

¹⁷¹³ Le délit de port d'arme en est une bonne illustration, puisqu'il peut constituer circonstance aggravante (Voir C. pén., art. 132-75).

¹⁷¹⁴ Voir C. pén., art. 132-7.

¹⁷¹⁵ Sous réserve de la cohérence des textes, car il existe des hypothèses où l'infraction formelle est plus sévèrement punie que l'infraction matérielle correspondante. C'est notamment le cas du délit d'exposition à un risque (C. pén., art. 223-1) en comparaison des violences contraventionnelles entraînant une ITT de 3 mois et moins (C. pén., art. R. 625-2).

assistance à un bâtiment dans la détresse¹⁷¹⁶, à l'instar de l'omission de porter secours¹⁷¹⁷. Formelles ou obstacle, toutes ces infractions sont, au fond, assez proches car elles requièrent un risque concret. Le problème majeur en matière d'infractions-obstacle réside dans l'absence de limite à l'anticipation de la répression. Non seulement les qualifications sont extensives et se recoupent, mais elles portent le plus souvent sur de simples risques abstraits. Ainsi, la qualification d'abandon moral et éducatif est à ce point vaste¹⁷¹⁸ qu'elle a pu entrer en conflit avec celle de non-assistance à personne en danger¹⁷¹⁹ et qu'elle recoupe le délit de soustraction à l'obligation scolaire¹⁷²⁰ comme la récente contravention de manquement à l'obligation d'assiduité scolaire¹⁷²¹. Ces deux dernières infractions font, par ailleurs, réserve d'un motif légitime et d'une excuse valable. Non seulement elles ne nécessitent pas de compromission effective de l'éducation de l'enfant, mais elles s'appliquent plus largement à toute personne exerçant une autorité de fait¹⁷²². Il s'agit d'un choix délibéré du législateur qui accorde une exonération souple aux comportements les plus éloignés du résultat redouté. Il s'agira souvent d'actes préparatoires et même parfois de la tentative ou de la préparation d'actes préparatoires¹⁷²³.

376. L'inversion du principe et de l'exception. Quoique poussant la logique préventive à son paroxysme, les délits-obstacle restent tout à fait admis au titre des exceptions au principe de répression des atteintes effectives aux valeurs essentielles. Les infractions matérielles sont encore présentées comme une référence et surtout comme les plus nombreuses, ce dont il est permis de douter. Elles sont qualifiées de « *matrice* » des infractions formelles et obstacle¹⁷²⁴, alors que l'atteinte redoutée semble totalement perdue de vue dans nombre d'infractions et particulièrement celles pourvues de motif légitime. A défaut d'un socle irréductible de garanties tenant à la proximité causale, le pénaliste est condamné à assister, impuissant, à une redoutable normalisation de l'exception.

¹⁷¹⁶ Voir C. justice militaire (nouveau), art. L. 324-11.

¹⁷¹⁷ Voir C. pén., art. 223-6.

¹⁷¹⁸ Voir MALABAT V. « Dépenalisation de l'abandon de famille : où la loi de simplification du droit est particulièrement claire et précise », obs. ss Bordeaux, 24 septembre 2010, *RPDP* 2010. 895 s.

¹⁷¹⁹ Voir, pour la **substitution de la qualification** d'abandon moral d'enfant mineur à celle de non-assistance à personne en danger, CA Lyon, 28 mars 1997, *RSC* 1997. 636, obs. MAYAUD Y.

¹⁷²⁰ Art. 227-17-1 C. pén. Voir, pour une **diminution de peine** et la **substitution de qualification** de soustraction à l'obligation scolaire à celle considérée plus générale d'abandon moral d'enfant mineur, CA Toulouse, 3^{ème} ch. corr., 19 juin 2003, *JurisData* n° 2003-220457 (carence grave en matière d'éducation et échec des mesures d'assistance éducative). Voir sur cette question SANCHEZ M., « Soustraction aux obligations légales et à l'obligation scolaire : un possible concours de qualifications », *Dr. Famille* 2004, comm. 136.

¹⁷²¹ Voir C. pén., art. R. 624-7.

¹⁷²² Sur la question de la qualité de l'auteur de l'omission, Cf. *infra* n° 401.

¹⁷²³ Cf. *infra* n° 413.

¹⁷²⁴ En ce sens, voir MAYAUD Y., *Droit pénal général*, op. cit., n° 195.

§ 2 : Une banalisation critique de la répression à défaut d'atteinte réelle

377. La conception formelle du résultat ou l'absence de limite à l'anticipation de la répression. L'élasticité de la conception française du résultat permet de considérer que « *Toute incrimination requiert (...) un dommage au moins formel, variable selon les infractions* »¹⁷²⁵. La description invariable du résultat dans les textes « *peut être plus ou moins explicite, plus ou moins confondue avec la conduite qui en est la cause, elle existe dans tous les cas* »¹⁷²⁶. Ce courant positiviste s'est inspiré de la doctrine italienne des années 1960 qui n'avait pas encore renoué avec la conception germanique¹⁷²⁷. La majorité des auteurs considéraient alors que toutes les infractions, même formelles, avaient un résultat car « *elles aboutissent toutes à une transformation du monde extérieur* »¹⁷²⁸. Une telle définition revient, au fond, à l'exigence minimale et pénalement neutre d'une activité matérielle de l'agent, exprimée par l'adage *nemo cogitationis poenam patitur*. C'est se contenter de peu, d'autant que de nombreuses infractions, comme les détentions et omissions assorties du motif légitime, ont une consistance matérielle dérisoire et font à peine figure de préparation d'atteinte. Pour insuffisante qu'elle soit, cette exigence n'est même pas toujours respectée, puisqu'il existe un accroissement de la répression de l'impossibilité de justifier de ses ressources, en matière de proxénétisme notamment¹⁷²⁹. Si la doctrine veut absolument élargir les concepts afin qu'ils correspondent au droit positif, il lui reste à en trouver un qui puisse expliquer une telle dérive. Mieux vaut donc se garder de courir après un droit positif en crise, au risque d'obtenir une théorie pénale qui lui ressemble.

Par une sorte d'« effet dominos », la dilution de la notion de résultat (A) a entraîné celle de l'acte et, plus particulièrement, l'admission d'un lien purement abstrait avec le résultat redouté (B).

¹⁷²⁵ MAYAUD Y., *Le mensonge en droit pénal*, L'Hermès, 1979, n° 363.

¹⁷²⁶ DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, p. 171.

¹⁷²⁷ Voir SPITERI P., « L'infraction formelle », *RSC* 1966. 497 et s.

¹⁷²⁸ *Ibid.*, p. 508.

¹⁷²⁹ Voir C. pén., art. 225-5. et s.

A) Une banalisation confortée par la dilution de la notion de résultat

L'admission des atteintes abstraites au titre du résultat. Il est délicat de critiquer la matérialité équivoque des infractions à motif légitime au regard de la faiblesse des exigences en la matière. Aussi peut-on lire que tout délit même « *d'omission réalise l'atteinte à la valeur sociale protégée au titre de l'incrimination en cause* »¹⁷³⁰. Qu'il soit permis d'y voir un des « *stigmates d'une conception formelle de l'infraction* »¹⁷³¹ en tant qu'atteinte à la loi. En effet, « *ce résultat procède de la seule perpétration de l'infraction, qui en elle-même perturbe déjà l'ordre public, puisque celui-ci s'est employé à l'interdire* »¹⁷³². L'illicéité est, de cette façon, ramenée à l'illégalité puisque la lésion de la valeur n'est autre que la transgression de l'interdit. Une conception substantielle de l'atteinte, imposant sa caractérisation concrète, serait à même de livrer une critique efficace des excès de l'anticipation de la répression. Encore faudrait-il que telle soit l'ambition de la théorie juridique. La doctrine française a plutôt eu tendance à dénigrer la conception substantielle, en ce qu'elle accorde moins d'importance à la distinction de l'atteinte et du risque d'atteinte qu'à leur dimension concrète. Ainsi, la dilution de la notion de résultat est imputable à l'adoption d'une conception formelle de celui-ci (1) ainsi qu'à la résistance teintée de mépris à l'endroit de la conception substantielle de l'atteinte (2).

1) L'adoption d'une conception formelle du résultat

Le caractère facultatif du résultat réel. Le résultat entendu « *en termes de physicien* » comme la « *modification du monde extérieur* »¹⁷³³ se prête mal à l'analyse juridique. Cette conception naturaliste est à ce point large que, de l'aveu même de ses partisans, « *il est parfois difficile de distinguer le comportement illicite de son résultat matériel* »¹⁷³⁴. Il paraît en effet artificiel de vouloir ramener le résultat à l'acte et partant, l'effet à la cause. **Une acception aussi élastique du résultat permet, de surcroît, sa caractérisation systématique et la légitimation de l'incrimination de tout « mouvement d'ordre physique, aussi infime**

¹⁷³⁰ REBUT D., *L'omission en droit pénal pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Th. Lyon 3, 1993, n° 170.

¹⁷³¹ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit. n° 168-169.

¹⁷³² REBUT D., op. cit., loc. cit.

¹⁷³³ CONTE P. et MAISTRE du CHAMBON P., op. cit., n° 317.

¹⁷³⁴ Ibid.

soit-il »¹⁷³⁵. L'admission de différents types de résultats a néanmoins eu le mérite de dissocier les atteintes abstraites des atteintes concrètes aux valeurs ou biens juridiques protégés. Aussi, le professeur DECOCQ a-t-il pu expliquer que le « *résultat réel* » ne se rencontrait que dans les infractions matérielles supposant une atteinte effective de la valeur protégée¹⁷³⁶. Dans son sillage, certains auteurs ont expliqué que toute incrimination contenait un « *dommage abstrait* », « *inhérent à l'incrimination même du fait infractionnel* » qui serait une « *atteinte à l'objet formel de l'incrimination, à sa 'ratio legis', au bien juridique collectif protégé* »¹⁷³⁷. Cette approche abstraite du bien juridique a parfois été comparée à celle des néo-kantiens, sur laquelle se sont fondées les théories qui légitimèrent le pouvoir national-socialiste, en Allemagne¹⁷³⁸. **Dématérialisé et idéalisé de la sorte, le bien juridique ne peut subir qu'une atteinte abstraite, indistincte de l'attentat, et il demeure insusceptible de toute lésion concrète et hiérarchisable**¹⁷³⁹. Appréhendé comme inhérent à toute transgression de l'interdit pénal, le résultat devient inutile voire dangereux en ce qu'il autorise la légitimation des dérives répressives. L'effort de dissociation de différents types de résultats ne présente guère plus d'intérêt dès lors qu'ils sont tous admis et qu'aucun résultat réel n'est présenté comme le seul à même de justifier la répression¹⁷⁴⁰.

378. L'inutilité de la dimension formelle de résultat. Quelle que soit la conception en cause, toutes les formes de résultat sont admissibles dès lors que le législateur en a décidé ainsi. Même les auteurs qui constatent que certaines infractions sont dépourvues de résultat ne considèrent pas ce défaut comme rédhibitoire, de peur de bouleverser la matière¹⁷⁴¹. Il n'y a aucun critère permettant de contenir raisonnablement l'illicéité pénale, ce qui révèle, au fond, un manque de volonté en ce sens. En témoigne, le désintérêt de la doctrine majoritaire en France pour la conception substantielle de l'atteinte qui propose un critère de sélection des faits illicites transcendant le clivage insuffisant voire dépassé entre atteinte et attentat.

¹⁷³⁵ MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, op. cit., n° 52.

¹⁷³⁶ Voir, sur cette conception du professeur DECOCQ A., LACAZE M., op. cit., n° 329 ; MARECHAL J.-Y., op. cit., p. 103.

¹⁷³⁷ MAYAUD Y., *Le mensonge en droit pénal*, op. cit. n° 363 et s.

¹⁷³⁸ Voir, pour la conception de WOLF, LACAZE M., op. cit., n° 79 et s.

¹⁷³⁹ Voir *ibid.* n° 329.

¹⁷⁴⁰ Voir, pour l'analyse détaillée des différentes conceptions du résultat, MARECHAL J.-Y., op. cit., n° 220 et s.

¹⁷⁴¹ *Ibid.*

2) Le mépris pour la conception substantielle de l'atteinte

379. La faiblesse des critiques. La lésion de valeurs ou de biens juridiques protégés, est largement entendue comme englobant leur mise en danger¹⁷⁴². VON LISZT écrivait ainsi que « *le danger est aussi en soi un résultat* »¹⁷⁴³. Ne reprenant pas, à titre fondamental, l'opposition communément admise entre les infractions matérielles et formelles, cette conception a fait l'objet de vives critiques¹⁷⁴⁴. On peut lire à cet égard que « *la définition de la « lésion d'un bien juridique » apparaît singulièrement vague et tout entière laissée, pour chaque infraction donnée, à la science quelque peu divinatoire en l'occurrence, de l'interprète, faute d'avoir établi des critères précis* »¹⁷⁴⁵. Pourtant, cette notion n'a cessé de se préciser depuis VON LISZT et n'ignore en rien la distinction entre la lésion *stricto sensu* et le risque de lésion, puisqu'elle a permis de mettre en lumière la notion de mise en danger. C'est bien particulièrement sur les infractions de prévention et la recherche de leurs nécessaires limites qu'il est préférable de s'appesantir. La distinction entre infractions matérielles et formelles manque d'intérêt face à l'ampleur de la répression du risque. L'infraction-obstacle devient le principe en droit positif, en sorte qu'elle mérite d'être placée au centre des préoccupations théoriques en la matière. **La conception substantielle de l'illicéité permet précisément de limiter la répression à la compromission concrète du bien juridique pénal.**

380. Le refus d'une délimitation de l'illicéité. Le fait de vouloir circonscrire le résultat ou un type de résultat, à l'atteinte *stricto sensu* ne présente guère d'intérêt réel, dès lors que le résultat n'est pas présenté comme un critère de l'infraction, qui peut aisément s'en passer. En revanche, l'atteinte *lato sensu* peut devenir un critère de l'infraction si elle est entendue de manière résolument concrète. L'obscurantisme résiderait, de ce point de vue, davantage dans la négation de l'intérêt de l'approche axiologique de l'atteinte que dans sa promotion. En tout état de cause, lorsque la lésion de biens juridiques est qualifiée de « *concept très vague et inconciliable avec les données généralement admises* »¹⁷⁴⁶ c'est pour lui préférer la définition obscure selon laquelle « *l'atteinte consiste donc en un évènement*

¹⁷⁴² Voir en ce sens PHILIPPOT P., *Les infractions de prévention*, Th. Nancy 1977, p. 71 et p. 52 et s., où l'auteur considère, de manière assez contestable, que la lésion peut être intellectuelle.

¹⁷⁴³ VON LISZT F., *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17^{ème} éd. allemande (1908) par LOBSTEIN R., Paris, GIARD V. et BRIERE E., 1911, T. I, p. 182 ; Voir dans le même sens DONNEDIEU de VABRES H., *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey 1943, n° 108.

¹⁷⁴⁴ Voir particulièrement MARECHAL J.-Y., *op. cit.*, n° 110 et s.

¹⁷⁴⁵ *Ibid.*, n° 115.

¹⁷⁴⁶ *Ibid.*, n° 115.

*identifiable par un raisonnement plus ou moins complexe, selon les cas, et que la loi pénale prend ou non en compte pour en faire le fondement d'une infraction. Il n'est pas aisé de décrire positivement l'atteinte mais on peut retenir l'idée d'obtention d'un certain but, de réussite d'une entreprise par la mise en œuvre de moyens déterminés »*¹⁷⁴⁷. Quid du jugement de valeur négatif qui caractérise avant tout la notion d'atteinte aux valeurs ? La réussite d'une entreprise ne peut être considérée illicite du seul fait de la volonté du législateur, à moins de postuler aveuglément son infaillibilité.

381. Le délaissement théorique de l'intensité causale de l'acte. La doctrine n'est pas « la bouche qui dit la loi », elle se doit de penser le droit et, par la même, d'éclairer la loi. Elle ne saurait prendre pour acquises les prohibitions légales sans les apprécier au regard des critères théoriques qu'il lui revient en premier lieu d'élaborer. Or, au lieu d'exiger la nocuité sociale concrète de l'acte prohibé, la conception formelle de l'atteinte qui a pour seul mérite de correspondre au droit positif, se contente d'un lien purement abstrait entre l'acte et le résultat redouté.

B) L'admission d'un lien purement abstrait entre acte et résultat redouté

382. Le caractère suffisant de la préparation d'atteinte. La propagation des incriminations d'actes préparatoires dont témoigne le domaine d'application du motif légitime¹⁷⁴⁸, manifeste l'admission de la répression du risque abstrait. Ces infractions-obstacle sont tellement nombreuses qu'interprètes et commentateurs semblent s'en être accommodés¹⁷⁴⁹. Les infractions des simples faits de détention ou d'omission sont seulement envisagées comme des dérogations à l'exigence d'intensité causale minimum que sous-tendent les principes d'absence de répression des omissions et actes préparatoires. En tout état de cause, les principes rappelés par la doctrine ne valent généralement que si la loi n'en a pas disposé autrement. Paradoxalement, les dérives de la répression ont un effet dissuasif sur la

¹⁷⁴⁷ *Ibid.*, n° 208.

¹⁷⁴⁸ Pour l'analyse détaillée de ces infractions, Cf. *infra* n° 412.

¹⁷⁴⁹ Voir cependant, s'agissant de la phase préparatoire, MALABAT V., « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », in *La cohérence des châtements*, Dalloz, coll. *Essai de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10, 2012, p. 27 et s. ; PARIZOT R., « L'anticipation de la répression » in *Journée d'Etudes Radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, 12 mars 2012, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise (à paraître) ; LACAZE M., *op. cit.*, n° 342 et s. ; et plus largement, Voir CAHN O., « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale », in *Journée d'Etudes Radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, 12 mars 2012, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise (à paraître). PIN X., « L'infraction juste », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 585 et s. ; DREYER E., « La subsidiarité en droit pénal », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 247 et s.

théorie pénale. Elles freinent l'adoption d'exigences qui remettraient en cause un pan entier du droit pénal, si ce n'est la majorité des infractions qui demeurent indénombrables.

La doctrine semble, alors, renoncer à toute dénonciation de la discordance entre résultat légal et atteinte concrète (1), pour ne pas avoir à dénoncer la répression désormais bien établie des risques hypothétiques d'atteinte (2).

1) L'absence de correspondance entre résultat légal et atteinte concrète

383. La crainte d'un *hiatus* entre théorie pénale et droit positif. Qu'on l'appelle valeur ou bien juridique protégé, il importe surtout que cette notion permette d'accorder un contenu substantiel à un injuste insoluble dans l'atteinte à la loi. Rares sont les auteurs français qui, s'inscrivant dans la conception allemande initiée par VON LISZT, adoptent une acception concrète du bien juridique¹⁷⁵⁰. Si la majorité des auteurs admet l'illicéité des faits incriminés même en l'absence de risque concret, cette posture s'apparente davantage à la simple description du droit positif qu'à une analyse critique de ce dernier. Lorsqu'en effet, l'atteinte et la menace sont distinguées c'est pour les admettre toutes les deux et lorsque les atteintes abstraites et concrètes sont enfin dissociées, c'est seulement pour mieux choisir la qualification applicable¹⁷⁵¹. Au fond, si les notions d'*antijuridicité* et de bien juridique ne sont pas ou plus, selon la tradition juridique en cause¹⁷⁵², perçues comme permettant de contenir les dérives du droit pénal « moderne », c'est qu'elles ont été diluées pour mieux lui correspondre. Des auteurs italiens ont fort bien expliqué comment le concept de bien juridique était devenu inadapté pour délimiter le champ de l'intervention pénale ; la dégradation du concept « aboutit à la prolifération d'objets de protection à la nature purement fictive, avalisant ainsi des choix de criminalisation hypertrophique »¹⁷⁵³.

384. La nécessaire résistance aux sirènes du droit positif. Le nombre d'infractions qui ne requiert pas d'atteinte véritable à la valeur ou au bien juridique protégé, c'est-à-dire de risque concret, a conduit au désintérêt français et à la contestation dans les

¹⁷⁵⁰ Voir cependant *ibid.* et de manière moins appuyée PIN X., *op. cit.*, *loc. cit.*

¹⁷⁵¹ Voir particulièrement MARECHAL J.-Y., *op. cit.*, n° 220 et s.

¹⁷⁵² Voir, pour les pays de tradition germanique, LACAZE M., *op. cit.*, n° 350 et s. ; PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2010, Tome 48, n° 220.

¹⁷⁵³ MOCCIA S., « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n°2. Voir dans le même sens MARINUCCI G. et DOLCINI E., « La Constitution et le droit pénal en Italie, structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 317.

pays de tradition germanique, du critère de l'atteinte concrète¹⁷⁵⁴. Ce devrait être le contraire à l'évidence : plus le droit positif rompt avec les grands principes gouvernant la matière pénale, plus ceux-ci doivent être rappelés avec force. L'exigence fondamentale d'*ultima ratio* de la répression ne doit pas être diluée au prétexte qu'elle ne correspond plus au droit pénal « moderne ». La théorie n'a pas à se contorsionner pour être en phase avec une législation des plus contingentes mais doit, au contraire, tenter d'en infléchir les orientations régressives. Elle doit maintenir son cap avec d'autant plus de vigueur que son influence reste limitée dans un système technocratique de production des normes, en proie à un certain dirigisme. L'illicéité nécessite plus que jamais d'être défendue dans sa dimension réelle, c'est-à-dire matérielle en ce qu'elle implique une atteinte concrète aux valeurs essentielles. A défaut, cela revient à légitimer les dérives de la répression¹⁷⁵⁵ du risque d'atteinte purement hypothétique, en l'occurrence.

2) L'admission des risques purement hypothétiques d'atteinte

385. Des atteintes purement formelles aux valeurs protégées. Les infractions de risques hypothétiques demeurent insuffisamment critiquées, en dehors des travaux de droit comparé. Soit la doctrine manque d'armes techniques pour se livrer à une critique précise, soit elle ignore le pan dérogatoire de la répression, ce qui s'apparente à une certaine forme de déni. C'est ainsi que l'on apprend que « *Le résultat "redouté" sert systématiquement de point de départ à la réflexion du législateur, quelle que soit l'infraction concernée (...) Pour définir une infraction donnée, il ne franchit jamais la ligne tracée par l'atteinte à la valeur sociale, qu'il s'est fixé comme référence première* »¹⁷⁵⁶. Pour que l'on puisse véritablement faire état d'une référence au résultat redouté, encore faudrait-il que l'aptitude causale de l'acte existe et qu'elle soit univoque, ce qui n'est pas le cas des innombrables infractions d'omission et de détention. Force est de constater que ce qui est vrai de l'empoisonnement ou de la tentative de vol ne l'est malheureusement pas pour l'immense majorité des infractions qui figurent bien souvent à l'extérieur du Code pénal, dans les domaines dits techniques de la répression¹⁷⁵⁷.

¹⁷⁵⁴ Voir sur « la crise prétendue du concept », LACAZE M., *op. cit.*, n° 337.

¹⁷⁵⁵ Voir LOCHAC D. « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 252.

¹⁷⁵⁶ WAGNER M., *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2011, n° 179.

¹⁷⁵⁷ Voir sur la normalisation de l'exception, MAYER D., « Peut-on encore enseigner le droit pénal général ? », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 523.

D'autres auteurs ont tenté d'expliquer que le particularisme de l'illicéité pénale suppose que l'incrimination soit réservée aux lésions avérées des valeurs sociales, à l'exclusion de celles uniquement hypothétiques, le risque étant inhérent à toute violation d'une règle civile impérative¹⁷⁵⁸. « *Bien que la relation causale entre le fait interdit et la lésion effective de la valeur sociale puisse être modulée suivant les termes du texte d'incrimination, elle doit rester suffisamment étroite pour que l'acte représente, d'ores et déjà, une transgression des valeurs protégées* »¹⁷⁵⁹. La gravité du fait incriminé réside, en effet, dans l'aptitude causale à la lésion. Or, le seul critère opérationnel pour déterminer le seuil minimum d'intensité causale réside dans son caractère concret qui fait pourtant dans la quasi-totalité des infractions à motif légitime.

386. Le non respect de l'irréductible exigence d'un risque concret. La distinction entre infractions matérielles et formelles ne manque pas d'intérêt théorique mais a un temps de retard sur le droit positif en pleine mutation vers un droit pénal du danger. Il semble que ce soit la multiplication des infractions-obstacle qu'il faille contenir. Seule une approche substantielle de l'atteinte, imposant sa dimension concrète, permet une critique efficace des excès de la répression. En effet, dire que les infractions à motif légitime ne comportent pas d'atteinte effective aux valeurs essentielles ne permet pas de les remettre en cause, puisque qu'il ne s'agit que d'une modalité facultative de la répression. Dire qu'il s'agit essentiellement d'infractions-obstacle n'engage à rien dès lors qu'elles ne sont perçues qu'en tant qu'exceptions admissibles au principe d'atteinte effective. Force est pourtant de constater que l'incrimination de comportements équivoques est loin d'être anecdotique. Ces dérives répressives n'étant pas le témoignage le plus abouti d'une société démocratique et libérale, il est temps de se doter d'instruments techniques permettant de contenir la répression dans des limites raisonnables. A cette fin, il convient de définir l'illicéité autrement que par la seule prohibition formelle du comportement. Or, ce qui autorise précisément à contester la présomption d'illicéité réelle attachée aux infractions à motif légitime tient à leur défaut de menace concrète des valeurs secondaires. Cette démonstration emporte nécessairement celle de leur caractère illégitime.

¹⁷⁵⁸ Voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, op. cit., n° 120.

¹⁷⁵⁹ *Ibid.*

Section 2 : L'absence de menace concrète de valeurs secondaires

387. La répression injustifiée du risque abstrait au regard des valeurs en cause.

Une étude récente sur le résultat redouté de l'infraction indique que « *le lien étroit d'interdépendance entre l'infraction et son effet, en tant que critère légal, se présente comme un référent abstrait, indifférent à l'effectivité de l'effet, contre son étymologie, et certaines théories philosophiques* »¹⁷⁶⁰. Or, c'est bien le caractère abstrait du lien entre le comportement infractionnel et le résultat redouté qui est éminemment problématique. La pénalisation ne saurait donc intervenir à un stade où la lésion des valeurs est seulement éventuelle. Pour que la nocuité sociale de l'acte soit suffisamment grave, mais surtout pour qu'elle soit indiscutable, il faut qu'il représente une menace concrète pour un objet méritant une protection pénale. L'analyse de la gravité suffisante de l'atteinte est indissociable de celle de l'importance des valeurs en cause. C'est cette inévitable dimension axiologique de l'étude de l'illicéité qui suscite les plus grandes réticences, tant elle est perçue comme l'apanage exclusif du pouvoir législatif. Or, on ne saurait se contenter de prendre acte des choix législatifs dépourvus de cohérence sans les confronter à quelques critères de logique élémentaire. D'abord, la gravité de l'acte incriminé doit être inversement proportionnelle à l'importance de la valeur juridiquement protégée. Ensuite, le seuil minimum de gravité du comportement ne doit pas dépasser le stade du risque concret, ce qui implique une matérialité suffisamment précise et circonscrite. Enfin, les dérogations ne peuvent être admises que pour les valeurs les plus importantes et à condition que la répression d'un risque seulement abstrait apparaisse résolument indispensable¹⁷⁶¹. Or, c'est bien souvent à l'aboutissement d'un raisonnement inverse que l'on assiste en droit positif. Plus les valeurs sont secondaires, plus la répression est anticipée. Les infractions à motif légitime en témoignent particulièrement qui ne résistent pas à une telle analyse critique. Bien que la réflexion sur les valeurs soit délicate et éminemment relative, il reste assez aisé de démontrer que ces infractions ne protègent guère les biens juridiques essentiels. Partant, leur matérialité dérisoire qui pourrait parfaitement être précisée sans faire obstacle à la répression, apparaît largement insuffisante.

¹⁷⁶⁰ WAGNER M., *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, op. cit., 2011, n° 728.

¹⁷⁶¹ Voir sur ce point PARIZOT R., op. cit., n° 220.

C'est, par conséquent, au regard de la faible densité axiologique des infractions à motif légitime (§1) que leur faible densité matérielle doit être considérée comme insuffisante (§2).

§ 1 : La faible densité axiologique des infractions à motif légitime

388. La déliquescence des valeurs protégées. L'affirmation selon laquelle « La norme pénale protège des valeurs ou des intérêts essentiels pour la société ; autrement dit, elle protège des biens juridiques qui sont indispensables au bien commun »¹⁷⁶² est devenue une pétition de principe en discordance notoire avec la réalité de la répression. Afin d'éviter d'avoir à faire cet inquiétant constat, la doctrine cède souvent à la tentation de considérer comme essentiel ce qui est protégé comme tel par la loi. Si cette position revient à régler le problème en le supprimant, elle n'est absolument pas neutre, en ce qu'elle avalise les excès répressifs. En se refusant l'accès à un questionnement axiologique, le pénaliste ampute la partie essentielle de sa réflexion et nie lui-même le sens de son œuvre. L'infraction étant l'objet même du jugement de valeur fondant la responsabilité¹⁷⁶³, son étude ne peut faire l'économie de celle des valeurs, à moins d'être vidée de sa substance et de son intérêt. A cet égard, des pénalistes italiens font valoir que rien ne sert de définir les contours de l'atteinte si son objet échappe à tout contrôle. Avec force illustration, ils expliquent que « 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 »¹⁷⁶⁴. Les infractions à motif légitime illustrent parfaitement la déliquescence des valeurs protégées et son incidence sur la matérialité incriminée.

Cette dérive se manifeste autant par l'accroissement de la répression des atteintes aux valeurs secondaires et dérivées, que par la mutation des valeurs devenues évanescentes et insusceptibles d'atteinte concrète. Ainsi, non seulement les infractions à motif légitime tendent à protéger des valeurs de moindre importance (A) mais également des valeurs de moindre substance (B).

¹⁷⁶² DARGENTAS E., « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977. 413.

¹⁷⁶³ Cf. *supra* n° 169.

¹⁷⁶⁴ MARINUCCI G. et DOLCINI E., « La Constitution et le droit pénal en Italie, structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 317.

A) La protection des valeurs de moindre importance

La concordance de l'objet de protection avec des valeurs secondaires. Si l'expression de lésion d'un bien juridique est apparue de manière récurrente sous la plume de nombreux auteurs français¹⁷⁶⁵, elle a semblé manquer de définition précise¹⁷⁶⁶. Dans de nombreux pays, cette notion, proche de celles plus familières de « *valeur sociale* », en France, ou « *d'intérêt protégé* », en Italie¹⁷⁶⁷, est dotée d'un contenu technique opérationnel. Les « *biens juridiques constituent l'objet juridique de l'infraction* »¹⁷⁶⁸. En d'autres termes le « *bien juridique existe dans chaque qualification, mentionné tantôt explicitement, tantôt d'une manière implicite, et l'on peut le révéler en tout cas par l'application des règles de l'interprétation de la loi pénale* »¹⁷⁶⁹. Ainsi, de la même façon que l'infraction désigne à la fois l'incrimination et la réalisation du comportement, « *le concept de bien juridique renvoie à la fois à l'objet de la protection pénale et à l'objet atteint par le comportement incriminé* »¹⁷⁷⁰. Malgré l'absence de classification des biens juridiques et le peu d'efforts en ce sens, il est possible de considérer que les infractions à motif légitime portent essentiellement sur des objets juridiques éloignés des valeurs primaires, voire même des valeurs pénales. Ces infractions manifestent donc une protection accrue des valeurs dérivées ou secondaires (1) ainsi que des valeurs extra-pénales (2).

¹⁷⁶⁵ Voir, à propos de la mise en péril, DONNEDIEU DE VABRES H., *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943, p. 30 et 132 ; VITU A., *Droit pénal spécial, T. 1, op. cit.*, n° 22. Voir aussi DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P., « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la chambre criminelle du 23 janvier 1997 » (affaire Maurice Papon) », *D.* 1997, jurispr. p. 249, n° 5 ; PHILIPPOT P., *Les infractions de prévention*, Th. Nancy 1977 ; PUECH M., *Droit pénal général*, Litec, 1988, n° 582.

¹⁷⁶⁶ Voir, pour cette critique ainsi que celle de la terminologie ambiguë de « biens », MARECHAL J.-Y., *op. cit.*, p. 102 et s., où l'auteur fonde sa critique sur la conception de PHILIPPOT P. (*op. cit.*, p. 91 et s.) du bien juridique pour le moins abstraite et extensive en ce qu'elle permet de caractériser la lésion au stade de la volonté de lésion à peine extériorisée. Voir pour une critique de cette approche peu représentative du bien juridique, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, 2010, n° 87.

¹⁷⁶⁷ Voir pour la proximité sémantique de « *l'intérêt protégé* » et du « *bien juridique* » en droit italien, MARINUCCI G. et DOLCINI E., « La Constitution et le droit pénal en Italie, structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 317, spéc. note p. 318, où les auteurs précisent que la Constitution italienne impose la représentation de l'infraction pénale en tant que lésion d'un bien juridique.

¹⁷⁶⁸ DARGENTAS E., « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *Rev. pénit.* 1977. 413.

¹⁷⁶⁹ DASKALAKIS E., *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975, p. 73.

¹⁷⁷⁰ LACAZE M., *op. cit.*, n° 466.

1) La protection de valeurs dérivées ou secondaires

389. Les objets juridiques rattachables à une valeur primaire. Le défaut d'assistance à un navire en détresse, ne concernant que le commandant de bord¹⁷⁷¹, porte sur un devoir particulier de solidarité qui protège la sécurité navale et se rattache directement aux valeurs primaires que sont la vie et l'intégrité physique. Semblablement, l'objet de l'abandon, sans motif légitime, du travail civil assigné en temps de guerre¹⁷⁷² réside dans le devoir de soumission à l'autorité militaire, le bien juridique de référence étant la nation. Il est donc également question de protection de valeurs primaires car, à travers la défense nationale, c'est aussi la vie et l'intégrité physique que l'on entend préserver. D'autres infractions portent sur des objets juridiques qui se réfèrent moins directement aux valeurs essentielles. Ainsi, si la justice peut apparaître comme un bien juridique primaire, la protection de la bonne administration de la justice reste davantage discutée¹⁷⁷³. Il semble s'agir pourtant du bien juridique de référence du refus, sans motif légitime, d'un juré de déférer à sa convocation¹⁷⁷⁴. Cette contravention n'a pour objet juridique qu'un simple devoir d'obéissance. Il en va de même du délit de soustraction, sans motif légitime, à l'obligation de répondre aux convocations adressées lors des manifestations sportives¹⁷⁷⁵ et de la contravention de non-comparution, sans motif légitime, devant la commission de conciliation¹⁷⁷⁶.

Il existe aussi de nombreuses atteintes à la sécurité publique, bien juridique secondaire dérivé de la protection de la vie et de l'intégrité physique. La sécurité des manifestations sportives apparaît à ce titre comme l'objet juridique de la détention de fusées ou artifices de toute nature ou l'introduction, sans motif légitime, de tout objet susceptible de constituer une arme lors d'une manifestation sportive¹⁷⁷⁷. Il n'en va pas différemment de l'introduction d'arme dans un établissement scolaire¹⁷⁷⁸, présentée par le Code pénal comme une atteinte à

¹⁷⁷¹ Voir C. justice militaire (nouveau), art. L. 324-11.

¹⁷⁷² Voir C. défense, art. L. 2236-5, où sont visés des travailleurs civils **réputés individuellement requis** dès lors que leur domaine d'activité est placé sous l'autorité militaire.

¹⁷⁷³ Voir PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, Bibl. sc. Crim., 2010, T. 48.

¹⁷⁷⁴ Voir CPP, art. 288 al. 4.

¹⁷⁷⁵ Voir C. sport, art. L. 332-13.

¹⁷⁷⁶ Voir C. travail, art. R. 2525-1 (art. R. 532-1 al 2, ancien), créé par le décret du 7 mars 2008 (n° 2008-244 - art. V).

¹⁷⁷⁷ Voir C. sport, art. L. 332-8.

¹⁷⁷⁸ Voir l'article 431-28 du Code pénal, créé par la loi du 2 mars 2010 qui ne vise qu'« une personne habilitée ou autorisée à pénétrer dans un établissement scolaire ».

l'autorité de l'Etat et à la paix publique. Quant au port d'arme régulier¹⁷⁷⁹, son incrimination serait dictée par d' « évidentes préoccupations d'ordre public, de prévention, de protection de la sécurité publique et de la sûreté de l'État »¹⁷⁸⁰.

On évoquera, enfin, le refus d'exécuter des travaux sur des bâtiments menaçant ruine et insalubres, faisant partie du dispositif de « Sécurité et protection des immeubles », selon le Code de la construction et de l'habitation et qui est censé assurer plus précisément une « protection contre les risques d'incendie et de panique dans les immeubles recevant du public »¹⁷⁸¹. De même, le refus d'exécuter les mesures prescrites pour remédier à l'insalubrité d'un immeuble est présenté par Code de la santé publique comme relevant de la « Protection de la santé et de l'environnement » et plus particulièrement de la « Prévention des risques sanitaires liés à l'environnement et au travail » et de la « Salubrité des immeubles »¹⁷⁸². Dans les deux cas, une mise en demeure est requise préalablement, ce qui indique encore la sanction d'un devoir d'obéissance qui se rapportent, en l'occurrence, à la sécurité et la salubrité publique qui apparaissent aussi comme les objets juridiques de ces infractions. Si l'intégrité physique des personnes représente le bien juridique protégé, la référence est pour le moins indirecte, d'autant que les protections des biens et des personnes sont quasiment mises sur le même plan. On peut rapprocher cette hypothèse de la détention et de la préparation de la détention de produits incendiaires ou explosifs permettant de commettre une destruction de bien dangereuse pour les personnes¹⁷⁸³. En dépit du caractère plus ou moins étroit du rattachement de ces objets juridiques avec une valeur essentielle, ce lien existe bien, contrairement à de nombreuses autres infractions à motif légitime.

390. Les objets juridiques non rattachables à des valeurs primaires. La détention sauf motif légitime de marchandises falsifiées incriminée par le Code de la consommation est aggravée lorsque la substance corrompue ou falsifiée « est nuisible à la santé de l'homme ou de l'animal »¹⁷⁸⁴. Dans ce cas, l'objet juridique de l'infraction est la santé publique que l'on peut analyser comme renvoyant à une valeur ou un bien juridique secondaire, dérivé de la vie ou de l'intégrité physique. Toutefois, il ne s'agit que de l'infraction aggravée, l'infraction simple se référant comme tant d'autres à un bien juridique

¹⁷⁷⁹ Voir C. défense, art. L. 2339-9.

¹⁷⁸⁰ MONTREUIL J., « Armes et munitions, matériels de guerre, poudres et explosifs », J.-Cl. Lois pénales spéciales, fasc. 10, juin 1997, n° 6.

¹⁷⁸¹ Voir C. constr. hab., art. L. 511-6.

¹⁷⁸² Voir C. santé pub., art. L. 1337-4.

¹⁷⁸³ Voir C. pén., art. 311-11-1. Sur l'incrimination de la préparation de cet acte préparatoire, Cf. *infra* n° 413.

¹⁷⁸⁴ C. cons., art. L. 213-4.

plus évanescent. L'incrimination du simple fait d'être trouvé détenteur dans certains lieux d'instruments de mesures inexacts ou de denrées falsifiées ou d'appareils propres à falsifier des denrées alimentaires, non nécessairement nuisibles à la santé, ne relève plus de la protection de la santé publique mais de celle du consommateur. L'objet juridique de l'incrimination se rapporterait plus largement à l'ordre public économique, non rattachable aux valeurs ou biens juridiques primaires. Dans un même registre, certaines fraudes douanières relatives au transport de marchandises taxées et, plus généralement, « *expédiées sous régime suspensif* », sont incriminées sauf motif légitime¹⁷⁸⁵. Les faits de contrebande visent une telle diversité de marchandises que l'on peut considérer que ces objets renvoient à la protection de l'ordre public économique qui serait leur plus petit dénominateur commun. En outre, la répression sera plus sévère en cas de détention de « *marchandises dangereuses pour la santé, la moralité ou la sécurité publiques* »¹⁷⁸⁶ qui s'apparent à l'ordre public, bien juridique pour le moins tertiaire. Il en ira de même des « *biens à double usage, civil ou et militaire* »¹⁷⁸⁷, car l'objet juridique de l'incrimination se rapporte alors à la défense nationale. Certes, le bien juridique de référence est primaire, mais il s'agit encore d'aggravation et non de constitution de l'infraction.

On recense aussi certaines contraventions contre la nation, l'Etat, la paix publique, au rang desquelles figure, désormais, la dissimulation de visage lors d'une manifestation¹⁷⁸⁸ qui protège ce que le Conseil d'Etat appelle l'ordre public matériel, par opposition à l'ordre immatériel qu'il désapprouve en tant qu'objet de protection de l'interdiction générale du port d'une tenue vestimentaire¹⁷⁸⁹. Dans cette même catégorie, se retrouvent les refus, sans motif légitime, de répondre à une réquisition d'une autorité judiciaire ou administrative¹⁷⁹⁰, ou d'une autorité publique¹⁷⁹¹, ce qui revient sensiblement au même. Les réquisitions étant, par principe, fondées sur des motifs d'intérêts publics, l'objet juridique de ces contraventions semble bien relatif à l'ordre public, ainsi qu'à un certain devoir de soumission à l'autorité publique. Semblablement, le fait par le responsable d'une organisation de ne pas déférer, sans motif légitime, à une nouvelle convocation¹⁷⁹² semble appréhendé par le Code du travail comme une atteinte à la négociation et aux accords collectifs, alors que cette contravention

¹⁷⁸⁵ C. douanes, art. 417. 2.

¹⁷⁸⁶ *Ibid.*

¹⁷⁸⁷ C. douanes, art. 414, modifié par la loi du 17 mai 2011 (n° 2011-525 - art. 161).

¹⁷⁸⁸ Voir C. pén., art. R. 645-14.

¹⁷⁸⁹ Sur l'avis du conseil d'Etat relatif à la dissimulation de visage dans l'espace public, Cf. *infra* n° 467 et s.

¹⁷⁹⁰ Voir C. pén., art. R. 642-1.

¹⁷⁹¹ Voir CPP, art. 60-1.

¹⁷⁹² Voir C. travail, art. R. 2263-5 (art. R. 532-1, ancien), créé par le décret du 7 mars 2008 (n° 2008-244 - art. V).

sanctionne de manière plus évidente le refus d'obéissance. Cette dualité d'objet concerne aussi la récente incrimination du défaut de sécurisation de sa connexion internet, sans motif légitime, censé protéger la propriété intellectuelle mais qui porte également sur le devoir d'obéissance à l'autorité administrative indépendante qui a recommandé cette sécurisation pour éviter l'usage frauduleux par des tiers¹⁷⁹³.

D'autres valeurs ou biens juridiques secondaires peuvent être répertoriés, telle que la sincérité des scrutins de vote, dont le Code électoral réprime toutes sortes de menaces auxquelles il assimile, très largement, l'expulsion, sans motif légitime, de la salle de vote d'un assesseur ou délégué¹⁷⁹⁴. D'autres incriminations protègent les valeurs plus ou moins secondaires que sont la vie privée et l'identité numérique. Il s'agit de la détention, sans motif légitime, d'un équipement adapté pour commettre des atteintes à un système de traitement automatisé de données, ainsi que la préparation de cette détention¹⁷⁹⁵.

391. Des objets de protection controversés. Non seulement, on le voit, la répression est à ce point anticipée qu'elle finit par porter sur la préparation d'actes préparatoires mais, en outre, les valeurs de référence sont largement secondaires et ne cessent d'étendre les frontières du droit pénal. De nombreuses infractions à motif légitime protègent seulement l'ordre public et le devoir d'obéissance à l'administration, ce qui est fermement contesté dans les pays de tradition germanique¹⁷⁹⁶. D'ailleurs l'ordre public n'est pas considéré comme un bien juridique autonome mais comme la *ratio* de protection commune à l'ensemble des incriminations¹⁷⁹⁷. La protection d'obligations extra-pénales de toutes sortes achève de convaincre de l'absence de domaines épargnés par une répression devenue hypertrophique.

2) La protection d'obligations extra-pénales

392. Essor d'une prétendue « fonction régulatrice » du droit pénal. En sanctionnant généralement la violation d'obligations extra pénales, les infractions à motif légitime expriment un certain débordement du droit pénal sur les autres disciplines. On en voudra pour preuve, le positionnement des incriminations dans les Codes électoral,

¹⁷⁹³ Voir CPI, art. R. 335-5.

¹⁷⁹⁴ Voir C. élect. art. L. 116.

¹⁷⁹⁵ Voir C. pén., art. 323-3-1.

¹⁷⁹⁶ Voir MARINUCCI G. et DOLCINI E., « La Constitution et le droit pénal en Italie. Structure de l'infraction et contrainte pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 318.

¹⁷⁹⁷ Voir MOCCIA S., « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n°2.

disciplinaire et pénal de la marine marchande, de la construction et de l'habitation, de la santé publique, de la défense, du travail, de l'éducation, de procédure pénale, de la défense, de la justice militaire, du sport, de la consommation, de la propriété intellectuelle, des douanes...

Même lorsque les infractions figurent dans le Code pénal, leur objet juridique trahit bien souvent la protection de valeurs secondaires relevant de diverses disciplines. Ainsi, dans l'incrimination de la soustraction aux obligations parentales¹⁷⁹⁸, le Code pénal, précise lui-même que cette infraction « *est assimilée à un abandon de famille pour l'application du 3° de l'article 373 du code civil* », relatif à la privation de l'exercice de l'autorité parentale. Par ailleurs, l'expression « *au point de compromettre la santé* » est complétée par « *la sécurité, la moralité ou l'éducation* ». Il en ressort que les objets juridiques de référence sont alternatifs et renvoient à des valeurs d'une importance variable. A l'instar de la privation de soins ou d'aliments et donc inutilement, l'incrimination protège la santé qui est un bien juridique dérivé de valeurs primaires telles que la vie et l'intégrité physique. La protection de la sécurité, de la moralité ou de l'éducation est mise sur le même plan, alors qu'il s'agit de valeurs secondaires ou tertiaires, non directement rattachables à un bien juridique primaire et qui font clairement écho à « *l'intérêt de l'enfant* » tel qu'il est défini par le code civil¹⁷⁹⁹.

Il en va de même du manquement à l'obligation d'assiduité scolaire¹⁸⁰⁰, qui protège de prime abord le devoir civil d'éducation¹⁸⁰¹. A l'analyse on s'aperçoit, cependant, que le fait de ne pas imposer l'obligation d'assiduité scolaire, après avertissement du directeur académique, ne suffit pas. Il faut, en outre, s'être abstenu « *de faire connaître* » un motif légitime ou une excuse valable, ou avoir donné des motifs d'absence inexacts. On comprend alors que celui qui a un motif légitime de commettre l'infraction ne sera pas justifié, s'il a négligé de le faire connaître. Ne serait, en revanche, pas inquiété celui qui ne bénéficierait d'aucun fait justificatif, mais qui aurait donné une excuse jugée exacte et « *valable* » par l'administration, c'est-à-dire compréhensible mais non nécessairement justificative. C'est encore le devoir d'obéissance qui est en cause, lorsqu'il est reproché, de la sorte, de ne pas avoir dûment répondu à l'administration ou ne pas s'être justifié auprès d'elle, après avertissement. Partant, au-delà du non-respect d'une obligation civile, l'incrimination sanctionne avant tout une irrégularité administrative, le Code pénal renvoyant, à cet égard, aux procédures administratives préalables du Code de l'éducation.

¹⁷⁹⁸ C. pén., art. 227-17.

¹⁷⁹⁹ C. civ., art. 371-1.

¹⁸⁰⁰ Voir C. pén., art. R. 624-7.

¹⁸⁰¹ Voir C. éduc., art. R. 131-7.

De nombreuses infractions extérieures au code pénal se retrouvent au confluent de diverses valeurs difficilement identifiables, ce qui témoigne de leur insignifiance pénale. Le refus de vente, sauf motif légitime¹⁸⁰², en est une excellente illustration. Il est incriminé par le Code de la consommation, aux côtés des ventes subordonnées et des ventes avec prime sous la dénomination commune de « *pratiques commerciales illicites* »¹⁸⁰³. Ce lien avec le Code de commerce semble aller de soi, puisque ce dernier renvoie expressément aux dispositions du code de la consommation et les reproduit littéralement¹⁸⁰⁴. Le rattachement du refus de vente aux pratiques commerciales illicites protégeant le « *consentement du consommateur* »¹⁸⁰⁵ est, cependant, loin d'être évident. S'il s'agit effectivement d'un « *encadrement pénal de la liberté de contracter* »¹⁸⁰⁶ du vendeur, il se situe à la charnière de la formation et de l'inexécution du contrat, puisque l'offre et la demande se rencontrent, mais que le bien n'est pas délivré. L'infraction est, toutefois, largement considérée comme résidant dans « *le refus de conclure un contrat* »¹⁸⁰⁷ portant sur la vente d'un bien ou la fourniture d'un service. L'incrimination est à ce point large qu'elle protège donc à la fois la liberté de consommer, dont on perçoit mal le caractère fondamental et l'égal accès aux biens et services, dont l'intérêt est considérablement rongé par l'incrimination de la discrimination¹⁸⁰⁸. En définitive, l'incrimination permet de manière tout à fait contestable de réprimer la discrimination sans avoir à l'établir et il n'est pas impossible de la rapprocher de la notion floue d'ordre public économique. La délicate recherche du bien juridique de cette contravention de cinquième classe n'est, du reste, guère facilitée par l'étonnant positionnement de sa sanction dans une section relative aux loteries publicitaires¹⁸⁰⁹. Or, l'incrimination a, par principe, « *vocation à intervenir suivant un critère qui lui est propre, à savoir l'atteinte effective à une valeur collective, qui ne résulte pas nécessairement de toute violation d'une règle impérative d'un point de vue civil* »¹⁸¹⁰ ou administratif, pourrait-on ajouter.

¹⁸⁰² « Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime (...) » (C. cons., art. L. 122-1).

¹⁸⁰³ AMBROISE-CASTÉROT C., « Consommation », *Rép. pén.*, Dalloz, mars 2012, n° 170.

¹⁸⁰⁴ « Les règles relatives aux ventes ou prestations avec prime, aux **refus de vente** ou de prestation, aux prestations par lots ou par quantités imposées sont fixées par les articles L. 121-35 et L. 122-1 du **code de la consommation reproduit ci-après** (...) » (C. com., art. L. 442-1).

¹⁸⁰⁵ AMBROISE-CASTÉROT C., *op. cit.*

¹⁸⁰⁶ *Ibid.*

¹⁸⁰⁷ PALVADEAU E., *Le contrat en droit pénal*, Th. Bordeaux, 2011, n° 13.

¹⁸⁰⁸ Voir C. pén., art. 225-1 et 225-2 qui punit de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende le **refus de vente** notamment, fondés sur une discrimination raciale, religieuse, ou à raison de l'orientation sexuelle, etc.

¹⁸⁰⁹ Voir, sur cette curiosité, AMBROISE-CASTÉROT C., *préc.*, n° 172.

¹⁸¹⁰ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux 2009, n° 120.

393. Expression d'une dérive vers un « droit administratif pénal ». Les infractions à motif légitime s'inscrivent dans un mouvement plus général de banalisation du droit pénal, au mépris de sa fonction répressive. La sanction pénale de réglementations diverses et variées, tendant à encadrer des activités sociales, économiques, industrielles ou sanitaires, a trait à ce qui est justement appréhendé en tant que « *droit administratif pénal* »¹⁸¹¹. La discordance de principe entre la violation des prescriptions extra-pénales et les incriminations a été analysée comme provenant de ce que « *la violation d'une norme impérative n'empporte pas nécessairement d'atteinte effective à une valeur protégée* »¹⁸¹². En d'autres termes, l'illicéité pénale n'a de sens que lorsqu'elle correspond à des atteintes graves à l'ordre social. Or, un certain nombre d'infractions à motif légitime viennent empiéter sur le domaine disciplinaire, de manière absolument inappropriée. C'est ainsi que le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande, assimile comme son nom le laisse présager, des fautes disciplinaire aux fautes pénales. Ce dernier fulminait, encore récemment, une peine de cinq ans d'emprisonnement en cas d'abstention, pour un marin, de prendre son service et de ne pas se mettre en mesure de rembourser les avances¹⁸¹³. Si ce texte a enfin été abrogé¹⁸¹⁴, des infractions persistent, « touchant la police intérieure du navire », tel que le refus ou la négligence, sans motif légitime, pour tout capitaine « *de tenir régulièrement le journal du bord, le livre de discipline et autres documents réglementaires* »¹⁸¹⁵. Par ailleurs, le Code de justice militaire actuel qualifie d' « *infractions contre la discipline* » certaines insubordinations comme le refus, sans motif légitime, de siéger à l'audience d'une juridiction militaire, puni d'une peine d'emprisonnement¹⁸¹⁶.

394. La dilution des valeurs protégées comme corolaire de leur diversification. Les infractions à motif légitime sont particulièrement représentatives de l'essor de la répression de la violation des obligations extra-pénales. A ce titre, elles illustrent parfaitement la régression de l'autonomie du droit pénal et l'extension de plus en plus prégnante de sa fonction de « *gendarme du droit* ». On assiste, de telle sorte, à la mise en place d'un système juridique « *purement dirigiste* », aboutissant à une réglementation aussi foisonnante que

¹⁸¹¹ Voir, pour une vision critique de cette dérive, LACAZE M., *op. cit.*, n° 342 et 306 et s. ; STONESTREET N., *op. cit. loc. cit.*

¹⁸¹² STONESTREET N., *op. cit., loc. cit.*

¹⁸¹³ C. disc. pén. marine marchande, art. 54.

¹⁸¹⁴ Voir l'ordonnance du 28 octobre 2010 (n° 2010-1307 - art. 7).

¹⁸¹⁵ C. disc. pén. marine marchande, art. 43, modifié par l'ordonnance du 28 octobre 2010 (n° 2010-1307 - art. 7).

¹⁸¹⁶ C. just. mil., art. L. 323-18.

menaçante, puisqu'assortie de sanctions pénales¹⁸¹⁷. Punir au-delà des faits gravement nuisibles, la simple inobservation de normes d'organisation économique et sociale, revient à instrumentaliser un droit pénal devenu l'auxiliaire de la réglementation technique¹⁸¹⁸. Le droit positif fait ainsi revivre la théorie sanctionnatrice du juriste allemand BINDING qui percevait le droit pénal, comme un prestataire de sanctions¹⁸¹⁹. L'instrumentalisation de la répression est assez bien admise en France où même les défenseurs du principe de subsidiarité expliquent que le droit pénal doit être pensé « *comme une discipline juridique auxiliaire (...) on n'enlève rien au droit pénal en lui refusant toute portée normative* »¹⁸²⁰. Pourtant, la diversification des valeurs protégées s'accompagne inexorablement de la dilution des « *biens juridico-pénaux* »¹⁸²¹. En effet, même les valeurs d'essence pénale tendent à perdre de leur substance pour absorber les évolutions sécuritaires de la politique criminelle.

B) La protection des valeurs de moindre substance

395. Lien entre mutation des valeurs et dilution de la matérialité. La relation entre la nature des valeurs et la gravité de l'acte a tendance à s'inverser. Si l'on peut encore lire que « *Les intérêts socialement les plus précieux sont défendus par la multiplication des infractions formelles* »¹⁸²², il en va de même des valeurs les plus évanescentes, protégées par la prolifération des délits-obstacle¹⁸²³. Les infractions à motif légitime s'inscrivent pleinement dans le renforcement paradoxal de la protection de valeurs abstraites. La doctrine italienne¹⁸²⁴ a clairement établi le lien entre la mutation des valeurs (1) et la dilution de la matérialité incriminée (2).

¹⁸¹⁷ MOCCIA S., « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n° 2.

¹⁸¹⁸ Voir *ibid.*

¹⁸¹⁹ Voir, sur les fondements de la théorie sanctionnatrice du droit pénal, DARGENTAS E., « La norme pénale et la recherche des valeurs dignes de la protection. Essai sur la théorie générale du droit pénal », *préc.*, p. 414 et s.

¹⁸²⁰ DREYER E., « La subsidiarité en droit pénal », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 247.

¹⁸²¹ Voir, sur cette expression empruntée à la doctrine hispanophone, LACAZE M., *op. cit.*, n° 472.

¹⁸²² ROBERT J.-H., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 213. Voir dans le même sens MAYAUD Y., « *Ratio legis et incrimination* », *préc.*, n° 363 et s.

¹⁸²³ Voir les exemples cités par DANET J., *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, coll. *L'univers des normes*, 2010, p. 97 et s.

¹⁸²⁴ MOCCIA S., *art. préc.*

1) La mutation conséquente des valeurs protégées

396. Le développement des valeurs abstraites. L'apparition de valeurs collectives telles que la santé publique ou la sécurité routière n'a pas totalement bouleversé la matière pénale puisqu'en dépit de leur abstraction, ces dernières protègent indirectement la vie et l'intégrité physique de la personne humaine. En revanche les « *biens juridiques diffus* » tels que l'environnement et surtout l'ordre économique sont plus difficilement rattachables à l'individu¹⁸²⁵. Ainsi, de l'ordre public économique qui est un bien juridique pour le moins secondaire et abstrait, en ce qu'il n'est pas rattachable à la personne humaine et qu'il n'a pas de titulaire identifié¹⁸²⁶. La référence à des biens juridiques très larges, comme la personnalité de l'Etat ou l'ordre public, se retrouve dans des incriminations telles que l'outrage au drapeau ou à l'hymne national. L'ordre public, toutefois, « *au moins dans sa conception idéale, ne peut pas être considéré comme un véritable objet de protection, mais plutôt comme une ratio de protection* »¹⁸²⁷. Un courant doctrinal italien nie, en effet, toute authenticité à l'ordre public en tant que bien juridique puisqu'il n'est autre que le but de toute incrimination, « *il s'agit ou bien d'un 'pseudo' objet juridique, conceptuellement abstrait et indéchiffrable, ou bien d'un objet juridique concret mais ne faisant que synthétiser l'ensemble des biens juridiques protégés par les infractions-objectifs* »¹⁸²⁸. Cette confusion entre le bien juridique et la *ratio* de protection, mettrait en péril les garanties individuelles et caractériserait, au nom de la protection de l'ordre public, la législation de l'urgence ; « *le risque, en définitive, est de criminaliser des comportements, sans doute contraires à l'ordre public entendu comme ratio, mais pouvant être très éloignés de l'atteinte effective, au bien juridique objet de l'agression* »¹⁸²⁹.

La préservation de l'ordre public matériel qui apparaît comme le plus petit dénominateur commun des infractions pénales et se retrouve généralement au sein de qualifications contraventionnelles, tend à justifier la fulmination de peines de plus en plus lourdes.

¹⁸²⁵ Voir LACAZE M., *op. cit.*, n° 340 et s. et n° 713 et s. ; *contra* PEIS-HITIER M.-P., « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, chron. p. 867 et s, où l'auteur propose de considérer l'humanité comme titulaire de biens juridiques collectifs.

¹⁸²⁶ Voir pour ces critères, *Ibid.*

¹⁸²⁷ SERGIO MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n°2.

¹⁸²⁸ PARIZOT R., *op. cit.*, n° 254-255.

¹⁸²⁹ SERGIO MOCCIA, *préc.*

397. La promotion de valeurs tertiaires hors du champ contraventionnel. On a vu que la plupart des infractions à motif légitime protégeaient la sureté, la tranquillité, la salubrité publique ou plus largement l'obéissance et l'ordre public. Ces valeurs relèvent au premier chef du champ administratif et ne se conçoivent en droit pénal que cantonnées au domaine contraventionnel, prêtant lui-même à discussion¹⁸³⁰. Or, ce sont bien souvent des peines délictuelles qui sont fulminées. Certes, l'explication réside parfois, dans la pluralité d'objets juridiques de protection et dans la référence plus ou moins directe à des biens juridiques essentiels. C'est, en principe le cas de la sécurité publique. Pourtant, cet objet de protection qui est celui notamment du délit de port ou du transport, sans motif légitime, d'artifices non détonants¹⁸³¹, se rapporte ici davantage à la tranquillité publique qu'à la vie humaine. La notion de sécurité publique est à ce point malléable qu'elle renvoie tantôt à des valeurs primaires, tantôt à des valeurs tertiaires, tel que l'ordre public qui est le plus petit dénominateur commun des contraventions. Le législateur l'a compris, qui s'est saisi de cette élasticité pour promouvoir la sécurité au rang de valeur essentielle, lorsqu'elle ne sous-tend que des préoccupations floues de tranquillité publique. Ainsi, la loi pour la sécurité intérieure du 18 mars 2003¹⁸³², a criminalisé différentes formes de mendicité en fulminant de lourdes peines, comme on l'a vu précédemment. L'objectif affiché était de protéger les plus modestes et de redonner aux Français la sécurité dans leur vie quotidienne¹⁸³³. Afin d'obvier la contradiction, cette loi a tout simplement qualifié, dans son article premier, la sécurité de droit fondamental et l'a hissée au rang de condition essentielle de l'exercice des libertés individuelles et collectives. Cette loi fut, pourtant, validée par le Conseil constitutionnel qui n'a émis que peu de réserves¹⁸³⁴. Avec la complaisance des sages, le législateur opère insidieusement des rapprochements « orwelliens » entre des valeurs d'inégales importances, pour ne pas dire diamétralement opposées. En qualifiant le problème des dérives sécuritaires, du nom de la solution tenant au respect des droits fondamentaux et des libertés publiques, le législateur transforme la contestation du caractère essentiel de la sécurité en contestation des

¹⁸³⁰ Cf. *infra* n° 452 et s.

¹⁸³¹ C., défense, art. L. 2353-10.

¹⁸³² Voir la loi du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure (n° 2003-239), *JO*, 19 mars 2003, p. 4761 ; *D.* 2003, Lég. p. 868.

¹⁸³³ Voir le communiqué du Conseil des ministres du 23 oct. 2002, repris par CANTAT-LAMPIN V., « Mendicité », *Rép. pén.*, Dalloz, 2009, où l'auteur explique qu'« il s'agit d'une loi pragmatique qui n'a fait l'objet que d'un débat parlementaire mesuré et n'a suscité que peu d'oppositions ».

¹⁸³⁴ Voir Déc. 13 mars 2003, n° 2003-467, *JO* 19 mars 2003.

libertés. Quelques auteurs s'attachent à dénoncer les glissements sémantiques qu'ils analysent comme l'apanage du « *réalisme* » de la politique criminelle et de « *la société du risque* »¹⁸³⁵.

398. Dans les pays de tradition germanique, un courant doctrinal a clairement montré que la dilution de la notion de bien juridique menait inexorablement à la multiplication des infractions « *de risque abstrait* »¹⁸³⁶.

2) La dilution subséquente de la matérialité incriminée

399. Le déclin du principe de discontinuité de la répression. La mutation des valeurs protégées « a entraîné une augmentation du nombre d'incriminations et, dans le même temps, une modification des techniques habituelles d'intervention du droit pénal, dont le caractère le plus évident est celui de la distance qui subsiste entre le comportement incriminé et l'intérêt protégé »¹⁸³⁷. Or ces infractions qualifiées de « purement formelles » seraient prétendument justifiées par le fait que les intérêts collectifs ou les biens dits larges requerraient « *une protection très en amont* », entraînant la criminalisation de comportements excessivement éloignés de la réalisation effective d'une lésion¹⁸³⁸. En tout état de cause, les infractions qui protègent des valeurs évanescences sont considérées, par les auteurs d'inspiration germanique, comme des infractions de risque « *purement abstrait* », insusceptibles de gradation¹⁸³⁹. La conception formelle du bien juridique dont la détermination est entièrement laissée à la discrétion du législateur, le prive, au final, de sa fonction principale de délimitation de l'intervention pénale. Alors que la répression doit toujours respecter un stricte « équilibre entre l'obéissance qu'elle impose et l'espace d'impunité qu'elle abandonne »¹⁸⁴⁰, elle semble progressivement se détourner des libertés individuelles au nom de la protection feinte de la société. Pourtant, la description floue de la matérialité incriminée abaisse autant le seuil des garanties individuelles qu'elle n'affecte la

¹⁸³⁵ Voir CAHN O., « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale », in *Journée d'Etudes Radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, 12 mars 2012, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise (à paraître) ; SALAS D., *La Justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Les Arènes, 2012, p. 10 et s.

¹⁸³⁶ Voir, sur cette catégorie d'infractions, LACAZE M., *op. cit.* n° 341.

¹⁸³⁷ SERGIO MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviante et Société*, 1997, n°2.

¹⁸³⁸ Ibid.

¹⁸³⁹ On dénonce ainsi un « risque établi ex ante dès la conduite prohibée réalisée et à ce titre contraire à l'exigence d'une atteinte lato sensu (lésion ou risque concret) constatée ex post, pour le bien juridique » (LACAZE M., *op. cit.*, n° 342).

¹⁸⁴⁰ STONESTREET N., *op. cit.*, n° 119.

confiance des citoyens. En effet, le défaut d'effectivité des infractions de risque hypothétique est souvent décrit comme une conséquence inévitable de la législation de la contingence¹⁸⁴¹.

400. Critique de la protection anticipée des valeurs secondaires. En principe ce sont les valeurs essentielles qui peuvent faire l'objet, à certaines conditions, de ce que la doctrine espagnole notamment appelle une « *typification en continu* »¹⁸⁴². Paradoxalement, la dilution des valeurs pénalement protégées engendre la prolifération d'incriminations inconsistantes, telles que celles prévoyant l'exception de motif légitime. Cette évolution est analysée comme « *d'inspiration bureaucratique lorsqu'elle est essentiellement destinée à assurer le respect des normes extra-pénales édictées par les différents ministères* »¹⁸⁴³. Ce qui préoccupe dans la déliquescence des biens juridiques réside dans l'anticipation excessive de la répression. La présomption d'illicéité réelle doit être questionnée en présence d'incriminations « *qui, en dévaluant l'atteinte effective au bien juridique et mettant l'accent sur la simple violation d'une obligation (ou, à la limite, sur la perspective du type d'auteur), ouvrent la voie à un droit autoritaire dépourvu de garanties* »¹⁸⁴⁴.

§ 2 : L'insuffisante densité matérielle des infractions à motif légitime

401. L'inconsistance matérielle des infractions à motif légitime. Les infractions à motif légitime relèvent précisément de la tendance de la répression à se replier sur les phases préparatoires de *l'iter criminis*, « *en punissant une vaste gamme de comportements qui, seulement sur la base de l'expérience, peuvent être considérés comme susceptibles d'affecter de façon potentielle les intérêts à protéger* »¹⁸⁴⁵. Ces qualifications révèlent la volonté du législateur d'« *empêcher les personnes de se mettre en situation d'avoir à troubler effectivement l'ordre public* »¹⁸⁴⁶. Il est permis de s'interroger sur la nécessité de l'incrimination de tous les degrés de probabilité d'atteinte à une valeur concrète, « *depuis la quasi certitude d'atteinte dans l'empoisonnement jusqu'à la simple possibilité abstraite dans*

¹⁸⁴¹ Voir sur cette question CONTE P., « Effectivité, ineffectivité, sous-effectivité, sureffectivité... : variations pour droit pénal », in *Mél. P. CATALA*, Litec, 2001, p. 125 et s.

¹⁸⁴² LACAZE M., *op. cit.*, n° 487.

¹⁸⁴³ PUECH M., *Droit pénal général*, Litec, 1988, p. 13 et s. ; Voir dans le même sens, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op cit.*, p. 92 ; DELMAS MARTY M., *Les chemins de la répression*, PUF, coll. *Droit d'aujourd'hui*, 1980, p. 17 ; DREYER E., *Droit pénal général*, Litec, 2^{ème} éd. 2012, n° 397 et s. ; CAHN O., *Le principe de nécessité en droit pénal – thèse radicale*, préc.

¹⁸⁴⁴ SERGIO MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n°2.

¹⁸⁴⁵ « Les conséquences nuisibles de ces actes sont, tout au plus, confinées au plan psychologique en tant qu'objets du dol spécial » (SERGIO MOCCIA, art. préc.).

¹⁸⁴⁶ DREYER E., « La subsidiarité du droit pénal », art. préc., p. 249.

*la conception légale des infractions en matière de drogue (qui ne distingue pas selon les drogues) et dans la conception prétorienne de la mise en danger de la vie d'autrui »*¹⁸⁴⁷. Mais en présence de valeurs secondaires souvent abstraites, l'anticipation de la répression suscite moins l'interrogation que l'atterrement du juriste. L'exception de motif légitime se retrouve précisément dans les infractions souffrant d'un déficit causal. La matérialité équivoque des faits d'omission ou de détention incriminés à titre dérogatoire, permet de douter de leur présomption d'illicéité réelle. La matérialité dérisoire de ces infractions se place en porte-à-faux vis-à-vis de l'exigence de l'article 5 de la déclaration de 1789, selon lequel « *la loi n'a le droit de défendre que des actions nuisibles à la société* »¹⁸⁴⁸. Or, ces faits équivoques ne sont nullement compensés par la valeur en cause, ni par les circonstances décrites et se propagent en dehors de la sphère contraventionnelle. Alors qu'il s'agit d'incriminations éminemment dérogatoires, il n'est pas rare que les règles de la complicité ou de la tentative leur soient appliquées. Ainsi, une très large majorité d'infractions à motif légitime ne suppose, pour seule matérialité, qu'une abstention ou un refus, d'autres nécessitent une action faiblement attentatoire à la valeur protégée, mais encore sont-elles minoritaires. Aussi, convient-il d'analyser, après les biens juridiques protégés, l'insuffisante matérialité des omissions (A) et des actions incriminés sous réserve de motif légitime (B).

A) La matérialité dérisoire des omissions incriminées

402. Des omissions insuffisamment circonstanciées. La nature injonctive des infractions d'omission a traditionnellement suscité la méfiance dans les Etats démocratiques¹⁸⁴⁹ qui la considèrent comme l'apanage des régimes autoritaires. L'obligation de faire laisse, en effet, moins de marge de manœuvre qu'une obligation de ne pas faire. Aussi, enseigne-t-on que le droit pénal ne doit réprimer qu'exceptionnellement les omissions, car l'obligation d'agir est plus attentatoire aux libertés individuelles que l'interdiction¹⁸⁵⁰. Ainsi, c'est avec un soin particulier que la Cour de cassation caractérise, en matière d'imprudences, au-delà du résultat, l'enchaînement causal concret qu'une action conforme

¹⁸⁴⁷ Voir sur ce point LACAZE M., *op. cit.*, n° 487.

¹⁸⁴⁸ Sur le principe de nécessité de la répression, Cf. *infra* n° 467 et s.

¹⁸⁴⁹ Voir ROLLAND M., « Le délit d'omission », *RSC* 1965. 583, spéc. p. 584.

¹⁸⁵⁰ Voir notamment LAINGUI A., LEBIGRE A., *Histoire du droit pénal*, t. 1, Cujas, coll. *Synthèse*, 1979, p. 44 et s. ; CONTE P., MAISTRE du CHAMBON P., *Droit pénal général*, 7^{ème} éd. Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 2004, n° 305 et n° 308. Voir, pour la doctrine classique en Allemagne et en Espagne, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 381.

aux obligations professionnelles aurait pu interrompre¹⁸⁵¹. Un parallèle peut être mené avec la responsabilité civile du fait des choses, car la jurisprudence requiert la caractérisation de l'anormalité de la chose lorsqu'elle est inerte, afin d'établir son rôle dans la production du dommage¹⁸⁵². C'est précisément dans l'omission réprimée indépendamment d'un dommage que réside l'une des caractéristiques les plus frappantes des infractions à motif légitime. Or, qu'y a-t-il de plus équivoque qu'une abstention ? A priori rien, puisqu'il s'agit d'une absence d'action et qu'en cela, elle n'a qu'un pouvoir causal atrophié. L'omission correspond, en effet, à une « *absence d'intervention causale dans le processus qui a abouti au dommage* »¹⁸⁵³. Emboitant le pas de cette analyse civiliste minoritaire¹⁸⁵⁴, des pénalistes ont expliqués que les omissions sont « *par nature non causales* », tant il est vrai que « *ne pas empêcher n'est pas causer* »¹⁸⁵⁵. De ce point de vue scientifique, les « *omissions pures et simples* »¹⁸⁵⁶ sont insusceptibles de modifier le cours des choses¹⁸⁵⁷. C'est, pourtant bien, ce que l'on reproche d'un point de vue moral. Si l'aptitude causale des omissions est sujette à caution, un tempérament est communément admis s'agissant des abstentions dans la fonction. C'est alors la fonction ou « *l'action dans laquelle s'est intégrée l'abstention qui est à l'origine du dommage* »¹⁸⁵⁸. Il est vrai que certaines infractions à motif légitime exigent la caractérisation d'une qualité particulière comme celle de commerçant dans le refus de vente à consommateur¹⁸⁵⁹. Toutefois, cette condition est souvent définie de manière vague et ne compense pas nécessairement l'absence de circonstances suffisamment graves. En outre,

¹⁸⁵¹ Voir, par exemple, le cas d'un médecin reconnu coupable d'homicide involontaire pour avoir omis de rendre visite à un patient et de procéder à un examen clinique, les juges du fond ayant dûment caractérisé le lien causal en soulignant que cette omission « *lui a interdit de diagnostiquer et de traiter la complication postopératoire d'origine non chirurgicale, qui a entraîné la défaillance cardiorespiratoire à laquelle l'enfant a succombé* » (Crim., 29 nov. 2005, JCP 2006, II, 10160, note ALT-MAES F.)

¹⁸⁵² Voir, pour des illustrations jurisprudentielles, WAGNER M., *op. cit.*, n° 635 et s. Voir aussi la proposition d'un nouvel article 1354-1 qui entérinerait la jurisprudence en disposant qu'en l'absence de mouvement de la chose, il faudrait établir « *soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état* » (Avant-projet de réforme du droit des obligations, dirigé par le professeur CATALA : www.henricapitant.org).

¹⁸⁵³ DEJEAN DE LA BATIE N., note ss Civ. 2^e, 29 janv. 1969, JCP 1969, II, 16027.

¹⁸⁵⁴ Voir, pour les tenants de la portée causale de l'omission, notamment MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations, Droit civil*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2011, n° 61 ; TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, Dalloz, coll. *Précis*, 10^{ème} éd. 2009, n° 721 et s. ; BENABENT A., *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. *Domat*, 12^{ème} éd. 2010, n° 550 ; FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Les obligations-Le fait juridique*, t. 2, A. Colin, 12^{ème} éd. 2007, n° 105 ; LE TOURNEAU P. (ss dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2012-2013, n° 7202 ; BACACHE-GIBEILI M., *Droit civil*, ss. dir. LARROUMET C., T. V, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd. 2012, n° 161.

¹⁸⁵⁵ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON, *Droit pénal général, op. cit.*, n° 308.

¹⁸⁵⁶ Voir particulièrement, sur la distinction désormais acquise entre les abstentions d'accomplir un devoir moral et les abstentions dans la fonction, REBUT D., *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Th. Lyon III, 1993, n° 110.

¹⁸⁵⁷ *Contra* SAINT-PAU J.-C., « Les causalités dans la théorie de l'infraction », in *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 684, et les auteurs cités.

¹⁸⁵⁸ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON, *op. cit.*, n° 346.

¹⁸⁵⁹ C. cons., art. L. 122-1.

nombre d'omissions à motif légitime ne sont que des désobéissances formelles que la qualité de l'auteur ne suffit pas à légitimer, puisqu'elles apparaissent essentiellement disciplinaires. Or, le « *déficit de matérialité intrinsèque aux phénomènes passifs* »¹⁸⁶⁰ **nécessite, en compensation, la caractérisation de circonstances matérielles précises**¹⁸⁶¹. Le déficit causal des infractions à motif légitime n'est pas suffisamment compensé par les circonstances requises (1) et le déficit de matérialité des insoumissions reste injustifié (2)

1) Le déficit causal insuffisamment compensé des omissions

403. Les omissions de remédier à un risque concret. L'incrimination mesurée des omissions les plus graves, sanctionnant la transgression d'un devoir de solidarité¹⁸⁶², est assez peu contestée¹⁸⁶³. On trouve parmi ces rares incriminations, le refus sans motif légitime par tout commandant de bord de porter assistance à un autre bâtiment dans la détresse¹⁸⁶⁴. On a vu qu'il s'agissait d'une des seules infractions formelles à motif légitime exigeant un risque concret pour l'intégrité physique de l'équipage ou des passagers. Bien que ce risque ne soit pas causé par l'auteur de l'infraction, son devoir de solidarité particulièrement mis en exergue dans le domaine de la sécurité navale justifie l'incrimination du Code de justice militaire. On peut douter une fois encore de l'intérêt de ce texte au regard de l'existence de l'omission de porter secours à personne en danger¹⁸⁶⁵, punie de la même peine de cinq ans d'emprisonnement. En dehors de la qualité de commandant de bord qui a peu d'intérêt au regard de l'existence du risque grave, le refus d'assistance à bâtiment en détresse est moins précis que l'omission du Code pénal qui la restreint à la possibilité d'intervenir sans risque, notamment¹⁸⁶⁶. Ainsi, l'exception de motif légitime semble dispenser le législateur de certaines précisions.

¹⁸⁶⁰ WAGNER M., *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2011, n° 631

¹⁸⁶¹ Voir en ce sens *ibid.*, n° 633 ; REBUT D., *L'omission en droit pénal. Pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Th. Lyon III, 1993, n° 131 et s.

¹⁸⁶² Voir particulièrement C. pén. art. 223-6 al. 1 (**non-obstacle à commission d'infraction**) et art. 223-6 al. 2 (**omission de porter secours**).

¹⁸⁶³ Voir REBUT D., *L'omission en droit pénal pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Th. Lyon 3, 1993.

¹⁸⁶⁴ Voir l'article L. 324-11 du Code de justice militaire (nouveau) qui dispose que « *Le fait pour tout commandant de force navale ou de bâtiment de refuser, sans motifs légitimes, de porter assistance à un autre bâtiment dans la détresse est puni d'un emprisonnement de cinq ans* » (Art. 475 CJM ancien modifié par l'ordonnance du 1er juin 2006 (n° 2006-637 art. 4)).

¹⁸⁶⁵ Voir C. pén. art. 223-6 al. 2.

¹⁸⁶⁶ Cette assertion doit être relativisée car cette précision semble inutile, qui relève de l'imputabilité de l'infraction.

Les omissions dans l'action ou la fonction semblent bien moins attentatoires aux libertés dans la mesure où elles consistent à sanctionner des personnes ayant l'obligation d'agir du fait de leur fonction. Il en va ainsi des obligations de prévenir certains risques, pesant sur les propriétaires d'immeubles. Sont réprimés sauf motif légitime, les refus d'exécuter des travaux sur des bâtiments menaçant ruine¹⁸⁶⁷, d'exécuter les mesures prescrites pour remédier à l'insalubrité des immeubles¹⁸⁶⁸. Ces délits sont respectivement incriminés par le Code de la construction et de l'habitation, dans une rubrique relative à la « *protection contre les risques d'incendie et de panique dans les immeubles recevant du public* » et par le Code de la santé publique, dans une rubrique relative à la « *prévention des risques sanitaires liés à l'environnement et au travail* ». Dans les deux hypothèses, le maire ou le représentant de l'Etat prescrit à l'exploitant ou au propriétaire les mesures nécessaires pour faire cesser la situation d'insécurité constatée par une commission et la répression ne peut intervenir qu'après mise en demeure. Il peut s'agir de « *mesures indispensables pour préserver les bâtiments contigus* »¹⁸⁶⁹. Aucun péril grave et imminent n'est requis, il permettra simplement des mesures supplémentaires, d'évacuation des lieux notamment¹⁸⁷⁰. Il est tout de même permis de considérer que le refus engendre, ou plutôt, maintient un risque concret pour la sécurité des biens ou des personnes, constaté par des experts. Ce délit pourrait être rapproché de celui d'abandon de service assigné en temps de guerre, sauf motif légitime, du Code de la défense¹⁸⁷¹, dès lors qu'il s'agit aussi de circonstances graves menaçant concrètement les biens et les personnes.

La soustraction aux obligations parentales au point de compromettre la santé, la sécurité, la moralité ou l'éducation de son enfant mineur¹⁸⁷² exige également une qualité particulière. Au fond, il semble s'agir des seules infractions à motif légitime exigeant la réalisation d'un risque concret, sous réserve, là encore, d'une diversité des valeurs protégées qui ne facilite

¹⁸⁶⁷ En vertu de l'article L. 511-6 du Code de la construction et de l'habitation, modifié par la loi du 12 mai 2009 (n° 2009-526 - art. 125), « *Est puni d'un d'emprisonnement d'un an et d'une amende de 50 000 euros :- le refus délibéré et sans motif légitime, constaté après mise en demeure, d'exécuter les travaux prescrits en application des articles L. 511-2 et L. 511-3* ».

¹⁸⁶⁸ En vertu de l'article L. 1337-4 du Code de la santé publique (modifié par l'ordonnance du 23 février 2010 n° 2010-177 - art. 26) « *Est puni d'un emprisonnement d'un an et d'une amende de 50 000 Euros : -le fait de ne pas déférer à une injonction prise sur le fondement du premier alinéa de l'article L. 1331-24 ; -le fait de refuser, sans motif légitime et après une mise en demeure, d'exécuter les mesures prescrites en application du II de l'article L. 1331-28* ». (« *II.-Lorsque la commission ou le haut conseil conclut à la possibilité de remédier à l'insalubrité, le représentant de l'Etat dans le département prescrit les mesures adéquates ainsi que le délai imparti pour leur réalisation sur avis de la commission ou du haut conseil et prononce, s'il y a lieu, l'interdiction temporaire d'habiter et, le cas échéant, d'utiliser les lieux* »).

¹⁸⁶⁹ C. constr. hab., art. L. 511-2.

¹⁸⁷⁰ Voir C. constr. hab., art. L. 511-3 et L. 511-2, C. santé pub., l'art. L. 1331-28.

¹⁸⁷¹ Voir C. défense, art. L. 2236-5.

¹⁸⁷² C. pén., art. 227-17.

pas l'analyse. La fonction parentale est parfois beaucoup moins circonscrite comme dans la contravention de manquement à l'obligation d'assiduité scolaire qui se contente de viser « celui qui exerce l'autorité parentale ou de fait »¹⁸⁷³. La notion d'autorité de fait est bien trop large, d'autant plus que la complicité par aide ou assistance est incriminée de manière dérogatoire. En outre, la complicité par omission est admise lorsqu'elle équivaut à une adhésion morale, en sorte que la sanction pénale peut affecter de manière très large l'entourage de l'élève. L'abandon dit moral porte tant sur la santé - recoupant la qualification de privation de soin pouvant être criminelle¹⁸⁷⁴ -, que sur l'éducation - recoupant alors une simple contravention. La complicité peut aussi être envisagée mais le plus souvent, la personne qui aura eu connaissance d'une infraction de privation de soins ou d'aliments, sans y avoir directement participé, sera poursuivie pour défaut d'assistance à personne en péril¹⁸⁷⁵ ou pour omission de dénonciation¹⁸⁷⁶ qui s'applique également à l'infraction de mendicité avec enfant¹⁸⁷⁷. En dehors du manquement à l'obligation d'assiduité scolaire et malgré la pluralité des valeurs protégées, ces omissions sont davantage circonstanciées que d'autres. Il existe, en effet, des abstentions qui ne sont pas forcément compensées par l'exigence d'une qualité particulière pour les commettre, ni par celle d'un risque concret à conjurer.

404. Les omissions abstraitement attentatoires. La loi « HADOPI 2 »¹⁸⁷⁸ ne s'est pas contentée de réprimer le délit de contrefaçon par le biais d'internet, mais a donné naissance à la contravention de « *négligence caractérisée* » dans la surveillance, par le titulaire d'une connexion internet, de l'usage qui en est fait par autrui, sauf motif légitime¹⁸⁷⁹. Il s'agit plus précisément du défaut de sécurisation de l'accès à des services de communication au public en ligne par son titulaire ou du simple manque de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen¹⁸⁸⁰. La répression est conditionnée par l'existence d'un

¹⁸⁷³ Voir C. pén., art. R. 624-7.

¹⁸⁷⁴ Voir CONTE P., *Droit pénal spécial*, 2e éd. Litec, 2005, n° 112 MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 5^{ème} éd. 2011, n° 684.

¹⁸⁷⁵ Voir C. pén., art. 223-6.

¹⁸⁷⁶ C. pén., art. 434-3. L'obligation de dénonciation des mauvais traitements s'applique à toute personne ayant eu connaissance de ceux-ci. Il faut en informer les autorités judiciaires ou administratives. Les personnes astreintes au secret professionnel en sont relevées (médecins, travailleurs sociaux).

¹⁸⁷⁷ Cf. *supra* n° 367.

¹⁸⁷⁸ Voir la loi du 28 octobre 2009 (n° 2009-1311) relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, faisant suite à la « loi HADOPI 1 » du 12 juin 2009 (n° 2009-669) favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet.

¹⁸⁷⁹ V° « Contrefaçon », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 30 (2012), n° 32.

¹⁸⁸⁰ Voir l'article R. 335-5 du Code de la propriété intellectuelle, créé par Décret du 25 juin 2010 (n° 2010-695 - art. 1) qui dispose que : « I. - Constitue une négligence caractérisée, punie de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait, sans motif légitime, pour la personne titulaire d'un accès à des services de communication au public en ligne, lorsque se trouvent réunies les conditions prévues au II : 1° Soit

renouvellement d'une utilisation frauduleuse dans l'année suivant la recommandation de sécurisation de la connexion permettant de prévenir la fraude. Il est à craindre que soit exigée une véritable obligation de résultat, dans la sécurisation de sa propre connexion, puisque le manque de diligence risque d'être déduit de l'existence de la fraude d'autrui à la suite d'une recommandation. Or, les modalités de sécurisation de l'accès aux services de communication ne sont sans doute pas accessibles aisément à tous les béotiens de la toile. En outre, aucun système de sécurité n'est absolument infaillible pour des pirates aguerris. Si une atteinte abstraite à la propriété intellectuelle est effectivement requise, elle consiste seulement en une « contrefaçon non-intentionnelle indirecte et par omission »¹⁸⁸¹, qui consiste uniquement dans le fait de laisser autrui commettre une contrefaçon *via* internet, en ne prenant pas les mesures permettant d'éviter sa survenance¹⁸⁸². Cette contravention est, néanmoins, assortie d'une peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication en ligne qui peut être extrêmement lourde, pour les entreprises notamment¹⁸⁸³.

405. Les omissions présumées attentatoires. L'incrimination de la contrebande par inobservation des itinéraires et horaires fixés¹⁸⁸⁴ relève des omissions présumées attentatoires. Le délit douanier de contrebande peut se réaliser de multiples manières jusqu'aux plus simples inobservations de la réglementation douanière¹⁸⁸⁵. Il s'agit d'une infraction tentaculaire qui recouvre les comportements tendant à éviter les contrôles douaniers, par opposition à l'importation ou l'exportation sans déclaration visant les

de ne pas avoir mis en place un moyen de sécurisation de cet accès ; 2° Soit d'avoir manqué de diligence dans la mise en œuvre de ce moyen. II. -Les dispositions du I ne sont applicables que lorsque se trouvent réunies les deux conditions suivantes : 1° En application de l'article L. 331-25 et dans les formes prévues par cet article, le titulaire de l'accès s'est vu recommander par la commission de protection des droits de mettre en œuvre un moyen de sécurisation de son accès permettant de prévenir le renouvellement d'une utilisation de celui-ci à des fins de reproduction, de représentation ou de mise à disposition ou de communication au public d'œuvres ou d'objets protégés par un droit d'auteur ou par un droit voisin sans l'autorisation des titulaires des droits prévus aux livres Ier et II lorsqu'elle est requise ; 2° Dans l'année suivant la présentation de cette recommandation, cet accès est à nouveau utilisé aux fins mentionnées au 1° du présent II. III. -Les personnes coupables de la contravention définie au I peuvent, en outre, être condamnées à la peine complémentaire de suspension de l'accès à un service de communication au public en ligne pour une durée maximale d'un mois, conformément aux dispositions de l'article L. 335-7-I ».

¹⁸⁸¹ CATELAN N., « Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet », *RSC* 2010. 442, note 2.

¹⁸⁸² Voir LEGOFFIC C. et WAGNER M., « La pénalisation de la contrefaçon », *Dr. pén.* 2009, étude 26 ; ROBERT J.-H., « Commentaire de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet », *Dr. pén.* 2009, étude 25.

¹⁸⁸³ « Si cela est censé être un dispositif pédagogique, alors c'est clairement une pédagogie basée... sur la peur des représailles » (GEIGER C., « HADOPI », ou quand la répression devient pédagogique », *D.* 2011. 773)

¹⁸⁸⁴ Art. 417 C. douanes, le délit douanier de première classe est établi à l'article 414, alinéa 1, du Code des douanes (avec les précisions des articles 417 à 429).

¹⁸⁸⁵ « La contrebande s'entend des importations ou exportations 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 » (C. douanes, art. 417. 1).

dissimulations lors des contrôles¹⁸⁸⁶. Cette dissimulation peut être considérée comme une contrebande par assimilation¹⁸⁸⁷ et il existe aussi de nombreuses présomptions de contrebande¹⁸⁸⁸. L'inobservation sans motif légitime des itinéraires et horaires fixés¹⁸⁸⁹ est, en revanche, conçue comme un fait de contrebande par nature. Ce comportement équivoque peut, selon les circonstances, constituer un acte préparatoire de la soustraction au contrôle. Le texte n'exigeant aucune circonstance particulière tendant à un tel résultat, il s'étend aussi à la moindre pause sur le trajet, au retard minime ou au léger détour. L'incrimination se contente d'un risque abstrait pour l'ordre public économique au regard de la diversité des marchandises concernées. Les peines encourues pourront cependant être considérablement aggravées lorsque les faits « *portent sur des biens à double usage, civil ou et militaire* » ou « *sur des marchandises dangereuses pour la santé, la moralité ou la sécurité publiques* »¹⁸⁹⁰. Il s'agira, d'une part, d'un risque abstrait pour la valeur primaire qu'est la vie ou l'intégrité physique, à laquelle se réfère l'objet juridique de défense nationale. Il s'agira, d'autre part, d'un risque abstrait pour les valeurs dérivées de santé, de moralité et de sécurité publiques. La tentative étant prévue de manière extrêmement générale¹⁸⁹¹, elle s'applique à cette omission, alors que l'on perçoit mal comment réprimer une matérialité plus faible que celle-ci. En effet, « *La structure négative du délit d'abstention stricto sensu n'offre aucune prise au commencement d'exécution* »¹⁸⁹². De même, la complicité de cette omission délictuelle est

¹⁸⁸⁶ Voir DETRAZ S., V° « Douanes », J.-Cl. Lois pénales spéciales, Fasc. 30 (2012), n° 43 et s.

¹⁸⁸⁷ Voir C. douanes, art. 417. 3.

¹⁸⁸⁸ L'article 418, 1° à 4°, du Code des douanes.

¹⁸⁸⁹ C. douanes, art. 417. 2. « *Constituent, en particulier, des faits de contrebande : (...) c) les soustractions ou substitutions en cours de transport de marchandises expédiées sous un régime suspensif, l'inobservation sans motif légitime des itinéraires et horaires fixés, les manœuvres ayant pour but ou pour résultat d'altérer ou de rendre inefficaces les moyens de scellement, de sûreté ou d'identification et, d'une manière générale, toute fraude douanière relative au transport de marchandises expédiées sous régime suspensif (...)* »

¹⁸⁹⁰ C. douanes, art. 414 (modifié par la loi du 17 mai 2011 n° 2011-525 - art. 161) : « *Sont passibles d'un emprisonnement de trois ans, de la confiscation de l'objet de fraude, de la confiscation des moyens de transport, de la confiscation des objets servant à masquer la fraude, de la confiscation des biens et avoirs qui sont le produit direct ou indirect de l'infraction et d'une amende comprise entre une et deux fois la valeur de l'objet de fraude, tout fait de contrebande ainsi que tout fait d'importation ou d'exportation sans déclaration lorsque ces infractions se rapportent à des marchandises de la catégorie de celles qui sont prohibées ou fortement taxées au sens du présent code. La peine d'emprisonnement est portée à une durée maximale de cinq ans et l'amende peut aller jusqu'à trois fois la valeur de l'objet de fraude lorsque les faits de contrebande, d'importation ou d'exportation portent sur des biens à double usage, civil et militaire, dont la circulation est soumise à restriction par la réglementation européenne. La peine d'emprisonnement est portée à une durée de dix ans et l'amende peut aller jusqu'à cinq fois la valeur de l'objet de la fraude soit lorsque les faits de contrebande, d'importation ou d'exportation portent sur des marchandises dangereuses pour la santé, la moralité ou la sécurité publiques, dont la liste est fixée par arrêté du ministre chargé des douanes, soit lorsqu'ils sont commis en bande organisée* ».

¹⁸⁹¹ « *Toute tentative de délit douanier est considérée comme le délit même* » (C. douanes, art. 409).

¹⁸⁹² REBUT D., L'omission en droit pénal, op. cit., n° 197.

punissable et « *les complices sont solidairement tenus avec l'auteur de l'infraction au paiement des pénalités et droits éludés* »¹⁸⁹³.

406. Du risque abstrait vers l'atteinte formelle. Rares sont les omissions qui requièrent des circonstances d'une exceptionnelle gravité. La plupart se contentent d'un risque abstrait ou vont jusqu'à le présumer. On constate, de surcroît, l'exigence fréquente d'une mise en demeure de l'administration, qui apparaît comme le stigmate de la répression de la simple désobéissance. Ainsi, de nombreuses abstentions se présentent comme des insoumissions purement formelles à l'autorité publique, dont la répression à titre essentiellement disciplinaire apparaît injustifiée.

2) Le déficit matériel injustifié des insoumissions

407. Les refus de soumissions à l'autorité publique. Il existe une infraction à motif légitime constituée par le non-respect de la peine complémentaire de l'article L. 332-11 du Code du sport, protégeant la sécurité des manifestations sportives¹⁸⁹⁴. Il s'agit de la soustraction à l'obligation de répondre à une convocation lors de manifestations sportives, puni d'une peine de deux ans d'emprisonnement et de 30 000 € d'amende¹⁸⁹⁵. La contravention de manquement à l'obligation d'assiduité scolaire¹⁸⁹⁶, précédemment envisagée, qui incrimine le fait par celui qui exerce l'autorité même de fait sur un enfant de ne pas lui imposer l'obligation d'assiduité scolaire sans faire connaître de motif légitime, après avertissement de l'académie¹⁸⁹⁷. Au fond, ce n'est pas l'assiduité scolaire qui est en

¹⁸⁹³ Crim., 23 févr. 2011, n° 09-85540D, *JurisData* n° 2011-004302.

¹⁸⁹⁴ L'article L. 332-10 vise « *le fait de troubler* » le déroulement d'une compétition ou « *de porter atteinte à la sécurité des personnes ou des biens, en pénétrant sur l'aire de compétition d'une enceinte sportive* ». Pour un supporteur qui quitte les tribunes pour rejoindre les joueurs sur le terrain et cracher au visage de l'un d'eux, à la fin d'un match de football, Voir Douai, 24 mai 1996, n° 96-00319, *JurisData* n° 1996-046629.

¹⁸⁹⁵ En vertu de l'article L. 332-13 du Code du sport, tel que modifié par l'article 2 de la loi n° 2006-784 du 5 juillet 2006, est punie « *toute personne qui pénètre ou se rend, en violation de la peine d'interdiction prévue aux articles L. 332-11 et L. 332-12, dans ou aux abords d'une enceinte où se déroule une manifestation sportive ou qui, sans motif légitime, se soustrait à l'obligation de répondre aux convocations qui lui ont été adressées au moment des manifestations sportives* ».

¹⁸⁹⁶ C. pén., art. R. 624-7.

¹⁸⁹⁷ Art. R. 624-7 (modifié par Décret n° 2012-16 du 5 janvier 2012 - art. 7) : « *Le fait, pour l'un ou l'autre parent d'un enfant soumis à l'obligation scolaire ou pour toute personne exerçant à son égard l'autorité parentale ou une autorité de fait de façon continue, après avertissement donné par le directeur académique des services de l'éducation nationale agissant sur délégation du recteur d'académie et mise en œuvre des procédures définies à l'article R. 131-7 du code de l'éducation, de ne pas imposer à l'enfant l'obligation d'assiduité scolaire sans faire connaître de motif légitime ou d'excuse valable ou en donnant des motifs d'absence inexacts est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la 4e classe. Le fait de faciliter, par aide ou assistance, la commission de la contravention prévue au présent article est puni des mêmes peines* ».

cause, ni l'absence de motif légitime mais le défaut de réponse à l'administration. Magistrats¹⁸⁹⁸ et sociologues¹⁸⁹⁹ n'ont cessé de déplorer cette stigmatisation des parents défaillants, présentés comme démissionnaires alors qu'ils sont tout simplement en difficulté et démunis, ce qui ne peut être qu'accentué par une condamnation pénale qui les accule davantage¹⁹⁰⁰. On récence, par ailleurs, de nombreux refus, assortis de l'exception de motif légitime, tels que les refus de tout citoyen d'obtempérer à certaines réquisitions¹⁹⁰¹, de comparaître à une commission de conciliation¹⁹⁰² ou encore du non-déferrement d'un juré à sa convocation¹⁹⁰³. Ces insoumissions prennent un caractère disciplinaire lorsqu'elles ne s'appliquent qu'à une catégorie de citoyens, dans le cadre de leur fonction, comme le fait par le responsable d'une organisation de ne pas déférer, sans motif légitime, à une nouvelle convocation¹⁹⁰⁴.

408. Les insubordinations à caractère disciplinaire. Le Code disciplinaire et pénal de la marine marchande réprime également, en l'absence de motif légitime, le refus d'obtempérer aux réquisitions¹⁹⁰⁵ ou encore l'abstention, pour un marin, de prendre son service et de ne pas se mettre en mesure de rembourser les avances¹⁹⁰⁶. Si cette incrimination, sans doute excessive, vient enfin d'être abrogée, des infractions persistent « *touchant la police intérieure du navire* ». Il s'agit du refus ou de la négligence, sans motif légitime, pour tout capitaine « *de tenir régulièrement le journal du bord, le livre de discipline et autres*

¹⁸⁹⁸ Voir, pour les considérations critiques d'un ancien président de l'Association française des magistrats de la jeunesse et de la famille, BARANGER T., « L'article 227-17, l'ultime recours des magistrats », *Le Monde*, 10 mars 2000.

¹⁸⁹⁹ Voir, pour la démonstration qu'il est impossible de restaurer par la contrainte, une autorité qui requiert la reconnaissance et pour la proposition de mise en œuvre de « *soutiens à la parentalité* », REVAULT d'ALLONNES M., *Pouvoir des commencements, essai sur l'autorité*, Seuil, 2006. Voir aussi LAGRANGE H., « Justice, enfants délinquants, parents condamnés », *L'express*, 16 déc. 1999, où l'auteur préconise « *d'éviter de sanctionner ceux qu'il faudrait aider* ».

¹⁹⁰⁰ Voir, sur les aspects sociologiques de la question de la perte d'autorité liée à la crise sociale (précarité chômage), PEDRON P., « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », *J.-Cl. Pénal*, Art. 227-17, fasc. 20 (7 juil. 2008), n° 3.

¹⁹⁰¹ Voir C. pén., art. R. 642-1 et CPP, art. 60-1.

¹⁹⁰² Voir C. travail, art. R. 2263-5 (art. R. 532-1, ancien), créé par le décret du 7 mars 2008 (n° 2008-244 - art. V). « *Le fait, pour le responsable d'une organisation, de ne pas déférer, sans motif légitime, à la nouvelle convocation qui lui a été adressée en application de l'article D. 2261-12, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe* ».

¹⁹⁰³ Voir CPP, art. 288 al.4.

¹⁹⁰⁴ Voir C. travail, art. R. 2263-5 (art. R. 532-1, ancien), créé par le décret du 7 mars 2008 (n° 2008-244 - art. V). « *Le fait, pour le responsable d'une organisation, de ne pas déférer, sans motif légitime, à la nouvelle convocation qui lui a été adressée en application de l'article D. 2261-12, est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe* ».

¹⁹⁰⁵ Voir C. disc. pén. marine marchande, art. 65.

¹⁹⁰⁶ Voir C. disc. pén. marine marchande, art. 54.

documents réglementaires »¹⁹⁰⁷. Par ailleurs, le Code de justice militaire actuel qualifie d'« *infractions contre la discipline* » certaines insubordinations comme le refus de siéger à l'audience d'une juridiction militaire, puni d'une peine d'emprisonnement¹⁹⁰⁸. Est ainsi placée dans une section intitulée « *De l'insubordination* » et dans une sous-section intitulée « *Du refus d'un service dû légalement* », la qualification délictuelle du « *fait pour tout militaire de refuser ou, sans excuse légitime, d'omettre de se rendre aux audiences des juridictions des forces armées où il est appelé à siéger* »¹⁹⁰⁹. En cas de refus, si le coupable est un officier, il peut, en outre, être puni de la destitution ou de la perte du grade. Alors qu'un juré convoqué pour siéger à la cour d'assises n'encourt qu'une amende en cas de défaillance, le militaire qui omet de se rendre aux audiences de la juridiction des forces armées où il est appelé à siéger, est puni d'un emprisonnement de six mois. Si la qualité de militaire semble justifier la fulmination de peines très sévères, le devoir de soumission à l'autorité militaire peut aussi concerner des simples civils, selon le Code de la défense¹⁹¹⁰. Le refus ou l'abandon du service assigné en temps de guerre vise, en effet, des travailleurs civils de certains domaines d'activité, réputés individuellement requis. En dépit des circonstances exceptionnelles, la présomption de réquisition peut sembler excessive, tout comme la peine de 5 ans d'emprisonnement.

409. La matérialité insuffisamment circonscrite des infractions à motif légitime. Les abstentions incriminées sauf motif légitime ne sanctionnent bien souvent qu'un risque abstrait. Nombre d'entre elles sanctionnent des indisciplines et insoumissions à l'autorité publique. Elles apparaissent alors comme des atteintes purement formelles, ce qui ne les empêche de recouvrir des qualifications délictuelles. Ces omissions insuffisamment circonstanciées et excessivement réprimées cèdent parfois le pas à des actions qui ne se sont

¹⁹⁰⁷ C. disc. pén. marine marchande, art. 43 (modifié par l'ordonnance du 28 octobre 2010, n° 2010-1307 - art. 7) : « *Est puni, pour chacune des infractions visées ci-après, de l'amende prévue pour les contraventions de la 5e classe, tout capitaine qui refuse ou néglige, sans motif légitime : 1° De faire les constatations requises en cas de crime ou de délit commis à bord ; 2° De rédiger : soit les actes de l'état civil, les procès-verbaux de disparition et les testaments, dans les cas prévus par les articles 59, 62, 86, 87, 988 et 989 du Code civil, soit les actes de procuration, de consentement et d'autorisation prévus par la loi du 8 juin 1893, soit les rapports de maladies, blessures ou décès des participants à la caisse nationale de prévoyance des marins français ; 3° De tenir régulièrement le journal du bord, le livre de discipline et autres documents réglementaires* ».

¹⁹⁰⁸ C. just. mil., art. L. 323-18.

¹⁹⁰⁹ *Ibid.*

¹⁹¹⁰ « *Dans les cas prévus à l'article L. 2223-17, le personnel occupé ou appelé à être occupé à l'exploitation des voies navigables placées sous l'autorité militaire est réputé individuellement requis. Est puni, en temps de guerre, de cinq ans d'emprisonnement le fait de refuser, ou d'abandonner, sans motif légitime, le service ou le travail assigné. Les mêmes peines sont applicables dans les cas prévus à l'article L. 2223-18 pour le personnel des mines et des établissements industriels réquisitionnés et de leurs dépendances* » (C. défense, art. L. 2236-5).

guère plus significantes matériellement. Pour positifs qu'ils soient, ces comportements ne présentent pas moins un déficit matériel et causal.

B) La matérialité dérisoire des actions incriminées

410. L'incrimination de comportements positifs équivoques. Les infractions à motif légitime portent souvent sur les faits de détention d'objets potentiellement dangereux ou d'autres actions dérisoires du même acabit. Il peut s'agir d'infractions de préparation ou d'infractions de conséquence, comme en matière de détention de denrées falsifiées ou d'objets contrefaits, mais la logique demeure préventive dans les deux hypothèses. Un comparatiste a pu déplorer que la responsabilité pénale soit ainsi dilatée en amont de la tentative et étirée en aval de la consommation¹⁹¹¹. Il était alors question des incriminations dérogatoires d'association de malfaiteurs et de blanchiment. L'exception de motif légitime affecte des faits bien moins graves, présentant un risque hypothétique pour des valeurs moins importantes. C'est dire si les dérogations aux principes ne connaissent que peu de limites. On remarque, ainsi, que le domaine du motif légitime s'étend aux actions les plus équivoques avec une prédominance des détentions éventuellement préparatoires (1) et une présence résiduelle d'actions aussi faiblement et aussi peu certainement attentatoires (2).

1) La prédominance des détentions éventuellement préparatoires

411. Des détentions d'objets potentiellement dangereux. Relèvent des infractions à motif légitime, de nombreuses détentions d'armes dont le port d'arme même régulier¹⁹¹². Le texte renvoie à une autorisation d'acquisition et de détention au domicile, de l'arme, de ses éléments constitutifs ou munitions qui ne permet pas à son bénéficiaire le port ni le transport

¹⁹¹¹ PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, Bibl. sc. Crim., 2010, T. 48, n° 44.

¹⁹¹² Voir l'article L. 2339-9 du Code de la défense qui dispose que « *I.-Quiconque, hors de son domicile et sauf les exceptions résultant des dispositions des articles L. 2338-1 et L. 2338-2, est trouvé porteur ou effectue sans motif légitime le transport d'une ou plusieurs armes de 1re, 4e ou 6e catégorie, ou d'éléments constitutifs de ces armes des 1re et 4e catégories ou des munitions correspondantes, même s'il en est régulièrement détenteur, est puni : 1° S'il s'agit d'une arme de la 1re ou de la 4e catégorie ou d'éléments constitutifs de ces armes ou de munitions correspondantes, d'un emprisonnement de cinq ans et d'une amende de 3 750 euros ; 2° S'il s'agit d'une arme de la 6e catégorie, d'un emprisonnement de trois ans et d'une amende de 3 750 euros. II.-L'emprisonnement peut être porté à dix ans dans les cas suivants : 1° Si l'auteur des faits a été antérieurement condamné pour crime ou délit à une peine égale ou supérieure à un an d'emprisonnement ferme ou à une peine plus grave ; 2° Si le transport d'armes est effectué par au moins deux personnes ; 3° Si deux personnes au moins sont trouvées ensemble porteuses d'armes. III.-Dans tous les cas prévus au présent article, le tribunal ordonne la confiscation des armes. IV.-La peine complémentaire de l'interdiction de séjour peut être prononcée suivant les modalités prévues par l'article 131-31 du code pénal.* »

« sans motif légitime »¹⁹¹³. L'infraction s'applique aux armes de première, quatrième et sixième catégories, la dernière s'entendant des « *objets susceptibles de constituer une arme dangereuse pour la sécurité publique* »¹⁹¹⁴ et peut donc renvoyer à de simples outils. S'est ainsi rendu coupable de port prohibé d'arme de la sixième catégorie le prévenu qui détenait, hors de son domicile et sans justification, une serpe et une faucille¹⁹¹⁵. Si la dangerosité de l'objet justifie l'incrimination d'actes de faible densité matérielle, il mériterait d'être dûment précisé. Or, l'extrême variété des armes¹⁹¹⁶ rendrait illusoire toute définition en termes génériques, ce dont témoigneraient les définitions textuelles qualifiées « *de simples paraphrases, parfois tautologiques, ou de définitions partielles* »¹⁹¹⁷. Les faits visés restent, de surcroît, insuffisamment circonstanciés, qui recouvrent des hypothèses de déménagement, de retour au magasin, au réparateur ou au commissariat. Aussi est-il possible de considérer qu'aucun risque concret pour l'intégrité des biens ou personnes n'est exigé, mais une simple lésion abstraite de la sécurité publique.

D'autres dispositions faisant réserve d'un motif légitime exigent des circonstances particulières, mais elles se bornent alors à la notion d'arme *lato sensu*. Il en va ainsi du récent délit d'introduction d'arme dans un établissement scolaire¹⁹¹⁸, étant observé que les cartables d'école peuvent contenir moult objets perforants, tranchants, contondants ou susceptibles de blesser. Il s'agira souvent des compas, équerres, cutters, cordes à sauter, élastiques, raquettes de sports ou parfois même d'aérosols de défense lorsque le trajet de l'école n'est pas très sûr. Est pareillement réprimé le fait, lors d'un événement sportif, d'introduire des fusées ou artifices de toute nature « *dans une enceinte sportive* » ou d'y « *introduire, sans motif légitime, tout objet susceptible de constituer une arme au sens de l'article 132-75 du Code pénal* »¹⁹¹⁹. La tendance du motif légitime à intégrer des infractions dont la matérialité est

¹⁹¹³ MONTREUIL J., « *Armes et munitions, matériels de guerre, poudres et explosifs* », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 10, juin 1997, n° 21, 91 et 121.

¹⁹¹⁴ *Ibid.* n° 73. Sont ainsi exclues les nombreuses armes destinées aux activités sportives ou ludiques qui peuvent aisément être détournées de leur finalité. En effet, la cinquième catégorie de la réglementation relative aux « *armes de chasse* » n'est pas visée, ni la septième catégorie dite des armes « *de tir, de foire ou de salon* », pas plus que la huitième dite des « *armes historiques et de collection* ».

¹⁹¹⁵ Paris, 11^{ème} Ch., 11 juin 2001, *JurisData* n° 2001-159047.

¹⁹¹⁶ Armes par nature, armes dites de défense, armes de guerre, armes blanches, armes par destination...

¹⁹¹⁷ MONTREUIL J., *op.cit.*, n° 2.

¹⁹¹⁸ Voir l'article 431-28 du Code pénal (créé par la loi du 2 mars 2010, n° 2010-201 - art. 13) qui dispose que « **Le fait pour une personne habilitée ou autorisée à pénétrer dans un établissement scolaire de pénétrer ou de se maintenir dans un tel établissement en étant porteuse d'une arme sans motif légitime est puni d'une peine de trois ans d'emprisonnement et 45 000 € d'amende** ».

¹⁹¹⁹ Voir l'article L. 332-8 (modifié par loi du 2 mars 2010, n° 2010-201 - art. 9) qui dispose que « **Le fait d'introduire, de détenir ou de faire usage des fusées ou artifices de toute nature ou d'introduire sans motif légitime tous objets susceptibles de constituer une arme au sens de l'article 132-75 du code pénal dans une enceinte sportive lors du déroulement ou de la retransmission en public d'une manifestation sportive est puni de**

particulièrement équivoque est évidente lorsqu'il existe une pluralité d'objets au sein d'une infraction et que seul le plus imprécis est affecté de l'exception de motif légitime. En l'occurrence, le fait que seule l'introduction d'objet susceptible de constituer une arme soit assortie d'une telle exception, témoigne du caractère équivoque de cet objet comparé aux fusées ou artifices¹⁹²⁰. En outre, sachant que toutes les détentions d'objets potentiellement dangereux reviennent à des incriminations, dérogatoires mais de moins en moins exceptionnelles, d'actes préparatoires, il est remarquable que la tentative soit expressément prévue par ce dernier texte. Il convient de relever que ce délit de préparation de violences est sévèrement réprimé comparé à leur réalisation effective qui serait punie de peines contraventionnelles en cas de faible préjudice et dont la tentative n'est pas réprimée¹⁹²¹. La répression d'une telle tentative de préparation permet, sans trop s'avancer, de qualifier cette infraction de simple risque abstrait pour « *la sécurité des manifestations sportives* ». La jurisprudence a même qualifié de recel de choses le fait de récupérer un fumigène allumé¹⁹²² alors que la détention est prévue par l'incrimination extensive du Code de sport. Ce délit s'ajoute, au demeurant, à de nombreux délits voisins dont l'introduction de boissons alcooliques¹⁹²³, l'accès à une enceinte sportive en état d'ivresse¹⁹²⁴, le port ou l'exhibition des signes ou symboles néo-nazi¹⁹²⁵, le jet de projectiles dangereux¹⁹²⁶, la provocation des spectateurs à la haine ou à la violence¹⁹²⁷, dont la cohérence « *laisse passablement à désirer* »¹⁹²⁸. En tout état de cause, l'article 132-75 du Code pénal, dont il est fait mention, définit l'arme par nature comme « *tout objet conçu pour tuer ou blesser* ». Entérinant la jurisprudence antérieure, il assimile à cette catégorie l'arme simulée et l'arme par destination. D'autres textes ont pu viser cette disposition large en raison des circonstances. Ainsi, lorsque « *les circonstances font craindre des troubles graves de l'ordre public et à compter du jour*

***trois ans d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. La tentative du délit prévu au premier alinéa est punie des mêmes peines* ».**

¹⁹²⁰ Voir pour des fumigènes, Bordeaux, 3^{ème} Ch. corr., 12 févr. 2004, n° 03-005, *JurisData* n° 2004-250981 ; Paris, 13^{ème} Ch. corr., 8 juin 2005, n° 05-01600, *JurisData* n° 2005-281773 ; Douai, 6^{ème} Ch., 5 nov. 2002, n° 02-01350, *JurisData* n° 2002-200817.

¹⁹²¹ Voir C. pén., R. 625-1 (violences volontaires), R. 625-2 (violences involontaires) et R. 625-3 (faute délibérée).

¹⁹²² Voir Rennes, 26 janv. 2007, n° 06-02063, *JurisData* n° 2007-335029.

¹⁹²³ Voir C. sport, art. L. 332-3, al. 1.

¹⁹²⁴ Voir C. sport, art. L. 332-4 et par exemple Aix-en-Provence, 13^{ème} Ch. corr., 23 sept. 2005, n° 1186D-2005, *JurisData* n° 2005-284736.

¹⁹²⁵ Voir C. sport, art. L. 332-7 et pour la pratique du salut nazi dont le prévenu « *ne peut pas ignorer le sens* », Paris, 11^{ème} Ch. corr., 7 sept. 2005, n° 05-02696, *JurisData* n° 2005-286713.

¹⁹²⁶ Voir C. sport, art. L. 332-9 et pour le jet d'un ballon en plastic rempli d'un liquide sur le gardien adverse, Aix-en-Provence, 13^{ème} Ch. corr., 23 sept. 2005, préc.

¹⁹²⁷ Voir C. sport, art. L. 332-6.

¹⁹²⁸ SAENKO L., « *Sport* », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 20, juillet 2010, n° 56, où l'auteur déplore particulièrement le recours aléatoire à la répression de la tentative, pour ce groupe d'infractions.

de déclaration d'une manifestation sur la voie publique ou si la manifestation n'a pas été déclarée dès qu'il en a connaissance », le préfet peut « interdire, pendant les vingt-quatre heures qui la précèdent et jusqu'à sa dispersion, le port et le transport sans motif légitime, d'objets pouvant constituer une arme au sens de l'article 132-75 du Code pénal »¹⁹²⁹. En dépit du caractère particulièrement large de ces dispositions, la jurisprudence trouve parfois à les étendre de manière inconsidérée. La Cour de cassation a considéré, dans un arrêt du 9 juin 2009, que « l'utilisation de l'arme lors de l'attroupement »¹⁹³⁰ est étrangère à la constitution du délit de port d'arme lors d'un attroupement¹⁹³¹. En l'espèce, un individu qui faisait partie du cortège des manifestants, en marge du sommet de l'Otan, à Strasbourg, avait été trouvé porteur d'une barre de fer qu'il déclarait avoir pris sur les lieux pour en faire un piquet de tente. L'arrêt cassé avait considéré, en toute logique, que l'objet détenu par le prévenu n'était pas une arme par destination et qu'il ne l'avait « pas utilisée lors d'un attroupement au contact avec les forces de l'ordre ». La définition de l'arme par destination comporte en effet deux exigences cumulatives. L'objet qui, n'est pas conçu pour tuer ou blesser, doit être « susceptible de présenter un danger pour les personnes ». Cet objet dangereux ne doit être assimilé à une arme que s'il a été « utilisé pour tuer, blesser ou menacer, ou qu'il est destiné, par celui qui en est porteur, à tuer, blesser ou menacer ». Or, la Cour de cassation occulte ici purement et simplement cette condition nécessaire à la caractérisation d'une arme largement entendue.

Si toutes ces incriminations correspondent à des actes préparatoires et ne requièrent aucun risque concret pour la sécurité publique, certaines font expressément référence à la préparation de destructions de biens, qui ne requièrent elles-mêmes qu'un risque abstrait pour les personnes¹⁹³². Il en va ainsi de l'incrimination récente de la détention sans motif légitime de produits explosifs ou incendiaires permettant de commettre une destruction de bien dangereuse pour les personnes, ainsi que d'éléments interdits destinés à entrer dans leur

¹⁹²⁹ Loi du 21 janvier 1995 (n° 95-73 - art. 2 bis) ajoutant au décret-loi du 23 octobre 1935, portant réglementation des mesures relatives au renforcement du maintien de l'ordre public.

¹⁹³⁰ C. crim., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-85764, (inédit).

¹⁹³¹ Art. 431-5, C. pén. (modifié par loi du 2 mars 2010, n° 2010-201 - art. 3) : « Le fait de participer à un attroupement en étant porteur d'une arme est puni de **trois ans** d'emprisonnement et de 45 000 € d'amende. **Si la personne armée a continué volontairement à participer à un attroupement après les sommations**, la peine est portée à **cinq ans** d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende. **Si la personne armée dissimule volontairement** en tout ou partie **son visage** afin de ne pas être identifiée, la peine est également portée à **cinq ans** d'emprisonnement et à 75 000 € d'amende ».

¹⁹³² Voir Crim., 30 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 71, où la présence d'une personne sur les lieux est indifférente ; MALABAT V., *Droit pénal spécial*, op. cit., n° 886.

composition¹⁹³³. Jusque là, en matière de destructions de biens, comme ailleurs, les actes préparatoires n'étaient pas punissables. La jurisprudence ne réprimait pas la réunion des moyens incendiaires ou destructeurs avant leur mise en œuvre¹⁹³⁴. Contrairement au premier alinéa qui ne mentionne aucun motif légitime, la finalité abstraitement dangereuse n'a même plus à être caractérisée « *par un ou plusieurs faits matériels* ». Là encore, l'incrimination apparaît insuffisamment circonstanciée, d'autant que l'objet sur lequel porte la détention est à ce point large qu'il pourrait s'entendre des simples allumettes, briquets ou produits domestiques inflammables.

412. Des détentions d'objets faiblement dangereux. Sur le même modèle que les infractions précédentes, d'autres textes incriminent des détentions d'objets beaucoup moins dangereux, tel que le seul « *port ou le transport, sans motif légitime, d'artifices non détonants* », tout de même puni d'emprisonnement¹⁹³⁵. Il en est de même, de la détention sans motif légitime, dans des locaux à usage industriel ou commercial, d'appareils inexacts de mesure des marchandises, d'aliments ou de médicaments falsifiés ou altérés, ou d'objets propres à falsifier des denrées alimentaires¹⁹³⁶. Seule la détention fait réserve d'un motif

¹⁹³³ Voir l'article 322-11-1 (créé par la loi du 5 mars 2007, n° 2007-297 - art. 45) qui dispose que « *La détention ou le transport de substances ou produits incendiaires ou explosifs ainsi que d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou engins incendiaires ou explosifs en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, des infractions définies à l'article 322-6 ou d'atteintes aux personnes est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 d'amende. Les peines sont portées à dix ans d'emprisonnement et à 500 000 d'amende lorsque ces faits sont commis en bande organisée. Hors les cas prévus aux deux premiers alinéas, est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 Euros d'amende la détention ou le transport sans motif légitime : 1° De substances ou produits explosifs permettant de commettre les infractions définies à l'article 322-6, lorsque ces substances ou produits ne sont pas soumis, pour la détention ou le transport, à un régime particulier ; 2° De substances ou produits incendiaires permettant de commettre les infractions définies à l'article 322-6 ainsi que d'éléments ou substances destinés à entrer dans la composition de produits ou engins incendiaires ou explosifs, lorsque leur détention ou leur transport ont été interdit par arrêté préfectoral en raison de l'urgence ou du risque de trouble à l'ordre public.* »

¹⁹³⁴ Voir GARCON E., OLLARD R., J.-Cl. Pénal Code, Art. 322-5 à 322-11-1, « Destructures, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes », janvier 2010, n° 32 et s., spéc. 37.

¹⁹³⁵ « *punis de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende* » (Art. L 2353-10, C. défense).

¹⁹³⁶ Voir l'article L 213-4 du Code de la consommation (modifié par l'ordonnance du 19 septembre 2000, n° 2000-916 - art. 3) qui dispose que « *Seront punis d'une amende de 4500 euros et d'un emprisonnement de trois mois au plus ou de l'une de ces deux peines seulement, ceux qui, sans motifs légitimes, seront trouvés détenteurs dans tous les lieux de fabrication, de production, de conditionnement, de stockage, de dépôt ou de vente, dans les véhicules utilisés pour le transport des marchandises, ainsi que dans les lieux où sont hébergés ou abattus les animaux dont la viande ou les produits sont destinés à l'alimentation humaine ou animale : 1° Soit de poids ou mesures faux ou autres appareils inexacts servant au pesage ou au mesurage des marchandises ; 2° Soit de denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, de boissons, de produits agricoles ou naturels qu'ils savaient être falsifiés, corrompus ou toxiques ; 3° Soit de substances médicamenteuses falsifiées ; 4° Soit de produits, objets ou appareils propres à effectuer la falsification des denrées servant à l'alimentation de l'homme ou des animaux, des boissons ou des produits agricoles ou naturels. Si la substance alimentaire falsifiée ou corrompue ou si la substance médicamenteuse falsifiée est*

légitime alors que sont, par ailleurs, incriminés les faits d'exposition ou de mise en vente des produits susmentionnés¹⁹³⁷. Aucun risque concret n'est requis puisque l'objet n'a même pas besoin d'être proposé à la vente, ni même d'être nuisible pour la santé des hommes ou des animaux, puisqu'il s'agit seulement d'une circonstance aggravante. La jurisprudence a considérablement diminué l'intérêt de la simple détention par son interprétation extensive de la mise en vente¹⁹³⁸. Elle tend, en effet, à réprimer au titre de la mise en vente, de simples actes préparatoires, lorsque le détenteur est lui-même vendeur. Dans cette hypothèse, elle ne tient pas compte de l'absence d'étiquette ou de prix, ni du fait que l'objet incriminé soit placé à l'écart de la vue du public dans une réserve, ni même de sa destination à la transformation¹⁹³⁹. « Ces solutions réduisent en pratique le champ d'application de l'article L. 213-4 au cas des détenteurs précaires »¹⁹⁴⁰. La jurisprudence semble faire fi du pouvoir de contrôle très variable des dépositaires, séquestres ou transporteurs, alors qu'ils n'ont pas toujours la possibilité d'examiner la marchandise, ni forcément le droit de défaire l'emballage¹⁹⁴¹. Elle reste, au demeurant, très souple quant à l'appréciation des « locaux » de la détention ; il pourra s'agir d'un lieu public ou d'un véhicule particulier dès lors que l'usage effectif est industriel ou commercial¹⁹⁴².

Il existe, cependant, des infractions de détention beaucoup moins circonstanciées, alors qu'elles portent sur des objets dont le danger est encore plus relatif. La détention, sans motif légitime, de marchandises présentées sous une marque contrefaisante¹⁹⁴³ en est une excellente

nuisible à la santé de l'homme ou de l'animal, l'emprisonnement sera de deux ans et l'amende de 37500 euros ».

¹⁹³⁷ Voir C. cons., art. L. 213-3, 2°.

¹⁹³⁸ Voir, pour ce constat, ROBERT J.-H., « *Fraudes* » *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 50, juin 2004, n° 55 et s.

¹⁹³⁹ Voir, pour un restaurateur détenant dans son réfrigérateur de la viande corrompue alors qu'il n'était pas établi qu'elle était destinée à être servie, Crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.*, n° 10.

¹⁹⁴⁰ ROBERT J.-H., « *Fraudes* » *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 50, juin 2004, n° 57.

¹⁹⁴¹ Voir, pour un cas similaire de tromperie où un commissionnaire a été condamné nonobstant l'allégation de l'appartenance de la marchandise litigieuse à un étranger et son interdiction de rompre l'emballage, Crim., 11 juin 2003, *Bull. crim.*, n° 120 ; *Dr. pén.* 2003, comm. 101.

¹⁹⁴² « Du moins subsiste la condition selon laquelle les produits détenus sont destinés à la vente, car le délit de l'article L. 213-4 n'est qu'un acte préparatoire de la falsification dont la répression est subordonnée à cette condition » (ROBERT J.-H., préc., n° 58.).

¹⁹⁴³ Voir l'article L. 716-10 du Code de propriété intellectuelle (modifié par loi du 14 mars 2011, n° 2011-267 - art. 3), qui dispose qu' « Est puni de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 euros d'amende le fait pour toute personne a) **De détenir sans motif légitime, d'importer ou d'exporter des marchandises présentées sous une marque contrefaisante** ; b) D'offrir à la vente ou de vendre des marchandises présentées sous une marque contrefaisante ; c) De reproduire, d'imiter, d'utiliser, d'apposer, de supprimer, de modifier une marque, une marque collective ou une marque collective de certification en violation des droits conférés par son enregistrement et des interdictions qui découlent de celui-ci. L'infraction, prévue dans les conditions prévues au présent c, n'est pas constituée lorsqu'un logiciel d'aide à la prescription permet, si le prescripteur le décide, de prescrire en dénomination commune internationale, selon les règles de bonne pratique prévues à l'article L. 161-38 du code de la sécurité sociale ; d) De sciemment livrer un produit ou fournir un service autre que celui qui lui est demandé sous une marque enregistrée. L'infraction, dans les conditions prévues au d, n'est pas

illustration. On peut d'abord douter de l'utilité de cette incrimination au vu de l'existence d'une qualification non intentionnelle « générique » dont le champ d'application est particulièrement vaste. Des auteurs font valoir que s'il existe un « *cumul apparent avec la contrefaçon par usage de marque* », la répression de la détention de contrefaçons serait plus difficile, en tant que soumise à « *l'exigence d'un élément moral intentionnel évidemment plus exigeant (...) rendant alternatives les qualifications en présence* »¹⁹⁴⁴. Cette condition supplémentaire apparaît comme largement artificielle, tant il est vrai que la volonté de l'acte se présume et que la densité morale de la responsabilité pénale ne sera que le reflet de la faible densité matérielle de cette infraction¹⁹⁴⁵. En effet, la matérialité est elle-même réduite comme une peau de chagrin, qui ne requiert ni la qualité de professionnel, ni de circonstances tendant à la commercialisation du produit. Le texte ne se bornerait pas, de la sorte, à la répression de la préparation organisée de la mise en vente, qui protégerait, au-delà de la marque, les intérêts du consommateur. Loin s'en faut, étant donné que le simple particulier à qui l'on offrirait un produit portant une marque contrefaisante pourrait être inquiété pénalement¹⁹⁴⁶, ainsi que le suggéraient les travaux préparatoires¹⁹⁴⁷.

413. La préparation d'actes préparatoires aux atteintes informatiques. Si l'on vient de constater l'existence d'une répression de la préparation éventuelle d'un risque abstrait pour les personnes ou de la tentative de préparation éventuelle de violence, une autre incrimination récente conforte cette tendance moderne à l'accentuation de la répression de la phase préparatoire des atteintes mineures et même des actes situés en amont de celle-ci. Il s'agit de la simple détention d'instruments ou de données adaptés pour commettre une atteinte à un système automatisé de traitement de données¹⁹⁴⁸ qui ne protège, pourtant, aucune

constituée en cas d'exercice par un pharmacien de la faculté de substitution prévue à l'article L. 5125-23 du code de la santé publique. Lorsque les délits prévus aux a à d ont été commis en bande organisée ou sur un réseau de communication au public en ligne, les peines sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 euros d'amende »

¹⁹⁴⁴ BONNARD H., BLORET-PUCCIB G., « Contrefaçon de marques de fabrique, de commerce ou de service » J.-Cl. *Lois pénales spéciales*, Fasc. 20 (20 Septembre 2010), n° 60.

¹⁹⁴⁵ Pour cette conception générale de la culpabilité comme résultant de la caractérisation matérielle de l'infraction et de la présomption d'imputabilité, Cf. *supra* n° 196; et sur l'imputabilité quasi automatique des infractions à motif légitime, Cf. *infra* n° .

¹⁹⁴⁶ Si l'infraction s'analyse comme une simple préparation de la mise en vente, elle s'apparente à un délit de conséquence du point de vue du produit contrefait.

¹⁹⁴⁷ Voir l'avis de la Commission des finances, de l'économie générale et du plan, rapporté par HAENEL H., Sénat, 2002-2003, n° 445 ; BONNARD H., BLORET-PUCCIB G., préc., n° 15, n° 56.

¹⁹⁴⁸ Voir l'article 323-3-1 du Code pénal (créé par loi du 21 juin 2004, n° 2004-575 - art. 46) qui dispose que « **Le fait, sans motif légitime, d'importer, de détenir, d'offrir, de céder ou de mettre à disposition un équipement, un instrument, un programme informatique ou toute donnée conçus ou spécialement adaptés pour commettre une ou plusieurs des infractions prévues par les articles 323-1 à 323-3 est puni des peines prévues respectivement pour l'infraction elle-même ou pour l'infraction la plus sévèrement réprimée** ».

valeur essentielle. La jurisprudence condamne de ce chef le fait de conserver à la fin de ses fonctions, un code d'identification permettant l'accès à un tel système et remis dans un cadre professionnel¹⁹⁴⁹. Non seulement, l'acte est éloigné de l'atteinte redoutée, d'autant plus que son objet est extrêmement flou, mais l'infraction est punie des mêmes peines que la plus grave des infractions préparées. Celui qui ne s'est pas séparé d'une donnée ou d'un instrument idoine, encourt alors les mêmes peines que celui qui l'utilise frauduleusement. Pour parfaire cet inquiétant tableau, le législateur a choisi de punir des mêmes peines la tentative de ce délit éventuellement préparatoire¹⁹⁵⁰. Et, pour éviter toute « demi-mesure », il punit des mêmes peines l'entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de cet acte préparatoire¹⁹⁵¹.

414. Des menaces abstraites et équivoques. Qu'il s'agisse ou non de faits de détention, les actions réprimées sauf motif légitime ne possèdent qu'une matérialité réduite et équivoque. Il s'agit de risques abstraits pour des valeurs secondaires qui consistent le plus souvent en la réalisation de faits éventuellement préparatoires, soustraits aux règles gouvernant la tentative. Leur matérialité sera à peine caractérisable en cas de répression en amont de la préparation puisque le législateur réussit l'exploit de réprimer la préparation où le commencement d'exécution de certains actes préparatoires.

2) La présence résiduelle d'actions hypothétiquement attentatoires

415. Le risque d'atteinte au bon déroulement d'un scrutin de vote. Le Code électoral incrimine un certains de nombres d'atteintes concrètes à la sincérité, au déroulement ou au secret du scrutin, ainsi que leurs tentatives, punies des mêmes peines délictuelles¹⁹⁵². La même sévérité est appliquée à l'expulsion, sans motif légitime, de la salle de vote d'un

¹⁹⁴⁹ Voir pour la répression au titre du maintien frauduleux (C. pén., art 323-1), de l'utilisation d'un tel code (par des simples connexions, le code n'ayant été saisi qu'initialement), Crim., 3 oct. 2007, *Bull crim.* n° 236, *D.* 2007, *AJ.* 2807 ; *RSC* 2008. 99, obs. FRANCILLON J. ; *AJ pénal* 2007. 535, obs. ROYER G. ; *Dr. pénal* 2007, chron. 17, obs. LEPAGE A.

¹⁹⁵⁰ Voir C. pén., art. 323-7.

¹⁹⁵¹ Voir C. pén., art. 323-4.

¹⁹⁵² Voir notamment C. électoral, art. L. 116 al. 1 et 2 : « *Ceux qui, par des manœuvres frauduleuses quelconques, accomplies même en dehors des locaux ou commissions visés à l'article L. 113, auront porté atteinte ou tenté de porter atteinte à la sincérité d'un scrutin, violé ou tenté de violer le secret du vote, empêché ou tenté d'empêcher les opérations du scrutin, ou qui, par les mêmes manœuvres, en auront changé ou tenté de changer les résultats, seront punis des peines portées audit article. Les mêmes peines seront appliquées à tout individu qui aura porté atteinte ou tenté de porter atteinte au fonctionnement d'une machine à voter en vue d'empêcher les opérations du scrutin ou d'en fausser les résultats* ».

assesseur ou délégué¹⁹⁵³. Ce fait ne constitue pourtant pas nécessairement un obstacle à l'exercice de ses prérogatives, faute de précision des circonstances, tenant notamment à l'attitude du délégué expulsé ou aux horaires d'ouverture au public ou au personnel chargé du scrutin. Il s'agit encore d'un risque abstrait, pour le moins éloigné de l'atteinte effective au bon déroulement du scrutin, mais tout de même puni d'une peine d'emprisonnement d'un an, portée au double lorsque l'auteur est un agent public ou assimilé¹⁹⁵⁴.

416. L'inobservation de la réglementation du transport routier. De nombreuses obligations, relatives à l'utilisation de disques d'enregistrement et de contrôle des temps de conduite et de repos, sont à la charge du conducteur du véhicule¹⁹⁵⁵. Elles sont majoritairement issues d'un règlement communautaire¹⁹⁵⁶ particulièrement contraignant et la répression de leurs manquements est organisée par décret¹⁹⁵⁷. Le conducteur doit manipuler correctement le disque afin que soient enregistrés les temps de conduite, de travail autres que la conduite, de disponibilité, ainsi que le temps passé à côté du conducteur et celui passé sur une couchette pendant la marche du véhicule et enfin les interruptions de conduite et les périodes de repos journaliers¹⁹⁵⁸. C'est ainsi qu'il existe notamment des contraventions de retrait du disque sans motif légitime et d'utilisation sans motif légitime de plusieurs disques pour une même journée¹⁹⁵⁹. Il peut donc seulement s'agir d'erreurs qui n'emportent pas forcément le non-respect des temps de conduite prescrits. Le simple fait de se soustraire au contrôle constitue éventuellement un fait de préparation des manquements plus importants. En tout état de cause, ces agissements ne représentent qu'un risque abstrait d'atteinte à la sécurité du transport routier, lequel ne paraît mériter qu'une sanction disciplinaire.

¹⁹⁵³ « Les mêmes peines seront appliquées à toute personne qui aura fait expulser sans motif légitime de la salle de vote un assesseur ou un délégué ou qui l'aura empêché d'exercer ses prérogatives » (C. électoral, art. L. 116 al. 3).

¹⁹⁵⁴ Par renvoi à l'article L. 116 du Code électoral.

¹⁹⁵⁵ La détérioration ou l'emploi irrégulier d'appareils de contrôle peut constituer un délit lorsque l'intéressé agit frauduleusement (Voir l'article 3 de l'ordonnance n° 58-1310 du 23 décembre 1958).

¹⁹⁵⁶ Voir Cons. UE, Règl. n° 3821/85, 20 déc. 1985, relatif au chronotachygraphe.

¹⁹⁵⁷ Voir l'art. 3 du décret du 17 sept. 1986 (n° 86-1130).

¹⁹⁵⁸ Voir Cons. UE, Règl. n° 3821/85, 20 déc. 1985, art. 15 et DULOUT S., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Transports », fasc. 70 (avril 2002), n° 59.

¹⁹⁵⁹ Voir sur ces textes DULOUT S., préc., n° 57 et s. Voir, pour la condamnation d'un chauffeur pour l'utilisation alternée de deux disques, alors qu'il était seul à bord, Limoges, Ch. corr., 5 avr. 1995, *JurisData* n° 1995-041812.

417. La dissimulation de visage lors d'une manifestation. Issue du décret « *anti-cagoules* », cette contravention faisant réserve d'un motif légitime¹⁹⁶⁰, est intervenue à la suite de faits divers et fut, à ce titre, largement considérée comme « *une nouvelle illustration d'un certain populisme pénal* »¹⁹⁶¹, ravivant « *l'arbitraire et les mauvais souvenirs* »¹⁹⁶². Il s'agissait, en effet, d'une réponse aux débordements qui ont eu cours lors du sommet de l'OTAN, en 2009 et dont on a vu qu'ils avaient donné lieu à des condamnations pour port d'arme lors d'une manifestation¹⁹⁶³. Il existe, en effet, une répression croissante¹⁹⁶⁴ des faits de participation délictueuse à un attroupement¹⁹⁶⁵ ou d'organisation de manifestations illicites¹⁹⁶⁶. Quant au fait de « *dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée* », il s'agit de l'incrimination, non pas d'un acte dangereux, mais du simple port d'une tenue vestimentaire, facilitant un éventuel passage à l'acte par les difficultés d'identification qu'elle induit. Il s'agira évidemment du port d'une cagoule ou d'une capuche, puisque tel était le cas visé par le gouvernement. Reste à craindre que le soi-disant but d'éviter l'identification ne se déduise simplement de la conscience de la dissimulation totale ou partielle du visage. Il est vrai que cette infraction est tout de même circonstanciée, mais de manière assez imprécise, puisqu'elle doit s'accomplir « *au sein ou aux abords immédiats d'une manifestation sur la voie publique* ». Il reviendra d'abord aux agents de la force publique d'apprécier ce périmètre, comme « *les circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* ». Il y a fort à penser que cette « crainte » à connotation subjective sera derechef présumée à partir d'autres conditions de l'infraction, et particulièrement de l'agitation inhérente à toute manifestation. La menace potentielle de l'ordre public est à ce point malléable qu'« *il serait aisé pour les autorités de considérer que le seul fait de porter une cagoule au sein d'une manifestation publique caractérise en soi un risque d'atteintes à*

¹⁹⁶⁰ Voir l'article **R. 645-14** du Code pénal (créé par Décret du 19 juin 2009, n° 2009-724 - art. 1) qui dispose qu'« *Est puni de l'amende prévue pour les **contraventions** de la cinquième classe le fait pour une personne, au sein ou aux abords immédiats d'une **manifestation** sur la voie publique, de **dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée** dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public. La récidive de la contravention prévue au présent article est réprimée conformément aux articles 132-11 et 132-15. **Les dispositions du présent article ne sont pas applicables aux manifestations conformes aux usages locaux ou lorsque la dissimulation du visage est justifiée par un motif légitime** ».*

¹⁹⁶¹ ROBERT A.-G., « Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », *RSC* 2009. 882.

¹⁹⁶² DEFFERRARD F., « Requiem pour un « capuchard », *D.* 2009. 2225.

¹⁹⁶³ Cf. *supra* n° 411 et s.

¹⁹⁶⁴ Voir, sur les évolutions de la réglementation des manifestations publiques et du maintien de l'ordre, VLAMYNCK H., « Le maintien de l'ordre : manifestations, réunions publiques et attroupements », *AJ pénal* 2009. 289.

¹⁹⁶⁵ Voir C. pén., art. 413-3 à 413-6.

¹⁹⁶⁶ Voir C. pén., art. 413-9.

l'ordre public »¹⁹⁶⁷. Bien que l'infraction soit assez large pour recouvrir de banales hypothèses de port de chapeau, de lunette de soleil, foulard et autres accessoires, elle servira sans doute d'abord à l'interpellation des jeunes à capuches, suspectés d'être des casseurs en puissance, à défaut même de tout agissement matériellement illicite, mais en raison d'habitude vestimentaire trahissant leur banlieue d'origine. La nouvelle incrimination est, en effet, censée permettre « *aux services d'ordre des manifestations de prévenir les débordements en prévenant l'irruption des personnes extérieures dont les motivations seraient toutes autres que la manifestation* »¹⁹⁶⁸. Des auteurs ont ainsi pu déplorer que « *l'infraction résulte, non pas de ce que commet ou tente de commettre son auteur, mais de la tenue qu'il porte. Non pas donc de ce qu'il fait, mais de ce qu'il est* »¹⁹⁶⁹. Habile manière de suggérer que les revendications d'une jeunesse sacrifiée ne seraient pas politiques mais totalement extérieures aux mouvements auxquels elle se joint pourtant, à sa manière et à proportion de son désœuvrement. Au-delà de cette inquiétante stigmatisation, l'enchevêtrement des conditions entre elle, laisse mal augurer de l'exigence d'un risque concret d'atteinte à l'ordre public. Cette contravention aggravée par le port d'arme constituerait donc une infraction-obstacle visant à prévenir tout trouble à l'ordre public et à assurer le caractère pacifique de la manifestation, au prix d'une potentielle atteinte à la liberté de manifester. La répression polymorphe des manifestations est de nature à dissuader d'exercer cette liberté, d'autant que l'obligation de manifester à visage découvert peut effrayer ceux qui redoutent la systématisation de la surveillance et du fichage.

418. La consultation habituelle de sites terroristes. L'une des dernières initiatives gouvernementales, sous le précédent mandat présidentiel, fut prise par Michel MERCIER, ancien Ministre de la Justice et des Libertés qui a présenté au mois d'avril 2012 un projet de loi renforçant la prévention et la répression du terrorisme¹⁹⁷⁰. Tirant expressément les enseignements des « *événements tragiques* » que notre pays venait de connaître, il prévoyait, notamment¹⁹⁷¹, la création du délit de consultation habituelle de sites terroristes. Ce nouveau

¹⁹⁶⁷ ROBERT A.-G., art. préc.

¹⁹⁶⁸ ESTROSI C., *Rapport sur la proposition de loi (n° 1641) renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, Rapp. AN n° 1734, 10 juin 2009.

¹⁹⁶⁹ DEFFERRARD F., « Requiem pour un « capuchard », préc.

¹⁹⁷⁰ Cons. min., 11 avr. 2012, « Renforcement de la prévention et de la répression du terrorisme », *Dr. pén.* n° 5, Mai 2012, alerte 31.

¹⁹⁷¹ Il durcirait également la répression de la provocation aux actes de terrorisme et de l'apologie de ces actes en sanctionnant ces infractions par un délit figurant, non plus dans la loi de 1881 sur la liberté de la presse, mais dans le Code pénal. Les règles de procédure et de poursuite de droit commun et une partie des moyens d'investigation de la lutte anti-terroriste, auraient dû être applicables.

délit, inspiré de celui de consultation des sites pédopornographiques¹⁹⁷², punirait toute personne qui consulterait de manière habituelle, et sans motif légitime, des sites internet qui provoquent au terrorisme ou en font l'apologie et qui comportent à cette fin des images d'actes de terrorisme portant atteinte à la vie. Ce projet est désormais relayé par une proposition de loi¹⁹⁷³ qui placerait ladite incrimination au sein d'un article 421-2-6 du Code pénal tout en excluant « *de manière très similaire à ce que prévoit l'article 222-33-3 du code pénal réprimant l'enregistrement et la diffusion d'images de violences, faits parfois désignés sous le terme de 'happy slapping'* » les hypothèses où cette « *consultation résulte de l'exercice normal d'une profession ayant pour objet d'informer le public, intervient dans le cadre de recherches scientifiques ou est réalisée afin de servir de preuve en justice* », de sorte à ne pas entraver le travail des journalistes ou des chercheurs universitaires. La consultation de sites internet est à ce point éloignée des actes de terrorisme qu'elle peut recouvrir aisément de nombreux cas où les faits seront socialement utiles. Elle peut aussi bien s'apparenter à des comportements socialement insignifiants qui relèvent d'une curiosité morbide, d'un besoin personnel d'information sur la question provenant d'un parent de victime ou d'un artiste dans le cadre d'une œuvre dénonçant la violence. Finalement, cette infraction n'a pas été conservée dans le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme¹⁹⁷⁴, mais elle montre que l'insertion d'exceptions spécialement larges est conçue pour compenser l'insuffisante concrétisation du risque social.

¹⁹⁷² C. pén., art. 227-23.

¹⁹⁷³ Proposition de loi de M. Guillaume LARRIVE renforçant la prévention et la répression du terrorisme, n° 109, déposée le 24 juillet 2012, consultable en ligne : www.assemblee-nationale.fr.

¹⁹⁷⁴ Adopté en première lecture par le sénat le 16 octobre 2012 (procédure accélérée).

Conclusion du chapitre I

419. Le motif légitime remède inadapté d'une répression excessive. Les infractions à motif légitime sont d'essence contraventionnelle, en ce qu'elles portent sur des objets juridiques se référant à des valeurs secondaires ou tertiaires situées aux frontières du droit pénal. Au nom de la protection de biens juridiques souvent indéterminés ou évanescents, elles permettent de sanctionner de simples omissions, détentions et autres actions faiblement attentatoires, parfois sous des qualifications délictuelles, qui plus est. La grille d'analyse classique permet seulement de conclure que ces infractions dérogent au principe d'atteinte effective aux valeurs essentielles. Or, il serait tout à fait loisible au législateur d'abaisser le seuil d'intervention de la répression pour accorder une protection préventive aux biens qu'il juge essentiels, tels que la sécurité, récemment qualifiée de droit fondamental. Du reste, il ne reviendrait pas à la doctrine de se mêler de politique criminelle en entrant dans des considérations philosophiques sur les valeurs réfractaires à l'analyse juridique. Cela revient fatalement à réduire le droit à la loi et abandonner le juste à la philosophie, alors que la discipline juridique n'en fait l'économie qu'au prix d'une légitimation des éventuelles dérives répressives. A défaut d'élaboration de critères de sélection des atteintes aux valeurs, le juriste assiste démuni à la prolifération d'infractions-obstacle banalisant la logique préventive et la poussant à son paroxysme. Si le monopole du droit de punir dont jouit l'Etat ne doit s'exercer que modérément¹⁹⁷⁵, lui laisser la libre appréciation de cette modération n'est sans doute pas la meilleure voie pour que soit assuré le respect des principes fondamentaux qui s'imposent à lui. En s'inspirant des concepts des pays de tradition germanique, moins soumis que le droit français « *au culte de la loi* »¹⁹⁷⁶, il est possible de dégager des critères permettant d'analyser les infractions à motif légitime comme des dérogations inadmissibles au principe d'*ultima ratio* de la répression. Pour ce faire, il convient préalablement d'assumer une théorie pénale en décalage avec un pan considérable du droit positif. Si les contours d'une atteinte à l'ordre public ne sont pas aisés à cerner, il est évident qu'elle ne peut consister en une atteinte à la loi, autrement dit à une simple désobéissance. L'illicéité pénale doit être appréhendée dans sa dimension matérielle d'atteinte concrète au bien juridico-pénal. Cela suppose de s'attacher moins à la distinction entre lésion et risque de lésion qu'à leur dimension abstraite ou

¹⁹⁷⁵ PONCELA P., « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique d'Etat », *APD* 1983. 123-135.

¹⁹⁷⁶ PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2010, n° 227 ; Voir aussi WALTHER J., *L'antijuridicité en droit pénal comparé franco-allemand*, Nancy II, 2003 ; LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. *des thèses*, n° 39, 2010.

concrète. De ce point de vue, les atteintes envisagées sont essentiellement abstraites, en raison d'un déficit causal, inhérent à l'ambiguïté de la phase préparatoire. L'équivocité des faits n'est compensée ni par la précision de circonstances concrétisant le risque, ni par la protection de valeurs de premier ordre. La présomption d'illicéité réelle des infractions à motif légitime est, par conséquent, sujette à caution.

Le législateur sélectionne, à n'en plus douter, les infractions de risque hypothétique les plus attentatoires aux libertés, en vue de les faire bénéficier, le cas échéant, d'une justification spécialement favorable. Le motif légitime se présente alors comme un acte de contrition du législateur, tempérant les incriminations imprécises et excessives au moyen d'un fait justificatif spécial imprécis. A une répression dérogatoire, il répond par un mode d'exonération dérogatoire. Pourtant, on perçoit mal à la faveur de quel raisonnement une réserve imprécise serait à même de préciser le champ d'application des incriminations. Le motif légitime n'est qu'un bien piètre pis-aller, car ce n'est pas le rôle de la justification que de renforcer une présomption d'illicéité qu'elle est censée combattre. En somme, la prévision spéciale d'un fait justificatif innommé ne fait que conforter l'illicéité artificielle des infractions concernées, en dispensant artificiellement le législateur de toute délimitation précise de l'illicéité pénale.

Chapitre II :

Le recours illusoire à une justification imprécise

420. L'inutile dévoiement de la justification. Que le motif légitime relève de la non-constitution de l'infraction ou de sa justification, il permet de démontrer positivement ou négativement la licéité réelle des faits. L'exception de motif légitime apparaît, alors, comme une condition supplémentaire de la répression. Le besoin de le mentionner trahit, cependant, l'insuffisance des faits incriminés pour emporter une présomption d'illicéité réelle des actes. Inséré au cœur de la définition des infractions, le motif légitime se présente, à tort, sous la forme d'une condition permettant de présumer l'illicéité de faits équivoques. Les caractères imprécis et négatifs de l'exception de motif légitime sont, toutefois, insusceptibles de renforcer la présomption de contrariété au droit. Il ne s'agit, par conséquent, que d'un mécanisme d'exonération démontrant négativement l'absence d'illicéité des faits, au regard des circonstances. A ce stade, la responsabilité est, par principe, apparente, ce qui justifie de transférer au prévenu la charge du renversement de la présomption. Lorsque la justification intervient prématurément, à un stade où l'illicéité est équivoque et la culpabilité qui s'en déduit, ambiguë, elle constitue une atteinte sournoise à la présomption d'innocence. Au fond, le motif légitime est destiné à cautionner une présomption qui n'a pas lieu d'être lorsque la loi ne satisfait pas aux principes fondamentaux qui s'imposent à elle. Un tel dévoiement de la justification est inutile qui ne permet pas de délimiter positivement l'objet de la présomption d'illicéité et dangereux, en ce qu'il en occulte les carences. Le recours à l'illicéité négative semble donc totalement inadapté (section 1), qui n'a de sens que sous réserve que l'illicéité positive soit préalablement délimitée (section 2).

Section 1 : L'inadaptation du recours à l'illicéité négative

421. L'illicéité équivoque et l'imputabilité automatique confortées par le motif légitime. En matière d'infractions à matérialité fortement restreinte, on aurait tort de croire que l'incrimination peut imposer une faute morale plus précise, afin de compenser l'équivocité des faits. Des auteurs sont, pourtant, tentés d'analyser le motif légitime en tant que condition subjective du refus de vente, notamment, considérant que « *le refus doit être*

opposé sans motif légitime, c'est-à-dire un refus motivé par d'obscures raisons »¹⁹⁷⁷. Or, la faible densité matérielle des infractions ne peut que se répercuter sur la densité de la faute qui en est le simple reflet. Le dol spécial n'est autre qu'une précision de l'aptitude causale de l'acte et il ne doit pas être confondu avec l'exception de motif légitime. L'absence de circonstances légitimes n'équivaut pas l'exigence de circonstances illégitimes. Du reste, leur imprécision les rend inaptes à conditionner davantage la répression. Le motif légitime n'est pas une condition de la responsabilité qui tempérerait l'illicéité équivoque des faits ou leur imputabilité automatique. **Il s'agit d'une condition d'exonération d'une responsabilité apparente qui ne fait, donc, que conforter la présomption artificielle de responsabilité.** En principe, on l'a vu, l'illicéité formelle suffit à emporter une présomption d'illicéité substantielle qui permet, à son tour, de présumer la conscience de l'illicéité. Lorsque la définition de l'infraction est imprécise, l'illicéité réelle est aussi difficile à présumer que la présomption d'imputabilité est difficile à renverser, puisque leur objet est réduit à sa plus simple expression. Le motif légitime apparaît, alors, comme un correctif inadapté des excès répressifs, puisqu'il conforte autant l'illicéité incertaine des faits (§1) qu'il épargne leur imputabilité automatique (§2).

§1 : L'illicéité incertaine confortée par le motif légitime

422. Le motif légitime comme caution du défaut d'illicéité positive. La mention spéciale de l'absence de motif légitime au sein de la définition de certaines infractions apparaît, de prime abord, comme une condition supplémentaire de leur constitution. Que le texte s'applique « *sans* » ou « *sauf* » motif légitime, cette condition négative et indéterminée de la répression reste impropre à préciser positivement l'incrimination. En tant qu'élément constitutif négatif et imprécis, le défaut de motif légitime serait de nature à affaiblir la présomption d'illicéité de l'infraction plutôt qu'à la renforcer. Il ne saurait donc s'agir d'une condition supplémentaire à prouver par la partie poursuivante mais d'une exception à la charge de la partie poursuivie. Envisagé en tant que cause d'exonération de la responsabilité, le motif légitime permet de vérifier *a posteriori* l'illicéité réelle de l'infraction, au prix d'une **inversion de la charge de la preuve**. S'il est admissible que le renversement de la présomption d'illicéité incombe au prévenu, c'est à la condition que cette présomption soit préalablement établie. Or, les infractions à motif légitime sont insuffisamment circonstanciées

¹⁹⁷⁷ AMBROISE-CASTÉROT C., V° « Consommation », *Rép. Pénal* (2011), n° 169.

et leur aptitude causale est équivoque, de sorte que leur présomption d'illicéité matérielle est sujette à caution. Il n'est pas admissible que l'auteur d'un acte insuffisant pour faire naître la présomption de contrariété au droit ait à prouver la licéité des faits. Non seulement, le motif légitime est inapte à garantir l'illicéité de l'infraction (A) mais, comme elle reste incertaine, il est à même d'en inverser la charge de la preuve (B).

A) L'inaptitude du motif légitime à garantir l'illicéité de l'infraction

423. L'inaptitude du motif légitime à conditionner l'infraction. La réserve de motif légitime témoigne de ce que le législateur doute de l'illicéité positive des infractions concernées. Afin de dûment renforcer la présomption d'illicéité attachée à ces infractions, leur matérialité devrait être davantage conditionnée. Une partie de la doctrine envisage ainsi l'absence de motif légitime comme une composante de l'infraction¹⁹⁷⁸. **Considérer le motif légitime comme un élément constitutif serait, cependant, un remède pire que le mal.** D'abord, son caractère indéterminé heurterait frontalement le principe de légalité des délits. Ensuite, son caractère négatif rendrait sa preuve pour le moins délicate à administrer et ne permettrait aucunement de préciser positivement la définition insuffisante de l'infraction. Par conséquent, en tant que condition indéterminée, le motif légitime serait contraire à l'illicéité formelle de l'infraction (1) et tant que condition négative, il serait contraire à son illicéité réelle (2).

1) Une condition indéterminée contraire à l'illicéité formelle de l'infraction

424. Le motif légitime contraire à l'exigence de définition légale des éléments constitutifs. Le domaine d'application spécial du motif légitime conduit à le positionner au cœur de certaines incriminations. Affichant ainsi une volonté de contenir la répression, législateur invite à y voir une condition supplémentaire de la caractérisation de l'infraction. Mais, d'une part l'indétermination de la notion de motif légitime laisse songeur quant à son aptitude à borner clairement le champ de la répression, conformément à l'article 111-3 du Code pénal. De ce point de vue, il reviendrait au juge de tracer le seuil de l'illicéité. C'est dire avec un auteur que dès qu'une infraction n'est constituée qu'en l'absence de motif légitime, le

¹⁹⁷⁸ Voir notamment AMBROISE-CASTÉROT C., préc., n° 170, où l'auteur explique, en matière de refus de vente, que « *si le refus est légitime, l'infraction n'est pas constituée* ».

principe de légalité s'en trouve « *miné de l'intérieur* »¹⁹⁷⁹. D'autre part, l'affectation spéciale de cette condition met en exergue le défaut de précision des incriminations concernées. Si les faits incriminés sont très larges, l'absence de motif légitime l'est davantage. Lorsqu'une condition négative de l'incrimination est plus générale que sa définition positive, elle ouvre une **brèche béante, propice à l'arbitraire**. Or, « *il n'est pas sain qu'un texte comporte en lui-même la propre négation de la norme qu'il édicte* »¹⁹⁸⁰. En montrant combien il doute de l'illicéité des faits incriminés et, partant du caractère injuste des faits réalisés, **le législateur affaiblit l'autorité de la loi**.

425. La contrariété à l'illicéité formelle et substantielle. Laisser au juge le soin de qualifier ou non les faits, selon la présence de circonstances indéterminées, contrevient à l'exigence de définition légale des éléments constitutifs de l'infraction. Du reste, si le législateur voulait véritablement circonscrire les incriminations en cause, il limiterait leur champ d'application à des faits dont l'illicéité substantielle ne prête pas à discussion. Seule la caractérisation de circonstances rendant l'acte concrètement injuste garantirait une présomption crédible d'illicéité de l'infraction. A cette fin, la loi poserait des exigences positives précisant l'illégitimité de l'acte. Le motif légitime ne peut conditionner négativement l'infraction qu'au détriment de sa présomption d'illicéité réelle.

2) Une condition négative contraire à l'illicéité réelle de l'infraction

426. L'insuffisance de la définition positive pour présumer l'illicéité réelle. A supposer que l'absence de motif légitime soit une condition de l'infraction, comme le suggère son immixtion dans la définition de certaines infractions, elle devrait être dûment caractérisée par le juge¹⁹⁸¹ pour engager la présomption d'illicéité réelle ou matérielle de l'infraction. On a vu, à cet égard, que la typicité du comportement, c'est-à-dire sa correspondance aux exigences formelles, engageait une présomption d'illicéité réelle. En d'autres termes, à défaut d'établissement de l'absence de motif légitime, le comportement ne serait pas typique et n'emporterait pas la présomption de son caractère injuste. C'est dire si la définition positive des infractions à motif légitime est présentée comme intrinsèquement insuffisante.

¹⁹⁷⁹ PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 226, où l'auteur donne des illustrations d'infractions « *sans motif légitime* » et y ajoute la corruption ou le trafic d'influence « *sans droit* », (C. pén., art. 435-3 et 435-4).

¹⁹⁸⁰ CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », *RPDP* 1998. 194, spéc. 206.

¹⁹⁸¹ Voir en ce sens, *ibid.*, p. 207.

Comme il fallait conditionner davantage ces infractions, afin de présumer de leur nocuité sociale concrète, il eut été de meilleur aloi de les préciser positivement. Or, c'est la délicate preuve d'un fait négatif qui semble nécessaire pour constituer l'infraction, alors qu'elle ne permet pas de consolider sa présomption d'illicéité réelle.

427. L'inaptitude d'une condition négative à préciser l'illicéité réelle. En vertu du principe de présomption d'innocence, il incomberait à la partie poursuivante la charge de la preuve de l'inexistence de toute circonstance légitime. Au mépris de ce principe, comme de la légalité criminelle, la jurisprudence en serait réduite à se contenter d'affirmer l'absence de motif légitime, sans véritablement pouvoir s'en expliquer. C'est dire combien il semble illusoire d'imposer à l'autorité judiciaire de rapporter une preuve négative¹⁹⁸². A supposer qu'elle parvienne à effectuer d'office une telle recherche, ce n'est pas le défaut de circonstance légitime qui peut rendre l'acte suffisamment illicite. La preuve de l'absence de nécessité d'un acte n'emporte pas la démonstration de son caractère injuste, s'il ne présente pas de risque concret pour une valeur pénalement protégée. Cela montre bien que l'absence de motif légitime ne compense pas les carences de la définition positive de l'infraction. C'est ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, selon laquelle l'infliction d'une peine d'emprisonnement ne se justifie pas pour le seul fait d'être en séjour irrégulier « sans motif justifié »¹⁹⁸³. Dans son appréciation de la nécessité et de la proportionnalité de la répression de l'immigration clandestine, la Cour ne tient pas favorablement compte de la réserve particulièrement large de toute circonstance justificative. L'absence de motif légitime que ne prévoit, d'ailleurs, pas aussi largement l'incrimination française¹⁹⁸⁴, ne serait pas de nature à rendre suffisamment grave la nocuité sociale d'une simple irrégularité administrative. Le défaut de justification ne permet pas de présumer l'illicéité d'un acte mais seulement de ne pas renverser cette présomption, lorsqu'elle est fondée.

¹⁹⁸² DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2^{ème} éd. 2012, n° 1139.

¹⁹⁸³ CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, D. 2011. 1283, 1400, 1880, *AJDA* 2011. 878. Voir, pour l'analyse critique de cette solution, LACAZE M., « La pénalisation du séjour irrégulier : variations autour de la nécessité », *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, in *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice, Cujas*, n° 2, 2012 (à paraître) ; pour une comparaison de la solution avec un arrêt postérieur, REIX M., « N'aidez plus les étrangers en règle ! L'indifférence de la validité du visa dans la répression de l'aide à l'immigration irrégulière (CJUE 10 avril 2012, *Minh Khoa Vo*, C-83/12 PPU) », *Journal d'Actualités des Droits Européens*, 4 juin 2012, consultable en ligne : www.jade.u-bordeaux4.fr.

¹⁹⁸⁴ Voir CESEDA, art. L. 621-1 et s.

428. L'absence d'équivalence entre motif illégitime et défaut de motif légitime.

Afin de circonscrire raisonnablement le champ d'application des infractions en cause, il faudrait que soit positivement exigées des circonstances caractérisant la compromission de tel ou tel objet juridique de protection. Cette seule précision permettrait de qualifier exclusivement les faits représentant une menace concrète pour le substrat matériel d'un bien juridico-pénal. En d'autres termes, l'incrimination devrait requérir des circonstances rendant l'acte illégitime. Or, la caractérisation de circonstances illégitimes tend à être assimilée, à tort, à l'absence de motif légitime. Aussi, peut-on lire que pour que de refus de vente soit constitué, il « *doit être opposé sans motif légitime, c'est-à-dire un refus motivé par d'obscurcs raisons, des raisons illégitimes. Ainsi, le pharmacien qui refuse de vendre des contraceptifs à cause de ses convictions religieuses, commet bien évidemment l'infraction* »¹⁹⁸⁵. L'acte n'est, pourtant, pas répréhensible pour la raison invoquée mais en dépit de celle-ci¹⁹⁸⁶. Il ne s'agit tout bonnement pas d'une circonstance justificative. Du reste, le texte n'exige aucune circonstance tenant à l'utilité sociale de la vente du produit, à l'existence d'un monopole ou à la difficulté de se le procurer ailleurs. Quand bien même, la présence de circonstances illégitimes serait-elle établie, cela n'équivaudrait pas à la démonstration de l'absence de circonstances légitimes, apparemment requise. La jurisprudence a, donc, plutôt tendance à considérer que le juge n'a pas à relever d'office l'absence de motif légitime¹⁹⁸⁷. Cette posture témoigne de ce que le motif légitime n'est pas envisagé en tant qu'élément constitutif négatif de l'infraction, à même de paralyser totalement la répression.

429. L'accentuation des carences de l'incrimination. Les caractères indéterminé et négatif de la réserve de motif légitime desservent l'illicéité formelle et matérielle de l'infraction. Insusceptible de préciser l'aptitude causale de l'acte, le motif légitime ne peut que renverser présomption d'illicéité et non la renforcer comme le requièrent les infractions en cause. Analysé comme une composante de l'infraction, il avait au moins le mérite de mettre en exergue l'incomplétude de sa définition positive, sans toutefois pouvoir y remédier. Il doit, par conséquent, être envisagé en tant qu'exception, mais cela signifie que le principe de la répression est acquis. **L'exception de motif légitime permet d'entrer dans la phase d'exonération alors que la présomption de responsabilité est purement formelle.** Le

¹⁹⁸⁵ « En revanche, si le refus est légitime, l'infraction n'est pas constituée. Par exemple, le produit n'est plus disponible, le stock du commerçant est vide, l'hôtel est complet... » (AMBROISE-CASTÉROT C., V° « Consommation », *Rép. Pénal* (2011), n° 170).

¹⁹⁸⁶ Voir Crim. 21 oct. 1998, n° 97-80.981, *Bull. crim.* n° 273, *JCP* 1999. II. 10163, note FREUND F., *CCC* 1999, comm. 33, obs. RAYMOND G.

¹⁹⁸⁷ Cf. *infra* n° 435.

prévenu est amené à prouver son innocence bien que la présomption d'illicéité soit insuffisamment fondée.

B) Une exception à même d'inverser la charge de la preuve de l'illicéité

430. La contradiction inhérente au fait justificatif spécial innommé. La généralité du motif légitime tranche avec le caractère spécial de son domaine. Les faits justificatifs spéciaux sont, par principe, plus précis que les faits justificatifs généraux applicables à l'ensemble des qualifications. Il apparaît plus aisé de prédéterminer les circonstances à même de justifier une atteinte précise que l'ensemble des atteintes incriminées. C'est bien parce que le législateur doute de l'illicéité des faits décrits qu'il a recours à un fait justificatif spécial innommé. L'illicéité substantielle des infractions concernées est à ce point dérisoire, au regard de leur faible densité matérielle et axiologique¹⁹⁸⁸, qu'une multitude de circonstances pourront rendre le fait socialement utile ou neutre. L'illicéité des infractions à motif légitime est, en outre, incertaine, qui est hautement dépendante des circonstances de réalisation. L'autorité de poursuite n'a pas à établir ces circonstances pour engager la présomption d'illicéité mais le prévenu pourra les invoquer pour la renverser. Aussi, le législateur feint-il l'indulgence en permettant de renverser une présomption d'illicéité des plus douteuses. La doctrine explique pourtant que c'est le caractère exceptionnel de la justification qui autorise la présomption d'illicéité de l'infraction et l'inversion subséquente de la charge de la preuve de l'innocence¹⁹⁸⁹. En se plaçant sur le registre de l'exonération à la charge du prévenu, le législateur entérine une présomption d'illicéité pour le moins problématique. L'impossibilité de préciser les innombrables circonstances rendant l'infraction conforme au droit, retire à la justification le caractère exceptionnel (1) qui fonde son régime probatoire dérogatoire et engendre inexorablement une atteinte à la présomption d'innocence (2).

1) La perte du caractère exceptionnel de la justification

431. L'impossible prédétermination des circonstances justificatives. Les infractions à motif légitime précédemment étudiées sont si peu précises que leur nocuité

¹⁹⁸⁸ Cf. *supra* n° 387 et s.

¹⁹⁸⁹ Voir particulièrement DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2^{ème} éd. 2012, n° 1139 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 245.

sociale réelle est totalement dépendante des circonstances de réalisation. Or, plus l'acte incriminé est anodin plus les circonstances à même de le justifier seront nombreuses. Face à l'impossibilité de les dénombrer, le législateur se borne bien souvent à prévoir une exception indéterminée.

432. L'exemple de la tentative de préparation d'atteintes informatiques. En matière d'atteinte à un système de traitement automatisé de données, l'incrimination du simple commencement d'exécution était pour le moins problématique¹⁹⁹⁰. A titre d'illustration, la seule présence d'une bombe logique, à l'insu du maître du système, suffit à caractériser la tentative d'introduction frauduleuse de données, sans considération de son potentiel protecteur ou nuisible¹⁹⁹¹. La présence d'un dispositif de protection du système constitue une menace abstraite punissable, alors même qu'elle peut permettre de sécuriser des données, notamment, en signalant la réitération d'un mot de passe erroné¹⁹⁹². Que dire alors de la répression, issue de la loi « *incantatoire* »¹⁹⁹³ pour la confiance dans l'économie numérique¹⁹⁹⁴, des actes préparatoires¹⁹⁹⁵ ainsi que de leur tentative¹⁹⁹⁶ et de leur préparation organisée¹⁹⁹⁷? S'agissant d'abord de l'incrimination de la détention ou de la mise à disposition d'un élément conçu ou adapté pour commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données¹⁹⁹⁸, elle déroge à la fois aux règles de la tentative et à celles de la complicité¹⁹⁹⁹. Or, la gravité des atteintes redoutées ne le justifie pas nécessairement, d'autant plus qu'il s'agit déjà essentiellement de menaces abstraites. Aussi, la rédaction initiale du projet de loi avait-elle prévu que l'infraction ne « *s'appliquait pas dans certains cas lorsque les actions réprimées par le présent article étaient, par exemple, justifiées par les besoins de la recherche scientifique* »²⁰⁰⁰. **Le Sénat avait substitué à cette expression, l'exception indéterminée de « motif légitime », afin de mieux tenir compte de la**

¹⁹⁹⁰ C. pén., art. 323- 7.

¹⁹⁹¹ C. pén., art. 323- 3.

¹⁹⁹² Voir pour cette démonstration CASILE J.-F., *Le Code pénal à l'épreuve de la délinquance informatique*, PUAM 2002, n° 697 et s.

¹⁹⁹³ BENICHOU D., « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », *AJ Pénal* 2005. 224.

¹⁹⁹⁴ Loi du 21 juin 2004, n° 2004-575, *JO* 22 juin 2004, p. 11168.

¹⁹⁹⁵ C. pén., art. 323-3- 1.

¹⁹⁹⁶ C. pén., art. 323- 7.

¹⁹⁹⁷ C. pén., art. 323-4.

¹⁹⁹⁸ Voir sur cette « infraction obstacle », LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, Litec, 2^{ème} éd. 2010, n° 621.

¹⁹⁹⁹ L'article 323-3-1 ne requiert, en effet, ni commencement d'exécution, pour la détention, ni acte principal punissable, pour la mise à disposition de moyens.

²⁰⁰⁰ *Rapp. AN* n° 1282, p. 73, cité par LASSERRE CAPDEVILLE J., « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », *D.* 2010. 806, n° 9.

multitude de circonstances aptes à justifier ces actes de nature préparatoire²⁰⁰¹. Non seulement cette incrimination est trop large pour que les hypothèses de justification restent déterminables et limitées, mais la tentative de cette préparation éventuelle d'atteinte est incriminée. Les circonstances justificatives seront d'autant plus nombreuses que la matérialité est dérisoire. En effet, si la nocuité sociale d'une simple détention est sujette à caution, ce sera *a fortiori* le cas d'une tentative de détention, dont on voit mal comment peut être présumée contraire au droit.

S'agissant, ensuite, de ce que d'aucuns appellent « *l'association de malfaiteurs informatiques* », elle serait « *la bienvenue dans un domaine où il convient particulièrement de redouter le regroupement de personnes, comme les hackers, qui partagent leurs connaissances afin de commettre des actes frauduleux* »²⁰⁰². Mais, encore faut-il que cette propension à commettre des actes illicites soit suffisamment établie. Or, l'insuffisante matérialité dont souffre déjà l'association de malfaiteurs²⁰⁰³, atteint son comble, en matière informatique où elle peut consister en la préparation d'une infraction de préparation. Même à admettre que le déficit causal de cette préparation soit un tant soit peu compensée par l'existence d'une entente, on imagine mal quel fait matériel pourrait dûment caractériser une entente établie en vue de la préparation d'un acte préparatoire. En tout état de cause, cette association de malfaiteurs spécifiques déroge à l'incrimination générale qui exige un certain seuil de gravité de l'infraction projetée²⁰⁰⁴. L'infraction préparée peut, en l'occurrence, être punies de deux ans d'emprisonnement seulement, au lieu de cinq²⁰⁰⁵. En sommes, cette infraction déroge à une infraction elle-même dérogatoire aux règles de la tentative. A supposer que l'on puisse caractériser une tentative ou une préparation de préparation, leur illicéité réelle pourra aisément être contestée par la preuve de diverses circonstances rendant l'acte socialement utile ou neutre.

433. L'exemple des infractions de port d'une tenue vestimentaire. On retrouve la même logique dans l'infraction de dissimulation de visage lors d'une manifestation publique, en raison de sa faible nocuité sociale. Le fait de cacher son visage peut, en effet,

²⁰⁰¹ Voir LASSERRE CAPDEVILLE J., préc.

²⁰⁰² LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, Litec, 2^{ème} éd. 2010, n° 622, où il est pourtant relevé que la jurisprudence en fait une application très large dans des cas qui relèveraient plus justement de la complicité ou de la coaction.

²⁰⁰³ Voir pour une critique plus approfondie MALABAT V., « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », in *La cohérence des châtiments*, Dalloz, coll. *Essai de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10, 2012, p. 27 et s.

²⁰⁰⁴ Sachant que ce seuil a déjà été abaissé.

²⁰⁰⁵ Voir C. pén., art. 450-1.

être nécessaire à la protection de la personne contre un risque d'épidémie, de lancer de gaz lacrymogène ou encore, contre des circonstances atmosphériques particulièrement difficiles²⁰⁰⁶. D'autres cas ont également été évoqué par la doctrine, tels que le fait de défiler la figure peinte aux couleurs du drapeau national pour célébrer une victoire sportive, ou revêtus d'un voile intégral pour contester l'interdiction de son port ou encore, masqués pour symboliser la condition professionnel des stagiaires ou protester contre la prolifération des fichiers, de la vidéosurveillance et revendiquer le droit à l'anonymat²⁰⁰⁷. Les circonstances justificatives étant trop nombreuses pour être répertoriées, l'incrimination prévoit qu'elle n'est « *pas applicables aux manifestations conformes aux usages locaux ou lorsque la dissimulation du visage est justifiée par un motif légitime* »²⁰⁰⁸.

Quant au projet de loi interdisant, de manière encore plus générale, la dissimulation du visage dans l'espace public, il prétendait pouvoir s'en remettre à une liste d'exceptions²⁰⁰⁹. Le rapport d'information de l'Assemblée nationale, sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national, faisait, au contraire, valoir qu'« *il serait illusoire de dresser une liste d'exceptions* » et que le renvoi à une liste fixée par un décret ne serait pas d'un grand secours²⁰¹⁰. Selon ce même rapport, il existe tant de raisons légitimes de couvrir son visage dans l'espace public qu'« *il semble préférable de privilégier une notion générique dont les contours seraient progressivement précisés par la jurisprudence* »²⁰¹¹. Il y était proposé de s'inspirer de la dissimulation illicite de visage lors de manifestation publique sauf motif légitime, en expliquant que « *la notion de 'motifs légitimes' devrait permettre au juge d'appliquer une éventuelle interdiction avec discernement* »²⁰¹². **Interrogé sur les possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, le Conseil d'Etat n'a pas souscrit à l'exception générale de motif légitime**²⁰¹³. Dénonçant « *Un champ d'interdiction large, des exceptions nombreuses et délicates à définir* », il évoquait des motifs culturels et artistiques, de santé publique, de sécurité personnelle ainsi que des motifs tenant à la

²⁰⁰⁶ Voir pour ces exemples ROBERT A.-G., « Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », RSC 2009. 882.

²⁰⁰⁷ *Ibid.*

²⁰⁰⁸ C. pén., art. R. 645-14.

²⁰⁰⁹ Voir l'article 2 du projet de loi n° 2520 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public.

²⁰¹⁰ GERIN A. et RAOULT E., *Rapport d'information de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, Rapp. AN n° 2262, 26 janv. 2010, p. 182-183.

²⁰¹¹ *Ibid.*

²⁰¹² *Ibid.*

²⁰¹³ Voir LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5.

protection de la vie privée ou de la liberté de culte²⁰¹⁴. Il soulignait, par conséquent la nécessité de délimiter positivement l'interdiction de dissimulation du visage²⁰¹⁵. Cet avis ne fut suivi que partiellement puisque l'exception imprécise de motif légitime ne figure pas dans l'infraction en vigueur mais qu'elle demeure âprement décriée pour son excessive généralité.

434. La multitude de motifs légitimes ou l'atteinte à la présomption d'innocence. Les infractions à motif légitime sont insuffisamment graves et univoques pour que les hypothèses de justification soient limitées. Plutôt que de borner plus strictement la répression, le législateur tend à s'en remettre à une exception assez lâche pour recouvrir toutes les circonstances rendant l'acte utile ou neutre. Ce faisant, il prive les faits justificatifs du caractère exceptionnel qui fonde l'inversion de la charge de la preuve de l'innocence.

2) L'atteinte subséquente à la présomption d'innocence

435. L'attribution au prévenu de la charge de la preuve de la légitimité de l'acte. Il est communément admis, par la doctrine²⁰¹⁶ et la jurisprudence²⁰¹⁷, que la preuve d'un fait justificatif incombe à celui qui s'en prévaut. Selon certains auteurs, cependant, la présence du motif légitime au sein de l'incrimination ne serait pas dépourvue de conséquence sur le terrain de la preuve²⁰¹⁸. On pourrait alors « *considérer que dans les cas où l'absence de nécessité est explicitement requise par la loi parmi les composantes de l'infraction, il incombe à la partie poursuivante d'en apporter la preuve* »²⁰¹⁹. Ainsi, de manière tout à fait comparable aux infractions à motif légitime, certaines contraventions décrivent des actes accomplis « *sans nécessité* ». Il est, alors, tiré argument de ce que la jurisprudence a considéré que les mauvais traitements envers les animaux domestiques ou captifs²⁰²⁰ ne sont punissables que s'ils sont commis sans nécessité²⁰²¹. Il est également excipé de ce que la

²⁰¹⁴ Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral, Assemblée générale plénière du Conseil D'Etat, 25 mars 2010, p. 28-29.

²⁰¹⁵ *Ibid.*

²⁰¹⁶ Voir notamment PRADEL J., *Procédure pénale*, Cujas, 16^{ème} éd. 2011, n° 397.

²⁰¹⁷ Voir particulièrement Crim. 12 nov. 1959, *Bull. crim.* n° 488 ; 1er oct. 1962, *Bull. crim.* n° 271 ; 7 avr. 1967, *Bull. crim.* n° 106.

²⁰¹⁸ Voir, pour cette affirmation, CAILLE C., « Le motif légitime en droit pénal », *RPDP* 1998. 194, spéc. 207.

²⁰¹⁹ DANTI-JUAN M., « *Etat de nécessité* », *Rép. pén.*, Dalloz, mars 2010, n° 20.

²⁰²⁰ Voir C. pén., art. R. 654-1 et, pour le fait de leur donner la mort, art. R. 655-1.

²⁰²¹ Voir notamment, Grenoble, 22 oct. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. 136, obs. VERON M., où la Cour considère que ne commet pas la contravention (C. pén., art. R. 655-1), la prévenue qui a tué un lapin qui portait atteinte à ses légumes.

chambre criminelle a estimé, en matière d'embarras de la voie publique²⁰²², que le juge du fait doit s'expliquer sur « *l'excuse de nécessité (...) alléguée par le prévenu* »²⁰²³. Or, d'une part, toute infraction n'est punissable qu'en l'absence de circonstances justificatives²⁰²⁴, ce qui ne préjuge en rien de la charge de leur preuve ou, plus précisément, de son allégation. D'autre part, l'allégation de tout fait justificatif, en tant que moyen de défense au fond²⁰²⁵, contraint nécessairement le juge à l'examiner²⁰²⁶, quelque soit le moment de la procédure où il est soulevé²⁰²⁷. D'aucuns évoquent alors l'idée de partage²⁰²⁸ ou de répartition des charges d'allégation et de vérification du bienfondé²⁰²⁹. La jurisprudence rendue en matière d'exception d'alignement dans la vente à perte en est une bonne illustration²⁰³⁰. Ce « *partage du fardeau de la preuve* » se prête particulièrement à la matière pénale où « *la personne poursuivie est moins tenue d'administrer la preuve des faits invoqués par elle que d'alléguer leur existence en précisant les circonstances qui peuvent leur donner crédit* »²⁰³¹.

Des auteurs ont toutefois relevé que la jurisprudence n'était pas fixée en matière de faits justificatifs spéciaux²⁰³². Il est vrai que l'exception spéciale de motif légitime ne lui laisse que des options embarrassantes. La chambre criminelle avait jugé, de manière isolée, que les juges du fond doivent procéder d'office, à la recherche du motif légitime justifiant le refus de vente²⁰³³. En raison, sans doute, des inconvénients précédemment examinés, elle a, désormais, tendance à affirmer l'inverse. Par un arrêt du 19 mai 2009, rendu en matière de transport d'arme²⁰³⁴, elle refuse de faire droit à l'argumentation selon laquelle la cour d'appel « *ne s'est pas expliquée sur l'absence de motif légitime, élément constitutif du second délit* », au motif qu'elle a « *caractérisé en tous leurs éléments, tant matériels qu'intentionnel, les délits dont elle a déclaré le prévenu coupable* »²⁰³⁵. L'exception de motif légitime ne relève donc pas du régime probatoire des composantes de l'infraction. Il ressort, d'ailleurs, d'un

²⁰²² Voir C. pén., art. R. 644-2.

²⁰²³ Crim. 2 avr. 1963, *Bull. crim.* n° 150, rendu sous l'égide de l'ancien Code pénal (art. R. 38-11°).

²⁰²⁴ Pour cette démonstration, Cf. *infra* n° 512.

²⁰²⁵ Voir Crim. 9 mai 1962, *Bull. crim.* n° 187.

²⁰²⁶ Voir, en matière de légitime défense, Crim. 10 oct. 1962, *Bull. crim.* n° 150.

²⁰²⁷ Voir Crim. 10 avr. 1995, *Bull. crim.* n° 153, RSC 1996. 113, obs. BOULOC B.

²⁰²⁸ Voir, en matière d'exception d'alignement dans la revente à perte, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 245.

²⁰²⁹ Voir notamment MAYAUD Y., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰³⁰ Voir Crim. 11 mars 1991, *Bull. crim.* n° 120 et 121 ; 28 juin 1993, *Bull. crim.* n° 225.

²⁰³¹ DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2^{ème} éd. 2012, n° 1141.

²⁰³² Voir MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, p. 341 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰³³ Voir Crim., 14 mai 1990, *Bull. crim.* n° 192, où la chambre criminelle casse l'arrêt de la cour d'appel « *qui s'est abstenue de rechercher d'office si ce refus pouvait être dicté par un motif légitime* » ; *Comp. Crim.*, 12 fév. 1990, *Bull. crim.* n° 71.

²⁰³⁴ C. défense, art. L. 2339-9 (désormais Code de la sécurité intérieure)

²⁰³⁵ Crim. 19 mai 2009, pourvoi n° 08-85614 (*inédit*).

arrêt du 5 janvier 2011 que l'exception doit être alléguée par le prévenu. La chambre criminelle y rejette le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour qui a condamné à une amende, après avoir uniquement entendu l'avocat général, un juré défaillant n'ayant invoqué aucun motif légitime à son absence²⁰³⁶. Il est d'autant plus délicat pour le juge de rechercher d'office les circonstances justificatives d'une absence. En matière d'abstentions, le prévenu est certainement le mieux à même d'invoquer des motifs de justification. Si le régime probatoire des faits justificatifs ne prête pas à discussion, cette étape d'exonération, semble anticipée lorsque la constitution de l'infraction ne permet pas véritablement de présumer son caractère injuste.

436. L'inversion subséquente de la charge de la preuve de l'illicéité de l'acte.

La doctrine allemande soutenait, voilà plus d'un siècle, que l'élément injuste devait être établi par l'autorité de poursuite au même titre que les autres composantes de l'infraction²⁰³⁷. Cette approche connu un certain retentissement en France, en ce qu'elle pouvait permettre au prévenu d'éviter d'avoir à établir son innocence, par la preuve de l'absence d'atteinte ou de sa justification²⁰³⁸. La jurisprudence s'est, cependant, montrée assez peu encline à vérifier l'illicéité des faits correspondants à une incrimination²⁰³⁹. Par ailleurs, la doctrine tend désormais à considérer l'infraction comme un fait évidemment illicite²⁰⁴⁰ ou, plus substantiellement, comme un fait réputé attentatoire à un « intérêt » ou bien juridique protégé²⁰⁴¹. On a vu, à cet égard, que la vérification de l'absence de conformité au droit d'une infraction était nécessairement postérieure à sa caractérisation²⁰⁴² et que le jugement de valeur devait être distingué de l'objet matériel sur lequel il porte²⁰⁴³. En outre, la doctrine relève que la présomption d'illicéité de l'infraction ne porte atteinte qu'en apparence à la présomption d'innocence et que la position contraire reviendrait à « *admettre l'existence d'une*

²⁰³⁶ Crim. 5 janv. 2011, pourvoi n° 10-82813 (*inédit*), où la Cour écarte le moyen de la violation de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme, faute d'intérêt pour l'accusé de l'invoquer.

²⁰³⁷ Voir ROBERT J.-H., « L'histoire des éléments de l'infraction », *RSC* 1977. 278 ; DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2^{ème} éd. 2012, n° 1139.

²⁰³⁸ Voir, pour un point de vue nuancé, MERLE Ph., *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. crim.*, 1970, t. IX, p. 26, n° 21.

²⁰³⁹ Il est fait état, à cet égard, de son refus de justifier des actes d'entrave à des IVG illégales (Crim. 31 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 57, *RSC* 1996. 670, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P.) ou de rebellions envers l'autorité publique, en dépit de l'irrégularité des vérifications opérées (Crim. 2 juill. 1987, *Bull. crim.* n° 281, *RSC* 1988. 520, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P.). Voir pour ces illustrations DREYER E., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁴⁰ Voir JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, 2^{ème} éd. 1991, n° 210.

²⁰⁴¹ PIN X., « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009/49, p. 103 ; MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999, p. 333, n° 405.

²⁰⁴² Voir notamment DREYER E., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁴³ Cf. *supra* n° 172.

présomption générale de justification dont les effets pourraient être excessifs »²⁰⁴⁴. Selon d'éminents auteurs, en effet, le caractère exceptionnel des circonstances justificatives autorise des dérogations à la loi pénale, au premier rang desquelles figure l'inversion de la charge de la preuve de l'innocence²⁰⁴⁵. Plus la nocuité sociale des faits incriminés est anodine ou incertaine, moins les circonstances permettant de les justifier sont exceptionnelles. L'autorité de la loi commande de réputer injustes des comportements qui ne représentent pas en eux-mêmes de risques concrets pour de valeurs secondaires, laissant au prévenu la charge de prouver la licéité de son acte au regard des circonstances.

Une telle inversion transparaît clairement dans la jurisprudence criminelle. Dans l'arrêt du 9 juin 2009, la chambre criminelle casse l'arrêt de renvoi des fins de la poursuite du chef de port d'arme sans motif légitime²⁰⁴⁶ qui s'est prononcé « *sans justifier, au regard des circonstances dans lesquelles il avait été découvert, du caractère licite du port d'une barre de fer par le prévenu* »²⁰⁴⁷. Il ressortait, pourtant, de l'arrêt d'appel que le comportement ne pouvait même pas être présumé illicite puisqu'il ne correspondait pas à sa conception stricte de l'incrimination. Selon la cour d'appel, l'objet détenu ne pouvait être considéré comme une arme par destination au sens de l'article 132-75 du Code pénal. Les armes de sixième catégorie visées par l'incrimination s'entendent, plus largement, des « *objets susceptibles de constituer une arme dangereuse pour la sécurité publique* »²⁰⁴⁸ sans référence à l'utilisation qui en est faite. Si une barre de fer est un objet susceptible de constituer une arme, son caractère dangereux pour la sécurité publique pouvait être apprécié au regard des circonstances. Or, ces dernières ne permettaient pas de caractériser un risque concret pour la sécurité des personnes. La chambre criminelle exige, par conséquent, la preuve de la licéité d'un acte dont le risque concret n'a pas été préalablement établi, en raison d'insuffisances textuelles. Les juges du fond avaient tenté d'y remédier par une interprétation téléologique de l'arme exigée, tenant compte de la partie générale du Code pénal et, partant, de la cohérence globale des textes. Cela revient à présumer moins l'illicéité réelle de l'infraction que son exigence, en considérant que la loi n'a pu incriminer que des comportements suffisamment graves, conformément aux principes qui s'imposent à elle.

²⁰⁴⁴ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.* n° 245.

²⁰⁴⁵ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, t. 1*, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 433.

²⁰⁴⁶ Voir C. défense, art. L. 2339-9, (recodifié par l'ordonnance n° 2012-351 du 12 mars 2012 relative à la partie législative du code de la sécurité intérieure, art. 6, 11°) : « Art. L. 2339-9. - Les sanctions pénales du port, du transport et des expéditions illicites des matériels de guerre, des armes et des munitions sont définies par les dispositions du chapitre VII du titre Ier du livre III du code de la sécurité intérieure ».

²⁰⁴⁷ Crim., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-85764, (inédit).

²⁰⁴⁸ MONTREUIL J., « Armes et munitions, matériels de guerre, poudres et explosifs », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 10, juin 1997, n° 73.

La chambre criminelle est donc peu disposée à admettre des solutions qui s'apparenteraient à une interprétation restrictive de l'incrimination. Il est regrettable qu'elle s'y refuse lorsque l'incrimination est excessive et que les principes gouvernant la matière sont en cause, alors qu'elle s'y prête à lorsque que l'atteinte est extrêmement grave mais que l'affaire est politique²⁰⁴⁹.

437. Le motif légitime garant d'une présomption douteuse de responsabilité.

Tout en apparaissant comme un palliatif des excès répressif, le motif légitime, en tant que condition imprécise et négative est insusceptible de conditionner strictement la répression. Alors que les infractions imprécises nécessitent le renforcement de leur présomption d'illicéité réelle, l'exception de motif légitime ne permet que leur renversement au prix d'une inversion de la charge de la preuve. Les actes incriminés sont, à ce point, équivoques que les circonstances à même de les rendre socialement utiles ou insignifiants sont excessivement nombreuses. La justification perd, donc, le caractère exceptionnel qui légitime l'atteinte engendrée à la présomption d'innocence. Loin de se présenter comme une garantie, l'exception spéciale de motif légitime conforte une présomption de responsabilité totalement artificielle. **L'indigence matérielle des infractions à motif légitime emporte immanquablement des répercussions sur leur imputabilité morale.** La volonté infractionnelle se greffe, par principe, sur la matérialité des faits qui la révèlent. Or, cette présomption est quasi-irréfragable en matière d'infractions-obstacle. Le motif légitime laisse, de la sorte, prospérer une présomption automatique d'imputabilité.

§2 : L'imputabilité automatique épargnée par le motif légitime

438. L'indifférence du défaut de conscience de l'illicéité des faits. Si la responsabilité pour contraventions constitue le « *degré zéro de la culpabilité* »²⁰⁵⁰, la doctrine reste partagée sur le point de savoir s'il s'agit d'infractions purement matérielles ou si la faute est seulement présumée²⁰⁵¹. Or, le débat sur le caractère objectif de la responsabilité réside moins dans l'existence de l'inévitable présomption de manifestation d'une volonté libre et

²⁰⁴⁹ Pour la restriction des conditions de l'empoisonnement dans l'affaire du sang contaminé, Cf. *supra* n° 155.

²⁰⁵⁰ PIN X., « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 95 et s., spéc. p. 97 ; MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 283, spéc. p. 286.

²⁰⁵¹ Sur ce débat, Voir TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, n° 95 ; STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, *op. cit.*, n° 260 et s.

éclairée que dans la possibilité de la contester. En l'occurrence, la jurisprudence demeure extrêmement sévère dans l'admission des causes de non-imputabilité. Elle ne les reconnaît, d'ailleurs, pas toutes, puisqu'elle n'admet pas la démonstration de l'erreur commune que n'aurait pu éviter le standard moyen de comportement, le privant alors de sa pleine conscience de l'acte. Aussi, peut-on lire que « *d'un point de vue théorique, la notion de culpabilité dans le phénomène contraventionnel n'a pas de réalité théorique, alors que pourtant, elle existe* »²⁰⁵². Ce n'est pas parce que la responsabilité pénale sans faute est une « *absurdité* »²⁰⁵³, qu'il faut inventer une dimension subjective à une responsabilité qui en est pratiquement dépourvue. Même si jurisprudence s'assouplissait davantage en matière de contraventions, il resterait un obstacle tenant à la matérialité dérisoire des infractions-obstacle qui manifestent une volonté incertaine. En effet, si la responsabilité contraventionnelle se présume à partir du seul constat de la violation d'une prescription légale ou réglementaire, il n'en va pas différemment en matière de délits-obstacle. En l'absence d'une aptitude causale univoque, l'illicéité incertaine de l'acte ne peut laisser présumer qu'une conscience incertaine de la nocuité sociale de l'acte. Le motif légitime n'étant pas une cause d'irresponsabilité subjective, il ne permet pas d'infléchir directement la présomption irréfragable de conscience de l'illicéité de l'acte. Le défaut de conscience de l'illicéité demeure alors indifférent dans le domaine des contraventions (A) comme dans celui, plus général, des délits-obstacle (B).

A) L'indifférence du défaut de conscience de l'illicéité des contraventions

439. La présomption irréfragable de conscience de l'illicéité des faits. L'article 121-3 alinéa 5 du Code pénal, relatif à la culpabilité en matière contraventionnelle ne vise aucune cause d'irresponsabilité subjective, contrairement aux textes relatifs aux causes de non-imputabilité s'appliquant à toutes les qualifications. C'est donc à juste titre que la jurisprudence admet la preuve des circonstances contraignantes, s'opposant à l'exercice libre de la volonté. Mais, elle continue, comme la plupart des interprètes, à discriminer indûment les causes de non-imputabilité. Elle refuse, ainsi, d'admettre la preuve des circonstances trompeuses faisant obstacle à l'exercice d'une volonté éclairée. La présomption d'imputabilité demeure, par conséquent irréfragable à l'égard de la conscience de l'illicéité de l'acte.

²⁰⁵² PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris 2, 2007, n° 353.

²⁰⁵³ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, A. Colin, 7^{ème} éd. 2004, n° 377.

Si la responsabilité est objective selon la malencontreuse rédaction de l'article 121-3 du Code pénal (1) elle demeure quasi-objective selon la jurisprudence (2).

1) Une responsabilité objective selon la lettre de l'article 121-3 du Code pénal

440. La force majeure comme unique cause d'irresponsabilité. Largement présentées comme résultant de la seule violation de la norme pénale²⁰⁵⁴, les contraventions sont réduites à l'illicéité présumée des actes. C'est ainsi que la jurisprudence affirme constamment que « *La constatation de l'existence matérielle (...) justifie l'infraction* »²⁰⁵⁵ ou encore que « *l'intention de nuire n'est pas nécessaire pour qu'un fait qualifié de contravention par la loi soit passible des peines qu'elle détermine* » mais que « *la criminalité d'un tel fait réside complètement dans la violation de la loi ou des règlements* »²⁰⁵⁶. Dans une acception stricte de l'infraction, la caractérisation des contraventions « *par le seul fait de la perpétration de l'acte prohibé* »²⁰⁵⁷ ne présenterait aucun particularisme²⁰⁵⁸. La difficulté provient de ce que la caractérisation matérielle est appréhendée comme l'unique condition de la responsabilité pour contravention. C'est ainsi qu'il faut comprendre la jurisprudence lorsqu'elle estime que « *l'exception tirée de la bonne foi du prévenu ne peut jamais, en matière de contravention, être alléguée et servir d'excuse* »²⁰⁵⁹ ou qu'il suffit en principe « *que le fait punissable soit matériellement constaté ; dès lors, l'excuse tirée de la bonne foi n'est pas de nature à faire disparaître l'infraction* »²⁰⁶⁰. Cette position heurte la nécessaire dimension subjective de la responsabilité pénale « *impliquant l'exercice coupable de la volonté de l'agent* »²⁰⁶¹.

²⁰⁵⁴ Voir notamment SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 85 et s. ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 1997, p. 747, n°594. ; SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^{ème} éd. 2012, n°214, p. 104 ; PRADEL J., *Droit pénal général*, Cujas, 19^{ème} éd. 2012, n° 531 ; CHABAS F., « La notion de contravention », *RSC* 1969.1, spéc. p. 25.

²⁰⁵⁵ Crim., 17 janv. 1962, *Bull. crim.*, n° 39 ; 23 avr. 1992, *Bull. crim.*, n° 179, *JCP G* 1992. IV. 2730, p. 296 ; Pau, 28 janv. 1962, *JurisData* n° 041184, *JCP G* 1992. IV. 1924, p. 209.

²⁰⁵⁶ Crim., 22 fév. 1844, *Bull. crim.*, n° 59 ; Voir aussi Crim., 16 juill. 1898, *S.* 1900. I. 109.

²⁰⁵⁷ Crim., 7 mars 1918, *S.* 1921. I. 89, note ROUX J.-A.

²⁰⁵⁸ Sur la défense d'une conception matérielle de l'infraction, distincte des conditions présumées de la responsabilité, Cf. *supra* n° 170.

²⁰⁵⁹ Crim. 21 déc. 1860, *DP* 1861. 5. 114 ; Voir, dans le même sens, Crim. 26 nov. 1869, *DP* 1870. 1. 439 ; Voir aussi Cass. Ch. réun., 21 janv. 1885, *S.* 1985. I. 140.

²⁰⁶⁰ Crim. 16 nov. 1976, *Bull. crim.* n° 325. Voir, dans le même sens, Crim. 20 fév. 1997, *Bull. crim.* n° 73 ; 16 nov. 1987, *Bull. crim.*, n° 408.

²⁰⁶¹ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 261.

Sauf exceptions expresses²⁰⁶², la faute consisterait, pourtant, selon certains auteurs « en la simple inobservation d'une prescription légale ou réglementaire, qui ne suppose ni intention de violer la loi pénale, ni même imprudence ou négligence »²⁰⁶³. Il faut reconnaître que l'alinéa 5 de l'article 121-3 du Code pénal semble plaider en faveur d'une responsabilité objective, qui dispose qu'« Il n'y a point de contravention en cas de force majeure ». En s'intercalant entre l'acte et le résultat, le cas de force majeure vient rompre le lien causal, alors que la contrainte qui précède nécessairement l'acte, s'oppose à l'exercice libre de la volonté²⁰⁶⁴. Par conséquent, la force majeure ne se rapporte pas rigoureusement à la contrainte et doit davantage être envisagée comme s'opposant à la constitution matérielle de l'infraction. Du reste, le rappel d'une règle commune à l'ensemble des infractions n'a de sens que pour évincer toute cause subjective d'irresponsabilité. Aussi, la mouture de l'article 121-3, alinéa 5 invite-elle, de prime abord, à une lecture purement objective de la responsabilité pénale pour contravention, par opposition aux crimes et délits. Il s'agirait, en quelque sorte, de la consécration de la pensée d'HAURIOU qui y voyait une responsabilité sans faute, dans la mesure où seul compte l'examen du rapport de causalité entre le comportement du contrevenant et la violation de règles impératives²⁰⁶⁵. Nombre de commentateurs de cette disposition concluent, encore, à l'absence de faute²⁰⁶⁶ et évincent, par la même occasion, les contraventions de la théorie de la culpabilité²⁰⁶⁷. La jurisprudence constitutionnelle n'est pas de nature à les détromper, qui fait réserve des contraventions contre la lettre de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen²⁰⁶⁸, en affirmant qu'il ressort de ce texte « s'agissant des crimes et des délits, que la culpabilité ne saurait résulter de la seule imputabilité matérielle d'actes pénalement sanctionnés »²⁰⁶⁹.

²⁰⁶² Voir notamment C. pén., art. R. 625-1 (violences) et art. R. 625-2 (blessures involontaires).

²⁰⁶³ DESPORTES et LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009, n° 499 ; Voir dans le même sens DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Th. Lyon III, 2006, n° 120.

²⁰⁶⁴ Pour cette démonstration, Cf. *supra* n° 220.

²⁰⁶⁵ Voir, s'agissant des contraventions de grande voirie, HAURIOU M., note ss. CE, 8 mai 1896, S. 1897. III. 13. Voir aussi SCHMIDT J.-C., « l'élément intentionnel en matière de contravention », *Rev. pénit.* 1932. 387.

²⁰⁶⁶ Voir, pour cette éviction de faute, hors les cas où elle est mentionnée dans l'incrimination, notamment PRADEL J., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁶⁷ Voir notamment MAYAUD Y., « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997.37.

²⁰⁶⁸ Voir en ce sens CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 349.

²⁰⁶⁹ Cons. const., 16 juin 1999, n° 33-411 DC, *JO* 19 juin 1999, p. 9018, *D.* 1999, jurispr., p. 589, note MAYAUD Y.,

441. De l'indifférence à l'insuffisance des causes de non-imputabilité. En dépit de sa « *rédaction trompeuse* »²⁰⁷⁰, cette disposition tend à être interprétée d'un point de vue partiellement subjectif, comme faisant réserve de certaines causes de non-imputabilité. Seraient admis les obstacles à l'exercice libre de la volonté au détriment des obstacles à l'exercice éclairé de la volonté. Il en résulte une culpabilité atrophiée dans sa dimension morale et qui demeure très éloignée d'une véritable responsabilité pénale.

2) Une responsabilité quasi-objective selon la jurisprudence

442. L'assimilation des circonstances contraignantes à la force majeure. De nombreux auteurs estiment que le dernier alinéa de l'article 121-3 autorise le maintien de la jurisprudence antérieure qui admettait certaines causes d'irresponsabilité subjectives²⁰⁷¹. La responsabilité en cas de contravention ne se bornait pas à l'illicéité du comportement, dans la mesure où le prévenu pouvait utilement invoquer un défaut de discernement²⁰⁷² ou de liberté d'action²⁰⁷³. Restreindre l'irresponsabilité à la force majeure analysée comme la cause exclusive du résultat aurait, sommes toutes, assez peu d'intérêt, tant il est vrai que les contraventions sont généralement dépourvues de résultat détachable de l'acte, comme de lien causal. Envisagée comme la cause de l'acte, cette notion civiliste demeure, en tout état de cause, inadaptée puisqu'elle ne recouvre pas toutes les hypothèses de contrainte ni de troubles psychiques, visées aux articles 122-2 et 122-1 du Code pénal²⁰⁷⁴. Même à considérer que la loi se réfère à la contrainte, eu égard à la jurisprudence classique, elle demeure lacunaire. Elle semble, en effet, faire fi des autres causes de non-imputabilité au premier rang desquelles figurent celles affectant le discernement. Les circonstances contraignantes font, pourtant, obstacle à la capacité d'exercice du libre arbitre qui suppose, au préalable, une capacité de jouissance de celui-ci²⁰⁷⁵. Un raisonnement *a fortiori* commande donc leur inclusion, sauf à admettre l'engagement de la responsabilité des *infans* et des déments. Les articles 122-1 et

²⁰⁷⁰ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, n° 264, où l'auteur expose également l'ambivalence de l'article R. 610-2 du Code pénal suivant lequel « *les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article 121-3 sont applicables aux contraventions pour lesquelles le règlement exige une faute d'imprudence ou de négligence* ».

²⁰⁷¹ Voir notamment PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 189 ; STONESTREET N., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁷² Voir, pour l'aliénation mentale, Crim., 8 nov. 1951, *Bull. crim.*, n° 288 ; 1^{er} avril 1848, *S.*, 1848, I, 320. Voir, pour de très jeunes enfants, Crim., 13 déc. 1956, *Bull. crim.*, n° 840, *D.* 1957, jurispr., p. 349 ; 3 mai 1912, *Bull. crim.*, n° 247 ; 7 juill. 1876, *S.* 1876. I. 96.

²⁰⁷³ Crim., 22 janv. 1964, *Bull. crim.*, n° 24 ; 31 oct. 1963, *Bull. crim.*, n° 302 ; 13 juill. 1951, *S.* 1952. I. 118 ; 17 déc. 1925, *D.H.* 1926. 53 ; 19 oct. 1922, *S.* 1923. I. 187.

²⁰⁷⁴ Voir pour cette analyse STONESTREET N., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁷⁵ Pour l'approfondissement de cette présentation, Cf. *supra* n° 217.

122-2 du Code pénal disposent, par ailleurs, que « *N'est pas pénalement responsable* » la personne atteinte, au moment des faits, d'une incapacité de jouissance ou d'exercice du libre arbitre. En outre, l'article 122-8 du même code, relatif à la minorité, vise « *les crimes, délits ou contraventions* », sans la moindre distinction. S'il est loisible aux interprètes d'étendre l'irresponsabilité prévue par la loi lorsque la cohérence du droit pénal en dépend, il convient d'en tirer toutes les conséquences logiques²⁰⁷⁶.

443. L'éviction infondée des circonstances objectivement trompeuses. Dès lors que l'exception de force majeure se rapporte maladroitement aux circonstances contraignantes, on voit mal à la faveur de quel raisonnement les circonstances trompeuses en seraient exclues. Or, il a précédemment été établi que les circonstances objectivement trompeuses devaient être envisagées comme des causes de non-imputabilité à part entière²⁰⁷⁷. Elles correspondent à une incapacité d'exercice du libre arbitre au même titre que les circonstances contraignantes. Leur singularité réside dans le fait qu'elles s'opposent à l'exercice d'une volonté non pas libre mais éclairée. L'inévitable erreur d'appréciation qui en résulte est à même de renverser la présomption d'imputabilité de toute infraction dès qu'elle porte sur un élément requis par le texte²⁰⁷⁸. En matière de contrainte, la chambre criminelle ayant énoncé que « *toute infraction même purement matérielle suppose chez son auteur une volonté libre* »²⁰⁷⁹, il devrait en aller de même d'une volonté éclairée. L'assertion prétorienne est justement comprise comme permettant d'écarter la responsabilité de celui « *qui se trouve dans l'impossibilité absolue de prévoir ou d'empêcher l'infraction* »²⁰⁸⁰. Il paraît donc surprenant que la doctrine ne mentionne que l'insuffisance du discernement ou de la liberté d'action²⁰⁸¹, sans référence à l'erreur commune d'appréciation de l'acte plaçant dans l'impossibilité de prévoir et d'éviter l'infraction. Telle semble être l'opinion selon laquelle « *en tant qu'action humaine l'infraction est un tout indivisible. Elle est la traduction d'une volonté consciente et libre. Elle existe ou elle n'existe pas* »²⁰⁸². La différence tient au fait que si l'infraction est en principe l'exercice même d'une volonté libre et éclairée, des circonstances contraignantes ou trompeuses peuvent exceptionnellement y faire obstacle.

²⁰⁷⁶ Voir notamment DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Th. Lyon III, 2006, n° 120.

²⁰⁷⁷ Cf. *supra* n° 226.

²⁰⁷⁸ *Ibid.*

²⁰⁷⁹ Crim. 27 mai 1959, *Bull. crim.* n° 279, *RSC* 1960. 71, obs. LEGAL A.

²⁰⁸⁰ PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 350.

²⁰⁸¹ Voir, pour cette conception partielle de l'irresponsabilité fondée sur la jurisprudence, *Ibid.* ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 1997, p. 747, n° 592.

²⁰⁸² DANA A.-C., *Essai sur la notion d'infraction*, LGDJ, 1982, n° 264.

GARCON, qui écrivait, cependant, qu'une « contravention suppose nécessairement une faute ; l'agent est toujours négligent ou imprudent. Mais, dans ce cas même, ce n'est pas le fait matériel qui constitue la contravention ; c'est la faute inséparable de ce fait matériel »²⁰⁸³. Nombre de théoriciens expliquent, encore, que « l'agent a eu un comportement défaillant, or il disposait de son libre arbitre, donc il a forcément exercé sa volonté de manière coupable, c'est-à-dire en manquant de vigilance. Cette présomption irréfragable, comme d'ailleurs en matière d'imprudence, ne peut être déjouée que par l'intervention de la force majeure »²⁰⁸⁴. Il faudrait alors conclure à l'absence de particularisme de la faute contraventionnelle, dans la mesure où la jurisprudence tend à déduire le défaut de vigilance de la matérialité des délits d'imprudence²⁰⁸⁵. Pour indiscutable que soit cette présomption²⁰⁸⁶, elle devrait invariablement permettre son renversement par la preuve de l'erreur invincible qu'aurait commise le standard abstrait de conduite. LEGAL estimait, à ce titre, qu'une présomption irréfragable de faute ne serait que pure fiction²⁰⁸⁷. Dans son sillage, des auteurs estiment qu'elle se confondrait alors avec une règle de fond ; faute de ne pouvoir être combattue par la preuve de l'absence d'intention ou d'imprudence la faute contraventionnelle demeurerait objective²⁰⁸⁸.

Quelle que soit l'interprétation de la doctrine, elle reste rivée sur une jurisprudence qu'il conviendrait de combattre, car l'exercice d'une volonté éclairée devrait être nécessaire à l'engagement de la responsabilité pénale et ne saurait se résumer à la capacité de jouissance du discernement. D'ailleurs, lorsque la jurisprudence affirme que la démonstration de l'absence de faute n'autorise pas les juges à prononcer l'irresponsabilité du contrevenant²⁰⁸⁹, elle sous-entend bien que cette preuve est possible. La réalisation du comportement n'implique donc pas une volonté concordante *res ipsa loquitur*²⁰⁹⁰. La chambre criminelle a,

²⁰⁸³ GARCON E., Code pénal, art. 1, p. 12 et s., spéc. n°115 et n°127 (« les contraventions au contraire, sont en principe non intentionnelles »).

²⁰⁸⁴ STONESTREET N., *op. cit.*, n° 263 ; Voir particulièrement MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 1997, p. 747, n° 594, où les auteurs reconnaissent que la matérialité contraventionnelle révèle nécessairement une négligence, hors les cas de force majeure ; dans le même sens, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 223 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2004, p. 341 et s. ; « Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier (après la loi n° 96-393 du 13 mai 1996) », *Dr. pén.*, 1996, chron. n°28.

²⁰⁸⁵ Voir Crim. 17 déc. 1991, *Dr. pén.* 1992, n° 145, obs. VERON M.

²⁰⁸⁶ Voir LEGAL A., « La responsabilité sans faute », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mél. M. PATIN, Cujas, 1965, p.129 et s., spéc. p. 148, où l'auteur concède qu'en matière de contraventions routières « la faute est inhérente à l'acte en vertu d'une présomption qui répond à une réalité ».

²⁰⁸⁷ LEGAL A., « La responsabilité sans faute », art. préc., p. 148.

²⁰⁸⁸ Voir, pour ce raisonnement, DESPORTES F. et LE GUNHEC F., *Droit pénal général, op. cit.*, n° 499, p. 474 et s.

²⁰⁸⁹ Voir notamment Crim., 28 avril 1977, *Bull. crim.*, n° 148, *D.* 1978, jurispr., p. 149, note RASSAT M.-L., *JCP G.* 1978. II. 18931, DELMAS-MARTY M., *RSC* 1978. 335, obs. VITU A.

²⁰⁹⁰ Contra SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale, op. cit.*, n° 90 ; MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 1997, n° 594 : « la faute contraventionnelle s'identifie rigoureusement avec l'infraction ».

déjà, pu retenir, à titre exceptionnel, l'erreur invincible pour fonder l'irresponsabilité d'un chasseur qui s'était mépris sur l'espèce animale visée²⁰⁹¹. Le professeur DECOCQ a défendu cette solution en faisant précisément valoir que les contraventions supposent l'existence d'une volonté libre et éclairée et que l'erreur invincible devait, par conséquent, être admise²⁰⁹². Au fond, le véritable frein à l'admission des circonstances objectivement trompeuses, en matière de faute contraventionnelle voire même délictuelle, tient à la conception réductrice de l'imputabilité. La dissociation artificielle de la culpabilité ne convainc guère puisqu'elle n'est autre que la résultante de la caractérisation de l'infraction et de la confirmation de la présomption d'imputabilité à son auteur. Il ne saurait être question de culpabilité lorsque l'on prétend imputer moralement à son auteur le comportement que n'aurait pu éviter le standard moyen de conduite, faute d'avoir pu en apprécier l'illicéité.

444. Le rapprochement des contraventions et des délits-obstacles La responsabilité contraventionnelle n'est, certes, pas purement objective puisque certaines causes d'irresponsabilité subjectives peuvent être utilement invoquées²⁰⁹³. La présomption d'imputabilité est même perçue par la doctrine comme conforme à la Constitution, dans la mesure où elle n'est pas irréfutable²⁰⁹⁴. Il reste qu'en l'état actuel de la jurisprudence qui ne diffère pas en matière de délit-obstacle, la présomption simple de jouissance du libre arbitre engage une présomption irréfutable d'exercice éclairé de celui-ci. Un tel refus d'examiner la preuve du défaut de conscience de l'illicéité de l'acte disconvient tant aux exigences constitutionnelles que conventionnelles portant sur le respect « *des limites raisonnables prenant en compte la gravité de l'enjeu et préservant les droits de la défense* »²⁰⁹⁵. De la même manière que la présomption d'imputabilité des contraventions autorise un courant doctrinal à défendre la dimension subjective de la responsabilité²⁰⁹⁶, la démonstration du caractère lacunaire des causes de non-imputabilité admises permet de soutenir l'idée d'une responsabilité quasi-objective²⁰⁹⁷. Même si la jurisprudence admettait enfin la preuve des

²⁰⁹¹ Voir Crim. 16 nov. 1866, S. 1867. I. 344, D. 1867. 87.

²⁰⁹² DECOCQ A., *Droit pénal général*, A. Colin, 1971, p. 225 et s.

²⁰⁹³ Voir en ce sens STONESTREET N., *op. cit.*, n° 264.

²⁰⁹⁴ Voir particulièrement DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, *op. cit.*, n° 121 ; Voir aussi PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, *op. cit.*, n° 291.

²⁰⁹⁵ CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*, Série A n° 141.

²⁰⁹⁶ Voir MANACORDA S., « La théorie générale de l'infraction pénale en France : lacunes ou spécificités de la science pénale », *RD pén. crim.* 1999. 52, et dans le même sens PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, *op. cit.*, n° 351 ; STONESTREET N., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁰⁹⁷ Contra, STONESTREET N., *op. cit.*, *loc. cit.* : « *cette présomption, fût-elle irréfutable, révèle quant au fond l'exigence d'une faute, puisque la prise en compte de l'imputabilité montre que l'état d'esprit de l'agent n'est pas indifférent* ».

circonstances trompeuses, il n'en resterait pas moins que la matérialité équivoque des infractions-obstacle rend artificielle la dimension subjective de la responsabilité qui en est le reflet.

B) L'indifférence du défaut de conscience de l'illicéité des délits-obstacle

445. Une présomption artificielle de conscience de l'illicéité. En théorie, il ne s'agit que d'une présomption simple, mais la jurisprudence se montre particulièrement réticente à la démonstration de la preuve inverse. En outre, l'illicéité incertaine des infractions-obstacle se répercute nécessairement sur une conscience de l'illicéité tout aussi incertaine mais qui ne peut être combattue au plan subjectif. Le défaut de conscience de l'illicéité de l'acte est indifférent en raison de l'insuffisance non seulement de la possibilité de contestation (1) mais également de son contenu (2).

1) L'insuffisante possibilité de contestation de la présomption

446. Le principe d'une présomption simple de volonté de l'acte. Si la jurisprudence affirme constamment, en matière de responsabilité contraventionnelle qu'« *il suffit que le fait soit matériellement constaté* », elle reprend rigoureusement la même formule concernant certains délits²⁰⁹⁸, tels que la revente à perte, notamment²⁰⁹⁹. Il n'en va pas différemment du délit de préparation d'un piratage informatique où la chambre criminelle pose que « *la constatation de la violation sans motif légitime et en connaissance de cause, de l'une des interdictions prévues par l'article 323-3-1 du code pénal implique de la part de son auteur l'intention coupable exigée* »²¹⁰⁰. Elle approuve le rejet de l'exception de « *motif légitime* » tiré du but d'information, car la diffusion des failles de sécurité présentait « *un risque d'utilisation à des fins de piratage* »²¹⁰¹. Un tel raisonnement confirme que le motif légitime ne doit pas être envisagé comme un dol spécial négatif qui enrichirait la dimension morale de la responsabilité²¹⁰². En tant que simple reflet de la matérialité, elle se réduit à la conscience du risque que ne ferait que conforter l'illusoire preuve d'un but informatif.

²⁰⁹⁸ Crim., 22 nov. 1912, *Bull. crim.*, n° 570

²⁰⁹⁹ Crim., 4 fév. 1991, *Bull. crim.*, n° 58, *RSC* 1991. 591, obs. PRADEL J.

²¹⁰⁰ Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 2009, *AJ* 2935, obs. DARSONVILLE A., *D.* 2009. 806, note LASSERRE CAPDEVILLE J., *RSC* 2010. 178, note FRANCILLON J., *AJ pén.* 2010. 79, obs. ROYER G., *JCP G* 2010. 19, note LEPAGE A., *Dr. pén.* 2010, comm. 3, VERON M.

²¹⁰¹ *Ibid.*

²¹⁰² Pour la critique de cette notion, Cf. *supra* n° 84.

La jurisprudence ne diffère pas même lorsque le texte semble exiger un dol spécial. Il en va ainsi du délit analogue de préparation de piratage de programmes télédiffusés réservés à un public d'abonnés, indûment nommé de « *captation frauduleuse* »²¹⁰³. Il réprime en particulier l'« *acquisition ou la détention, en vue de son utilisation, d'un équipement, matériel, dispositif ou instrument mentionné à l'article 79-1* »²¹⁰⁴. Des juges du fond ont condamné sur ce fondement celui qui avait téléchargé un logiciel de décryptage Canal Plus, sans toutefois préciser que l'acquisition avait été faite en vue de son utilisation. Le pourvoi est rejeté par la Cour de cassation, l'acquisition du moyen de piratage laissant alors présumer d'un but d'utilisation²¹⁰⁵. Ce qui est vrai de l'acquisition ne l'est pas forcément de la détention qui semble plus équivoque. L'apparente précision de l'élément moral n'est qu'un leurre qui gagnerait à être interprété de manière objective plutôt que simplement éludé²¹⁰⁶. Le but d'utilisation se caractérise nécessairement par des circonstances tendant à l'utilisation. La simple détention qui ne présente qu'une potentialité de risque ne devrait pas être sanctionnée en tant que telle. En d'autres termes, si la détention n'a pas été accomplie de manière à utiliser l'équipement, l'infraction ne devrait pas être caractérisée fautive, d'aptitude causale concrète. Comprise de la sorte, cette incrimination semble mieux circonstanciée que son homologue qui contient, en guise de compensation artificielle, l'exception de motif légitime. **L'absence de motif légitime insusceptible de préciser la matérialité infractionnelle, ne peut, à plus forte raison, venir étoffer la dimension morale de la responsabilité qui en dépend.** Aussi, toute précision d'apparence psychologique paraît-elle purement redondante, à moins de pouvoir être interprétée objectivement. Voilà sans doute pourquoi, depuis la loi du 9 mars 2004, le délit de détention de contrefaçons ne précise plus, que le détenteur doit savoir que les marchandises sont revêtues d'une marque contrefaite²¹⁰⁷. La jurisprudence se bornait jusqu'à lors à faire mention du caractère délibéré de la détention des produits contrefaits²¹⁰⁸. **Le fait de présumer la pleine conscience de l'acte ne serait pas critiquable si les possibilités de contestations n'étaient pas réduites à la portion congrue.**

²¹⁰³ L. 30 déc. 1986, art. 79-2 à 79-5 (C. pén., art. 429-2 à 429-5 anc.).

²¹⁰⁴ LEPAGE A., « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », *Dr. pén.* 2009, chron. 11, n° 10.

²¹⁰⁵ Crim., 21 janv. 2009, n° 08-84.001, *JurisData* n° 2009-047167.

²¹⁰⁶ Pour une conception objective du dol spécial comme précision de l'aptitude causale de l'acte, Cf. *supra* n° 209.

²¹⁰⁷ Voir CPI, art. L. 716-10 a.

²¹⁰⁸ Voir notamment, Crim., 21 oct. 2003, n° 02-87156, *JurisData* n° 2003-021175 ; Crim., 4 févr. 1998, n° 97-80118, *JurisData* n° 1998-001514, Paris, 10 déc. 1999, n° 99-04578, *JurisData* n° 1999-109703 ; Aix-en-Provence, 13 juin 2007, n° 2007-401, *JurisData* n° 2007-339850 ; Nancy, 3 nov. 2005, n° 04-01509, *JurisData* n° 2005-308811.

Les réticences jurisprudentielles au renversement de la présomption. La sévérité de la chambre criminelle ressort particulièrement du rejet du pourvoi faisant grief à une cour d'appel d'avoir affirmé que « *les prévenus ne pouvaient ignorer le caractère contrefaisant des produits litigieux, sans rechercher, comme elle y était invitée, si leurs fournisseurs leur avaient donné des informations permettant de croire qu'il s'agissait de produits originaux, et si ces informations étaient d'autant plus crédibles que ces mêmes fournisseurs leur avaient livré par ailleurs des produits revêtus de la marque Tommy Hilfiger, dont l'authenticité avait été reconnue par les parties civiles* »²¹⁰⁹. En la matière, il est à déplorer que le doute profite rarement au prévenu et jamais au professionnel²¹¹⁰. En outre, il est assez fréquent, dans ces domaines techniques de la répression, que des dispositions consacrent expressément des présomptions de culpabilité, comme en témoigne l'article 392 du Code des douanes disposant que « *Le détenteur de marchandises de fraude est réputé responsable de la fraude* ». En dépit de son caractère « *quasi irréfragable en faveur de l'administration des douanes – et au détriment du détenteur de marchandises prohibées* »²¹¹¹, la Cour européenne avait estimé que les juridictions françaises ne l'avaient pas appliqué « *d'une manière portant atteinte à la présomption d'innocence* »²¹¹². Dans son sillage, la chambre criminelle a précisé, s'agissant de la présomption de l'article 396 du même Code, que l'article 6§2 de la Convention européenne n'a pas « *pour objet de limiter les modes de preuve prévus par la loi interne mais d'exiger que la culpabilité soit légalement établie* » ni de faire « *obstacle aux présomptions de fait ou de droit instituées en matière pénales, dès lors que ces présomptions prennent en compte la gravité de l'enjeu et laissent entiers les droits de la défense* »²¹¹³. Par la suite, le Conseil constitutionnel devait expliquer que les présomptions de culpabilité, établies à titre exceptionnel, ne heurtaient pas le principe de la présomption d'innocence résultant de l'article 9 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen « *dès lors qu'elles ne revêtent pas de caractère irréfragable, qu'est assuré le respect des droits de la défense et que les faits*

²¹⁰⁹ Voir particulièrement Crim., 7 avr. 2010, n° 09-82.770 (*inédit*).

²¹¹⁰ Crim., 29 sept. 2009, n° 08-82.691, *JurisData* n° 2009-049707, *Dr. pén.* 2009, comm. 142, obs. ROBERT J.-H. (travail illégal); Crim., 18 nov. 2008, n° 08-83.542, *JurisData* n° 2008-046496; *Dr. pén.* 2009, comm. 40, obs. ROBERT J.-H. (construction de bâtiment sans permis de construire); Crim., 30 oct. 1995, n° 94-83.386, *JurisData* n° 1995-003675, *Bull. crim.* 1995, n° 335, *Dr. pén.* 1996, comm. 70, obs. ROBERT J.-H. (publicité illicite en faveur du tabac); Crim., 25 mai 1994, n° 93-85.158 et n° 93-85.205, *JurisData* n° 1994-002899, *Bull. crim.* 1994, n° 203, *Dr. pén.* 1994, comm. 237 (vente commerciale sans facture).

²¹¹¹ PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, op. cit., n° 293. Voir aussi SICURELLA R., « *Nulla poena sine culpa* : un véritable principe commun européen ? », *RSC* 2002. 15, spec. p. 20.

²¹¹² CEDH, 7 octobre 1988, *Salabiaku c/ France*, préc.

²¹¹³ Crim. 10 fév. 1992, *Bull. crim.* n° 62.

induisent raisonnablement la vraisemblance de l'imputabilité»²¹¹⁴. Un auteur a même soutenu que l'existence légale de ces présomptions ne devait pas ternir le mérite d'un législateur qui s'est attaché à appréhender de manière logique le concept de culpabilité et à faire « *de la responsabilité le reflet précis d'une culpabilité préalablement débattue et reconnue* »²¹¹⁵. Or, d'une part, tant que la culpabilité sera artificiellement distinguée de la présomption incontournable d'imputabilité, on oubliera que la menace qui plane sur la présomption d'innocence réside moins dans la présomption que dans sa délicate contestation²¹¹⁶. Au regard de l'« *hostilité* » de la jurisprudence à l'égard des causes de non-imputabilité, il est parfois fait état d'un « *caractère irréfragable officieux* » des présomptions de responsabilité²¹¹⁷. Les contrôles opérés demeurent, de ce point de vue, insuffisants qui laissent prospérer des présomptions « *quasi irréfragables* »²¹¹⁸. Pire, ils ignorent entièrement la persistance d'une présomption irréfragable de conscience de l'illicéité de l'acte, dès-lors qu'il est sous-tendu par une volonté libre et éclairée.

447. L'inadéquation entre volonté de l'acte et conscience de l'illicéité. Non seulement, on sait que la jurisprudence reste rétive à l'admission des causes d'irresponsabilité subjectives que sont la démence et la contrainte, mais elle fait également obstacle à la reconnaissance de l'erreur commune de fait en matière de délits-obstacle comme de contraventions. **Au fond, l'écueil de l'article 121-3 du Code pénal tient au fait qu'il tente de rationaliser le contenu de la culpabilité selon la qualification en cause, alors qu'il est totalement tributaire de la densité matérielle des infractions** qui peut être commune aux contraventions et aux délits préventifs. La présomption d'illicéité substantielle de ces actes étant sujette à caution, la conscience qu'ils induisent l'est pareillement. Or, la conscience de l'illicéité des faits est automatiquement déduite de la volonté de l'acte et ne peut être combattue en elle-même.

²¹¹⁴ Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, JO 19 juin 1999, *JurisData* n° 1999-120476, D. 1999, jurispr. p. 589, note MAYAUD Y., D. 2000, somm. p. 197, obs. SCIORTINO-BAYART S.

²¹¹⁵ MAYAUD Y., « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », D. 1997. 41 ; Voir en ce sens PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité, op. cit.*, n° 294.

²¹¹⁶ Voir *contra* MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », RJS 2001. 283, spéc. p. 286, FOURMENT F., « *Dénonciation calomnieuse* », *Rép. pén.*, Dalloz, 2011, n° 61 (« *Inférer la connaissance de la fausseté des faits dénoncés du constat de cette fausseté revient à présumer la constitution de l'élément moral de l'infraction, et donc à renverser la charge de la preuve et la présomption d'innocence* »).

²¹¹⁷ *Ibid.*

²¹¹⁸ Voir, pour ce qualificatif, LEPAGE A., « La volonté d'information ne constitue pas, en soi, un motif légitime en matière de publication des vulnérabilités », JCP G 2010. 19.

2) Le contenu insuffisant de la présomption

448. La conscience d'un risque d'illicéité. L'insuffisante densité morale de la responsabilité pénale provient de ce que la faute est déduite de comportement équivoques, en matière d'infractions-obstacle. Il a précédemment été établi que les simples faits d'omission et de détention souffraient d'un déficit causal. Il a, de surcroît, été montré que la protection des valeurs en cause ne justifiait pas suffisamment la répression au stade ambigu de la préparation. Les actes préparatoires ne présentent qu'un risque de danger, pour des valeurs secondaires, en l'occurrence. Or, l'incertitude quant à l'illicéité des conduites incriminées se répercute inexorablement sur la conscience que peut en avoir l'agent. **Ainsi, la détention de tout objet présentant un risque social, peut aussi bien être avérée préparatoire à son utilisation, qu'à sa destruction.** Quand bien même y aurait-il utilisation, celle-ci n'emporte pas nécessairement de risque concret pour le bien juridique protégé. On a vu, à cet égard que l'introduction d'une bombe logique dans un système de traitement automatisé de données pouvait être utile à la sécurisation des données²¹¹⁹. En outre, la seule détention de données sur des vulnérabilités informatiques étant présumée illicite²¹²⁰, elle induit une pleine conscience de l'illicéité de l'acte. Cet acte présentant un risque seulement abstrait d'exploitation des failles informatiques, est souvent le préalable nécessaire au perfectionnement de la sécurisation du système. Par conséquent, le détenteur sera présumé responsable, alors même qu'il s'apprêtait à transmettre ces données au maître du système à des fins d'amélioration.

449. L'impossible contestation subjective de la présomption. A moins qu'il parvienne à établir l'existence de circonstances objectives attestant de l'utilité sociale de cette détention, l'auteur pourra être condamné, en dépit de sa pleine conscience de la légitimité de l'acte. Certains auteurs excipent précisément du fait que les circonstances justificatives font « *perdre à l'infraction son caractère délictueux* »²¹²¹ et que la nécessité « *exclut toute faute de la part de l'agent* » pour en déduire « *a contrario que l'infraction perpétrée comporte, au titre de la constitution de son élément moral, un élément de culpabilité* »²¹²². Pourtant, le renversement de la présomption d'illicéité attachée à l'infraction supprime purement et simplement la question de l'attribution d'un reproche inexistant. Le seul moyen de combattre la présomption de conscience de l'illicéité de l'acte est indirect, qui consiste à s'exonérer par

²¹¹⁹ Cf. *supra* n° 432.

²¹²⁰ Voir C. pén., art. 323-3-1.

²¹²¹ Crim., 12 mai 1950, *Bull. crim.* n° 154.

²¹²² PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 356.

le motif légitime d'une responsabilité apparente. Il n'est, pourtant, pas admissible que des actes équivoque engendre une présomption de culpabilité impossible à renverser en elle-même. L'absence de causalité physique des omissions et simples détentions incriminées a donc des conséquences néfastes sur la densité morale de la responsabilité. Ainsi, « *La preuve par le prévenu de son absence de faute (il se prétend « de bonne foi ») (...) ne produit aucun effet exonératoire : le débat sur la culpabilité n'est pas ouvert en présence d'une infraction matérielle* »²¹²³. Voici définitivement balayées, toute velléité de voir, dans le motif légitime, un dol spécial inversé ou toute autre cause d'irresponsabilité subjective²¹²⁴, sauf à considérer que la nature du motif légitime varie selon l'infraction en cause.

450. L'illégitimité douteuse de l'acte et l'illégitimité certaine de l'incrimination.

En l'état actuel du droit positif, « les dispositions psychologiques du prévenu sont, en principe, étrangère au débat judiciaire qui tend à l'imputation d'une contravention (...) le prévenu est mal fondé à soutenir qu'il n'avait pas conscience de ce qu'il faisait »²¹²⁵. Il n'en va pas différemment en matière de délits-obstacle : « Pour ne pas être l'auteur d'une infraction 'matérielle', le justiciable se doit donc d'être vigilant et toujours infaillible »²¹²⁶. Or, comment peut-on prétendre qu'il s'agit de lutter efficacement contre « le relâchement de la vigilance »²¹²⁷ des contrevenants²¹²⁸, tout en acceptant de punir celui qui n'a pu éviter la transgression en raison d'une erreur commune d'appréciation des faits ? **Il s'agit là d'une logique inversée du droit pénal qui, au nom de l'efficacité de la répression, tend à punir automatiquement les auteurs d'infractions mineures, quitte à ce qu'il y ait quelques erreurs.** Dire que « l'irrespect de la norme pénale révèle ipso facto une faute antérieure ou concomitante »²¹²⁹ revient non seulement à défendre le caractère irréfragable de la présomption d'imputabilité morale mais relève, en outre, d'une conception positiviste dépassée. En effet, l'étude des infractions à motif légitime a montré combien la transgression d'une norme peut être en décalage avec la lésion concrète d'une valeur essentielle. De l'accomplissement d'un acte dont l'illicéité est incertaine, ne peut se déduire qu'une conscience tout aussi incertaine de l'illicéité. Aussi, la faute dite contraventionnelle qui se

²¹²³ MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 283, spéc. p. 286

²¹²⁴ Contra AMBROISE-CASTÉROT C., V° « Consommation », *Rép. Pénal* (2011), n° 169.

²¹²⁵ ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis Droit privé*, 6^{ème} éd. 2005, p. 340.

²¹²⁶ TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009, n° 118.

²¹²⁷ ROBERT J.-H., *op. cit.*, n° 110.

²¹²⁸ Voir, pour cette affirmation, TRALONGO A., *op. cit.*, n° 110.

²¹²⁹ TRALONGO A., *op. cit.*, n° 112.

retrouve dans les délits-obstacle, ne présente-elle « qu'un très lointain rapport avec la notion traditionnelle de faute pénale »²¹³⁰ et contrevient à une condition essentielle de la responsabilité exprimée par l'adage *nullum crimen sine culpa*²¹³¹. Le principe de culpabilité souffre, donc, de l'absence d'une véritable consécration au rang de droit fondamental²¹³². Si les infractions à motif légitime étaient dûment conditionnées, elles ne seraient pas caractérisées en l'absence d'illicéité substantielle et ne donneraient pas naissance à une présomption infondée de conscience de l'illicéité de l'acte. En tant que cause d'exonération, le motif légitime requiert préalablement une responsabilité apparente qui est pourtant infondée. **Le fait de se placer de manière anticipée au stade la justification permet d'entériner une présomption artificielle de responsabilité.** Le prévenu doit prouver la légitimité de son acte alors que la légitimité de la norme est sujette à caution. Le recours à l'illicéité négative doit demeurer exceptionnel et requiert au préalable une stricte délimitation de l'illicéité positive.

Section 2 : La nécessaire délimitation de l'illicéité positive

451. L'urgente restauration du principe d'*extrema ratio* de la répression. Le droit pénal ne saurait résulter que d'une prudente articulation « *entre volonté de punir et renoncement à punir* »²¹³³. Selon BECCARIA, « *tout acte d'autorité d'homme à homme qui ne dérive pas de l'absolue nécessité est tyrannique* »²¹³⁴. L'anticipation outrancière de la répression qui caractérise les infractions à motif légitime témoigne, cependant, d'un « *pouvoir législatif d'incriminer (...) sans véritable limite* »²¹³⁵. La nocuité sociale incertaine des actes incriminés tranche singulièrement avec les affirmations selon lesquelles, la répression pénale se bornerait aux « *atteintes les plus graves* »²¹³⁶ aux « *valeurs essentielles* »²¹³⁷. Les auteurs sont peu enclins à préciser ces formules qui renverraient principalement aux atteintes aux

²¹³⁰ PIROVANO A., *Faute civile et faute pénale*, LGDJ, 1966, n° 155.

²¹³¹ *Ibid.*, n° 87.

²¹³² Voir en ce sens SICURELLA R., « *Nulla poena sine culpa* : un véritable principe commun européen ? », *RSC* 2002. 15 et s.

²¹³³ SALAS D., *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005, p. 15-16.

²¹³⁴ BECCARIA C., *Des délits et des peines*, 1764-1765, Traduction de AUDEGEAN P., LYON, ENS éditions 2009, §. 2.

²¹³⁵ PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2010, n° 203.

²¹³⁶ Voir notamment SEUVIC J.-F. et KOERING-JOULIN R., « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, numéro spécial « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? », p. 117.

²¹³⁷ Voir sur le caractère autonome des valeurs pénalement protégées, CONTE P., « Les silences de la loi et du juge en matière pénale, selon Portalis : matière à commentaires », in *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, p. 31-32.

droits et libertés protégés par la constitution²¹³⁸. Des critères doivent, pourtant, être dégagés permettant aux juges de contenir les inclinations autoritaires du droit pénal. En franchissant le seuil de la répression du risque hypothétique d'atteinte à des valeurs de second rang, les contraventions et délits-obstacle se placent aux frontières du droit pénal (§1) et révèlent l'insuffisance des contrôle de la légitimité de la répression (§2)

§1 : Des qualifications aux frontières du droit pénal

452. Des infractions contraires à la finalité du droit pénal. Les délits-obstacles et contraventions relèvent de la matière pénale au plan formel puisque l'article 111-1 du Code pénal dispose que « *les infractions pénales sont classées, suivant leur gravité, en crimes, délits et contraventions* ». Il n'en reste pas moins qu'ils participent d'un champ controversé du droit pénal, tant ils dérogent à son essence et tant ils affaiblissent sa fonction répressive. La finalité de la loi pénale réside dans « *la protection du bien juridico-pénal* » et ne peut se réduire à sa fonction de « *gendarme du droit* »²¹³⁹, comme en matière d'infractions à motif légitime qui forment ce que l'on pourraient appeler des infractions contraventionnelles. Or, on peut lire que « *Tout en ressortissant au droit pénal, les contraventions n'engagent pas à proprement parler la criminalité ou la délinquance* »²¹⁴⁰. Si l'on formule, en France d'excellentes et non moins perturbantes descriptions du droit positif, en Italie, « *on ne comprend pas pourquoi ces actes administratifs ne sont pas accompagnés de sanctions elles aussi administratives, laissant ainsi le droit pénal à l'abri des risques graves engendrés par les incohérences systématiques* »²¹⁴¹. Aussi, est-il impératif de s'apercevoir que les infractions contraventionnelles relèvent d'une fonction régulatrice appartenant à une logique d'ordre administrative (A) et qu'elles doivent, à ce titre, faire l'objet d'une dépénalisation (B).

A) Une fonction régulatrice relevant du droit administratif

453. La contestation de la fonction régulatrice du droit pénal. En référence aux impératifs de prévention ainsi que de gestions sociale et administrative qu'elles sous-tendent,

²¹³⁸ Voir sur ce point PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée*, op. cit., n° 197.

²¹³⁹ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 475.

²¹⁴⁰ MAYAUD Y., note sous Cons. const., 16 juin 1999, préc.

²¹⁴¹ SERGIO MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n°2.

les contraventions représentent ce que l'on appela « *le droit de bagatelle* »²¹⁴². Les infractions contraventionnelles ne présentent, toutefois, pas qu'une différence de degré avec le noyau dur de la répression pénale, mais elles en diffèrent par leur nature même. Ni la cessation de l'illicite, ni la prévention de l'illicite ne relèvent de la vocation rétributive du droit pénal²¹⁴³. Elles concourent, au contraire, à la banalisation de la répression que justifierait, paradoxalement la faible gravité des intérêts en cause. De par leur essence administrative, les infractions contraventionnelles ne respectent pas la différence de nature entre répression pénale et administrative (1). Quant à la différence de degré qui justifierait leur existence, elle tend à s'estomper, de sorte qu'elles ne respectent même plus la différence d'intensité entre répression pénale et administrative (2).

1) Le non-respect de la différence de nature entre répression pénale et administrative

454. Le non respect du critère de la gravité de l'atteinte. Les contraventions sont invariablement définies comme ne lésant que des « *intérêts administratifs* »²¹⁴⁴, des « *intérêts de sécurité publique* »²¹⁴⁵, sans que cela ne pose la question de leur appartenance au droit pénal. La doctrine la plus autorisée a pu décrire les incriminations contraventionnelles comme étant « *toujours établies dans une perspective de police au sens administratif du terme* »²¹⁴⁶. Cette nature administrative se retrouve dans la physionomie des infractions dites purement matérielles qui ne comportent qu'une atteinte sociale artificielle. Ainsi, « *la nature du bien juridique protégé devient prépondérante dans la détermination du caractère matériel du délit* »²¹⁴⁷, tout comme l'est aussi la nature de l'acte dirigé à son encontre. Le doyen LEGAL expliquait à cet égard qu'il ne s'agissait pas de réprimer « *une atteinte directe et effective au droit d'autrui* » mais la transgression de règles tenant « *soit à bonne administration du pays soit encore à la santé, à la sécurité ou à la prospérité de la population* » et n'entraînant pas de « *conséquences matérielles graves ni un trouble social caractérisé* »²¹⁴⁸. Cette approche

²¹⁴² BOULOC B., *Droit pénal général*, 22^{ème} éd. Dalloz, coll. Précis, 2011, n° 298.

²¹⁴² PY-LEBRUN, *op. cit.*, n° 280.

²¹⁴³ Contra BENEJAT M., *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 111, 2012.

²¹⁴⁴ BOULOC B., *op. cit.*, *loc. cit.*

²¹⁴⁵ PY-LEBRUN H., *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007, n° 280.

²¹⁴⁶ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 1997, n° 594, p. 747.

²¹⁴⁷ VITU A., cité par MARTY J.-P., « Les délits matériels », *RSC* 1982. 49, spéc. p. 59.

²¹⁴⁸ LEGAL A., « La responsabilité sans faute », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, Mel. M. Patin, Cujas, Paris, 1965, p. 133.

des contraventions et autres délits matériels correspond rigoureusement à l'analyse qui a précédemment été menée des infractions affectées de l'exception de motif légitime. Il s'agit d'une protection anticipée, voire purement formelle de valeurs secondaires et d'obligations « extra-pénales ». Or, un courant doctrinal tend désormais à dénoncer les qualifications pénales qui ont été « *édictees, non pas pour protéger les valeurs fondamentales de notre société, dont l'atteinte entraînerait un blâme moral, mais plutôt pour préserver une bonne organisation et administration sociales* »²¹⁴⁹. Dans le même sens, d'autres maintiennent que toute pénalisation est liée à un « *besoin impérieux de protéger des valeurs essentielles. Toute infraction manifeste ainsi une atteinte à des valeurs jugées essentielles par l'ensemble du corps social et qui nécessitent donc l'intervention du droit pénal et ceci concernerait même les contraventions* »²¹⁵⁰. Il s'agirait d'enrayer les dérives préventives et de résorber un certain galvaudage de la répression.

455. La banalisation d'une fonction préventive de la répression. L'infraction administrative se caractérise le plus souvent par une indiscipline matérielle, menaçant ou lésant faiblement l'intérêt général²¹⁵¹, ainsi que par un certain « *automatisme* » de la sanction²¹⁵². Or, il a été démontré que les infractions contraventionnelles, telles que les infractions à motif légitime, ne font généralement encourir à l'ensemble de la collectivité qu'un simple « *risque* » abstrait²¹⁵³. Les contraventions sont, à ce titre, qualifiées de d'infraction préventive²¹⁵⁴ et leur sanction serait infligée « *à titre de simple avertissement* »²¹⁵⁵. De tels attributs correspondent, en principe, aux infractions dites administratives. Des auteurs moins soucieux de justifier le droit positif que de l'améliorer, contestent ce qu'ils qualifient d'« *application sournoise de la théorie du risque* »²¹⁵⁶ et pour le moins inadaptée aux fondements de la responsabilité pénale. D'autres objectent, cependant, que s'il est vrai que les infractions administratives se contentent d'éléments « *plus vagues et reposant souvent sur une omission purement matérielle (...)* il existe aussi des infractions

²¹⁴⁹ SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 86.

²¹⁵⁰ DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Th. Lyon III, 2006, n° 122.

²¹⁵¹ Voir TRALONGO A., *Essai sur la bonne foi en droit pénal*, op. cit., p. 94.

²¹⁵² CHABAS F., « La notion de contravention », *RSC* 1969. 20, spéc. p. 36.

²¹⁵³ Cf. *supra* n° 387.

²¹⁵⁴ Voir VIDAL G., MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, t. I, Rousseau et ali, Paris, 9^{ème} éd. 1949, n° 74 bis, p. 98.

²¹⁵⁵ TRALONGO A., op. cit., loc. cit.

²¹⁵⁶ LEMOINE E., *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, Coll. Logiques juridiques, Paris, 2002, p. 115, n° 92.

pénales de ce type »²¹⁵⁷. C'est justement là que le bât blesse et il ne saurait être tiré argument de la dilution entamée du droit pénal pour faire l'économie d'une réflexion critique sur la nécessité de sa restauration.

456. Le non-respect du caractère exceptionnel de la répression pénale. Au lieu de conclure au défaut d'appartenance au domaine pénal de l'infraction contraventionnelle au regard de la correspondance avec l'infraction administrative, il est admis que « *la sauvegarde préventive de tels intérêts généraux* » justifie l'« *automatisme rigoureux* » de la peine²¹⁵⁸. En vertu d'une logique inversée qui ne s'explique que par la volonté d'inventer une cohérence au droit positif, les infractions contraventionnelles sont réprimées avec une sévérité en dissonance avec leur nature administrative.

2) Le non-respect de la différence d'intensité entre répression pénale et administrative

457. Le paradoxe de l'automatisme de la répression des faits de faible gravité. Une partie de la doctrine émet l'idée, à l'endroit des contraventions, « *d'une responsabilité, sans faute mais non sans culpabilité* »²¹⁵⁹, cette dernière étant réduite à sa dimension matérielle et fondée sur la « *prévention d'un risque* »²¹⁶⁰. Le législateur n'aurait pas voulu incriminer « *un acte fautif mais un acte dangereux* »²¹⁶¹. La culpabilité se déduisant de la nocuité sociale de l'acte, la seule manière, d'expliquer l'absence de faute réside dans le caractère purement formel du danger et dans son illicéité artificielle, ce qui discrédite le concept hérétique de « *culpabilité pour risque* »²¹⁶². Les contraventions seraient « *destinées à sanctionner les écarts de conduite incompatibles avec les exigences minimales d'ordre et de sécurité. Les comportements qui en relèvent ne sont pas l'expression d'une hostilité manifeste ou d'une indifférence grave aux valeurs qui motivent la réaction aux crimes et aux délits* »²¹⁶³. HELIE évoquait, précisément, les impératifs de sécurité, de tranquillité ou de

²¹⁵⁷ DELMAS-MARTY M., TEITGEN-COLLY C., *Punir sans juger ? De la répression administrative ou droit pénal administratif*, Economica, Paris, 1992, p. 58.

²¹⁵⁸ LEGAL A., art. préc.,

²¹⁵⁹ TRALONGO A., *op. cit.*, n° 89.

²¹⁶⁰ BERNARDINI R., *L'intention coupable en droit pénal*, *op. cit.*, n° 273.

²¹⁶¹ CHABAS F., « La notion de contravention », *RSC* 1969, p.1 et 28, spéc. p. 25 ; Voir, pour la même formule, BERNARDINI R., *L'intention coupable en droit pénal*, Th. Nice, 1976, n° 274.

²¹⁶² TRALONGO A., *op. cit.*, n° 92.

²¹⁶³ MAYAUD Y., note sous Cons. const., 16 juin 1999, préc.

salubrité publique²¹⁶⁴ qui expliqueraient le caractère purement matériel des contraventions et, par là même, l'indifférence d'une culpabilité véritablement établie²¹⁶⁵. Ces considérations rejoignent, somme toute, celles qu'exprimait GARRAUD, lorsqu'il prétendait paradoxalement que « *le pouvoir de police peut frapper des faits, même innocents, parce que son fondement est l'utilité sociale* »²¹⁶⁶. Or, on perçoit assez mal en quoi il serait socialement utile de punir des innocents²¹⁶⁷. Essentiellement rétributive, La sanction pénale ne doit frapper que des personnes blâmables²¹⁶⁸, admises à apporter la preuve de leur innocence.

458. Le paradoxe de la sévérité accrue de la répression des faits de faible gravité. On assiste à un raisonnement aux antipodes de la logique pénale, en ce qu'il justifie des considérations d'efficacité répressive²¹⁶⁹, par la faible gravité des faits²¹⁷⁰. Si les faits sont assez insignifiants pour justifier l'automatisme de la répression, c'est qu'ils ne méritent pas de sanction pénale et encore moins la fulmination de peines d'emprisonnement. Or, force est de constater la survivance des délits-matériels que l'on croyait éradiqués depuis l'entrée en vigueur du Code pénal. A l'origine ces infractions devaient répondre à trois critères cumulatifs, qui ont évolués depuis lors²¹⁷¹, ayant trait au but de police et au respect d'une discipline collective, à un blâme moral faible ainsi qu'à des sanctions bénignes²¹⁷². La jurisprudence s'est souvent fondée sur l'efficacité de la répression, pour fonder une responsabilité objective, lorsque les délits étaient de faible densité matérielle et principalement en matière d'omissions²¹⁷³. Désormais, le taux des peines fulminées ne semblent plus guère décisif puisqu'il peut s'agir de lourde peine d'emprisonnement, comme en matière de pollution des eaux²¹⁷⁴ ou d'infractions à motif légitime souvent délictuelles. Il

²¹⁶⁴ HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie d'instruction criminelle*, t. IV, H. Plon, Paris, 2^{ème} éd. 1867, p. 6.

²¹⁶⁵ Voir en ce sens SAINT-GERAND V., *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000, n° 85 et s. ; et dans le même sens DREYER E., « Pour une contraventionnalisation des échanges illégaux de pair à pair », *RSC* 2007. 61.

²¹⁶⁶ GARRAUD R., *Précis de droit criminel*, Paris, 2^{ème} éd. 1885, n° 148, p. 211.

²¹⁶⁷ Voir plus généralement PRADEL J., « La présomption d'innocence : un colosse au pied d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 605.

²¹⁶⁸ Voir pour cette affirmation SAINT-GERAND V., *op. cit.*, n° 89.

²¹⁶⁹ Voir particulièrement LEGAL A., « La responsabilité sans faute », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, préc.

²¹⁷⁰ TRALONGO A., *op. cit.*, p. 92.

²¹⁷¹ La jurisprudence s'est autrefois déterminée en fonction de l'existence d'un droit de transaction de l'administration et plus récemment selon le caractère réglementé de la l'entreprise ou de la profession pour faire supporter au dirigeant, les conséquences pénales de l'inobservation de la réglementation. Voir MARTY J.-P., « Les délits matériels », *RSC* 1982. 49, spéc. p. 51.

²¹⁷² *Ibid.*

²¹⁷³ Voir sur ces critères TRALONGO A., *op. cit.*, p. 106.

²¹⁷⁴ Crim. 28 avr. 1977, préc.

n'est plus possible de soutenir que les contraventions « *ne sont que des atteintes à l'organisation de la vie sociale, contrairement aux crimes et délits qui par leur gravité intrinsèque touchent aux valeurs essentielles de la société* » ni qu'elles se singularisent par leur « *portée essentiellement disciplinaire* »²¹⁷⁵. Des délits toujours plus nombreux possèdent les mêmes caractéristiques et affectent l'essence même du droit pénal.

459. « Gangrénisation » du droit pénal par les infractions contraventionnelles.

Les infractions à motif légitime témoignent de ce que la logique disciplinaire et préventive gagne progressivement du terrain sur la répression pénale et finit par en altérer le sens. La dimension symbolique de protection des valeurs fondamentales, par la répression des atteintes les plus significatives, mise en exergue par un certain « *discours jusnaturaliste contemporain* », tend désormais à être perçus comme l'expression de « *l'éthique du droit pénal* »²¹⁷⁶. Il est ainsi proposé de consacrer aux délits matériels un traitement extra-pénal, assorti d'un dispositif largement préventif ainsi que de sanctions administratives²¹⁷⁷.

B) La nécessaire dépénalisation des infractions contraventionnelles

460. Les faux obstacles à la dépénalisation. L'efficacité accrue de la répression pénale par la simplification de ses procédures et la diversification de ses sanctions est généralement présentée au soutien du manque d'intérêt de la dépénalisation. A tel point que « *Le fait que dans le procès pénal, soient impliqués les droits fondamentaux de l'individu, et en premier lieu le droit de liberté, semble avoir complètement perdu son importance* »²¹⁷⁸. Il est, par ailleurs, tiré argument de ce que les garanties du procès équitable tendent à être accordées à toute répression quelle qu'en soit la forme. Cela plaide pourtant aussi dans le sens d'un cantonnement de la répression que la Cour européenne tente de juguler. L'« *administrativisation* » des infractions contraventionnelles s'impose donc pour préserver la cohérence d'un droit pénal en mutation (1) et pourrait être limitée par l'existence de garanties inhérentes à toute répression (2).

²¹⁷⁵ MAYAUD Y., note sous Cons. const., 16 juin 1999, préc.

²¹⁷⁶ DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Th. Lyon III, 2006, n° 122.

²¹⁷⁷ Voir BENESSIANO, *op. cit.*, n° 199.

²¹⁷⁸ SERGIO MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n°2.

1) Une « *administrativisation* » cohérente des infractions contraventionnelles

461. Le rejet de l'« *administrativisation* » à la française du droit pénal. Dire que « *les contraventions ont déjà un pied en dehors du droit pénal* », au regard de l'originalité de la procédure applicable²¹⁷⁹, revient à dire que le droit pénal a lui-même un pied en dehors de son champs qui se devait restreint. En témoignent particulièrement la présomption de véracité dont bénéficient les procès-verbaux²¹⁸⁰, l'attribution de la compétence à des juges non professionnels²¹⁸¹, la technique de l'amende forfaitaire qui ne suppose aucune individualisation de la peine²¹⁸² et l'existence de l'ordonnance pénale qui se passe de contradictoire²¹⁸³. En outre, la Cour de cassation censure les décisions qui emploient le « *coupable* » ou « *auteur* », lorsque l'intéressé est seulement débiteur de l'amende²¹⁸⁴, en application du Code de la route disposant que le titulaire du certificat d'immatriculation est « *redevable pécuniairement* » de certaines infractions routières²¹⁸⁵. Il est, pourtant, tiré argument de ce que la répression administrative ne serait pas nécessairement plus simple, plus efficace ni plus rapide qu'un traitement pénal se déroulant largement hors du prétoire²¹⁸⁶. D'éminents pénalistes ont expliqué, à cet égard, « *la souplesse et la simplicité de la procédure* » écrite, non contradictoire, à juge unique, « *ne pouvaient être obtenues,... qu'en se débarrassant de certains principes essentiels de la procédure pénale* »²¹⁸⁷. Les infractions à motif légitime sont, d'ailleurs de bonnes illustrations du recours à la procédure simplifiée de l'ordonnance pénale²¹⁸⁸ comme à des sanctions qui s'apparentent à des mesures de cessation de l'illicite s'adressant non pas à l'auteur du trouble mais au titulaire de l'objet du trouble. Il en va ainsi de la peine de suspension de la connexion internet de celui qui n'est pas parvenu à la sécuriser, après avertissement de l'autorité administrative idoine et en raison de l'existence de piratages de la connexion²¹⁸⁹. Il est, alors, avancé que les sanctions administratives ne seraient

²¹⁷⁹ DETRAZ S., « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », préc., n° 20.

²¹⁸⁰ Voir CPP, art. 537.

²¹⁸¹ Voir CPP, art. 521.

²¹⁸² Voir CPP, art. 529.

²¹⁸³ Voir CPP, art. 524 et s.

²¹⁸⁴ Crim., 10 déc. 2008, n° 08-82.029, cité par DETRAZ S., préc., n° 17.

²¹⁸⁵ Voir art. L. 121-3.

²¹⁸⁶ Les juridictions contraventionnelles tendent à n'intervenir qu'en cas de contestation de la procédure administrative. Voir, sur l'efficacité comparée des procédures administrative et pénale, DETRAZ S., préc., n° 25 et 26.

²¹⁸⁷ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, procédure pénale*, Cujas, 2001, 5e éd. p. 917.

²¹⁸⁸ Une procédure spécifique est applicable aux délits de contrefaçon commis au moyen d'un service de communication au public en ligne en permettant qu'ils soient jugés par un juge unique et selon la procédure simplifiée des ordonnances pénales. Cette dernière fut contestée lors de la saisine du Conseil constitutionnel en date du 28 septembre 2009. Voir *JO*, 29 octobre 2009, n° 251, p. 18295.

²¹⁸⁹ Cf. *infra* n° 467 et s.

guère plus adaptées que les sanctions pénales qui sont également très variées²¹⁹⁰. S'il est exacte que les autorités administratives indépendantes peuvent prononcer des blâmes, avertissements, suspensions et interdiction d'activité ou radiations de certains établissements financiers²¹⁹¹, on fait valoir que le droit pénal permet des injonctions de remise en l'état, en matière d'environnement ou d'urbanisme, et bien d'autres de mesures de cessation de l'illicite, en droit de la consommation notamment²¹⁹². Cela revient à exciper des dégénérescences d'un droit pénal devenu progressivement administratif, afin de relativiser l'intérêt d'une modification d'ampleur. Or, c'est précisément pour éviter les dérives d'une prétendue fonction régulatrice de la responsabilité pénale, qu'il convient de revenir à une stricte distinction des matières, conformément à leurs finalités respectives²¹⁹³. Toute conception utilitariste²¹⁹⁴ doit être bannie, au risque de voir le droit pénal mettre un second pied en dehors de champs, comme il l'a déjà entrepris, du fait de la multiplication des délits contraventionnels. Une analyse semblable est menée par une partie de la doctrine italienne qui déplore « *l'usage effréné du pénal dans la loi, le recours accru à l'emprisonnement comme sanction, le mépris des formes de procédure considérées comme des obstacles à la répression, le poids de l'accusation publique* » en ce qu'ils font régresser le système pénal vers des paramètres répressifs « *pré-modernes* »²¹⁹⁵. De nombreuses législations européennes ont, ainsi, entrepris un changement d'orientation.

462. Le mouvement européen d'« administrativisation » des contraventions.

Les faits contraventionnels « ne correspondent à aucune action immorale, illicite ou antisociale. Ils n'ont à leur base aucun délit naturel. Ce sont de pures infractions légales, des délits de pur droit positif »²¹⁹⁶. Le caractère « artificiel » de la violation d'une réglementation technique a précisément conduit de nombreuses législations européennes à une répression administrative, en ce domaine²¹⁹⁷. Les législations pénales, norvégienne, italienne, espagnole²¹⁹⁸ ou encore hollandaise²¹⁹⁹ ont retenu une distinction bipartite. De la même

²¹⁹⁰ *Ibid.*, n° 24.

²¹⁹¹ Sur les pouvoirs de l'autorité des marchés financiers, Voir C. mon. fin., art. L. 613-21.

²¹⁹² Voir, pour l'exemple des pratiques commerciales trompeuses, Voir DETRAZ S., préc., n° 24.

²¹⁹³ Contra BENEJAT M., *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 111, 2012.

²¹⁹⁴ Voir TOUZET J., « Le concept d'utilité... fondement de la justice pénale », *Rev. pénit.* 1989. 160.

²¹⁹⁵ SERGIO MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », préc.

²¹⁹⁶ DEPREZ C., *Nature juridique des contraventions*, Th. Dactyl., Paris, 1898, spéc. P. 53 et p. 137.

²¹⁹⁷ Voir MODERNE F., « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *RFDA* 2002. 483.

²¹⁹⁸ Voir respectivement C. pén. de 1902, C. pén. de 1930, C. de 1944 ; et, pour l'analyse critique de cette classification fondée essentiellement sur le caractère intentionnel ou non-intentionnel des infractions SAINT-GERAND V., *op. cit.*, n° 87.

manière, l'Allemagne ne connaît que deux types d'infractions, les crimes (*vergeben*) et les délits (*vergehen*)²²⁰⁰. Une loi de 1975 a généralisé l'existence des contraventions administratives (*ordnungswidrigkeiten*) qui procédaient autrefois du droit pénal²²⁰¹. Elles ne comportent qu'un risque abstrait comme en matière d'ivresse ou de défaut de surveillance d'animaux dangereux, et relèvent généralement de la réglementation routière, fiscale, de l'environnement, de la concurrence, de la consommation ou du travail²²⁰². Par ailleurs, les personnes morales ne peuvent encourir, outre-Rhin qu'une répression administrative, grâce à l'ancrage du principe de responsabilité pénale personnelle²²⁰³. D'ailleurs, l'avant-projet du Code pénal français de 1983 suggérait ce clivage, qui disposait, en son article 1^{er}, que « Les crimes et les délits sont des atteintes aux valeurs essentielles de la société. Les contraventions sont des atteintes à l'organisation de la vie sociale »²²⁰⁴. La Code pénal a adopté une posture plus ambiguë et la doctrine considère que la dépénalisation des infractions contraventionnelles a peu de chance de prospérer en l'état du droit positif²²⁰⁵. Cependant et réciproquement sans appel clair de sa part, à une dépénalisation massive, il n'y aura guère d'évolution en ce sens. Seule la dépénalisation du droit des affaires est sérieusement envisagée. L'ancienne Garde des sceaux avait, d'ailleurs, pu déplorer que « De trop nombreuses infractions pénales sanctionnent des obligations purement formelles », en la matière²²⁰⁶.

463. La possibilité de garanties. Contrairement à d'autres pays européens, l'évolution actuelle n'est pas à administrativisation des infractions contraventionnelles mais du droit pénal lui-même. Cela constitue paradoxalement le principal argument pour conserver ces infractions dans le giron d'un droit pénal aussi efficace que le droit administratif qu'il imite. La dépénalisation engendrerait « *un coût légistique bien supérieur à son intérêt* »²²⁰⁷, au plan médiatique ou électoral devrait-on, alors, préciser. La dépénalisation se situerait, en outre, en décalage par rapport aux garanties européennes s'appliquant à la répression *lato sensu*. Cette conception large a pourtant été adoptée pour en contenir les dérives.

²¹⁹⁹ Voir PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^{ème} éd. 2008, n° 714 et s.

²²⁰⁰ Voir LEGAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Litec, coll. Manuels, 2004, n° 126.

²²⁰¹ Voir DETRAZ S., « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 39 et s., spéc. p. 42.

²²⁰² Voir PRADEL J., *Droit pénal comparé*, op. cit., n° 718 ; LEGAIS R., op. cit., loc. cit.

²²⁰³ Voir LEGAIS R., op. cit., loc. cit.

²²⁰⁴ Voir sur ce point ROBERT J.-H., *Dr. pén.*, chron. n° 1, préc.

²²⁰⁵ Voir notamment SAINT-GERAND V., op. cit., loc. cit.

²²⁰⁶ Voir DATI R., Ministre de la justice, « La justice sans attendre », *Le Monde*, 17 octobre 2007, p. 20

²²⁰⁷ DETRAZ S., préc., n° 32.

2) L'existence des garanties inhérentes à toute répression

464. Les garanties européennes entourant la matière pénale. En raison de leur fondement disciplinaire quelques auteurs français ont préconisé le rejet des contraventions hors de la sphère pénale afin qu'elles fassent l'objet d'une répression administrative²²⁰⁸. « Chacun retournerait chez soi, le droit pénal commun comme porteur de flétrissure, le droit pénal de police qui fait de façon bonhomme les gros yeux aux citoyens désinvoltes »²²⁰⁹ ou porteur de régulation sociale, dirait-on de manière plus prosaïque. **Il ne s'agirait pas pour autant de soustraire les contraventions aux garanties fondamentales de la procédure pénale, puisque ces dernières ont progressivement influencé le prononcé des sanctions administratives**²²¹⁰. A cet égard, des éléments de droit disciplinaire, de droit fiscal punitif et de droit administratif répressif furent attirés dans le giron de la l'acception large que la Cour européenne a adopté de la notion de « *matière pénale* »²²¹¹. A titre d'illustration les cumuls de sanctions pénale et douanière²²¹² ou fiscale²²¹³ pour des faits identiques sont admis en droit interne, mais proscrit par la jurisprudence européenne qui donne toute sa latitude à la règle *non bis in idem*²²¹⁴.

Dans son sillage, le Conseil constitutionnel a rappelé, le 10 juin 2009, que si aucun principe « *ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission* », un tel pouvoir doit être « *assorti par la loi de mesures destinées à assurer la protection des droits et libertés constitutionnellement garantis* », et doit

²²⁰⁸ Voir particulièrement DECOCQ A., *Droit pénal général, op. cit.*, p. 97 ; et plus récemment SAINT-GERAND V., *op. cit., loc. cit.*

²²⁰⁹ ROBERT J.-H., « Pour une restauration des contraventions de police », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, Mél. PRADEL J., Cujas, 2006, p. 161.

²²¹⁰ Voir DELLIS G., *Droit pénal et droit administratif. L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997. Voir aussi ROBERT J.-H., « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de criminelles du droit administratif », *AJDA* 1995. 76.

²²¹¹ CEDH, Ass. plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, req. n° 5100/71, Série A n° 22 ; SUDRE F. et alii, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. *Thémis-droit*, 10^{ème} éd. 2009, n° 4, p. 39 ; FOURMENT F., « Les frontières du droit pénal et la convention européenne des droits de l'Homme », *RPDP* 2011.125, spéc. p. 127 ; MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 5^{ème} éd. 2010, p. 119 et s.

²²¹² *Crim.*, 4 sept. 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 157.

²²¹³ *Crim.*, 6 nov. 1997, *Bull. crim.* 1997, n° 379.

²²¹⁴ Voir CEDH, 23 oct. 1995, n° 15963/90, *Gradinger c/ Autriche*, où l'infraction administrative a été préalablement requalifiée en infraction pénale ; et pour une condamnation de l'Autriche ayant adopté une réserve très proche de celle opposée par la France qui prétend n'appliquer la règle *non bis in idem* qu'aux infractions relevant de la compétence des juridictions pénales, CEDH, 20 mai 2001, *Franz Fischer c/ Autriche*, n° 37950/97.

respecter en particulier « *le principe de légalité des délits et des peines ainsi que les droits de la défense, principes applicables à toutes sanctions ayant le caractère d'une punition* »²²¹⁵.

465. Un contrôle à parfaire. Le principe de légalité n'est pas appliqué avec la même rigueur en droit répressif administratif ; les théoriciens soulignent, à cet égard, le caractère pour le moins incomplet de la réception du principe *nullum crimen sine lege*²²¹⁶. Se développe, en définitive, une politique européenne d'« *administrativisation* » de la répression²²¹⁷, avec l'aval du Conseil constitutionnel et de la Cour européenne²²¹⁸ qui n'aboutit à aucun désengorgement significatif du droit pénal ni de la répression en général. La Cour de justice de l'Union appréhende, par ailleurs, le droit pénal sous l'angle utilitariste de son efficacité, au détriment du contrôle de nécessité et de proportionnalité qui devrait présider à son recours²²¹⁹. La répression pénale est largement instrumentalisée en matière d'irrégularité administrative des migrants²²²⁰. La jurisprudence de l'Union tend à inféoder le droit pénal au droit administratif, lorsque ce dernier est plus efficace²²²¹ et inversement à reconnaître l'autonomie du droit pénal lorsque la procédure administrative le ralentirait²²²². Une partie de la difficulté d'un clivage clair tient sans doute aux indicateurs dégagés pour choisir entre une répression pénale ou extra pénale, qui reviennent inévitablement à la délicate analyse de la lésion et de la valeur protégée²²²³. En s'interrogeant sur les frontières du droit pénal, des auteurs ont tenté d'isoler les atteintes à des valeurs fondamentales²²²⁴. Il en ressort que la protection d'un tel « *noyau dur* » de la répression pénale nécessiterait, au plan

²²¹⁵ Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, où il censure l'octroi à la commission de protection des droits, du pouvoir de « *restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile* ». Voir BINET-GROSCLAUDE A., « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ? », *Dr. pén.* 2009, étude 24.

²²¹⁶ Voir sur ce point BENESSIONO W., *Légalité pénale et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, n° 207 et s.

²²¹⁷ ADRIESSEN F., « Les alternatives au droit pénal ; pour et contre », *Déviante et Société* 1984. 217.

²²¹⁸ Voir BENESSIONO W., *Légalité pénale et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, n° 157 et s.

²²¹⁹ Voir LACAZE M., « La pénalisation du séjour irrégulier : variations autour de la nécessité », *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, in *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, Cujas, n° 2, 2012 (à paraître).

²²²⁰ Voir en ce sens REIX M., « N'aidez plus les étrangers en règle ! L'indifférence de la validité du visa dans la répression de l'aide à l'immigration irrégulière (CJUE 10 avril 2012, *Minh Khoa Vo*, C-83/12 PPU) », *Journal d'Actualités des Droits Européens*, 4 juin 2012, consultable en ligne : www.jade.u-bordeaux4.fr.

²²²¹ Voir CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, D. 2011. 1283, 1400, 1880, *AJDA* 2011. 878 ; **Gde chbre, 6 déc. 2011, *Achughbabian c. Fce*, Aff. C-329/11 PPU**, où la Cour se fonde sur l'efficacité de la procédure administrative d'éloignement que l'emprisonnement ne ferait que retarder.

²²²² Voir CJUE 10 avril 2012, *Minh Khoa Vo*, C-83/12 PPU, où les conclusions faisaient expressément valoir que la nécessité de notifier la décision d'annulation à l'intéressé « *mettrait en échec l'objectif de la lutte contre l'immigration illégale* », ce qui sous-entend qu'il serait mieux servi par une procédure pénale qu'administrative.

²²²³ Voir DELMAS-MARTY M., « Pour des principes directeurs de la législation pénale », *RSC* 1985. 225.

²²²⁴ Voir pour des références exhaustives, BENESSIONO W., *Légalité pénale et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, n° 159 et s.

interne, que le Conseil constitutionnel procède à une forme de classement des valeurs protégées qu'il est assez peu enclin à opérer²²²⁵. Il se contente généralement de considérer comme fondamentales les valeurs protégées par le législateur et comme suffisamment grave les atteintes incriminées par ce dernier²²²⁶. Il conviendrait, ensuite, qu'il interprète le principe de proportionnalité des peines de sorte à ce que la sévérité de la sanction et son caractère pénal soient adaptés à la gravité et à la nature de l'infraction. Or, « *La profondeur de l'analyse et la multiplicité des appréciations que suppose une telle approche en rendent peu probable l'adoption par les sages de la rue Montpensier* »²²²⁷. En outre, ces derniers n'ont de cesse que d'examiner des textes qu'ils ont votés, au mépris des exigences européennes²²²⁸. Pour que le Conseil constitutionnel se porte véritablement au secours du droit pénal, sa composition devra inévitablement être revue afin que ses membres soient des magistrats indépendants pourvus d'une formation juridique idoine²²²⁹. S'il n'existe guère de consensus sur les compétences requises et le mode désignation²²³⁰, la doctrine s'accorde au moins sur la nécessaire suppression de la catégorie, vestige d'un autre temps, des membres de droit²²³¹.

466. La nécessaire « désincrimination » des infractions illégitimes. Il est regrettable que le gouvernement ne prenne la mesure des enjeux de la répression pénale que pour s'émouvoir de la pénalisation du droit des affaires²²³². Au regard de la pénalisation de la vie quotidienne des « petites gens », la dépénalisation de la vie des affaires, relayée par la doctrine, n'apparaît pas d'une impérieuse nécessité²²³³. En tout état de cause, l'« administrativisation » des infractions contraventionnelles telles que celles à motif légitime

²²²⁵ *Ibid.*

²²²⁶ Voir PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2010, T. 48.

²²²⁷ BENESSIANO W., *Légalité pénale et droits fondamentaux*, PUAM, 2011, n°161.

²²²⁸ Voir DE LAMY B., « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 377, spéc. p. 387. Voir, pour des illustrations récentes des problèmes d'impartialité, CASSIA P., et CLAY T., « Le Conseil constitutionnel se meurt, vive la Cour constitutionnelle », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012, p. 107 ; BOUDON J., « Trois faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 110.

²²²⁹ *Contra* BECHILLON (de) D., « Appel au calme sur la composition du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 115 ; GENEVOIS B., « La composition du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 89. ; LE POURHIET A.-M., « Pas de changements importants à apporter, mais... », *ibid.*, p. 103 ; CARCASSONNE G., « Gare au faux bon sens », *ibid.*, p. 96, où l'auteur pointe les faiblesses des Cours constitutionnelles.

²²³⁰ Seul le tirage au sort qui correspond au mieux à l'idéal démocratique, permet d'écarter tout soupçon de clientélisme, Voir, sur cette proposition courageuse, SAINT-BONNET F., « L'ironie du sort », *ibid.*, p. 99.

²²³¹ Voir notamment BEAUD O., et WACHSMANN P., « La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil constitutionnel », *ibid.*, p. 113.

²²³² « *Le droit pénal n'est pas destiné à faire respecter des obligations administratives mais doit garantir, avec vigueur, les valeurs essentielles de la société et préserver l'intérêt général* » (DATI R., Ministre de la justice, Garde des sceaux, « La justice sans attendre », *Le Monde*, 17 octobre 2007, p. 20)

²²³³ Voir COULON J.-M., *Rapport sur la dépénalisation de la vie des affaires*, Doc. fr., Paris, 2008, coll. *Rapports officiels*.

ne sera pas la panacée, si elles demeurent aussi peu précises, aussi sévèrement réprimées et en si grand nombre. Quelle que soit leur nature, les infractions illégitimes doivent plus radicalement faire l'objet d'une « désincrimination »²²³⁴. Or, la banalisation actuelle de répression dénote, avant tout, une insuffisance des contrôles de sa légitimité.

§ 2 : L'insuffisance des contrôles de la légitimité de la répression

467. L'insuffisant contrôle de la légalité et de la nécessité de la répression. La régression des aspects formels du principe de légalité criminelle est devenue un poncif. Il est fréquent, en effet, que la loi renvoie à des règlements internes²²³⁵ ou de l'Union européenne²²³⁶ pour la définition des incriminations. Une question prioritaire de constitutionnalité quant aux délégations de compétence a été posée à la Cour de cassation qui a considéré qu'elle ne présentait pas un caractère sérieux, eu égard à l'autorisation préalable du législateur²²³⁷. Ce blanc-seing laissé au législateur par les juges est d'autant plus préoccupant que les textes sont de piètre qualité et que leur production est effrénée, comme en témoignent les infractions à motif légitime. Seule écriture légitime selon le paradigme officiel, la loi est, néanmoins, porteuse d'atteintes à la sécurité juridique, à l'égalité et à la liberté des citoyens²²³⁸ ; « *Si, à l'âge des lumières, on songeait à mettre le droit à l'abri des pouvoirs des juges grâce à l'œuvre rationnelle – complète et cohérente – du code, aujourd'hui il est devenu pressant de mettre le droit à l'abri du législateur* »²²³⁹. Le contrôle de conventionalité offert au juge ordinaire²²⁴⁰, lui permet de contrôler la qualité substantielle de la loi pénale au regard de l'article 7 de la Convention européenne. Les juges peuvent aussi vérifier la nécessité des incriminations restreignant les droits proclamés par la Convention²²⁴¹.

²²³⁴ STASIAK F., « Dépénaliser : quoi, pourquoi, comment ? », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 31 et s.

²²³⁵ Voir, pour une étude plus poussée du déclin du principe notamment lorsque le texte de renvoi subi des modifications qui échappent au législateur, CLAVERIE-ROUSSET C., « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16.

²²³⁶ Voir, pour des exemples, DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2^{ème} éd. 2012, n° 366 et s.

²²³⁷ Voir *Crim.*, *QPC*, 11 janv. 2011, n° 10-90.116 (C. pén., art. 222-37-traffic de stupéfiants), *JCP G* 2011, 347, note HUET J.

²²³⁸ Voir en ce sens MALABAT V., « Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque », in *Droit sans frontières*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012, p. 83.

²²³⁹ VOGLIOTTI M., « La 'Rhapsodie' : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champs pénal », *RIEJ* 2001. 151.

²²⁴⁰ En vertu de l'article 55 de la Constitution.

²²⁴¹ Voir TILLEMENT G., « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pén.* 2003, *chron.*, n° 34.

A défaut de pouvoir exercer un contrôle envisageable de constitutionnalité²²⁴², ils peuvent désormais renvoyer au Conseil constitutionnel les questions portant sur une « *atteinte aux droits et libertés que la constitution garantit* »²²⁴³. La Cour de cassation est, néanmoins, peu encline à les transmettre, à tel point qu’une réflexion est en cours sur les possibilités de l’y contraindre²²⁴⁴. Cela ne présenterait qu’un intérêt tout relatif, dès lors que le Conseil constitutionnel refuse d’exercer le plein contrôle qui lui revient, de la légalité et de la nécessité de la répression. Les incriminations imprécises et excessives assorties de l’exception de motif légitime sont donc imputables à l’insuffisance du contrôle de la légalité (A) comme de la nécessité des délits et des peines (B).

A) L’insuffisant contrôle de la légalité des délits et des peines

468. La primauté de la dimension matérielle de la légalité criminelle. Bien que le Conseil constitutionnel et le Conseil d’Etat soient censés veiller à la répartition des compétences entre la loi et le règlement, leur contrôle manque de rigueur. Les infractions à motif légitime témoignent d’un empiètement, totalement occulté, du pouvoir réglementaire dans le domaine des libertés fondamentales. Le Conseil constitutionnel a ainsi jugé conforme à la Constitution, la possibilité d’interdictions préfectorales de la détention sans motif légitime d’objets pouvant constituer une arme, lors de manifestations sur la voie publique, tout en subordonnant l’interdiction à l’existence de risques de troubles graves à l’ordre public et en la limitant dans le temps et dans l’espace²²⁴⁵. La contravention de dissimulation, sans motif légitime, du visage durant les manifestations s’en est inspirée. Bien que la liberté de manifestation ait été qualifiée par le Conseil d’Etat de liberté fondamentale²²⁴⁶, il a rejeté le grief d’incompétence négative s’agissant d’une mesure de police n’affectant pas la liberté de manifestation, mais visant à sauvegarder l’ordre public²²⁴⁷. S’il reconnaît que l’outrage au drapeau peut avoir « *pour effet de limiter l’exercice d’une liberté publique garantie par des dispositions constitutionnelles* », il nuance subtilement en précisant qu’il n’a pas « *pour objet*

²²⁴² « si l’on voulait vraiment une constitutionnalisation du droit, pourquoi n’avoir pas permis aux juges, en particulier pénaux, de procéder directement à un contrôle de constitutionnalité comme ils réalisaient déjà un contrôle de conventionalité ? » (DE LAMY B., « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 377, spéc. p. 388).

²²⁴³ Voir, pour l’intérêt restreint de ce renvoi en matière de nécessité, PARIZOT R., *op. cit.*, n° 202.

²²⁴⁴ Voir WARSMANN J.-L., *Rapport d’information sur l’évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l’application de l’article 61-1 de la Constitution*, Rapp. AN n° 2838, 5 oct. 2010.

²²⁴⁵ Voir Cons. Const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC.

²²⁴⁶ Voir CE, Ord., 5 janv. 2007, n° 300311, *Min. Int. c/ Assoc. Solidarité des Français*, *JurisData* n° 2007-071227, *Rec.* 2007, tables, p. 1013.

²²⁴⁷ Voir CE, 23 février 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré et alii.*, n° 329477.

de réglementer l'exercice de cette liberté », relevant de la compétence du seul législateur²²⁴⁸. Ainsi, « La légalité formelle est réduite à peau de chagrin tandis que la légalité matérielle apparaît plus comme un objectif que comme une véritable contrainte »²²⁴⁹. Il est encore plus préoccupant de voir régulièrement dénoncer les incertitudes définitionnelles et autres faiblesses rédactionnelles de nombreuses incriminations²²⁵⁰, au premier rang desquelles figurent celles à motif légitime. En dépit de la consécration par la Cour européenne et le Conseil constitutionnel des exigences d'accessibilité²²⁵¹, d'intelligibilité²²⁵² et de clarté des textes pénaux²²⁵³, leur contrôle est particulièrement lâche (1), les différentes instances d'en remettant de manière insatisfaisante au pouvoir d'appréciation des juges (2).

1) La faiblesse des contrôles de la clarté et de la précision des textes

469. Le laxisme et l'incohérence des contrôles. Le Conseil constitutionnel ne censure que de manière très anecdotique les incriminations imprécises²²⁵⁴. Cette complaisance à l'égard du pouvoir politique dont ses membres sont issus, le conduit même à adopter des solutions défiant toute cohérence. C'est ainsi que, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité, posée dans le cadre d'une affaire impliquant un responsable politique, il a récemment considéré que l'infraction de harcèlement sexuel était insuffisamment définie²²⁵⁵. Il a déclaré sa contrariété à l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, alors qu'il avait validé l'infraction similaire de harcèlement moral²²⁵⁶. La chambre criminelle a donc du refuser de transmettre la question de l'imprécision du harcèlement moral, tout en précisant que la définition est suffisante dès lors qu'elle précise que les actes

²²⁴⁸ Le Conseil d'Etat estime que l'infraction litigieuse vise seulement à apporter à une liberté constitutionnelle « les limitations nécessaires à la sauvegarde de l'ordre public ». Voir la critique de ROULHAC C., « Tu ne pourras volontairement outrager le drapeau tricolore que pour des motifs politiques, philosophiques ou artistiques (CE, 19 juillet 2011, LDH) », *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 29 juil. 2011.

²²⁴⁹ CLAVERIE-ROUSSET C., « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16, n° 14.

²²⁵⁰ Voir notamment CLAVERIE-ROUSSET C., « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16, n° 12 ; MALABAT V., « Les infractions inutiles - plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 71 et s.

²²⁵¹ CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538-74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, § 49.

²²⁵² Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, JO 22 Décembre 1999, p. 19041.

²²⁵³ CEDH, 25 mai 1993, n° 14307-88, *Kokkinakis c/ Grèce*. – Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC : JO 22 Janvier 1981, p. 308.

²²⁵⁴ Voir par exemple Cons. const., 19-20 janv. 1981, n° 80-127 DC, préc. ; Const. const., déc. 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, cons. 60, JO 3 Aout 2006, p. 11541, (« Considérant que le législateur a fait de l'interopérabilité un élément qui conditionne le champ d'application de la loi pénale ; qu'il devait en conséquence définir en des termes clairs et précis le sens qu'il attribuait à cette notion dans ce contexte particulier ; qu'en s'abstenant de le faire il a porté atteinte au principe de légalité des délits et des peines »).

²²⁵⁵ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240, QPC.

²²⁵⁶ Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455, DC.

doivent « avoir pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte » à la personne, à ses droits ou à son avenir professionnel²²⁵⁷. Une telle définition est, toutefois, moins précise quant à la valeur protégée et quant au caractère facultatif de l'altération du climat, susceptible de causer différentes atteintes. En tout état de cause, s'il est vrai que la rédaction du harcèlement sexuel n'était pas exempte de critiques²²⁵⁸, c'est sans doute plus vrai encore d'un pan entier du droit pénal qu'illustrent parfaitement les infractions à motif légitime. La censure constitutionnelle du harcèlement sexuel contraste également avec la validation des infractions d'association de malfaiteurs²²⁵⁹ et de bande violente²²⁶⁰, en dépit de la piètre qualité des définitions fustigées par la doctrine²²⁶¹. La Cour de cassation qui se garde de bien souvent de renvoyer les questions prioritaires de constitutionnalité²²⁶², en particulier lorsque sa propre interprétation est en cause²²⁶³, n'écarte qu'exceptionnellement les textes pour défaut de clarté ou de précision²²⁶⁴. Même lorsque le texte défie les fondements du droit comme le controversé « *délit de solidarité* » envers un étranger en situation irrégulière²²⁶⁵, la chambre criminelle va jusqu'à nier son pouvoir de contrôle. Elle s'est, d'abord, contentée de rappeler que la loi s'impose au juge judiciaire qui ne peut en contrôler la constitutionnalité²²⁶⁶. Elle a tout de même consenti, par la suite, à vérifier sa compatibilité à l'article 7 de la Convention européenne pour, finalement, rejeter l'argument de son caractère vague²²⁶⁷. La généralité de l'incrimination, visant « *Toute personne qui aura, par aide directe ou indirecte, facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irréguliers, d'un étranger* »²²⁶⁸ avait, pourtant, été jugée contraire au

²²⁵⁷ Crim., 11 juillet 2012, n° 11-88.114, consultable en ligne : www.courdecassation.fr.

²²⁵⁸ Voir particulièrement CONTE P., « *Une fleur de légistique ou le crime en bouton* », JCP 2002, n° 30, act. 320.

²²⁵⁹ Voir Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, relative à la loi portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

²²⁶⁰ Voir Cons. Const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, portant sur la loi renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public.

²²⁶¹ Voir particulièrement PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, op. cit., n° 194 ; MALABAT V., « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », in *La cohérence des châtiments*, Dalloz, coll. *Essai de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10, 2012, p. 27 et s.

²²⁶² Voir pour cette critique DE LAMY B., « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 377.

²²⁶³ Il n'y a pas lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel une question ne portant pas sur la constitutionnalité de la loi mais de son interprétation (Cass. QPC, 19 mai 2010, n° 09-82.582 et n° 09-87.651, *Dr. pén.* 2010, comm. 87 ; *Contra* Crim., 19 janv. 2011, n° 10-85.159 : *JurisData* n° 2011-000643).

²²⁶⁴ Voir CLAVERIE-ROUSSET C., « La légalité criminelle », préc., n° 19.

²²⁶⁵ REIX M., « L'aide au séjour irrégulier : un délit d'exception(s) », *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, in *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, Cujas, n° 2, 2012, (à paraître).

²²⁶⁶ Voir Crim., 21 janv. 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 87, *RSC* 2004. 645.

²²⁶⁷ Voir Crim., 7 mars 2007, n° 06-83435 (*inédit*).

²²⁶⁸ CESEDA, art. L. 622-1 (Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile).

principe de légalité par certains juges du fond²²⁶⁹. Elle correspond à bien des égards aux infractions à motif légitime, en ce qu'elle se contente d'un acte insignifiant dérogeant aux règles de tentative et de la complicité, pour protéger une simple régularité administrative, tout en prévoyant une justification spéciale à laquelle les juges ne sont pas insensibles.

470. La généralité du texte implicitement compensée par une justification spéciale. L'insuffisance des contrôles internes de la qualité de la norme a valu à la France d'être condamnée pour imprécision de la loi pénale²²⁷⁰. Selon la Cour européenne, en effet, « *on ne peut considérer comme Loi qu'une norme énoncée avec suffisamment de précision pour permettre au citoyen de régler sa conduite (...) ; il doit être à même de prévoir (...) les conséquences de nature à découler d'un acte déterminé* »²²⁷¹. Toutefois, lorsqu'elle eut à prononcer sur l'aide au séjour irrégulier, dans l'arrêt *Mallah c/ Fce*, elle s'est bornée à relever de manière incidente que la répression de l'entraide familiale était prévue par une loi « *suffisamment claire et prévisible* »²²⁷². La Cour européenne avait, par ailleurs, relever favorablement l'existence d'un « *mécanisme d'impunité légale* »²²⁷³. Or, il a précédemment été établi que les règles de la justification étaient totalement extérieures à celles régissant l'incrimination. Partant, ce mécanisme d'exonération à la charge du prévenu ne peut être mis en œuvre que lorsque que l'illicéité de l'acte peut être légitimement présumée. Force est de constater que l'existence d'un fait justificatif spécial est trop souvent perçu comme compensatrice de la généralité excessive de l'incrimination. On en voudra pour preuve, le fait que le Conseil d'Etat ait statué en faveur de la légalité de l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore²²⁷⁴. Bien qu'ayant relevé la « *généralité de la définition des actes incriminés* », il précise qu'en sont exclus les actes qui reposeraient « *sur la volonté de communiquer (...) des idées politiques ou philosophiques ou feraient œuvre de création artistique* »²²⁷⁵. Or, sous couvert de la précision d'une condition subjective de l'infraction, il est simplement fait état de la balance objective des valeurs en cause. Il n'est pas de volonté

²²⁶⁹ Voir notamment TGI Toulouse, 30 oct. 1995, *D.* 1996. 101.

²²⁷⁰ Voir, sur les enregistrements des conversations tenues dans les parloirs de prison, CEDH, 20 déc. 2005, n° 71611/01, *Wisse c/ France*, § 34.

²²⁷¹ CEDH, 26 avr. 1979, n° 6538/74, *Sunday Times c/ Royaume-Uni* ; CEDH, 15 nov. 1996, n° 17862/91, *Cantoni c/ France*.

²²⁷² CEDH, 5^e Sect. 10 nov. 2011, *Mallah c. France*, Req. n° 29681/08, § 40.

²²⁷³ *Ibid.*

²²⁷⁴ Voir C. pén., R. 645-5-1 (décret n° 2010-835 du 21 juillet 2010) qui sanctionne de l'amende prévue pour les contraventions de cinquième classe le fait de détruire, détériorer ou utiliser de manière dégradante le drapeau tricolore, dans un lieu public ou ouvert au public, ou de diffuser ou faire diffuser l'enregistrement d'images relatives à de tels faits, mêmes commis dans un lieu privé.

²²⁷⁵ CE, 19 juillet 2011, 9^{ème} et 10^{ème} SSR, *Ligue des droits de l'homme*, n° 343430, *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 29 juill. 2011, note ROULHAC C.

légitime qui ne soit manifestée par des circonstances légitimes. Aussi, le Conseil d'Etat s'est-il vu, contraint de formuler une réserve quant à cette prétendue volonté : « *sauf à ce que ce mode d'expression ne puisse, sous le contrôle du juge pénal, être regardé comme une œuvre de l'esprit* »²²⁷⁶. Selon un auteur, « *le Conseil d'Etat dit en substance : (...) que le juge administratif n'a aucune raison de douter de la 'sagesse' des juges judiciaires, ni de leurs égards pour les libertés* »²²⁷⁷. En tout état de cause, le mécanisme exonératoire de responsabilité est invoqué à tort à l'endroit de la légalité préalable de l'incrimination.

Ce raisonnement biaisé se retrouve implicitement dans la déclaration de conformité à la Constitution de la disposition relative à la négligence caractérisée dans la mise en œuvre d'un système de sécurisation de sa connexion internet²²⁷⁸. Les auteurs de la saisine excipaient, pourtant, de l'atteinte manifeste au principe de légalité des délits et des peines résultant du « *caractère flou et indéterminé de la notion de 'négligence caractérisée'* »²²⁷⁹. Dans ses observations, le Gouvernement, sans véritablement répondre pas à ce grief, avait annoncé la création par décret de clauses exonératoires, alors que le législateur, fort de l'appui gouvernemental, avait refusé tout amendement en ce sens. De cette façon, l'abonné n'ayant pas sécurisé sa ligne internet pour des « *motifs légitimes (notamment financiers et techniques)* » malgré les recommandations de la « HADOPI », devait échapper à sa responsabilité²²⁸⁰. L'absence de censure du Conseil n'est sans doute pas étrangère à l'insertion d'un motif légitime présenté comme une garantie du cantonnement du champ de l'incrimination. En dépit du caractère abscons de la négligence caractérisée, et de l'indétermination des « fameux » logiciels de sécurisation, il explique que « *s'il appartient aux juridictions (...) d'apprécier les situations de fait répondant à la 'négligence caractérisée' (...) cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire.* »²²⁸¹.

²²⁷⁶ *Ibid.*

²²⁷⁷ SALCEDO C., « Outrage au drapeau tricolore et liberté d'expression : l'autolimitation du Conseil d'Etat », *D.* 2011. 2320.

²²⁷⁸ Cons. const., 22 octobre 2009, décision n° 2009-590 DC, cons. 30. À la suite de la loi du 12 juin 2009 dite « Hadopi 1 », partiellement censurée par le Conseil constitutionnel (n° 2009-580 DC, 12 juin 2009),

²²⁷⁹ Saisine du Conseil constitutionnel, en date du 28 septembre 2009, portant sur la loi relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet dite « Hadopi 2 », *JO* 29 octobre 2009, n° 251, p. 18295 à 18300.

²²⁸⁰ « *Il est étonnant de découvrir, à la lecture des observations du Gouvernement, de telles dispositions rejetées lors du débat parlementaire* » (*Ibid.*).

²²⁸¹ Cons. 29, où il valide, par ailleurs, le fait qu'il appartiendra au pouvoir réglementaire de définir les éléments constitutifs « *de la négligence caractérisée* », et non à la loi.

471. Le défaut de compensation de l'imprécision par l'appréciation des juges.

Si le défaut de censure des incriminations imprécises est fallacieusement justifié par la précision spéciale d'un mécanisme exonératoire, la jurisprudence des Conseils laisse poindre l'importance du rôle accordé plus généralement au pouvoir d'appréciation judiciaire. Cette confiance aveugle est le moyen le plus sûr d'éviter de procéder à tout contrôle rigoureux de la légalité des incriminations.

2) L'insuffisant renvoi au pouvoir d'appréciation des juges

472. L'insuffisance des principes d'interprétation stricte et d'individualisation de la peine. Pour éviter de prononcer la contrariété des incriminations au principe de légalité, le Conseil constitutionnel se réfugie volontiers derrière le principe d'interprétation stricte qui ne saurait palier les carences de la loi. Alors que des parlementaires avaient invoqué la contrariété à la Constitution de la répression « *'générale, absolue et indistincte' de toute forme d'aide au séjour d'étrangers en situation irrégulière* », le Conseil a estimé que le délit ne contrevenait pas aux principes de légalité et de dignité humaine en s'en remettant expressément au principe d'interprétation stricte imposé au juge pénal²²⁸². Voilà qui tranche singulièrement avec l'obligation faite au législateur « *de fixer lui-même le champ d'application de la loi pénale et de définir les crimes et délits en termes suffisamment clairs et précis* », exposée lors de la censure du harcèlement sexuel²²⁸³. Non seulement ces principes sont éminemment complémentaires, mais les juges judiciaires ont tendance à donner leur pleine portée aux incriminations. C'est ainsi qu'ils ont appliqué aveuglément la qualification à des faits d'aide désintéressée, tels que le transport au supermarché ou à l'hôpital ou encore, l'hébergement d'une belle-mère malade ou d'une future épouse enceinte²²⁸⁴. De même la Cour européenne, après avoir admis la légalité du délit de solidarité, a relevé favorablement que les juges, « *tenant compte des circonstances particulières de l'espèce et du comportement du requérant qui n'avait été dicté que par la générosité [...], ont assorti la déclaration de culpabilité d'une dispense de peine* »²²⁸⁵. Ce raisonnement laconique permettant d'écarter la violation de la Convention, au prétexte de l'individualisation de la peine, est pour le moins inhabituel et n'a rien à envier au contrôle restreint du Conseil

²²⁸² Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, JO 23 juil. 1996, D. 1997. 69 et 1998. 147; JCP G 1996 II. 22709.

²²⁸³ Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240, QPC.

²²⁸⁴ Voir Note sur les cas d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, 6 janv. 2011, consultable en ligne : www.cncdh.fr.

²²⁸⁵ CEDH, 5^e Sect. 10 nov. 2011, *Mallah c. France*, Req. n° 29681/08, § 40.

constitutionnel²²⁸⁶. Si, comme l'a défendu l'opinion dissidente, la solution repose bien sur l'absence de peine, cela revient alors à minimiser l'impact de la déclaration de culpabilité qui n'est absolument pas neutre. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme fait valoir, à cet égard, que même lorsque les poursuites « *n'aboutissent pas à une condamnation pénale, elles n'emportent pas moins des conséquences graves pour les personnes* » et que le flou entourant le champ d'application du délit est une menace à même de dissuader d'agir²²⁸⁷. La solution strasbourgeoise dénote, en outre, avec sa jurisprudence constante. Un arrêt antérieur venait, en effet, de condamner la Turquie, en raison de la seule existence d'une infraction « *trop large et vague* » qui pouvait engendrer une violation de la liberté d'expression, en l'absence de toute condamnation, car l'« *effet dissuasif* » du simple risque de poursuites était de nature à caractériser une ingérence conventionnelle²²⁸⁸. De même, dans un arrêt postérieur, la Cour européenne a condamné la France pour ingérence disproportionnée dans la liberté d'expression, en dépit d'une dispense de peine²²⁸⁹.

473. La faible autorité des réserves d'interprétation. Dans le même objectif de contournement de la censure, le Conseil constitutionnel, comme le Conseil d'Etat formulent eux-mêmes des réserves d'interprétation à l'attention des juges ordinaires. D'aucuns y voient une substitution indue au législateur, « *en interprétant la loi dans un certain sens, sans avoir la légitimité requise* »²²⁹⁰, alors que le pouvoir de contrôle de la légalité des incriminations induit nécessairement celui de leur interprétation. La difficulté réside, sans doute davantage, dans la faible portée de ces réserves qui révèlent paradoxalement l'équivocité des textes. Ainsi, c'est en vain que le Conseil constitutionnel a précisé que « *le délit d'aide au séjour irrégulier d'un étranger en France commis en bande organisée ne saurait concerner les organismes humanitaires d'aide aux étrangers* »²²⁹¹ puisque, peu après, des membres d'une association d'aide aux réfugiés qui avaient rechargé les téléphones portables d'Erythréens, ont été interpellés, perquisitionnés, et placés en garde à vue pour « *aide au séjour irrégulier commise en bande organisée* »²²⁹². Plus récemment, deux salariées de France Terre d'Asile qui fournissaient aux mineurs isolés une aide financée par l'Etat, ont été interpellées à leur domicile pour suspicion d'aide au séjour en bande organisée et des membres de

²²⁸⁶ Voir REIX M., « L'aide au séjour irrégulier : un délit d'exception(s) », préc.

²²⁸⁷ CNCDH, 6 janv. 2011, préc.

²²⁸⁸ CEDH, 25 octobre 2011, *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, n° 27520-07.

²²⁸⁹ CEDH, 15 déc. 2011, *Mor c. France*, n° 28198-09.

²²⁹⁰ CLAVERIE-ROUSSET C., art. préc.

²²⁹¹ Cons. Const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, préc.

²²⁹² REYDELLET M., « Tu aideras ton prochain... mais cela peut te conduire en prison ! (réflexions sur le délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière) », *D.* 2009. 1029.

communautés-Emmaüs furent pareillement inquiétés²²⁹³. Le même procédé a permis au Conseil d'Etat d'écarter le moyen tiré de la méconnaissance du principe de légalité, du fait de la généralité et l'imprécision de la dissimulation de visage lors de manifestation²²⁹⁴. Il valide l'incrimination car les prévenus doivent procéder à une « *dissimulation de leur visage pour éviter leur identification par les forces de l'ordre dans un contexte où leur comportement constituerait une menace pour l'ordre public que leur identification viserait à prévenir* »²²⁹⁵. Le Conseil d'Etat ajoute au texte qui évoquait simplement le fait « *de dissimuler volontairement son visage afin de ne pas être identifiée dans des circonstances faisant craindre des atteintes à l'ordre public* »²²⁹⁶. Une telle définition était excessive qui recouvrait l'hypothèse du manifestant qui ne voudrait pas être identifié par son employeur, mais qui se retrouverait malgré lui dans un contexte faisant craindre des débordements²²⁹⁷. Si la précision de la nécessité d'un comportement de l'auteur constituant menace concrète est décisive, il y a fort à parier que les forces de l'ordre donneront toute sa potentialité au texte répressif. Cette réserve d'interprétation se référant au « contexte » et au « comportement » a, d'ailleurs, été mise en perspective avec celles émises par le Conseil constitutionnel²²⁹⁸ tenant au comportement de la personne faisant l'objet d'un contrôle d'identité préventif²²⁹⁹. La démonstration avait été faite que les réserves s'étaient révélées insuffisantes pour empêcher les forces de l'ordre, d'effectuer des contrôles au faciès sous le contrôle de l'autorité judiciaire²³⁰⁰.

474. Une insuffisance confinant au déni de contrôle de la norme. Les critiques formulées quant au respect du principe de légalité des infractions à motif légitime et des infractions similaires ne laissent rien augurer de bon quant au respect de ses corollaires, au

²²⁹³ Voir, pour ces exemples, SLAMA S., « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un 'délit d'humanité' », *AJ Pénal*, 2011.495.

²²⁹⁴ CE, 23 février 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré et alii.*, n° 329477, *AJ pén.* 2011.240, obs. PECHILLON.

²²⁹⁵ *Ibid.*

²²⁹⁶ C. pén., art. R. 645-14.

²²⁹⁷ Voir en ce sens DIEU F., « Les manifestations sur la voie publique doivent-elles se vivre à visage découvert ? », *JCP A* 2011.2306.

²²⁹⁸ Voir Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC, portant sur la loi relative aux contrôles et vérifications d'identité.

²²⁹⁹ SLAMA S., « Dissimulation du visage lors des manifestations : Dark Vador peut manifester si son intention n'est pas d'empêcher son identification par les forces de l'ordre », *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 27 fév. 2011.

²³⁰⁰ JOBARD F. et LEVY R., « Police et minorité visible : les contrôles d'identité à Paris », *CESDIP-Open society*, 3 sept. 2009.

premier rang desquels figure celui de nécessité. Bien que ces principes soient distincts²³⁰¹, puisqu'une incrimination peut être claire et précise sans, toutefois, être nécessaire, les incriminations imprécises sont bien souvent le vecteur d'une répression excessive. Si le contrôle de la légalité des délits et des peines laisse singulièrement à désirer, celui de leur nécessité fait apparaître des réticences encore plus marquées.

B) L'insuffisant contrôle de la nécessité des délits et des peines

475. Le rejet de la nécessité comme absence de disproportion totale de la répression. Le caractère indispensable du droit pénal lui donne sa « *dimension axiologique* »²³⁰², sans laquelle, il ne protège que l'obéissance à la loi, quelle qu'elle soit. C'est donc la confrontation au principe de nécessité qui permettra de légitimer ou non, le caractère dérogatoire des incriminations à motif légitime, par rapport aux principes de droit pénal général²³⁰³. En théorie, le législateur est doublement limité par les articles 5 et 8 de la Déclaration de 1789 puisque « *la loi n'a le droit de défendre que des actions nuisibles à la société* » et qu'elle « *ne doit établir que des peines strictement et évidemment nécessaires* ». En pratique, le principe de nécessité des peines a été exploité en France, mais son application aux incriminations reste encore négligée²³⁰⁴. Le « *'statisme' de la jurisprudence constitutionnelle et le peu d'intérêt marqué par la doctrine* », soulignés par des auteurs comparatistes, se justifierait par l'impératif de séparation des pouvoirs²³⁰⁵. Or, ce principe ne revient pas à l'inclination du pouvoir judiciaire, loin s'en faut. Il a été conçu comme permettant précisément l'exercice de contre-pouvoirs, car « *C'est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser ; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites* »²³⁰⁶. Contrairement aux pays de tradition germanique, le principe de nécessité qui renvoie à la mesure et la prudence dans le recours au droit pénal, sert davantage à justifier la peine qu'à fonder l'incrimination²³⁰⁷. La question fondamentale n'est, pourtant, pas celle du « *comment punir ?* » mais du « *pourquoi punir ?* », « *Il est en effet primordial de définir les*

²³⁰¹ Voir PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, 2010, n° 196.

²³⁰² VERDUSSEN M., *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 75-78.

²³⁰³ Voir, pour cette idée, PARIZOT R., *op. cit.*, n° 195.

²³⁰⁴ Voir, pour cette analyse, DELMAS-MARTY M., « Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe. Rapport introductif », *RSC* 1987. 32.

²³⁰⁵ PARIZOT R., *op. cit.*, n° 204.

²³⁰⁶ MONTESQUIEU, *De l'esprit des lois*, livre XI, 1748.

²³⁰⁷ Ainsi, en droit italien le principe d'*offensività* méconnu en droit français vient compléter celui de *stretta necessità* (PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, op. cit.*, n°198.)

fondements et finalités du pouvoir de punir exercé par l'Etat avant de s'attacher au choix des modalités de punition »²³⁰⁸. En France, le législateur peut créer, sans coup férir, des incriminations dérogatoires sauf motif légitime. Elles passent aisément le contrôle complaisant de proportionnalité s'effectuant au détriment de la stricte nécessité de la répression (1). Elles se heurteraient, en revanche, à un véritable contrôle de leur nécessité dont les modalités sont tout à fait envisageables, si l'on veut bien s'inspirer de la doctrine d'inspiration germanique (2).

1) Un contrôle de proportionnalité au détriment de la nécessité de la répression

476. Contrôle restreint de la proportionnalité des peines. Le Conseil constitutionnel concentre l'essentiel de son contrôle sur la proportionnalité des peines, prenant ainsi pour acquis le principe même de la répression. Il ne procède, au demeurant, qu'à un contrôle restreint en se bornant à censurer « *la disproportion manifeste entre l'infraction et la peine encourue* »²³⁰⁹. Alors que la formulation de l'article 8 de la Déclaration de 1789 exhorte à la réalisation d'un contrôle optimal²³¹⁰, le Conseil constitutionnel fonde sa réticence sur un principe, mal compris, de séparation des pouvoirs, en répétant qu'il ne lui appartient pas de se substituer au législateur²³¹¹. Cela revient, peu ou prou, à dire qu'il ne lui revient pas d'exercer son contrôle. Les censures prononcées par le Conseil sont, par conséquent, assez rares²³¹². Il relève, la plupart du temps, l'absence de disproportion manifeste²³¹³, comme en matière de participation à une bande violente²³¹⁴. De même, le Conseil constitutionnel n'a pas souscrit à l'argumentation selon laquelle, la suspension de l'accès à internet en cas de « *négligence caractérisée* » était une sanction évidemment et manifestement disproportionnée. Les auteurs de la saisine s'appuyait, pourtant, sur une décision antérieure affirmant que la liberté d'expression et de communication, « *eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des*

²³⁰⁸ PONCELA P. et LASCOUMES P., *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, 1998, p. 72.

²³⁰⁹ Cons. const., déc. 3 sept. 1986, n° 86-215 DC, *Rec. Cons. const.* 1986, p. 130.

²³¹⁰ MOLFESSIS N., *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, LGDJ, 1997, p. 215.

²³¹¹ Voir notamment Cons. const., déc. 25 juill. 1984, n° 84-176 DC, *Rec. Cons. const.* 1984, p. 55.

²³¹² Voir notamment Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237 DC ; Cons. const., 27 avr. 1997, n° 97-389 DC.

²³¹³ Voir notamment Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC.

²³¹⁴ Voir Cons. const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC.

*opinions, (...) implique la liberté d'accéder à ces services »*²³¹⁵. Le Conseil n'a, toutefois, pas consenti à exclure le prononcé de cette peine, dans le cadre de la procédure des ordonnances pénales. Il n'a, du reste, tenu aucun compte de la disproportion résultant du maintien de l'obligation d'acquitter l'intégralité de l'abonnement, au bénéfice exclusif des fournisseurs d'accès. Au fond, pour que le Conseil constitutionnel censure sur ce fondement, il doit être confronté à une répression qui dépasse l'entendement, telle que le classement de l'aide au séjour irrégulier parmi les actes de terrorisme. L'outrageux amalgame entre immigration clandestine et terrorisme²³¹⁶, impliquant l'« *aggravation des peines mais aussi l'application de règles procédurales dérogatoires* », a donc été considéré comme entaché d'une « *disproportion manifeste* »²³¹⁷.

Le Conseil d'Etat limite de la même façon son contrôle, au risque de substituer son appréciation à celle du pouvoir réglementaire. Interrogé sur la nécessité des peines fulminées en cas de dissimulation de visage lors de manifestation, il se contente de répondre que « *la difficulté du constat des contraventions et leur inefficacité pour prévenir les comportements visés (...) sont sans incidence sur l'appréciation portée par les auteurs du décret, qui, au regard des comportements incriminés, des buts mêmes et de la nature des peines prévues, n'est pas entachée d'erreur manifeste d'appréciation* »²³¹⁸. Il a semblablement expédié la question de la proportionnalité des peines prévues pour l'outrage au drapeau qu'il estimait en concordance avec « *des peines déjà prévues par le législateur tant dans le code pénal que dans le code de la défense pour protéger l'emblème de la République institué par l'article 2 de la Constitution d'atteintes de ce type* »²³¹⁹. Le raisonnement mené par le Conseil d'Etat soulève deux objections. D'abord, la proportionnalité relative des peines entre elles ne s'oppose pas à leur disproportion « dans l'absolu ». Ensuite, l'appréciation de la proportionnalité des peines n'a guère d'intérêt, en l'absence de contrôle de leur stricte

²³¹⁵ « *la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés (...) les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* » (Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC, cons. 15). Sans proscrire par principe une telle sanction, le Conseil avait admis qu'elle exigeait en conséquence l'intervention d'un juge judiciaire et le respect de la présomption d'innocence. Voir FRANCILLON J., « Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel », *RSC* 2009. 609.

²³¹⁶ Le Conseil explique que l'incrimination de l'aide à l'immigration clandestine vise un « comportement (qui) n'est pas en relation immédiate avec la commission de l'acte terroriste ; qu'au demeurant lorsque cette relation apparaît, ce comportement peut entrer dans le champ de la répression de la complicité des actes de terrorisme, du recel de criminel et de la participation à une association de malfaiteurs prévue par ailleurs » (Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, cons. 8 et 9, *JO* 23 juil. 1996, *D.* 1997. 69 et 1998. 147, *JCP G* 1996 II. 22709).

²³¹⁷ *Ibid.*

²³¹⁸ CE, 23 fév. 2011, préc.

²³¹⁹ CE, 19 juillet 2011, préc.

nécessité. Or, le Conseil d'Etat se soucie aussi peu que le Conseil constitutionnel de leur utilité et de leur adaptation à l'objectif affiché.

477. Le contrôle restreint de la proportionnalité des incriminations. Lorsque le Conseil constitutionnel procède à l'examen de la nécessité des peines, cela suppose en principe qu'il apprécie la nécessité de l'existence même de la répression et, partant, de l'incrimination. Cependant, il se limite, encore, à la seule « *erreur manifeste d'appréciation* », qui revient à un simple contrôle de la proportionnalité des incriminations²³²⁰, leur nécessité étant acquise. Ce refus du contrôle primordial de la nécessité des incriminations ressort particulièrement de l'absence de censure des « *doublons* »²³²¹. Le Conseil constitutionnel a, ainsi, pu validée l'incrimination de participation à une bande violente²³²² qui « *répond à l'exigence d'ordre public de lutter contre les violences faites aux personnes et les dommages causés aux biens perpétrés par des personnes réunies en groupe* » car « *le principe de nécessité des peines n'interdit pas au législateur de prévoir que certains faits puissent donner lieu à différentes qualifications pénales* »²³²³. Interrogé sur la nécessité de l'incrimination, il répond invariablement sur celle de peine, comme en matière de mendicité agressive²³²⁴ prétendument distincte de l'extorsion de fond²³²⁵ et n'affectant pas la nécessité de peines²³²⁶. Il avait déjà eu l'occasion d'affirmer que l'existence d'une double incrimination « *n'est pas en elle-même contraire à la Constitution* », s'agissant du harcèlement moral relevant du Code pénal et du Code du travail²³²⁷. Aussi, assiste-t-on à une prolifération de qualifications inutiles telles que le racolage public²³²⁸, l'embuscade²³²⁹, l'outrage à l'hymne national et au drapeau²³³⁰, le « *happy slapping* »²³³¹ et les nombreuses infractions à motif légitime. Ainsi, la multiplication des infractions spécifiques d'association de malfaiteurs, comme en matière informatique, ne sert qu'à renforcer la stigmatisation de

²³²⁰ Voir notamment CLAVERIE-ROUSSET, préc., n° 10 ; DARSONVILLE A., « Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : une censure sévère de la LOPPSI 2 ? »,

Constitutions 2011. 223.

²³²¹ MALABAT V., « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations » in *Mél. R. OTTENHOF*, Dalloz 2006, p. 155.

²³²² Voir C. pén., art. 222-14-2.

²³²³ Cons. const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC, *JO* 3 Mars 2010, p. 4312.

²³²⁴ Voir C. pén., art. 312-12-1.

²³²⁵ Voir C. pén., art. 312-1.

²³²⁶ Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

²³²⁷ Cons. const., déc. 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, cons. n° 85 et 86, *JO* 18 Janvier 2002, p. 1053.

²³²⁸ Voir C. pén., art. 225-10-1.

²³²⁹ Voir C. pén., art. 222-15-1.

²³³⁰ Voir C. pén., art. 433-5-1.

²³³¹ Voir C. pén., art. 222-33-3 et PARIZOT R., « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes généraux du droit pénal », *D.* 2009. 2701.

comportements déjà répréhensibles pour les plus graves²³³². **Cette fonction purement symbolique des incriminations est, pourtant, aux antipodes du principe de nécessité de la répression.** En outre, on voit mal comment il est possible d'opérer un contrôle de la nécessité et de la proportionnalité des peines, sans égard pour la nécessité de l'incrimination. Or, la superficialité de l'examen du Conseil constitutionnel le place souvent en porte à faux vis-à-vis de la jurisprudence européenne. La Cour de justice de l'Union européenne a, récemment, considéré que la seule irrégularité administrative d'un migrant ne justifiait pas le prononcé de l'emprisonnement, lorsque toutes les mesures administratives d'éloignement n'ont pas été épuisées²³³³. Non seulement cette disproportion est clairement mise en perspective avec l'insuffisance des conditions de l'incrimination, mais les exigences à remplir pour que la répression redevienne le dernier recours, sont dûment précisées²³³⁴. La solution n'a, cependant, pas empêché le Conseil constitutionnel de dire qu'il n'avait pas à se prononcer sur la conventionalité des lois et que les peines prévues pour le simple séjour irrégulier, « *ne sont pas manifestement disproportionnées* », « *eu égard à la nature de l'incrimination* »²³³⁵. La Chambre criminelle ne s'y est pas trompée, qui a souscrit au raisonnement moins laconique de la Cour de justice²³³⁶. Il en résulte, tout de même, un certain **manque de coordination des contrôles** opérés qui ressort également de la jurisprudence en d'aide au séjour irrégulier. Le Conseil constitutionnel avait estimé qu'au regard de l'objectif de prévention de l'immigration clandestine, l'application de l'incrimination « *aux frères et sœurs ainsi qu'aux concubins* » du migrant irrégulier ne méconnaissait pas l'article 8 de la Déclaration de 1789²³³⁷. Certains juges du fond²³³⁸ furent rétifs à appliquer une répression plus sévère pour le clandestin que pour l'assassin pouvant trouver refuge dans sa famille, sans qu'elle soit inquiétée pour recel de criminel ou pour non-dénonciation de crime²³³⁹. En dépit des modifications du texte, la famille du conjoint de l'étranger n'est toujours pas protégée et la France n'a pu éviter une condamnation de la Cour européenne qu'en raison de la dispense

²³³² Voir PARIZOT R., *op. cit.*, n° 350 et s.

²³³³ CJUE, 6 déc. 2011, *Achughbabian c. Fce*, C-329/11 PPU.

²³³⁴ Voir, pour l'analyse détaillée de la solution, LACAZE M., « La pénalisation du séjour irrégulier : variations autour de la nécessité », *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, in *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, Cujas, n° 2, 2012 (à paraître).

²³³⁵ Cons. const., 3 févr. 2012, *Mohammed Alki B*, n° 2011-217 QPC.

²³³⁶ Ainsi, « *telle qu'interprétée par la Cour de justice de l'Union européenne, le ressortissant d'un Etat tiers mis en cause, pour le seul délit prévu par l'article L. 621-1 du code de l'entrée et du séjour des étrangers, n'encourt pas l'emprisonnement lorsqu'il n'a pas été soumis préalablement aux mesures coercitives visées à l'article 8 de ladite directive (...) il ne peut donc être placé en garde à vue à l'occasion d'une procédure diligentée de ce seul chef* » Crim. 5 juin 2012, Avis n° 9002, consultable en ligne : www.courdecassation.fr.

²³³⁷ Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, préc., cons. 13.

²³³⁸ Voir Versailles, 7 nov. 1996, *GP* 1997. I. Somm. 241.

²³³⁹ C. pén., art. 434-1 et s.

de peine qui assortissait la condamnation du requérant pour l'hébergement de son gendre²³⁴⁰. On peut en déduire, *a contrario*, que le prononcé d'une peine serait une ingérence disproportionnée dans l'exercice du droit au respect de la vie familiale. Bien qu'à la différence du Conseil constitutionnel, la Cour européenne exerce un contrôle dit concret, il est possible d'apprécier le *hiatus* qui sépare les appréciations. Pourtant, le contrôle de la Cour n'est pas extrêmement scrupuleux. Si l'on enseigne généralement qu'elle apprécie la légitimité du but poursuivi et la nécessité de l'ingérence²³⁴¹, son contrôle se rapporte davantage la proportionnalité de la répression qu'à sa nécessité qu'elle tend à présumer. On voit mal à la faveur de quel raisonnement elle tient pour nécessaire et proportionnée la condamnation de l'aide à la réalisation d'une infraction disproportionnée selon le droit de l'Union.

478. L'impasse sur la nécessité des incriminations. Le contrôle européen n'est pas exempt de toute critique, en raison de sa focalisation sur la proportionnalité au détriment de la nécessité de la répression, trop souvent tenue pour acquise. Le contrôle interne se concentre de manière encore plus restrictive sur l'absence de disproportion flagrante des peines et les censures se font plus rares. Il résulte de l'insuffisance des limites fixées au législateur un « *caractère éminemment contingent de la législation* »²³⁴² et « *une absence de logique dans les choix opérés* »²³⁴³. Au regard de la prolifération des infractions-obstacle, excessivement réprimée, au regard de nature contraventionnelle et dont l'intérêt est purement symbolique, il devient difficile de souscrire à l'analyse selon laquelle « *La nécessité des peines est également l'objet d'un contrôle strict par le Conseil constitutionnel* »²³⁴⁴. Le seul moyen d'opérer un véritable contrôle de la nécessité et de la proportionnalité de la répression consiste en un examen substantiel de l'incrimination qui n'est pas hors de portée.

²³⁴⁰ CEDH, 5^e Sect. 10 nov. 2011, *Mallah c. France*, Req. n° 29681/08.

²³⁴¹ GARCON E., PELTIER V., *Droit de la peine*, Litec, 2010, n° 320, p. 107.

²³⁴² LETURMY L., « Confusion dans la hiérarchie des valeurs », in *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le code pénal ?*, (dir.) DANTI-JUAN M., Paris, Cujas, 2005, p. 149 et s., spéc. p. 153.

²³⁴³ PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ 2010, coll. *Bibl. sc. crim.*, n° 207.

²³⁴⁴ DARSONVILLE A., « Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : une censure sévère de la LOPPSI 2 ? », *Constitutions* 2011. 223. ; Voir aussi Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *AJDA* 2011. 532 ; *D.* 2011. 1162, chron. BONFILS P. ; *AJCT* 2011. 182, étude DREYFUS J.-D.

2) Les modalités d'un véritable contrôle de la nécessité de la répression

479. La vérification de l'existence d'un risque concret. Dans son éclairante étude sur l'interdiction du port du voile intégral, le Conseil d'Etat relève que « *même s'il n'existe pas de jurisprudence constitutionnelle en faisant directement et spécifiquement application, dans cette perspective, la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen énonce, dans son article 4, que 'la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui' et, dans son article 5, que 'la loi n'a le droit de défendre que les actions nuisibles à la Société'* »²³⁴⁵. Il dépoussière ces dispositions constitutionnelles, éludées à tort, pour fonder l'exigence d'un risque suffisant d'atteinte sociale. Partant, il déconseille toute interdiction générale et s'appesantit sur la nécessité de préciser positivement les circonstances de l'acte, tenant au lieu notamment, faute de quoi le dispositif relèverait d'une « *logique artificiellement préventive* »²³⁴⁶. Le Conseil d'Etat dénonce clairement l'insuffisance d'un risque potentiel pour la sécurité publique, en dépit de la prévision large d'exceptions car « *Les restrictions aux droits et libertés doivent être justifiées par l'existence de troubles à l'ordre public ou par une probabilité suffisante qu'il surviennent* »²³⁴⁷. D'ailleurs, s'il valide, par la suite, l'incrimination de la dissimulation de visage lors de manifestations, c'est eu égard à « *la définition précise des circonstances dans lesquelles la dissimulation a lieu (...) et à l'exclusion explicite de toute contravention à l'encontre de manifestants masqués dès lors qu'ils ne procèdent pas à la dissimulation de leur visage pour éviter leur identification par les forces de l'ordre dans un contexte où leur comportement constituerait une menace pour l'ordre public* »²³⁴⁸. On pourrait lui reprocher, de prime abord, de se référer à l'absence de motif légitime qu'il semble, en outre, confondre avec l'exigence positive de circonstances illégitimes, pourtant distincte²³⁴⁹. A l'analyse, néanmoins, on pourrait être tenté d'approuver l'interprétation de l'exception de motif légitime, au prix d'une modification du texte, en exigence positive de circonstances illégitimes établissant une menace concrète pour la sécurité des personnes ou des biens. Cette condition irréductible se retrouve, par ailleurs, dans la doctrine italienne qui, en l'absence de base textuelle, a dégagé le principe d'« *offensività* », dit d'« *atteinte* », reconnu

²³⁴⁵ *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, Assemblée générale plénière du Conseil d'Etat, 25 mars 2010, p. 20.

²³⁴⁶ *Ibid.*, p. 33.

²³⁴⁷ *Ibid.*, p. 30.

²³⁴⁸ CE, 23 février 2011, *Syndicat national des enseignants de second degré et a.*, n° 329477, *AJ pén.* 2011. 240, obs. PECHILLON.

²³⁴⁹ Cf. *supra* n° 428.

par la Cour constitutionnelle²³⁵⁰. Il s'agirait plus précisément d'une potentialité ou aptitude suffisante à la lésion²³⁵¹, maladroitement traduite par le concept d'« *idonéité lesive* »²³⁵². L'exigence d'un risque concret de lésion d'un bien juridique protégé s'opposerait précisément à la répression de la simple désobéissance²³⁵³, ainsi qu'à l'anticipation excessive de son seuil en amont d'une atteinte effective²³⁵⁴, que recouvrent les infractions à motif légitime. On ne saurait perdre de vue le caractère dérogatoire des règles de la tentative qui ne sont pas, du reste, censées s'appliquer aux délits, ni jamais aux contraventions. Or, les infractions à motif légitime sont de facture toute contraventionnelle, en dépit d'un enrobage souvent délictuel. Elles portent, au surplus, sur des actes préparatoires, dérogeant à l'exception et non au principe, quand ce n'est pas une tentative de préparation, comme en matière informatique²³⁵⁵. Et, lorsqu'une participation collective est exigée, particulièrement dans l'association de malfaiteurs informatiques, elle peut consister en une préparation d'actes préparatoires²³⁵⁶. La répression au stade ambigu et dérogatoire de la préparation collective a été encore renforcée récemment par l'incrimination de la participation à une « *bande violente* »²³⁵⁷. Certains auteurs cherchent à faire entrer dans la théorie pénale ces dérives, en affirmant que l'« *On pourrait une fois de plus dénoncer une exploitation utilitaire de la responsabilité collective afin de contourner certains principes élémentaires du droit pénal. Mais on pourrait aussi se demander si toutes ces solutions, en apparence exceptionnelles ou dérogatoires, ne convergent pas vers un principe ou concept de responsabilité collective* »²³⁵⁸. D'autres maintiennent avec force qu'une telle incrimination n'apparaît pas conforme au principe de nécessité, en ce qu'elle ne protège pas un bien juridique suffisamment défini contre une atteinte assez grave et qu'elle ne répond pas à une lacune de notre système répressif²³⁵⁹. De ce

²³⁵⁰ Voir MARINUCCI G. et DOLCINI E., « La Constitution et le droit pénal en Italie. Structure de l'infraction et contrainte pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 318.

²³⁵¹ Voir PARIZOT R., *op. cit.*, n° 209.

²³⁵² MARINUCCI G. et DOLCINI E., art. préc.

²³⁵³ Voir PARIZOT R., *op. cit.*, *loc. cit.*

²³⁵⁴ Voir PARIZOT R., « L'anticipation de la répression », in *Journée d'Etudes Radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, 12 mars 2012, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise (à paraître).

²³⁵⁵ Cf. *supra* n° 432.

²³⁵⁶ PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, *op. cit.*, p. 44 et s. et p. 270.

²³⁵⁷ Est puni d'un an d'emprisonnement et 15 000 € d'amende « le fait pour une personne de participer sciemment à un groupement, même formé de façon temporaire, en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, de violences volontaires contre les personnes ou de destructions ou dégradations de biens » (C. pén., art. 222-14-2).

²³⁵⁸ ROUSSEAU F., « De quelques réflexions sur la responsabilité collective. Aspects de droit civil et de droit pénal », *D.* 2011. 1983 s.

²³⁵⁹ PARIZOT R., « L'incrimination de participation à une bande ayant des visées violentes, un nouvel exemple de mépris(e) à l'égard des principes généraux du droit pénal », *D.* 2009. 2701 ; MALABAT V., « Délit de participation à une bande violente : petit exercice de lecture à l'intention des membres du Conseil constitutionnel », obs. ss Cons. const. 25 février 2010, *RPDP* 2010. 895 s.

point de vue, il a été très justement démontré qu'un groupement, temporaire qui est plus, ne compensait pas le déficit causal de l'incrimination et que même en matière de crime contre l'humanité, la répression n'était pas aussi anticipée²³⁶⁰. Le statut de la Cour pénale internationale²³⁶¹ qui n'est compétente pour juger des infractions les plus graves, ne vise en dépit d'un « *mode d'imputation particulièrement large, (...) que le crime consommé ou sa tentative et non pas de simples actes préparatoires* »²³⁶². **Bien que le risque concret se présente comme un seuil minimal d'atteinte, encore faut-il que sa répression soit indispensable à la préservation d'une valeur d'une importance inversement proportionnelle à la faible gravité de l'atteinte.** Il convient, pour se faire, de s'assurer de l'adéquation des moyens de la répression aux buts affichés.

480. L'examen de l'adéquation des moyens au but de la répression. En droit français, la nécessité d'une répression pénale semble souvent acquise, du fait même de l'intervention du législateur, en sorte que les critères de mesure de la gravité de l'acte sont trop peu explorés²³⁶³. Ainsi, le Conseil constitutionnel élude totalement l'article 5 de la Déclaration de 1789 et refuse « *de substituer sa propre appréciation à celle du législateur en ce qui concerne la nécessité des peines attachées aux infractions définies par celui-ci* »²³⁶⁴, pour considérer notamment que l'élargissement de l'association de malfaiteurs « *n'est pas manifestement contraire au principe posé par l'article 8 de la Déclaration de 1789* »²³⁶⁵. Il n'effectue donc pas un véritable contrôle et intervient finalement assez peu en la matière, comparé à ses homologues frontaliers²³⁶⁶. Il n'y est pas toujours encouragé par la doctrine qui tend à penser que « *Quand le législateur incrimine un comportement, c'est pour imposer aux citoyens le respect d'une valeur qu'il juge particulièrement précieuse. On l'appelle l'intérêt protégé et il revêt l'incrimination de la 'nécessité' requise par l'article 8 de la Déclaration des droits de l'homme* »²³⁶⁷. La nécessité substantielle de l'incrimination ne saurait se déduire

²³⁶⁰ MALABAT V., « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », in *La cohérence des châtiments*, Dalloz, coll. *Essai de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10, 2012, p. 27 et s.

²³⁶¹ Voir l'article 25 d) du statut CPI qui prévoit qu'une personne est individuellement responsable si « *Elle contribue de toute autre manière à la commission ou à la tentative de commission d'un tel crime par un groupe de personnes agissant de concert* ».

²³⁶² MALABAT V., « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », préc.

²³⁶³ Voir pour cette analyse comparatiste, PARIZOT R., *op. cit.*, n° 208.

²³⁶⁴ Cons. Const., 19 et 20 janv. 1981, DC n° 80-127 ; 3 sept. 1986, DC n° 86-215.

²³⁶⁵ Cons. Const., 3 sept. 1986, préc. Voir, pour l'impossible détermination du bien juridique de l'association de malfaiteurs et l'indispensable concrétisation de l'atteinte, Voir PARIZOT R., *op. cit.*, n° 290 et s.

²³⁶⁶ Voir pour ce constat en comparaison de la jurisprudence du Tribunal constitutionnel espagnol, BUCK V., *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France-Espagne*, Paris, LGDJ, 2002, p. 315 et s.

²³⁶⁷ ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, Paris, PUF, 6ème éd. 2005, p. 225.

de la légalité formelle. Néanmoins, « *On définit le droit pénal en tant que droit sauvegardant les intérêts vitaux et fondamentaux des personnes et de la société mais, en même temps, on qualifie de vitaux et fondamentaux, les intérêts qui sont traditionnellement pris en considération par le droit pénal* »²³⁶⁸. Le Conseil d'Etat n'échappe pas à la critique qui considère que « *dès lors qu'elle vise à prévenir des atteintes à l'ordre public, la mesure de police en cause ne saurait porter une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression* »²³⁶⁹, alors que le but ne justifie pas tous les moyens. Confrontant, ensuite, le décret « anti-cagoule » attaqué au principe de nécessité, il pose que « *la mesure attaquée, dont la préservation de la sécurité publique établit la nécessité, ne porte pas non plus une atteinte disproportionnée aux droits et libertés garantis par l'article 10 de la convention européenne* »²³⁷⁰. Au fond, les Conseils se contentent de vérifier que le législateur n'a pas franchi un seuil extrême de disproportion entre l'objectif poursuivi et l'atteinte au droit ou à la liberté constitutionnellement protégés²³⁷¹. **Même la Cour européenne tend à présumer la légitimité du but allégué, en faisant l'économie de la vérification de sa concordance avec l'incrimination.** Lors de l'examen de la nécessité de l'ingérence que représente la répression de l'aide au séjour irrégulier dans une société démocratique, elle a pris acte de l'argumentation gouvernementale selon laquelle, l'objectif est « *de lutter contre l'immigration clandestine et les réseaux organisés tels que les passeurs qui aident, en contrepartie de sommes importantes* »²³⁷², alors que le texte n'exige aucune contrepartie et que son application à l'espèce excédait le but invoqué. **Il ne suffit pas de prétendre protéger une valeur, encore faut-il qu'elle soit véritablement en danger.** Il existe toujours un but poursuivi par le législateur en sorte que « *la circularité du processus* » n'est guère satisfaisante²³⁷³. Les auteurs d'inspiration germanique adoptent, à cet égard, une conception stricte du bien juridique comme « *valeur préexistant ontologiquement à la norme* » qui ne se confond pas avec la *ratio* d'incrimination²³⁷⁴. L'exigence d'une atteinte réelle est, d'ailleurs, fondée sur le principe général selon lequel il ne peut y avoir de limite à un droit constitutionnel que pour protéger une valeur équivalente²³⁷⁵, ce qui n'est pas sans évoquer la

²³⁶⁸ BARRATA A., « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique », *Déviance et Société* 1991. 1, spéc. p. 6.

²³⁶⁹ CE, 19 juillet 2011, préc.

²³⁷⁰ *Ibid.*

²³⁷¹ Voir, quant au Conseil constitutionnel, PARIZOT R., *op. cit.*, n° 201

²³⁷² CEDH, 5^e Sect. 10 nov. 2011, Mallah c. France, Req. n° 29681/08.

²³⁷³ BARRATA A., « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique », *Déviance et Société* 1991. 1, spéc. p. 6.

²³⁷⁴ LICCI G., « Quelques remarques sur les racines allemandes du droit pénal italien », *RIDC* 2003. 309.

²³⁷⁵ Voir PARIZOT R., *op. cit.*, n° 211.

balance des valeurs à laquelle procède le juge en matière de justification. A titre d'illustration la Cour suprême américaine a considéré qu'aussi légitime qu'était la volonté du Congrès de protéger le symbole du drapeau américain, cela ne justifiait cependant pas l'immixtion dans la liberté d'expression²³⁷⁶ que représentait l'incrimination de profanation du drapeau²³⁷⁷. La doctrine française souligne, en outre, que l'ordre public sollicité pour justifier l'incrimination de l'outrage au drapeau tricolore n'est pas celui qui recouvre traditionnellement la sécurité, la tranquillité ou la salubrité publique²³⁷⁸. Il s'agirait davantage de la dimension « *non-matérielle* » de l'ordre public, dont on ignore si elle met en cause la dignité de la personne humaine ou, de manière plus intrusive et âprement décriée²³⁷⁹, les « *bonnes mœurs* » ou le « *bon ordre* »²³⁸⁰. Le Conseil d'Etat avait clairement expliqué que cette « *conception renouvelée et élargie de l'ordre public* » qui engloberait « *les règles essentielles du vivre-ensemble* », « *n'a jamais fait l'objet d'une quelconque formulation juridique, et serait de ce fait sans précédent, serait également contraire à la jurisprudence du Conseil constitutionnel qui retient une définition traditionnelle de l'ordre public, y compris dans ses décisions les plus récentes, et ouvrirait un espace de contrainte collective aux conséquences incertaines* ». Il conclut que « *cet ordre public non matériel (...) ne peut à lui seul servir de fondement à une interdiction* » du port du voile intégral dans l'espace public²³⁸¹ que le Conseil constitutionnel a pourtant validé²³⁸². Les diverses interdictions du port d'une tenue vestimentaire vaudront sans doute à la France la même condamnation que la Turquie du fait de l'interdiction des manifestations en habits religieux sur la voie publique²³⁸³. La Cour européenne exige, en effet, un trouble concret²³⁸⁴ et « *l'existence d'un trouble au seul 'ordre public immatériel' semble insuffisante, en tant que telle, pour vérifier la condition d'antijuridicité* ».

²³⁷⁶ Consacrée par le premier amendement de la Constitution américaine.

²³⁷⁷ Voir *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990) ; *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989), cités par FARBER D.-A. « L'approche de la liberté d'expression par catégories d'expression en droit constitutionnel américain », in *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, (dir.) ZOLLER E., 2008, p. 81.

²³⁷⁸ SALCEDO C., « Outrage au drapeau tricolore et liberté d'expression : l'autolimitation du Conseil d'Etat », *D.* 2011. 2320.

²³⁷⁹ LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5., n° 44 ; HANICOTTE R., « Visage caché, œil policier... La dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA* 2010. 417 ; FELDMAN J.-P., « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *AJDA* 2010. 387. BECHILLON (de) D., « Voile intégral : éloge du Conseil d'Etat en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA* 2010. 467.

²³⁸⁰ *Ibid.*

²³⁸¹ *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral*, op. cit., p. 35.

²³⁸² Cons. constit., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC.

²³⁸³ Voir CEDH, 2e Sect. 23 février 2010, Ahmet Arslan et autres c. Turquie, Req. n° 41135/98.

²³⁸⁴ GONZALEZ G., « L'inconventionnalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *JCP G* 2010. 514.

matérielle »²³⁸⁵. Aussi, les juridictions judiciaires pourront-elles prononcer l'inconventionnalité de ces interdictions pour en écarter l'application²³⁸⁶, en dépit de la jurisprudence constitutionnelle²³⁸⁷.

481. Le stricte encadrement des dérogations à l'exigence d'un risque concret. Consacré constitutionnellement dans les années 1980, le principe d'« atteinte » régente la criminalisation législative et l'interprétation judiciaire, mais la doctrine italienne déplore que la Cour se borne à un contrôle restreint de la loi en dilatant, au besoin, l'exigence de bien juridique protégé²³⁸⁸. Cette dilution se retrouve dans notre conception évanescence de l'ordre public qui serait inspirée des *« théories du fonctionnalisme systémique, qui connaissent un large succès à l'étranger, le droit pénal se trouverait alors défini, et légitimé, par sa seule fonction de préservation d'un système social lui-même conçu comme un système de communication »*²³⁸⁹ allant jusqu'à induire l'obligation de communiquer²³⁹⁰. Afin d'enrayer la propagation subséquente des infractions de risque abstrait, il est possible d'encadrer strictement leur recours exceptionnel, en commençant par les valeurs qu'elles sont susceptibles de protéger. Le principe de nécessité de la répression impose, à cet égard, que la valeur soit inversement proportionnelle à la gravité de l'atteinte. C'est dire que si bien juridique protégé doit revêtir une importance particulière, incompatible avec une valeur abstraite, à peine identifiable. Cette exigence ne saurait, toutefois, suffire comme en témoignent les résolutions de l'association internationale de droit pénal selon lesquelles *« la légitimité de la lutte contre le terrorisme, le crime organisé et les autres crimes graves mentionnés ci-dessus ne peut servir de prétexte à l'extension de règles d'exception. Il convient en tout état de cause d'éviter l'évolution du droit pénal vers des tendances autoritaires afin de garantir l'application des principes fondamentaux, comme celui de la légalité criminelle, de la responsabilité individuelle, de l'ultima ratio, de la proportionnalité*

²³⁸⁵ LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5., n° 43.

²³⁸⁶ *Ibid.* n° 42, où l'auteur relève qu'il s'agit même d'une obligation.

²³⁸⁷ Voir Cass. ass. plén., 15 avr. 2011, *Bull. crim.* n° 589, 590, 591 et 592.

²³⁸⁸ Voir PARIZOT R., *op. cit.*, n° 212.

²³⁸⁹ Voir, sur les travaux du pénaliste allemand JAKOBS, G., LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ 2011, p. 221 et s.

²³⁹⁰ HALPERIN J.-L., « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 'loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public' », *D.* 2011. 1166 ; DIEU F., « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP A* 2010. 2355.

ainsi que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »²³⁹¹. Outre la proportionnalité entre la faible gravité de l'acte et le rang élevé du bien en cause, le recours à l'anticipation de la répression ne peut qu'être infiniment subsidiaire²³⁹². En d'autres termes, le recours à une infraction de risque concret doit apparaître insuffisant, au regard de l'ampleur du trouble redouté, dans d'un contexte particulier et dûment précisé. Les résolutions adoptées vont précisément en ce sens, qui préconisent conformément aux principes généraux du droit pénal, que ce n'est qu'à titre exceptionnel que la loi peut ériger des actes préparatoires ou de participation en infractions autonomes, « *lorsqu'il est nécessaire de prévenir la commission d'une infraction très grave et uniquement en cas de danger précis et actuel* »²³⁹³. Leur répression ne peut être considérée légitime que s'il s'agit de « *prévenir la commission d'infractions très graves qui portent atteinte à la vie, à l'intégrité physique ou à la liberté des personnes* ». En outre, la loi doit définir précisément les actes de préparation ou de participation punissables « *en décrivant des comportements objectifs et concrets* » afin de ne pas criminaliser la seule intention. Une certaine densité matérielle est, en effet, requise pour que les actes soient « *étroitement liés à la commission de l'infraction principale* », cette liaison devant être « *identifiée objectivement lorsqu'ils présentent un danger réel et actuel pour les intérêts mentionnés dessus* »²³⁹⁴. Sans surprise, aucune mention n'est faite de l'absence de motif légitime, ni d'un quelconque mécanisme exonératoire, aussi large soit-il. En revanche, la peine doit être « *inférieure à celle de l'infraction principale et, dans tous les cas, proportionnée à celle prévue pour sa tentative* »²³⁹⁵.

Or, l'examen de la densité matérielle et axiologique des infractions à motif légitime a montré combien elles étaient loin de répondre à ces critères, particulièrement en raison de leur caractère insuffisamment circonstancié et de leurs pénalités excessives. On se contentera de rappeler, en guise de conclusion d'une bien accablante analyse, qu'en matière informatique, les actes de tentative de préparation et de préparation collective d'un acte préparatoire sont aussi sévèrement réprimés que les atteintes elles-mêmes aux systèmes de traitement automatisé de données²³⁹⁶.

²³⁹¹ Résolutions du XVIIIe Congrès de l'AIDP-IAPL (Istanbul, 22/27 sept. 2009), *RIDP*, vol. 80 3-4, 2009, p. 515 et s.

²³⁹² Voir, pour ces principes, PARIZOT R., *op. cit.*, n° 230.

²³⁹³ Résolutions du XVIIIe Congrès de l'AIDP-IAPL, préc.

²³⁹⁴ *Ibid.*

²³⁹⁵ *Ibid.*

²³⁹⁶ Cf. *supra* n° 432.

Enfin, la tentative de facilitation de l'irrégularité administrative du migrant, même morale, même par omission, est punie plus lourdement que le recel de criminels ou de terroristes²³⁹⁷, jusqu'à dix ans d'emprisonnement, alors même que l'infraction principale n'est plus punie d'emprisonnement²³⁹⁸.

²³⁹⁷ C. pén. art. 434-6.

²³⁹⁸ Voir POISSONNIER G. « Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant », *D.* 2011. 1880.

Conclusion du chapitre II

482. Le motif légitime stigmaté d'une répression excessive. En raison de leur faible densité matérielle et axiologique, les infractions à motif légitime sont de nature contraventionnelle. Il s'agit de délits artificiels qui ne correspondent plus au « *sentiment universel et permanent de réprobation* » qui justifie la présomption de conscience de l'illicéité de l'acte, mais à « *des contingences de toutes sortes, politiques, économiques, sociales ou même administratives* »²³⁹⁹. La bonne administration de la justice que protègent certaines infractions à motif légitime en serait une bonne illustration. Or, non seulement l'appartenance du domaine contraventionnel au droit pénal est sujette à caution, mais les infractions à motif légitime témoignent d'une contraventionnalisation rampante des délits, au mépris de la graduation de la répression. La protection essentiellement préventive d'obligations extra-pénales se rapporte, en effet, à une fonction régulatrice de nature administrative. Diverses résolutions de l'Association internationale de droit pénal ont mis en exergue le déficit causal des infractions de prévention et leur nécessaire compensation par le haut rang de la valeur protégée. La dépénalisation des infractions de moindre importance a, ainsi, été préconisée comme le recours « *aux sanctions purement civiles ou administratives* » en matière d'omissions, devant prioritairement relever des « *contraventions administratives* »²⁴⁰⁰. Des conditions très strictes ont pareillement été recommandées à l'endroit de la répression d'actes préparatoires, tenant à la concrétisation non équivoque d'un risque grave²⁴⁰¹. Or, les omissions, détentions et tentatives de détention à motif légitime sont insuffisamment circonstanciées et excessivement réprimées, au vu de l'évanescence des valeurs en cause. Ces infractions imprécises et excessives ne sont donc pas le témoignage le plus abouti d'un véritable contrôle de la précision de la loi pénale et de la nécessité de la répression. L'exception de motif légitime se présente à tort comme une condition supplémentaire de l'infraction puisqu'elle ne peut en préciser positivement le champ d'application. Au fond, le législateur prétend se dispenser du respect des principes fondamentaux en facilitant la preuve par le prévenu de la licéité de son acte. Or, l'illicéité matérielle des infractions concernées ne devrait même pas être présumée puisqu'elle est dérisoire et incertaine. Leur nocuité sociale sera, en effet, grandement

²³⁹⁹ BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, 22^{ème} éd. 2011, n° 7.

²⁴⁰⁰ Résolutions du XIII^e Congrès de l'AIDP-IAPL (Le Caire, 01/07 oct. 1984), in *Résolutions des congrès l'Association Internationale de Droit Pénal*, Erès, coll. *Nouvelles études pénales*, 2009, n° 20, p. 117 et s.

²⁴⁰¹ Voir les Résolutions du XVIII^e Congrès de l'AIDP-IAPL (Istanbul, 22/27 sept. 2009), *RIDP*, vol. 80 3-4, 2009, p. 515 et s.

dépendante des circonstances de réalisation de l'acte, en sorte que de trop nombreuses hypothèses le rendront socialement utile ou insignifiant. L'inversion de la charge de la preuve de l'illicéité réelle, n'étant plus exceptionnelle, la réserve imprécise de motif légitime porte une atteinte excessive à la présomption d'innocence. En tant qu'exception spéciale, le motif légitime représente l'aveu de ce que le législateur doute lui-même de l'illicéité réelle d'un pan de la répression, ce qui n'est pas sans affecter son autorité et sa légitimité. Ironie du sort : le contrôle encore insuffisant de la légitimité de la pénalisation pourrait bien être facilité par le motif légitime, en tant qu'indicateur d'une répression excessive.

Conclusion du titre I

483. Le rejet du motif légitime comme caution d'une répression anticipée. En principe, un fait justificatif spécial se caractérise par sa précision, puisqu'il est spécifiquement conçu pour justifier la réalisation d'une infraction déterminée. Or, l'impossible prédétermination de la multitude des circonstances justificatives des infractions à motif légitime témoignent de leur imprécision. L'imprécision d'une exception spéciale ne saurait, pourtant, compenser celle de l'infraction. Il s'agit, en effet, essentiellement d'infractions-obstacle, telles que le manquement à l'obligation d'assiduité scolaire, le port d'arme régulier, la dissimulation de visage lors de manifestations, la négligence caractérisée dans la sécurisation de sa connexion internet et diverses désobéissances aux autorités publiques, notamment. Non seulement ces infractions sont dépourvues d'atteinte effective aux valeurs, mais leur aptitude causale au résultat redouté est équivoque. Ce domaine dérogatoire témoigne d'une banalisation de la répression du risque hypothétique, faute de critères de détermination des atteintes sociales suffisamment graves. En s'inspirant des concepts d'origine germanique, il est permis d'analyser ces infractions de risque abstrait pour des valeurs secondaires comme contraire au principe de nécessité de la répression. Si une dérogation à l'exigence minimale d'une menace réelle est envisageable, ce n'est qu'à titre infiniment subsidiaire et pour la protection de valeur de premier plan. En d'autres termes, la répression du risque concret doit apparaître insuffisante au regard des enjeux et la dérogation indispensable. Or, d'une part, rien ne s'oppose à une circonstanciassions précises des infractions envisagées permettant de concrétiser la menace. D'autre part, l'absence de risque concret n'est pas compensée par l'importance des valeurs, et paraît même induite par leur perte de substance. Ainsi, diverses incriminations de dissimulation de visage ou d'outrage à l'hymne national ou au drapeau protègent un ordre public immatériel qui renvoie à « *la conception d'un droit pénal post-moderne* »²⁴⁰², opérant un « *glissement de la protection d'idéaux à la protection d'idéologies* »²⁴⁰³. Pour combler l'insuffisante délimitation de l'illicéité positive le législateur en appelle à tort à l'illicéité négative. A une dérogation à un principe, il répond par une dérogation à un autre principe, ce faisant il porte atteinte à l'illicéité réelle dans ses deux dimensions.

²⁴⁰² LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5., n° 43.

²⁴⁰³ PARIZOT R., *op. cit.*, n° 227.

En effet, l'exception de motif légitime semble dispenser le législateur de toute précision et conforter une présomption artificielle d'illicéité attentatoire à la présomption d'innocence. **La logique est redoutable qui, portée à son comble, permettrait au législateur de se contenter d'incriminer « tout acte susceptible de présenter une menace quelconque pour l'ordre public, sauf motif légitime ».** En somme, l'exonération de la responsabilité est facilitée alors que la présomption préalable d'illicéité n'a pas lieu d'être, lorsque l'infraction ne satisfait pas au principe fondamental d'*ultima ratio*. La justification à la charge du prévenu s'en trouve instrumentalisée, quoiqu'inapte à renforcer une apparence de responsabilité qu'elle est censée combattre.

Face à une répression maladive, le recours à un fait justificatif standard apparaît comme un palliatif insuffisant. **Sa prévision spéciale donne, de surcroît, l'illusion que la loi peut restreindre le champ d'application de la justification, alors que le juge doit conserver toute latitude pour apprécier l'acte au regard des circonstances concrètes de réalisation.** Par conséquent le recours à faits justificatifs indéterminé est inutile car toute infraction fait implicitement réserve des circonstances justificatives et, dangereux car les descriptions formelles choisies sont insuffisante pour présumer l'illicéité réelle des faits.

TITRE II :

LE MOTIF LEGITIME COMME STANDARD GENERAL DE JUSTIFICATION

484. L'illicéité réelle garantie par la généralisation du motif légitime. Par son indétermination et son adaptabilité, la notion de motif légitime correspond à la définition des standards qui « *ne sont pas formulés d'une manière absolue et n'ont pas de contenu déterminé par la loi ou les décisions judiciaires mais sont tous relatifs à l'époque, aux lieux et aux circonstances* »²⁴⁰⁴. En ce qu'il suggère les idées d'adaptation, de solution adéquate et d'équité, le standard évoque aussi l'arbitraire des décisions : voilà bien un procédé gênant dans une matière gouvernée par le principe de légalité criminelle. Il semble pourtant que cette garantie pour le justiciable se rapporte essentiellement à l'incrimination, conformément à sa finalité de protection des libertés individuelles. En tant que cause d'exonération de la responsabilité, la justification n'a pas à être soumise aux mêmes restrictions. S'il incombe au législateur de définir, *in abstracto*, les conditions de l'infraction présumée illicite, il revient au juge, « *dans son opération de qualification de l'injuste* », de vérifier que le comportement infractionnel a bien, *in concreto*, porté atteinte au bien juridique²⁴⁰⁵. La détermination abstraite de l'illicéité pénale et sa vérification concrète apparaissent, alors, comme deux opérations distinctes, offrant des garanties complémentaires. Le recours à un standard de la justification offre la souplesse nécessaire à la prise en compte de l'immense variété des circonstances de chaque espèce. Le fait d'admettre que chaque infraction fait implicitement réserve de circonstances légitimes pour engager la responsabilité pénale, n'affecte pas l'autorité de la loi mais la renforce, en lui assurant une application conforme à sa finalité de protection des valeurs²⁴⁰⁶. La technique du standard apparaît d'autant plus appropriée qu'elle s'impose, précisément, comme « *un outil méthodologique destiné à servir la règle de droit en assurant son application la plus pertinente* »²⁴⁰⁷.

Si l'exception de motif légitime n'empiète pas sur le champ d'application du principe de légalité, il n'en reste pas moins qu'il doit offrir un minimum de prévisibilité. Or, le standard

²⁴⁰⁴ STATI M.-O., *Le standard juridique*, Th. Paris, 1927, p. 43.

²⁴⁰⁵ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 589.

²⁴⁰⁶ « *Tout ce qui se situe en conformité à ces valeurs ne saurait donc être répréhensible* » (MAYAUD Y., « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », *Mél. GASSIN R.*, PUAM, 2007. p. 301).

²⁴⁰⁷ BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Coll. *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, volume 23, 2003, n° 46.

est souvent perçu comme un procédé subjectif, dépourvu d'éléments stables et objectifs d'appréciation. Pourtant cette technique souple, née à Rome et bien connu des anglo-saxons, a eu le temps de faire la preuve d'une certaine stabilité des solutions. La jurisprudence élabore, en effet, des conditions d'application pérennes correspondant à la finalité du standard. Afin de vérifier l'illicéité réelle des infractions, elle a progressivement dégagé des critères d'appréciation de la légitimité des atteintes, en s'inspirant de nombreux textes de loi. C'est ainsi que les principes généraux de nécessité et de proportionnalité, transcendent désormais l'ensemble des faits justificatifs²⁴⁰⁸.

Non seulement la vérification circonstanciée du bien-fondé de la répression apparaît comme une garantie majeure pour les libertés individuelles, mais elle répond à des critères suffisamment stables d'appréciation, susceptibles d'être généralisés à toute infraction.

En tant que vecteur de licéité réelle, le standard de motif légitime doit recouvrir un domaine général d'application (chapitre I) grâce à des conditions générales d'application (chapitre II).

²⁴⁰⁸ ROUJOU DE BOUBÉE G., *Essai d'une théorie générale de la justification*, Ann. Fac. Toulouse, 1982, p. 23 et s. ; MASCALE C., « Faits justificatifs – Ordre de la loi », *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4, 2002, n° 14 ; HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, Th. Paris XII, 1991, n° 63.

Chapitre I :

Le domaine d'application général du motif légitime

485. La vocation générale du standard de motif légitime. Bien que l'exception souple de motif légitime n'apparaisse que dans un nombre limités de textes, la jurisprudence a entrepris de l'étendre à tout type d'infractions, comme elle l'a fait, par le passé, à l'égard de dispositions justificatives éparses ou restreintes. Elle a ainsi pu généraliser les exceptions de nécessité et de légitime défense. Il est vrai que cet édifice prétorien a été entériné par la loi. Il convient, toutefois, de se garder de confondre l'effet avec la cause ; c'est parce que le législateur a reconnu la liberté d'appréciation du juge en matière de justification, qu'il a fait figurer les principes généraux de nécessité et de proportionnalité, dans la partie générale du Code pénal. Pour générales qu'elles soient, ces dispositions ne semblent cependant pas suffire, comme en témoigne la multiplication des faits justificatifs spéciaux, d'origine légale ou jurisprudentielle. Il ne s'agit là que de motifs légitimes particuliers que le législateur tente vainement d'entériner, comme il l'a fait pour le fait justificatif prétorien des droits de la défense. La loi ne pourra jamais prétendre à l'exhaustivité en matière de justification, en raison de l'infinie variété des circonstances. Ces interventions apparaissent, de surcroît, comme autant de limitations à liberté d'appréciation du juge. Or, c'est au pouvoir judiciaire qu'il appartient de vérifier la nocuité sociale concrète des actes infractionnels, car lui seul a la maîtrise de leur contexte global et singulier, ainsi que des valeurs en conflit.

Un standard de la justification s'impose pour en assurer l'adaptation à la grande diversité des infractions et de leurs circonstances de réalisation conformément à l'impératif de répression exclusive des atteintes pénales réelles.

Le domaine d'application général de l'exception générique de motif légitime s'impose, par conséquent, tant au regard de l'insuffisante détermination légale des circonstances légitimes (section 1) que de leur libre détermination judiciaire (section 2).

Section 1 : L'insuffisante détermination légale des circonstances légitimes

486. L'insuffisance des conditions formelles de la justification. Aussi nombreuses et précises que puissent être les circonstances justificatives prévues par la loi, elles resteront toujours lacunaires. En outre, les conditions légales de la justification requièrent invariablement l'appréciation judiciaire de la licéité réelle des faits, de chaque espèce singulière. La contestation de l'illicéité substantielle d'une infraction ne peut, en effet, s'effectuer qu'*a posteriori*, en fonction de l'ensemble des circonstances concrètes de réalisation, qui échappent par nature au législateur. Les appréciations abstraites de la légitimité des circonstances, formulées par le législateur sont, donc, nécessairement complétée par l'appréciation concrète du juge, fondée sur les principes généraux de détermination de la légitimité des atteintes. Non seulement ces règles communes d'origine prétorienne complètent les dispositions légales, mais elles peuvent s'y substituer, lorsque la loi est trop restreinte pour permettre la justification de comportements socialement utiles. Quelles que soient la teneur des dispositions légales, le recours aux règles générales de la justification apparaît incontournable (§1) à tel point que les dérogations spéciales de la loi peuvent rester sans effet (§2).

§ 1 : L'incontournable recours aux règles générales de la justification

487. L'impossible prédétermination des circonstances justificatives. La loi ne peut déterminer *a priori* l'ensemble des circonstances justificatives potentielles de la totalité des infractions. Il serait d'ailleurs inutile qu'elle résolve à l'avance tous les conflits de valeurs qui ne se poseront pas nécessairement devant les tribunaux. Partant, les prévisions légales sont inexorablement lacunaires. Toute infraction doit, pourtant, faire implicitement réserve des circonstances exceptionnelles qui la rendraient conforme aux valeurs protégées par la loi. La jurisprudence a donc très tôt dégagé les critères généraux permettant d'apprécier *a posteriori* la légitimité de toute atteinte. Aussi la législation a-t-elle pris acte de la nécessité du recours à une appréciation judiciaire concrète de l'utilité sociale de l'acte. Les critères prétoriens, fondés sur la nécessité de l'atteinte au regard des valeurs en cause, sont ainsi progressivement entérinés. Aussi détaillés que soient certains faits justificatifs légaux, la jurisprudence conserve son pouvoir d'appréciation, même en l'absence de référence expresse

au contrôle de nécessité et de proportionnalité de l'infraction. La détermination abstraite de circonstances justificatives relevant de chaque espèce apparaît, donc, aussi illusoire (A) que leur appréciation concrète est invariable (B).

A) L'illusoire détermination abstraite de la légitimité des infractions

488. L'illusoire détermination abstraite de la légitimité concrète des actes. Si la légitimité d'une atteinte réside dans les circonstances concrètes de réalisation, sa détermination abstraite n'est jamais suffisante. Il est vrai que le législateur peut apprécier l'utilité sociale des actes au regard de certaines circonstances exceptionnelles. Mais, d'une part, il ne peut prétendre à l'exhaustivité et d'autre part, les circonstances prévues s'insèrent toujours dans le contexte plus global de chaque espèce que le juge devra prendre en compte. Lorsque des dispositions générales s'appliquent à l'ensemble des infractions, l'adaptation judiciaire à chaque espèce est d'autant plus importante. Lorsque des dispositions précises ont un champ d'application spécial, elles réduisent d'autant la marge de manœuvre du juge pour les infractions et les circonstances concernées mais, la laisse entière pour les infractions et les circonstances non prévues. En tout état de cause, le recours aux faits justificatifs spéciaux témoigne de l'insuffisante adaptation des faits justificatifs généraux à l'ensemble des infractions. En d'autres termes, le « prêt-à-porter » de la justification n'est pas assez souple pour recouvrir l'ensemble des infractions, surtout lorsqu'elles sont déroatoires au droit commun. Quant à la justification « sur-mesure », elle relève nécessairement de la casuistique judiciaire. Le législateur s'échine vainement à vouloir tout prévoir et tout mesurer. En tentant inutilement d'entériner chaque solution jurisprudentielle, il prend le parti d'une justification lacunaire et peu cohérente. Les exigences propres aux faits justificatifs généraux sont insuffisamment adaptées à l'ensemble des infractions (1). Si le recours aux faits justificatifs spéciaux en est l'aveu, ces derniers sont dans l'impossibilité de prétendre à l'exhaustivité (2).

1) L'inadaptation des faits justificatifs généraux à l'ensemble des infractions

489. Des faits justificatifs conçus pour des infractions graves. La partie générale du Code pénal définit des hypothèses générales de justification censées faire exception à l'ensemble des infractions pénales. Les dispositions de l'article 122-4 doivent, néanmoins, être mises à part. D'une part, l'alinéa premier, relatif à l'ordre ou l'autorisation de la loi, ne prévoit pas de circonstances particulières, mais se borne seulement à rappeler que la loi *lato*

sensu peut déroger à ses propres interdictions. D'autre part, il a été démontré que le commandement non manifestement illégal de l'autorité légitime, du second alinéa, s'apparentait davantage à une cause d'irresponsabilité subjective. Il reste la légitime défense²⁴⁰⁹ et l'état de nécessité²⁴¹⁰ qui ont en commun de requérir un péril grave contre les personnes ou les biens uniquement. Qu'il s'agisse d'une « *atteinte injustifiée* » envers les personnes, de « *l'exécution d'un crime ou d'un délit contre un bien* » ou d'« *un danger actuel ou imminent qui menace* » la personne ou les biens, l'intensité du péril rejaillit nécessairement sur l'intensité de la riposte. Il devra donc s'agir d'« *un acte commandé par la nécessité* » ou encore « *nécessaire à la sauvegarde* » des valeurs correspondantes. La riposte devra aussi être proportionnée à la menace, voire strictement nécessaire et proportionnée, s'agissant de la sauvegarde des biens. Ces hypothèses supposent une urgente nécessité à même de légitimer des infractions violentes. Le grave danger décrit est concret, en sorte que l'on voit mal comment il pourrait être conjuré par des comportements de risque abstrait pour des valeurs secondaires ou tertiaires, tels que les actes préparatoires que l'on retrouve dans les infractions à motif légitime. Ces faits justificatifs sont, à l'évidence, conçus pour justifier des crimes et délits graves. Il est vrai qu'ils pourront *a fortiori* justifier des infractions moins graves, mais de manière anecdotique. On riposte rarement, en effet, à une agression injuste contre sa personne par une négligence caractérisée dans la sécurisation de sa connexion internet²⁴¹¹, même si cette infraction fait implicitement réserve de la légitime défense. Les délits mineurs et les contraventions doivent pouvoir être justifiés par des circonstances moins exceptionnelles que celles décrites, dans la partie générale du Code pénal.

La moindre gravité des infractions entraîne, en effet, un accroissement des circonstances à même de les justifier. Les faits justificatifs de la partie générale du Code pénal ne peuvent être les seuls à s'appliquer à l'ensemble des infractions, sauf à faire fi de la prolifération des infractions mineures. La généralisation de l'exception de motif légitime permettrait de répondre à la variété des infractions existantes, par une appréciation plus ou moins souple des critères de nécessité et de proportion, selon les valeurs en cause. La nécessité, notamment, n'aurait pas à être forcément impérieuse selon le type d'atteinte concernée.

²⁴⁰⁹ Voir C. pén., art. 122-5.

²⁴¹⁰ Voir C. pén., art. 122-7.

²⁴¹¹ Voir CPI, art. R. 335-5.

490. La vaine compensation par le recours aux faits justificatifs spéciaux. Les faits justificatifs généraux, conçus pour les infractions les plus graves, se prêtent assez mal aux atteintes de moindre importance. Or, toute infraction devrait être justifiée, dès lors qu'elle est réalisée dans des circonstances qui la rendent socialement utile. Ainsi, de nombreux faits justificatifs spéciaux n'exigent aucune urgence, ni péril pour la personne ou les biens. En tout état de cause, l'insuffisance des faits justificatifs généraux est attestée par le recours accru aux faits justificatifs spéciaux, en matières délictuelle et contraventionnelle. Pour autant, ce procédé, adapté à l'infraction concernée, reste insatisfaisant, en ce qu'il ne saurait raisonnablement prétendre prévoir toutes les circonstances justificatives de toutes les infractions.

2) L'impossible exhaustivité des faits justificatifs spéciaux de toute infraction

491. L'impossible prédétermination de tous les faits justificatifs d'une infraction. En ce qu'il consiste à préciser les circonstances justificatives de chaque incrimination, le mécanisme de justification spéciale, apparaît encore plus illusoire que la technique générale. On en veut pour preuve l'exemple du délit de discrimination²⁴¹² qui revêt une certaine gravité et qui ne devrait pas, à ce titre, être le plus aisé à justifier. Cette incrimination fait, toutefois, expressément réserve d'une litanie d'exceptions²⁴¹³ qui témoignent des limites du procédé. Le Code pénal autorise, notamment, les refus d'embauche ou licenciements fondés sur l'état de santé ou le handicap, lorsque l'inaptitude est médicalement constatée en renvoyant au Code du travail et aux dispositions statutaires

²⁴¹² Voir C. pén., art. 225-2.

²⁴¹³ L'article 225-3 (modifié par la loi du 7 juillet 2011, n° 2011-814 - art. 7) prévoit que l'incrimination ne s'applique pas « 1° Aux discriminations fondées sur l'état de santé, lorsqu'elles consistent en des opérations ayant pour objet la prévention et la couverture du risque décès, des risques portant atteinte à l'intégrité physique de la personne ou des risques d'incapacité de travail ou d'invalidité. Toutefois, ces discriminations sont punies des peines prévues à l'article précédent lorsqu'elles se fondent sur la prise en compte de tests génétiques prédictifs ayant pour objet une maladie qui n'est pas encore déclarée ou une prédisposition génétique à une maladie ou qu'elles se fondent sur la prise en compte des conséquences sur l'état de santé d'un prélèvement d'organe tel que défini à l'article L. 1231-1 du code de la santé publique ; 2° Aux discriminations fondées sur l'état de santé ou le handicap, lorsqu'elles consistent en un refus d'embauche ou un licenciement fondé sur l'inaptitude médicalement constatée soit dans le cadre du titre IV du livre II du code du travail, soit dans le cadre des lois portant dispositions statutaires relatives à la fonction publique ; 3° Aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée ; 4° Aux discriminations fondées, en matière d'accès aux biens et services, sur le sexe lorsque cette discrimination est justifiée par la protection des victimes de violences à caractère sexuel, des considérations liées au respect de la vie privée et de la décence, la promotion de l'égalité des sexes ou des intérêts des hommes ou des femmes, la liberté d'association ou l'organisation d'activités sportives ; 5° Aux refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique ».

relatives à la fonction publique²⁴¹⁴. Sont également autorisés divers refus d'embauche fondés sur la nationalité, le sexe, l'âge ou l'apparence physique²⁴¹⁵, selon des critères maintes fois remaniés, toujours plus étendus et dépendants de plusieurs codes. On en vient à regretter l'exception de motif légitime que contenait le texte, sous l'égide du Code pénal ancien²⁴¹⁶, et qui avait permis des décisions jurisprudentielles mesurées. Le législateur ferait mieux de dûment préciser les incriminations, plutôt que de tenter vainement d'entériner chaque décision jurisprudentielle caractérisant des circonstances justificatives. Les listes incomplètes et contingentes d'hypothèses de justification nuisent davantage à la sécurité juridique que le recours pérenne à un standard de justification. En tout état de cause, il n'est pas envisageable que le législateur parvienne à prédéterminer toutes les circonstances justificatives de chaque infraction, comme il tente de le faire en matière de discrimination. Quand bien même s'y essaierait-il, une telle casuistique, inexorablement lacunaire, ne constituerait certainement pas un progrès, du point de vue de la clarté et de l'accessibilité des normes.

492. L'impossible prédétermination de toutes les infractions concernées par un fait justificatif. Le motif légitime se présente, en droit positif, sous la forme d'un fait justificatif spécial, affectée à un domaine restreint de contraventions et de délits mineurs. Le législateur semble, dès lors, avoir pris acte de l'impossibilité de prédéfinir toutes les hypothèses susceptibles de justifier des infractions de faible gravité. Il choisit, en somme, le type de règles, en fonction des besoins auxquels il faudra pourvoir, selon le domaine infractionnel envisagé. Ainsi, dans les domaines les plus graves, il préfère des formules plus rigides, comme s'agissant des faits justificatifs généraux susceptibles de justifier des crimes. En matière de protection préventive des valeurs de moindre importance, il s'autorise, en revanche, des formules plus souples, telle que l'exception spéciale « *innommée* » de motif légitime. Même à souscrire à cette logique discutable de compensation de l'imprécision de certaines infractions par le recours spécial à une justification imprécise, des difficultés demeurent tenant à l'exhaustivité des infractions concernées. Le domaine légal d'application du motif légitime apparaît, en effet, bien lacunaire au regard de l'existence de nombreuses infractions-obstacle possédant les mêmes carences, matérielles et axiologiques que les détentions et omissions à motif légitime. La cohérence du cantonnement du motif légitime aux atteintes équivoques à l'ordre public commanderait sans doute son extension à toutes les

²⁴¹⁴ Voir L. n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 6, portant droits et obligations des fonctionnaires, dite « loi Le Pors ».

²⁴¹⁵ Voir WESTER-OUISSE V., « *Travail* », *J-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 60, 2008, n° 41.

²⁴¹⁶ Voir C. pén., art. 416 ancien. Le motif légitime ayant été supprimé par la loi n° 83-635 du 13 juillet 1983.

infractions de risque hypothétique et non pas seulement à celles qui le prévoient formellement. En procédant par analogie, les juges ont déjà commencé à parfaire cette œuvre réglementaire et législative, par l'élargissement du domaine du motif légitime à des infractions dont la physionomie est similaire. C'est le cas, notamment, en matière économique et sociale où l'exception de motif légitime a été étendue au délit d'entrave à la représentation du personnel²⁴¹⁷.

493. L'inévitable recours à une appréciation concrète de la justification. Les conditions de justification abstraites définies, qu'elles soient générales ou spéciales, sont nécessairement insuffisantes. D'une part, la prévision légale de l'ensemble des circonstances justificatives de la totalité des infractions est parfaitement illusoire, qui relève d'une casuistique essentiellement judiciaire. D'autre part, même lorsque le législateur tente de tracer précisément les contours de certaines causes de justification, il n'évite jamais véritablement la libre appréciation judiciaire des exigences substantielles de nécessité et de proportion de l'atteinte.

B) L'invariable vérification concrète de la légitimité des infractions

494. L'appréciation judiciaire des exigences communes de nécessité et de proportion. Les principes prétoriens de nécessité et de proportion de l'atteinte légitime, induisent une dimension résolument concrète de la justification. La prise en compte de toute circonstance de l'infraction impliquant la mise en péril d'une valeur équivalente à celle protégée demeure incontournable. Que le texte prévoit ou non le recours à l'appréciation judiciaire de ces exigences communes, la jurisprudence les emploie invariablement pour vérifier la licéité réelle de l'infraction.

Dans la grande majorité des hypothèses légales de justification, en effet, la correspondance des faits avec la définition légale des circonstances justificatives ne semble pas suffire²⁴¹⁸. Même lorsque la loi entérine très précisément les créations prétoriennes, le juge conserve une latitude considérable d'adaptation à chaque espèce. Non seulement la double exigence de nécessité et de proportionnalité, dégagée par la jurisprudence, est souvent reprise par la loi (1), mais cette appréciation judiciaire concrète s'impose même dans le silence des textes (2).

²⁴¹⁷ Cf. *infra* n° 529 et s.

²⁴¹⁸ Voir particulièrement ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009, n° 110 et s.

1) L'appréciation de la nécessité et de la proportion sur mention textuelle

495. L'exigence commune à tout fait justificatif général ou spécial. La légitime défense²⁴¹⁹ et l'état de nécessité²⁴²⁰ témoignent particulièrement du caractère incontournable de l'appréciation judiciaire des conditions de nécessité et de proportion, puisqu'elles sont expressément requises. D'aucuns relèvent, néanmoins, que les faits justificatifs spéciaux ne semblent pas subordonnés à cette double exigence et que, partant, ils relèvent davantage d'une condition négative de l'infraction²⁴²¹. A titre d'illustration, il est expliqué que « *le réalisateur d'un film, à la recherche d'un acteur pour un rôle masculin, qui refuserait de recruter une femme, échapperait à la répression du délit de discrimination en application de l'article 225-3, 3°, sans devoir démontrer, en outre, que son refus était nécessaire et proportionné au but poursuivi* »²⁴²². L'analyse fut pourtant contredite par la loi du 27 mai 2008 intégrant à cette disposition, les critères prétoriens de la justification²⁴²³. L'incrimination n'est donc pas applicable « *aux discriminations fondées, en matière d'embauche, sur le sexe, l'âge ou l'apparence physique, lorsqu'un tel motif constitue une exigence professionnelle essentielle et déterminante et pour autant que l'objectif soit légitime et l'exigence proportionnée* »²⁴²⁴. Il reste vrai que les circonstances justificatives conçues spécialement pour une infraction déterminée, contiennent une appréciation abstraite de la nécessité et de proportionnalité, semblant réduire d'autant la marge d'appréciation du juge. Mais, quelle que soit le degré de précision légale, l'appréciation judiciaire concrète de l'acte au regard de l'ensemble des circonstances de fait demeure irremplaçable. Aussi ne peut-on pas souscrire à l'analyse selon laquelle, en supprimant l'exception de motif légitime de l'incrimination de discrimination, « *Le législateur a supprimé cette faculté laissée jusqu'alors aux juges d'apprécier la légitimité du motif invoqué par l'employeur. Le juge n'a plus désormais de marge d'appréciation, ce qui est conforme au principe de légalité criminelle et seules des autorisations légales précises permettent une discrimination* »²⁴²⁵. D'ailleurs, le Code du travail autorise l'employeur à effectuer des différences de traitement fondées sur une inaptitude due à l'état de santé ou au handicap, dans la mesure où elles sont objectives,

²⁴¹⁹ Voir C. pén., art. 122-5.

²⁴²⁰ Voir C. pén., art. 122-7.

²⁴²¹ ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 110.

²⁴²² *Ibid.*

²⁴²³ Loi n° 2008-496, art. 7.

²⁴²⁴ *Ibid.*

²⁴²⁵ WESTER-OUISSE V., « Travail », *J-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 60, 2008.

nécessaires et appropriées²⁴²⁶. Sont également autorisées les différences de traitement fondées sur l'âge si elles sont « *objectivement et raisonnablement justifiées par un but légitime* »²⁴²⁷. Cette formule qualifiée de « *motif légitime* » par la doctrine, est même considérée comme offrant une trop grande marge de manœuvre au juge²⁴²⁸. On ne saurait dire que cette exception « *laisse la porte ouverte à de réelles discriminations* »²⁴²⁹, car le contrôle de nécessité et de proportionnalité qu'elle sous-tend nécessairement se présentent comme une garantie de la conformité au droit de la discrimination.

496. La nécessité et la proportion comme principes généraux de la justification.

Aussi précises que soient les circonstances justificatives décrites par les textes, elles ne suffisent pas à établir la conformité au droit d'une infraction. Le contrôle de nécessité et de proportion de l'acte, au regard du contexte global de sa réalisation en est la meilleure garantie. Le législateur a saisi le caractère impératif d'une appréciation concrète de l'utilité sociale de l'acte, puisqu'il entérine progressivement cette double exigence jurisprudentielle. C'est dire si les principes généraux de la justification s'appliquent dans le silence de la loi.

2) L'appréciation de la nécessité et de la proportion sans mention textuelle

497. Les principes d'une justification *ultra legem*²⁴³⁰. En cas de silence textuel, comme en matière d'autorisation faite aux citoyens d'appréhender l'auteur d'une infraction flagrante²⁴³¹, la jurisprudence précise, que « *l'usage de la force, à cette fin, doit être nécessaire et proportionnée aux conditions de l'arrestation* »²⁴³². Il en va de même de l'autorisation faite aux gendarmes de recourir à la force armée, pour immobiliser un automobiliste récalcitrant²⁴³³ qui n'opère que « *si cet usage était absolument nécessaire en l'état des circonstances de l'espèce* »²⁴³⁴. Quant à l'exigence de proportion qui manifeste si

²⁴²⁶ Voir C. trav., art. L. 1133-3, où il est à tort question d'absence de discrimination alors qu'elle est constituée mais légitime.

²⁴²⁷ Voir C. trav., art. L. 1133-2.

²⁴²⁸ WESTER-OUISSE V., préc.; Voir aussi LANGLOIS P., « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ? », *Dr. soc.* 2006. 155.

²⁴²⁹ WESTER-OUISSE V., préc.

²⁴³⁰ Voir pour cette expression, LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 580.

²⁴³¹ Voir CPP, art. 73.

²⁴³² Crim., 13 avril 2005, *Bull. crim.*, n° 131 ; 28 mars 2006, *D.* 2006. 2721, note CHAVENT-LECLERE A.-S.

²⁴³³ En vertu de l'article 174 du décret du 20 mai 1993.

²⁴³⁴ Crim., 18 fév. 2003, *D.* 2003. 1317, note DEFFERRARD F. et DURTETTE V. ; *Dr. pén.* 2003, *chron.* n° 22, « Carton jaune pour les bleus ! » ; Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.*, 2004, n° 77.

bien la balance des intérêts en cause, la jurisprudence l'impose très largement²⁴³⁵. Elle n'a, du reste, pas attendu la consécration légale de l'état de nécessité pour lui appliquer²⁴³⁶. Cette condition invariable de proportionnalité se retrouve de manière plus implicite s'agissant du fait justificatif de bonne foi en matière de diffamation. L'exonération de responsabilité est ainsi subordonnée à la prudence, à l'objectivité des propos ainsi qu'à l'absence d'animosité personnelle du diffamateur²⁴³⁷, ce qui paraît pour le moins redondant. Mais, la condition prétorienne de « *but légitime* » est rapportée de manière objective à l'absence d'« *intérêt social de la démarche* » justifiant l'assertion diffamatoire²⁴³⁸. Les exigences de nécessité et de proportion de l'atteinte, au regard de la valeur préservée, transcenderaient, de la sorte, l'ensemble des autorisations comme le cœur même du mécanisme de justification²⁴³⁹.

498. La soumission de la loi aux principes généraux de la justification.

L'appréciation judiciaire semble plus ou moins facilitée selon le degré de précision des faits justificatifs prévus par la loi. Elle reste, cependant, irremplaçable, tant il est vrai que le juge est le seul à pouvoir ajuster les textes à l'infinie variété des circonstances. Non seulement l'appréciation concrète de l'utilité sociale de l'acte complète celle opérée par le législateur mais elle peut s'y substituer lorsqu'il déroge aux exigences de nécessité de proportionnalité gouvernant la justification.

§ 2 : Le rejet des dérogations spéciales aux règles générales de la justification

499. Inapplicabilité des exceptions à la justification d'actes légitimes. En principe, les dispositions spéciales, en matière de justification, sont plus favorables que les dispositions générales. Les faits justificatifs spéciaux se rapportent, généralement, à des qualifications de faible gravité, peu susceptibles d'être justifiées par des faits justificatifs généraux, tels que la légitime défense. Or, les circonstances à même de justifier un délit ou

²⁴³⁵ Voir pour davantage d'illustrations ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, op. cit., n° 127.

²⁴³⁶ Voir Crim., 25 juin 1958, *Lesage*, D. 1958, *jurispr.* p. 693, note M.R.M.P. ; JCP 1959. II. 10941, note LARGUIER J. ; RSC 1959, obs. LEGAL A.

²⁴³⁷ AUVRET P., *J.-Cl. Communication*, « Diffamation », fasc. 3130, 2008, n° 176 et s. ; DREYER E., « Presse », *J.-Cl. Pénal Annexes*, Fasc. 90, n° 120 et s. ; DE LAMY B., *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ 2000, n° 321 ; CONTE P., « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *Mél. CHAVANNE A.*, Litec 1990, p. 49.

²⁴³⁸ AUVRET P., *préc.*, n° 190 et s.

²⁴³⁹ Voir HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, Th. Paris XII, 1991, n°63, 270 et s. ; ROUJOU DE BOUBEE G., « Essai d'une théorie générale de la justification », *Ann. Fac. Toulouse*, 1982, p. 11 et s., *spéc.* p. 23 et 24. ; MASCALA C., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4, « Faits justificatifs – Ordre de la loi », 2002, n° 14.

une contravention sont nécessairement moins exceptionnelles que celles qui sont aptes à légitimer un crime. Autrement dit, moins les valeurs en cause sont essentielles, plus elles auront à céder face à la sauvegarde d'autres valeurs en conflit. Il existe, cependant, des domaines particulièrement dérogatoires de la répression où la loi tente de contourner la balance traditionnelle des valeurs en cause, par des dispositions particulièrement défavorables. Le juge a, alors, le devoir de les interpréter conformément aux principes généraux de la justification, au risque de soumettre à la répression des comportements socialement utiles. Face à des dispositions contraires aux règles générales de la justification (A), le pouvoir judiciaire peut procéder à une extension *contra legem* de la justification (B), dès lors qu'elle demeure favorable au prévenu.

A) L'existence de dispositions contraires aux règles générales de la justification

500. Le cas symptomatique du droit pénal des étrangers. Le droit pénal des étrangers recèle de nombreuses exceptions qui s'étendent au mécanisme de justification. En matière d'aide à l'immigration irrégulière, le législateur use de divers procédés afin de contourner les règles de la justification. Il a ainsi établi deux faits justificatifs aux conditions restrictives, sous l'appellation sournoise d'immunités, qui plus est. Ces exceptions, de nature familiale ou médicale, faisant obstacle aux poursuites²⁴⁴⁰ ne sont prévues que pour l'aide au séjour et non pour l'aide à l'entrée. Appliquées à la lettre, ces dispositions ont pu conduire à la condamnation d'un algérien ayant favorisé l'entrée irrégulière de son épouse, mère de deux enfants français²⁴⁴¹. Selon l'opinion émise par un parlementaire, ces immunités ne s'appliqueraient pas non plus à la complicité de séjour irrégulier²⁴⁴², pourtant similaire et moins sévèrement réprimée. Ces immunités ne sont que des hypothèses de justification

²⁴⁴⁰ CESEDA, art. L. 622-4 (« peut donner lieu à des poursuites pénales sur le fondement des articles L. 622-1 à L. 622-3 l'aide au séjour irrégulier d'un étranger lorsqu'elle est le fait : 1° Des ascendants ou descendants de l'étranger, de leur conjoint, des frères et sœurs de l'étranger ou de leur conjoint, sauf si les époux sont séparés de corps, ont un domicile distinct ou ont été autorisés à résider séparément ; 2° Du conjoint de l'étranger, sauf si les époux sont séparés de corps, ont été autorisés à résider séparément ou si la communauté de vie a cessé, ou de la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui ; 3° De toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la (L. n° 2011-672 du 16 juin 2011, art. 93) « sauvegarde de la personne de l'étranger », sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte. (L. n° 2006-911 du 24 juill. 2006, art. 41) « Les exceptions prévues aux 1° et 2° ne s'appliquent pas lorsque l'étranger bénéficiaire de l'aide au séjour irrégulier vit en état de polygamie ou lorsque cet étranger est le conjoint d'une personne polygame résidant en France avec le premier conjoint »).

²⁴⁴¹ TGI Saint-Étienne, 8 janv. 1996, D. 1998, Chron. 154.

²⁴⁴² « Ces immunités familiales ne s'appliquent pas au délit d'aide à l'entrée irrégulière et n'empêchent pas les poursuites au titre de la complicité sur le fondement de l'article 19 de l'ordonnance [art. L. 621-1] » (Rapp. Mariani sur la mise en application de la loi n° 2003-1119 du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration, 9 déc. 2004, AN n° 1962, p. 18.

déguisées. De telles restrictions ont peu de sens, en matière de justification, car les règles spéciales ne font que s'ajouter aux règles générales et n'ont aucunement vocation à y déroger²⁴⁴³. La Commission nationale consultative des droits de l'Homme considère, d'ailleurs, que ces exceptions ne permettent pas de couvrir les actions qu'implique la défense des droits de l'homme et recommande de les étendre à toute aide désintéressée²⁴⁴⁴.

Inversement, certaines infractions sont justifiées si elles sont accomplies à l'encontre d'étrangers. Il existe, en effet, des nombreuses hypothèses de discriminations autorisées lorsqu'elles frappent des étrangers, réguliers ou non. Elles portent, principalement, sur l'accès au travail des étrangers en situation régulière et sur l'accès aux soins des étrangers en situation irrégulière. En l'occurrence, les dérogations aux règles générales de la justification se rapportent non seulement à justification large des infractions commises à l'encontre les étrangers (1), mais aussi à la justification étroite des infractions commises en faveur des étrangers (2).

1) Une justification large des infractions commises à l'encontre des étrangers

501. La discriminations licites dans l'accès au travail des étrangers réguliers.

De nombreux cas de discrimination sont autorisés lorsqu'ils frappent des étrangers en situation régulière. L'accès à certaines professions est, en effet, refusé aux étrangers non ressortissants des Etats membres de l'Union européenne²⁴⁴⁵. Il en va, ainsi, notamment de la profession d'avocat²⁴⁴⁶ et des professions médicales²⁴⁴⁷. Par ailleurs, le Code pénal autorise expressément les « *refus d'embauche fondés sur la nationalité lorsqu'ils résultent de l'application des dispositions statutaires relatives à la fonction publique* »²⁴⁴⁸. Une partie de la doctrine s'interroge sur la licéité réelle des discriminations à l'encontre des étrangers²⁴⁴⁹. Un véritable contrôle de nécessité et de proportionnalité de l'atteinte aboutirait sans doute à des solutions plus nuancées. Les restrictions de l'accès à la fonction publique, considérée

²⁴⁴³ Crim., 12 oct. 2004, *JurisData* n° 2004-025368, *Bull. crim.*, n° 239, *AJ pén.* 2004. 446, obs. COSTE J. ; *D.* 2005. 1526, obs. SEGONDS M. ; *RSC* 2005. 65, obs. FORTIS E.

²⁴⁴⁴ Et, surtout, à celle des associations d'accès aux soins, aux droits et à l'hébergement d'urgence. Elle relève que si les extensions successives sont insuffisantes, elles sont l'aveu que le gouvernement à conscience des risques dont le dispositif est porteur (CNCDDH, Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers, 19 nov. 2009 et *Note sur les cas d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers*, 6 janv. 2011 : www.cncdh.fr.)

²⁴⁴⁵ Voir Loi n° 83-634, 13 juill. 1983, art. 5 et 5 bis.

²⁴⁴⁶ Voir Loi n° 71-1130, 31 déc. 1971, art. 11.

²⁴⁴⁷ Voir C. santé publ., art. L. 4111-1.

²⁴⁴⁸ Voir C. pén., art. 225-3. 5°.

²⁴⁴⁹ Voir LOCHAK D., « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.* 1990. 76 ; et du même auteur « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987. 778.

comme un attribut de la citoyenneté, se défendent davantage que celles relatives aux professions libérales de la santé ou du droit. Le principe d'interprétation stricte s'oppose, toutefois, à ce que le pouvoir judiciaire élude des dispositions favorables à l'auteur de l'infraction, même lorsqu'elles desservent les victimes.

502. La discriminations licites dans l'accès aux soins des étrangers irréguliers.

La loi autorise des discriminations en matière d'accès aux soins des étrangers. L'affiliation à l'assurance maladie est accordée uniquement aux étrangers résidant régulièrement en France. Les étrangers en situation irrégulière relèvent de l'aide médicale d'Etat, s'ils résident sur le territoire depuis plus de trois mois, dans le cas contraire, aucune couverture maladie n'est accordée. En l'état du droit positif, seuls les traitements différentiels dans l'accès aux soins vitaux, englobant les soins des mineurs²⁴⁵⁰, représentent des discriminations illégitimes, au regard des droits fondamentaux²⁴⁵¹. Le Conseil Constitutionnel considère, en effet, que la distinction est légitime en raison de la différence de situation administrative et de la nécessaire protection de l'intérêt général, tant que les droits fondamentaux sont respectés²⁴⁵². Ce point d'équilibre, souvent contesté, entre droits fondamentaux et intérêt général est pour le moins contingent²⁴⁵³. D'une part, cet équilibre est tributaire des conditions de la régularisation administrative et de l'effectivité des droits des demandeurs, s'agissant notamment des possibilités de recours²⁴⁵⁴. Or, le Conseil a réitéré sa solution en dépit du durcissement de la législation²⁴⁵⁵. D'autre part, dans les pays voisins qui partagent le même objectif de maîtrise des flux migratoires, les droits aux soins des étrangers en situation irrégulière sont accordés plus largement. Par exemple, l'Allemagne et le Danemark accordent l'accès aux soins urgents, l'Espagne et le Portugal ouvrent l'accès à tous les soins, dès lors que la personne est domiciliée dans le pays, tout comme la Belgique, en cas d'absence de

²⁴⁵⁰ Code de l'action soc. et des fam., art. L. 254-1.

²⁴⁵¹ CARDE E., « 'On ne laisse mourir personne'. Les discriminations dans l'accès aux soins ». *Travailler* 2006. 57.

²⁴⁵² Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, JO 18 août 1993, p. 11722.

²⁴⁵³ CARDE E., « Les discriminations selon l'origine dans l'accès aux soins », *Rev. Santé Publ.* 2007. 99 ; DAUGAREILH I., « L'audace retenue du Comité européen des droits sociaux », *Rev. de Dr. San. et Soc.* 2005. 55 ; ALFANDARI E., « Introduction au dossier 'Immigration et protection sociale' », *Rev. de Dr. San. et Soc.* 1990. 5 ; GUIRAUDON V., « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive 'race' ». *Sociétés Contemporaines* 2004. 11 ; GUILLAUMIN C., *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Gallimard, 2002.

²⁴⁵⁴ Voir, sur les obstacles à la régularisation, REIX M., « L'aide au séjour irrégulier : un délit d'exception(s) », in *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice, Cujas, n° 2, 2012 (à paraître).

²⁴⁵⁵ Cons. const., 29 décembre 2003, cité par CARDE E., « Les restrictions apportées au droit aux soins des étrangers sont-elles discriminatoires ? La loi et l'illégitime », *Rev. Santé Publ.* 2009. 331, consultable en ligne : www.cairn.info/revue-sante-publique-2009-3-page-331.htm.

revenus²⁴⁵⁶. En outre, dans certaines collectivités départementales françaises, il n'y a aucune aide médicale pour les étrangers en situation irrégulière, ni pour les personnes dépourvues d'état-civil²⁴⁵⁷. Ainsi, à Mayotte, seuls les soins urgents sont accordés mais ils ne recouvrent pas ceux délivrés aux mineurs étrangers²⁴⁵⁸. Là encore, les juges ne peuvent déclarer ces refus illégitimes puisqu'ils sont autorisés par la loi. Seule la légitimité des textes peut être contestée, au regard notamment des conventions internationales, ratifiées par la France, qui proclament le droit de tous aux soins médicaux, sans considération de la régularité administrative du séjour²⁴⁵⁹.

503. Des dérogations injustifiées aux règles de pondération des valeurs. Non seulement les infractions telles que les discriminations sont plus largement autorisées à l'encontre des migrants réguliers ou irréguliers, mais la justification des infractions commises en faveur de ces derniers est étroitement confinée. La différence majeure entre ces deux hypothèses dérogatoires de justification tient au fait que le juge peut étendre favorablement les restrictions légales, mais non l'inverse.

2) Une justification étroite des infractions commises en faveur des étrangers

504. Le motif familial restrictif de l'aide au séjour irrégulier. Les textes font état d'une « immunité » familiale pour la soustraire au critère de proportionnalité, mais la jurisprudence ne s'y trompe pas, qui procède à la balance des valeurs en cause. Initialement, la loi du 22 juillet 1996 relative à la répression du terrorisme n'accordait le bénéfice de l'immunité familiale qu'aux ascendants, descendants ou au conjoint. Dans sa décision du 16 juillet 1996, le Conseil constitutionnel avait considéré que l'exclusion des frères et sœurs et du concubin de l'étranger ne violait pas le principe d'égalité ; le législateur avait dûment concilié « *la prise en compte à titre humanitaire de situations juridiquement protégées et sa volonté de ne pas favoriser l'immigration clandestine* »²⁴⁶⁰. Rivée sur une

²⁴⁵⁶ Voir *L'accès des étrangers en situation irrégulière au système de santé*, in *Les documents de travail du Sénat*, série « législation comparée », n° LC 160, 2006 ; *Enquête européenne sur l'accès aux soins des personnes en situation irrégulière*, Observatoire européen de l'Accès aux soins de Médecins du Monde, 2007.

²⁴⁵⁷ CARDE E., « Les restrictions apportées au droit aux soins des étrangers sont-elles discriminatoires ? La loi et l'illégitime », *Rev. Santé Publique* 2009. 331 : www.cairn.info/revue-sante-publique-2009-3-page-331.htm.

²⁴⁵⁸ *Ibid.*

²⁴⁵⁹ Voir particulièrement la Déclaration universelle des Droits de l'Homme de l'ONU, la Convention n° 118 de l'OIT, la Charte sociale du Conseil de l'Europe, citées par CARDE E., « Les restrictions apportées au droit aux soins des étrangers sont-elles discriminatoires ? La loi et l'illégitime », préc. n° 18.

²⁴⁶⁰ Cons. const. 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, JO 23 juil., 1996, D. 1997. 69 et 1998. 147, JCP G 1996. II. 22709.

interprétation littérale, la chambre criminelle devait, par la suite, refuser le bénéfice de l'immunité à des collatéraux, en considérant qu'à supposer que l'article 8 de la Convention européenne soit applicable, il autorise toute ingérence « *nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique ou à la défense de l'ordre public* ». Elle y voyait également une conciliation de « *la lutte contre l'immigration clandestine et (du) droit au respect de la vie familiale* »²⁴⁶¹, alors que la famille d'un terroriste était plus largement protégée²⁴⁶². Plus soucieux de la cohérence globale des textes, des juges du fond firent primer le respect de la vie familiale sur des considérations purement administratives. Ils avaient, ainsi, étendu l'immunité au concubinage présentant toutes les caractéristiques concrètes de l'engagement matrimonial et s'inscrivant dans un véritable projet familial, estimant qu'en cas contraire, il y aurait atteinte à la liberté de fonder une famille²⁴⁶³.

505. Le motif médical restrictif de l'aide au séjour irrégulier. La loi dite « RESEDA » du 11 mai 1998, en même temps qu'elle prévoyait la circonstance aggravante de bande organisée, avait prévu l'exemption de peines pour les personnes morales, associations ou fondations dont la liste devait être fixée par décret²⁴⁶⁴. Le Conseil constitutionnel a, néanmoins, censuré cette disposition, en ce qu'elle soumettait l'application de la loi pénale à des décisions administratives²⁴⁶⁵. Au lieu de reprendre le « *motif légitime à caractère humanitaire* » dit encore « *clause humanitaire* »²⁴⁶⁶ que préconisait la directive de 2002, la loi du 26 novembre 2003 s'est contentée d'un état de nécessité « *au rabais* », sous l'appellation sournoise d'immunité²⁴⁶⁷. Elle prévoyait, fort maladroitement, l'exclusion des poursuites « *de toute personne physique ou morale, lorsque l'acte reproché était, face à un danger actuel ou imminent, nécessaire à la sauvegarde de la vie ou de l'intégrité physique de l'étranger, sauf s'il y a disproportion entre les moyens employés et la gravité de la menace ou s'il a donné lieu à une contrepartie directe ou indirecte* »²⁴⁶⁸. Or, l'exigence d'une menace physique ou vitale pour l'étranger est bien plus étroite que celle de l'article 122-7 du Code pénal qui recouvre non seulement le danger physique ou moral dirigé contre la personne

²⁴⁶¹ Crim. 16 oct. 1996, *Bull. crim.*, n° 366, *Dr. pén.* 1997, comm. 8, note ROBERT J.-H.

²⁴⁶² Voir, pour l'exception tirée du lien familial en cas de recel de criminels ou terroristes, C. pén., art. 434.

²⁴⁶³ Versailles, 7 nov. 1996, *GP* 1997. I. Somm. 241.

²⁴⁶⁴ Voir REIX M., « L'aide au séjour irrégulier : un délit d'exception(s) », préc.

²⁴⁶⁵ Au regard du principe de légalité, il ne revient pas au ministre de l'Intérieur d'apprécier la vocation humanitaire des associations (Cons. const., 5 mai 1998, n° 98-399 DC, *AJDA* 1998. 534 ; *ibid.* 489, note SCHOETTL J.-E. ; D. 1999. 209, note MARCUZOT ; *ibid.* 2000. 59, obs. PENA-GAÑA ; *RFDA* 1998. 620, note PICARD E. ; *ibid.* 1254, note GOESEL-LE BIHAN V. ; *RDSS* 1998. 863, obs. ALFANDARI E.

²⁴⁶⁶ Voir pour ces expressions SEGONDS M., « *Étrangers* », *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 40, 2007, n° 44.

²⁴⁶⁷ Voir REIX M., « L'aide au séjour irrégulier : un délit d'exception(s) », préc.

²⁴⁶⁸ CESEDA, art. L. 622-4.

d'autrui mais aussi le danger dirigé contre le bien d'autrui. De surcroît, la partie poursuivante est admise à démontrer, au-delà de la disproportion de l'acte, son absence de gratuité. Ce critère avait, pourtant, été évincé de l'incrimination, contrairement aux prescriptions de la directive, proposant de restreindre son champ d'application à l'aide lucrative. L'absence de gratuité réapparaît, de manière contournée, pour exclure le bénéfice d'une justification dérogatoire. Non seulement l'existence d'une contrepartie indirecte ne compromet pas nécessairement l'utilité sociale de l'acte, mais elle est beaucoup plus large que le « *but lucratif* » envisagé par le droit de l'Union européenne. En tout état de cause, c'est l'appréciation judiciaire des circonstances concrètes de chaque espèce qui permettra de distinguer l'acceptation d'un geste de gratitude de l'étranger aidé et l'exploitation de la misère humaine. Sous la pression d'organismes humanitaires, l'ancien Ministre de l'immigration a, tout de même, proposé d'améliorer cette immunité qui pouvait « *paraître rédigée de manière trop restrictive* », en y ajoutant clairement l'ensemble des agents des services médico-sociaux²⁴⁶⁹. La loi, dite « Besson », s'est cependant borner à supprimer la référence à la vie ou à l'intégrité physique pour conserver la « *sauvegarde de la personne de l'étranger* »²⁴⁷⁰, de sorte que l'immunité humanitaire ne se limite plus à une intervention médicale, selon les travaux préparatoires²⁴⁷¹.

506. L'interprétation *in favorem* de la justification légale. Si certaines hypothèses légales de justification des infractions réalisées contre des étrangers apparaissent trop larges, les juges ne peuvent les restreindre, sans contester au préalable la légitimité des textes. Ils peuvent, en revanche, étendre favorablement les restrictions dérogatoires aux règles de la justification, en matière d'aide à l'immigration, notamment.

B) Le pouvoir de procéder à une extension *contra legem* de la justification

507. Une reconnaissance à géométrie variable de l'interprétation *contra legem*. La possibilité de procéder à une interprétation *contra legem* de la justification demeure étroitement limité à son caractère favorable. Lorsque la justification est trop large, les juges sont tenus de contrôler la légitimité des textes. Ils ne peuvent les interpréter défavorablement,

²⁴⁶⁹ Lors de la réunion du 17 juillet 2009, avec les associations d'aide aux étrangers en situation irrégulière (BIGET C., « Propositions relatives au 'délit de solidarité' », *AJDA* 2009. 1406).

²⁴⁷⁰ Loi du 16 juin 2011, n° 2011-672, *JO* 17 juin 2011, relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité.

²⁴⁷¹ TURPIN D., « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité: de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *RCDI* 2011. 499.

mais ils peuvent contester la balance des valeurs opérées par le législateur. C'est ainsi que le Conseil d'Etat a, récemment, transmis une question prioritaire de constitutionnalité²⁴⁷² portant sur la conformité au principe d'égalité²⁴⁷³ de l'autorisation d'actes de cruauté envers les animaux, commis selon des pratiques tauromachiques de tradition locale ininterrompue²⁴⁷⁴. Le Conseil constitutionnel a déclaré cette exception conforme à la Constitution²⁴⁷⁵. Ce conflit de valeur peut être mis en perspective, *mutatis mutandis*, avec celui que vient de résoudre une juridiction allemande, considérant que la tradition religieuse ne justifie pas la mutilation du prépuce d'un enfant²⁴⁷⁶. L'appréciation judiciaire est plus libre, on le voit, en l'absence de texte d'autorisation spécialement favorable. Le juge conserve un pouvoir d'interprétation *contra legem* restreint aux dérogations défavorables. Ainsi, les justifications légales atrophiées, en matière d'immigration, n'ont pas résisté au contrôle de la Cour européenne et du Conseil d'Etat. Si la jurisprudence européenne a reconnu, non sans embarras et contradictions, le pouvoir d'appréciation concrète du juge en matière de liberté familiale (1), le Conseil d'Etat s'est montré plus explicite à l'égard de la libre appréciation de l'état de nécessité (2).

1) Un pouvoir implicitement reconnu par la Cour européenne

508. La reconnaissance de l'appréciation concrète du lien familial. En dépit d'une relative extension du domaine de l'immunité familiale, elle ne protège toujours pas la famille du conjoint de l'étranger, alors que le lien familial est d'appréciation concrète. En raison des lacunes persistantes du texte, les condamnations pour des faits de solidarité familiale se sont poursuivies. C'est ainsi que la Cour européenne eut à se prononcer sur la condamnation d'un français qui, vivant avec sa fille enceinte et souffrante, avait continué

²⁴⁷² Voir CE, 1^{ère} et 6^{ème} SSR, 20 juin 2012, n° 357798, *QPC (Inédit)*. De la réponse constitutionnelle dépendait l'annulation de la décision ministérielle d'inscription de la corrida au patrimoine immatériel de la France, en application de l'article 12 de la Convention de l'UNESCO pour la sauvegarde du patrimoine culturel immatériel.

²⁴⁷³ Voir l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789.

²⁴⁷⁴ Voir C. pén., art. 521-1.

²⁴⁷⁵ Voir Cons. Const., 21 sept. 2012, n° 2012-271 *QPC*, où il considère que « l'exclusion de responsabilité pénale instituée par les dispositions contestées n'est applicable que dans les parties du territoire national où l'existence d'une telle tradition ininterrompue est établie et pour les seuls actes qui relèvent de cette tradition ; que, par suite, la différence de traitement instaurée par le législateur entre agissements de même nature accomplis dans des zones géographiques différentes est en rapport direct avec l'objet de la loi qui l'établit ; qu'en outre, s'il appartient aux juridictions compétentes d'apprécier les situations de fait répondant à la tradition locale ininterrompue, cette notion, qui ne revêt pas un caractère équivoque, est suffisamment précise pour garantir contre le risque d'arbitraire »

²⁴⁷⁶ TGI Cologne (*Landgericht, Köln*), 7 mai 2012, *Wa.* 151 Ns 169/11 (décision en allemand), *FERCOT C.*, « Circoncision pour motifs religieux : le prépuce de la discorde », in *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 13 juill. 2012 (commentaire avec extraits en français : <http://revdh.org>).

d'héberger son gendre après l'expiration de son visa touristique²⁴⁷⁷. Sur dénonciation anonyme, le domicile familial avait été perquisitionné, le requérant placé en garde à vue, puis reconnu coupable mais dispensé de peine, au regard du caractère désintéressé de l'aide et de l'acceptation de la demande de regroupement familial. La Cour européenne a, d'abord, refusé de suivre l'analyse du gouvernement français, en constatant « *l'existence d'un lien familial entre le requérant et son gendre* », par une appréciation concrète des liens personnels qualifiés d'étroits²⁴⁷⁸. Si la Cour considère expressément que le lien familial est une question de fait, elle se borne, ensuite, de manière tout à fait « *positiviste* » selon l'opinion dissidente²⁴⁷⁹, à constater l'existence d'un *mécanisme d'impunité légale [...] prévu pour les membres de la famille les plus proches* » qui ne couvre toutefois pas le « *lien familial* » qui unit un beau-père à son gendre, et que les juges français « *ne pouvaient que statuer dans le sens de la responsabilité pénale du requérant* ». Au lieu de conclure à l'incohérence des restrictions formelles conduisant à protéger le gendre de l'étranger mais pas son beau-père, elle relève favorablement le prononcé « *d'une dispense de peine* », ménageant le « *respect de sa vie familiale* »²⁴⁸⁰. Les juges européens n'ont pas été jusqu'au bout de leur raisonnement en tolérant la condamnation pour entraide familiale du fait des restrictions formelles. La dispense de peine, sur laquelle ils fondent leur solution ambiguë, trahit cependant un certain embarras et le refus implicite de la répression des membres de la famille de fait. En tout état de cause, l'opinion dissidente faisait valoir que « *l'ingérence en l'espèce était totalement disproportionnée et qu'il n'a pas été établi qu'elle fût nécessaire dans une société démocratique* »²⁴⁸¹. Enfin, la doctrine déplore les divergences entre les sections de la Cour, en matière de droit des étrangers, et appelle de ses vœux une intervention de la Grande chambre afin de rétablir une certaine cohérence²⁴⁸².

²⁴⁷⁷ CEDH 10 nov. 2011, *Mallah c/ France*, req. n° 29681/08, *Dalloz actu.*, 21 nov. 2011, obs. LAVRIC S.

²⁴⁷⁸ La notion de famille « *peut englober d'autres liens 'familiaux' de facto, lorsque les parties cohabitent en dehors de tout lien marital* » (V. § 31).

²⁴⁷⁹ V., pour l'opinion dissidente de la juge Power-Forde, GRAND R. « *Le délit d'aide au séjour irrégulier des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme* », *AJDA* 2011. 2205.

²⁴⁸⁰ § 40.

²⁴⁸¹ « *On peut en effet se demander en quoi il y avait un 'besoin social impérieux' d'arrêter, d'incarcérer, de poursuivre et de condamner le requérant comme un criminel. Quel danger ou risque avait-il fait courir à la société en permettant à son gendre de rester sous son toit alors que l'épouse de celui-ci, sa fille, connaissait une grossesse difficile et qu'une demande de regroupement familial avait été adressée aux autorités et était en cours d'examen* ». (*AJDA* 2011. 2205).

²⁴⁸² HERVIEU N., « *Délit de solidarité : entre occasion et acte manqués, une décision européenne à la cohérence douteuse (CEDH, 5e Sect. 10 novembre 2011, *Mallah c. France*)* », in *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 11 nov. 2011 : *combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr*.

509. L'audace contrastante du Conseil d'Etat. Si la jurisprudence européenne reste assez obscure et contradictoire dans le domaine controversé de la pénalisation de l'immigration, le Conseil d'Etat a clairement reconnu au juge le pouvoir de passer outre les critères légaux dans l'appréciation de la nécessité de l'infraction.

2) Un pouvoir explicitement reconnu par le Conseil d'Etat

510. La consécration d'un état de nécessité *ultra legem*. La rédaction alambiquée de l'immunité dite médicale avait nécessité la rédaction, en 2009, de deux circulaires recommandant aux parquets d'éviter d'entraver l'action des associations humanitaires et de ne pas faire obstacle à une assistance véritable, non « *dévoyée en un soutien actif à la clandestinité* ». Censées rassurer les associations, ces circulaires ont, pourtant, été contestées devant le Conseil d'Etat. Sans procéder à leur annulation, il précise, dans l'arrêt *GISTI* du 19 juillet 2010, que l'immunité ne se trouve pas cantonnée aux membres d'association, qu'elle n'écarte pas l'article 122-7 du Code pénal et réciproquement qu'elle n'est pas restreinte aux critères de l'état de nécessité²⁴⁸³. Cela signifie, d'une part, que l'état de nécessité demeure applicable, conformément à la jurisprudence judiciaire. Des juges du fond ont, en effet, relaxé sur ce fondement la femme qui avait recueilli à son domicile un mineur afghan affaibli par le voyage, dépourvu d'attache familiale, de domicile, de protection et de ressource, parce qu'il se trouvait dans une situation où sa santé, sa sécurité, son éducation, sa moralité étaient gravement compromises et que la prévenue avait accompli un acte nécessaire à la sauvegarde du jeune mineur²⁴⁸⁴. Globalement la jurisprudence tend à se détacher des immunités spéciales dont la portée est finalement nulle, au profit des règles générales de la justification. D'autre part, le Conseil d'Etat a, plus largement, considéré que même l'hypothèse générale de l'état de nécessité ne saurait restreindre la justification, ce qui permet aux juges d'apprécier librement l'utilité sociale de l'acte au regard des valeurs en cause.

511. La nécessaire appréciation concrète des circonstances justificatives. En définitive, le législateur est dans l'incapacité de prédéterminer l'ensemble des circonstances justificatives de chaque infraction. Même les faits justificatifs généraux sont porteurs de conditions insuffisamment adaptés aux infractions de faible gravité. Seule l'exception de

²⁴⁸³ Voir CE 19 juill. 2010, *GISTI*, n° 334878, *RFDA* 2010. 1068 ; 15 janv. 2010, *GISTI*, n° 334879, *AJDA* 2010. 68.

²⁴⁸⁴ TGI Foix, 8 sept. 2009, n° 713-2009 : www.gisti.org.

motif légitime est assez large pour rétablir la licéité matérielle des faits, mais la loi la cantonne à un domaine dérogatoire de la répression. Pour discutable que soit cette logique, le législateur ne parvient même pas à la mener à son terme, puisqu'il est dans l'impossibilité de recenser l'ensemble des infractions-obstacle pouvant prétendre à la même réserve. A titre d'illustration, la présomption d'illicéité fondant la répression de l'aide au séjour irrégulier est sujette à caution, puisque « *ses dispositions trop générales et sans nuances sont incompatibles avec le respect des droits de l'homme* »²⁴⁸⁵. A en croire la logique législative, elle aurait mérité, eu égard à sa faible densité matérielle et axiologique, d'être assortie de l'exception de motif légitime. Défiant toute cohérence, le législateur s'est contenté d'affubler cette incrimination douteuse, d'immunités restreintes qui réussissent le double exploit d'être insuffisantes et inutiles, au regard des règles générales de la justification. Le Gouvernement a pris acte de ces errances par la rédaction d'un projet de loi, transmis au Sénat le 28 septembre 2012²⁴⁸⁶, proposant d'étendre les exceptions à toute aide désintéressée, visant à assurer des conditions de vie dignes et décentes, ainsi qu'à toute entraide familiale²⁴⁸⁷. La jurisprudence n'a, pourtant, pas attendu cette intervention tardive pour étendre, par touches successives, les exceptions légales. Non seulement les dispositions abstraites de la loi sont insusceptibles de contrevenir à la justification des actes socialement utiles mais, même lorsqu'elles sont très larges, elles ne peuvent se substituer à l'invariable appréciation concrète du juge.

²⁴⁸⁵ Selon l'opinion dissidente de la juge POWER-FORDE, préc.

²⁴⁸⁶ *Projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 28 septembre 2012 (procédure accélérée), n° 789 : www.senat.fr.

²⁴⁸⁷ L'article 8 étend l'immunité familiale à la famille du conjoint de l'étranger et crée une nouvelle immunité spécifique au délit d'aide à l'entrée et au séjour irréguliers pour « *toute personne physique ou de toute personne morale sans but lucratif portant assistance aux étrangers et leur fournissant des prestations de restauration, d'hébergement ou de conseils juridiques, lorsque l'aide désintéressée que cette personne physique ou morale peut apporter dans ce cadre n'a d'autre objectif que d'assurer des conditions de vie dignes et décentes à la personne de nationalité étrangère en situation irrégulière* ».

Section 2 : La libre détermination judiciaire des circonstances légitimes

512. La nécessité d'un standard comme vecteur de la licéité réelle. Les autres branches du droit semblent plus réceptives que le droit pénal aux motifs légitimes librement dégagés par le juge. Aussi, la jurisprudence civile a-t-elle pu affirmer que les expertises biologiques étaient « *de droit en matière de filiation sauf s'il existe un motif légitime de ne pas les ordonner* »²⁴⁸⁸. Leur révélation intempestive par le juge répressif serait plus discutable, dans une matière gouvernée par le principe de légalité criminelle²⁴⁸⁹. Si la responsabilité pénale ne peut être engagée sans texte, il en va différemment de l'irresponsabilité pénale. En tant que standard juridique, le motif légitime ne doit donc pas être envisagé comme une opposition aux règles rigides mais comme un auxiliaire, « *garant de son application de bon sens, opportune et efficace* »²⁴⁹⁰. Or, le droit pénal est un droit de garanties qui requiert la vérification concrète de l'adéquation du moyen répressif à sa finalité de protection des valeurs. Le standard permet précisément d'ajuster les moyens et les fins de la loi²⁴⁹¹, en tenant compte « *de nécessités factuelles gommées dans la règle juridique* » qui ne s'encombre pas des contingences matérielles de chaque espèce²⁴⁹². Le juge répressif a le devoir de justifier toute infraction dont les circonstances permettent d'établir l'utilité sociale concrète, au regard des valeurs en cause. La jurisprudence a, ainsi, entrepris l'extension progressive de l'exception de motif légitime, en l'absence de mention expresse. L'adaptabilité de la technique standard à toute infraction que ne permettent pas les règles rigides (§1), explique son extension progressive à tout type d'infraction (§2).

§ 1 : L'adaptabilité du standard de motif légitime à toute infraction

513. Un standard général de licéité réelle comme renfort de la légalité. En droit pénal, moins qu'ailleurs, le juge ne peut « se fonder sur un simple critère de légalité en faisant

²⁴⁸⁸ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103, *D.* 2000. 731, note GARE, *D.* 2001. Somm. 976, obs. GRANET, *ibid.* 1427, obs. GAUMONT-PRAT, *ibid.* 2868, obs. DESNOYER, *JCP* 2000. II. 10409, concl. PETIT, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX, *Defrénois* 2000. 769, note MASSIP, *Dr. fam.* 2000, n° 72, note MURAT, *RJPF* 2000-5/38, note HAUSER, *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE, *ibid.* 27 nov. 2000, note DABURON, *RTD civ.* 2000. 304, obs. HAUSER.

²⁴⁸⁹ Voir DELMAS-MARTY M., « Les standards en droit pénal », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988-4. 1020 et s.

²⁴⁹⁰ BOURSIER M.-E., *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, coll. *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, volume 23, 2003, n° 41.

²⁴⁹¹ Voir MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Th. Paris II, 1997, n° 66.

²⁴⁹² BOURSIER M.-E., *op. cit.*, n° 46.

abstraction des préoccupations du caractère juste, raisonnable ou équitable de sa décision »²⁴⁹³. En vérifiant au regard du contexte concret de l'infraction, la présomption de contrariété au droit qui fonde la répression, le juge renforce l'autorité de la loi. ROUBIER faisait, ainsi, valoir que les « Règles souples et qualitatives » étaient davantage conformes à l'équité, en donnant « une plus large satisfaction aux besoins de la justice ». Il a, cependant, dû reconnaître que « cet avantage se paie, comme toujours, car il est acquis au prix de la sécurité juridique »²⁴⁹⁴. L'appréciation de la licéité réelle des actes répond, pourtant, à des critères stables, progressivement dégagés par la jurisprudence. La technique du standard n'est donc pas sans garantir une certaine prévisibilité des solutions. Non seulement, la souplesse du motif légitime lui permet de s'ajuster à la diversité des infractions et de leurs circonstances, mais elle offre un socle irréductible de garanties pour le justiciable. Si l'indétermination du standard de motif légitime apparaît nécessaire en matière de justification (A), elle est aussi relative (B), ce qui permet de concilier des impératifs apparemment contradictoires de la répression pénale.

A) L'indétermination nécessaire du standard de motif légitime

514. La nécessité d'un standard de la justification. Si le juge ne peut empiéter sur la détermination abstraite de l'illicite, l'appréciation concrète de l'illicéité se présente comme garantie supplémentaire de la répression. Il ne s'agit pas de concurrencer de législateur sur son terrain, puisque la singularité de chaque espèce lui échappe fatalement. Les règles rigides et souples se complètent puisqu'elles ont des domaines distincts²⁴⁹⁵, les premières relèvent des « *normes primaires* », les secondes des « *normes secondaires* » qui n'ont pas la même force impérative²⁴⁹⁶. En ce qu'il opère sur l'exonération de la responsabilité, le motif légitime semble tout à fait compatible avec le principe de légalité attaché à la détermination des infractions. HAURIOU expliquait même que le standard était moins une règle de droit qu'un « *moyen d'administration de la règle de droit* »²⁴⁹⁷. De ce point de vue, le motif légitime apparaît comme complémentaire du principe de légalité criminelle. Le recours à un standard de la justification est d'autant plus nécessaire qu'il est compatible avec le principe de légalité (1) et qu'il se présente même comme une garantie complémentaire (2).

²⁴⁹³ PERELMAN C., *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 1979.

²⁴⁹⁴ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1951, n° 12, p. 110.

²⁴⁹⁵ Voir sur ce point STATI M.-O., *Le standard juridique*, Th. Paris, 1927, n° 81.

²⁴⁹⁶ Voir MORVAN P., *Le principe de droit privé*, op. cit., n° 66.

²⁴⁹⁷ HAURIOU M., « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926. 265, spéc. p. 269.

1) La compatibilité du standard de justification avec le principe de légalité

515. Le principe de légalité comme garantie attachée à l'incrimination. Le recours à la technique du standard en droit pénal ne va pas sans susciter certaines craintes. Des auteurs font valoir que si la réserve des motifs légitimes n'est pas inconnue des magistrats « *ils n'en sont pas moins laissés à leur libre appréciation ce qui ne peut totalement satisfaire dans une matière dominée par le principe de la légalité criminelle* »²⁴⁹⁸. Or, il a été démontré par une partie de la doctrine que le champ d'application du principe de légalité des délits et des peines pouvait être limité à l'élaboration de l'incrimination sans que sa finalité n'ait à en souffrir²⁴⁹⁹. En tant que garant des libertés individuelles, ce principe s'oppose à toute répression en l'absence d'avertissement préalable et « *n'a donc pas à jouer contre les intérêts de la personne poursuivie* »²⁵⁰⁰. Si l'on considère que le principe ne s'applique pas aux causes d'exonération, les libertés individuelles ne s'en trouvent pas menacées, puisqu'elles permettent au prévenu d'échapper à sa responsabilité²⁵⁰¹. L'analyse formelle procède d'un « *contresens* »²⁵⁰², en sorte que « *l'analogie in favorem autorise le juge à étendre les causes d'atténuation et d'exclusion de la responsabilité* »²⁵⁰³.

516. La libre appréciation judiciaire des causes d'irresponsabilité. La libre appréciation des causes de justification dont use le juge avec parcimonie est séculaire. L'édifice prétorien entériné par le Code pénal de 1992 s'étoffe, progressivement. La jurisprudence ne s'est pas bornée à la création de l'état de nécessité²⁵⁰⁴ ni à l'extension du domaine de la légitime défense²⁵⁰⁵. La jurisprudence a clairement affirmé qu'« *il n'est pas interdit au juge d'interpréter largement les dispositions d'un texte favorable au prévenu* »,

²⁴⁹⁸ ROBERT A.-G., « Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », *RSC* 2009. 882.

²⁴⁹⁹ Voir MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, *Th. Bordeaux IV*, 1999, n° 11.

²⁵⁰⁰ RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 2^{ème} éd. 2006, n° 317.

²⁵⁰¹ Voir MALABAT V., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁰² DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2^{ème} éd. 2012, n° 1131.

²⁵⁰³ *Ibid.* Voir aussi CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 128 ; PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, 3^{ème} éd. 2008, n° 76.

²⁵⁰⁴ Voir, sur les dispositions éparses qui pouvaient s'analyser comme une référence implicite à un principe général, CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 268 ; ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, n° 124.

²⁵⁰⁵ Voir, pour une illustration de l'extension de son domaine en matière de violences contraventionnelles, Crim., 20 nov 1956, *Bull. crim.* n° 761.

pour admettre la justification fondée sur les droits de la défense²⁵⁰⁶. D'ailleurs, en matière de causes d'irresponsabilité subjective, telles que l'erreur ou la contrainte, les juges ont eu recours à la technique du standard moyen de comportement, pour vérifier que l'infraction était objectivement évitable au regard des circonstances concrètes²⁵⁰⁷. De la même manière, l'irresponsabilité objective requiert la vérification concrète de l'absence de motif légitime. La différence réside seulement dans la nature de l'appréciation menée qui varie selon qu'elle porte sur la contrariété au droit du comportement ou sur les possibilités de l'auteur d'agir autrement. Il s'agira tantôt d'un jugement de valeur quant à l'objet du reproche, tantôt d'un jugement de réalité quant à l'attribution du reproche.

517. La vérification concrète de l'illicéité matérielle comme garantie supplémentaire. D'une part, le principe de légalité criminelle est cantonné à l'incrimination et ne peut régenter les causes d'irresponsabilité liées aux circonstances de chaque espèce. D'autre part et réciproquement, l'exonération de la responsabilité n'empiète pas sur la qualification de l'infraction qui demeure acquise. Par conséquent, la vérification concrète de l'absence de motif légitime apparaît comme une garantie complémentaire de la légitimité de la répression.

2) La complémentarité du standard de justification et du principe de légalité

518. La résolution d'un conflit de valeurs et non de normes. Même à admettre que le principe de légalité soit essentiellement relatif à l'incrimination, on peut encore objecter que l'exception générique de motif légitime viendrait empiéter sur cette dernière. Il est vrai qu'en tant que représentant de la souveraineté populaire, le législateur est le seul à pouvoir déterminer abstraitement le seuil de la répression pénale. Les réticences à l'endroit d'un standard de justification s'expliquent, alors, par le monopole dont il dispose dans la création des infractions pénales. Le parallélisme des formes exigerait qu'il revienne à la loi l'exclusive compétence de neutralisation des qualifications qu'elle seule peut créer²⁵⁰⁸. Or, il a été précédemment montré que la conception de la justification en termes de neutralisation de « l'élément légal »²⁵⁰⁹ était imputable à l'ancrage positiviste de la théorie française de

²⁵⁰⁶ TGI Paris, 2 oct. 1998, *JCP* 1998. II. 10189, note DERIEUX.

²⁵⁰⁷ Cf. *supra* n° 215 et s.

²⁵⁰⁸ Voir, pour cette explication, notamment DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2^{ème} éd. 2012, n° 1131; RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵⁰⁹ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 44.

l'infraction²⁵¹⁰. Si la justification se résume à un conflit de normes, le législateur est bien « *le seul à pouvoir suspendre l'application* » de l'incrimination²⁵¹¹. Appréhendée en tant que mode de résolution des conflits de valeurs²⁵¹², le mécanisme justificatif ne s'oppose pas à la qualification pénale des faits. Au contraire, il requiert la constitution de l'infraction comme préalable. Cette dernière emporte une présomption de responsabilité et inverse la charge de la preuve de l'innocence. Lorsque le juge relève l'existence de circonstances légitimes, la présomption d'illicéité réelle attachée à l'infraction est renversée et la responsabilité pénale perd son fondement. Le motif légitime apparaît, alors, comme une vérification *a posteriori* du bien-fondé de l'engagement de la responsabilité pénale. Il ne s'agit en aucun cas de concurrencer le législateur, puisqu'il ne peut procéder à cette vérification concrète.

519. La complémentarité des appréciations abstraite et concrète de l'illicéité.

Reconnaissant la nécessité des « *règles rigides et quantitatives* », ROUBIER admettait qu'il fallait « *que les aspects assez vagues et peu saisissables de la matière sociale vivante soient ramenés à la simplicité, quelque peu mécanique, de toute discipline juridique* »²⁵¹³. Il expliquait, néanmoins, que sans un recours complémentaire aux « *règles souples et qualitatives* », « *on risque simplement que les moyens n'écrasent la fin* »²⁵¹⁴. En effet, l'interdiction pénale n'est pas une fin en soi, mais un moyen de protection des valeurs essentielles. Elle doit être appliquée conformément à cette finalité de protection. Or, le législateur ne peut régler *a priori* tous les conflits de valeurs possibles et imaginables. Son appréciation abstraite de l'illicéité requiert, le relais de l'appréciation concrète du juge. La tendance à l'adoption de règles d'une grande adaptabilité « *se comprend d'autant mieux que le juge, à la différence du législateur, n'aborde pas l'élaboration de la règle vis-à-vis de tout un ensemble de situations ou d'hypothèses, mais seulement vis-à-vis d'un cas déterminé* »²⁵¹⁵. Le standard de motif légitime offre au juge une plus grande prise sur le réel qui lui permettra de vérifier *a posteriori* l'absence d'utilité sociale concrète de l'acte. La vérification de l'illicéité réelle de l'infraction, fondée sur l'allégation de circonstances mettant en péril des

²⁵¹⁰ Cf. *supra* n° 259.

²⁵¹¹ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *op. cit.*, *loc. cit.* Voir aussi DREYER E., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁵¹² Voir, pour cette conception de la justification, notamment DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Th. Lyon III, 2006, n° 124.

²⁵¹³ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1951, n° 12, p. 107 ; Voir aussi GENY F., *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921, n° 196, p. 1953 ; JHERING (DE) R., *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 3^{ème} éd. I, Paris, 1886, p. 51 et s.

²⁵¹⁴ ROUBIER P., *op. cit.*, n° 12, p. 109.

²⁵¹⁵ *Ibid.*, p. 111.

valeurs plus importantes ne compromet pas l'autorité de loi. Elle la renforce, au contraire, en privant d'effet les qualifications pénales de faits qui conduiraient à la répression de comportements socialement utiles, au regard de circonstances exceptionnelles. L'individualisation des solutions représente un progrès *« parce que la justice doit être concrète et tenir compte des mille circonstances particulières du cas »*²⁵¹⁶.

520. L'indétermination protectrice du motif légitime. L'appréciation judiciaire concrète de l'illicéité de l'acte est une garantie complémentaire de l'appréciation légale abstraite. Elle est l'assurance que la norme d'incrimination ne produira ses effets que conformément à sa finalité de protection des valeurs. Si la souplesse de l'exception de motif légitime est nécessaire et compatible avec le principe de légalité criminelle, elle ne semble pas présenter toutes les garanties des règles dites rigides. A l'analyse, il apparaît cependant que l'indétermination du motif légitime est toute relative. Le recours à un standard de la justification n'est pas, en effet, sans offrir des critères stables et prévisibles.

B) L'indétermination relative du standard de motif légitime

521. Les garanties offertes par le motif légitime en tant que standard juridique. Le principe de légalité criminelle, protecteur du citoyen, commande que la délimitation entre le permis et l'interdit apparaisse clairement. En dépit des objections que l'on peut formuler à l'encontre de l'immixtion d'un standard dans le jeu de la responsabilité pénale, il faut bien reconnaître que l'insécurité n'est pas seulement l'affaire du standard, elle est le propre de toute règle, même rigide. En outre, le juge reste lié à la finalité des infractions qui se présente comme une limite à sa liberté d'appréciation. Cette finalité de protection des valeurs guide le juge dans l'élaboration progressive des critères objectifs d'appréciation de la légitimité des atteintes. Il existe, par conséquent, de sérieux tempéraments aux critiques de l'imprévisibilité d'un standard de la justification. D'une part, les objections tenant à l'insécurité du motif légitime comparé aux règles rigides doivent être relativisées (1) et d'autre part, cette notion souple se précise progressivement (2).

²⁵¹⁶ *Ibid.*, p. 112.

1) La relativité des objections liées à l'insécurité juridique

522. La rigidité illusoire des normes légales de justification. La sécurité des règles classiques est toute relative, même en matière d'incrimination. On assiste, depuis longtemps, à l'adaptation des textes anachroniques et surannés, aux nouveaux besoins économiques et sociaux²⁵¹⁷ comme en matière de vol d'électricité. Les commentateurs savent pertinemment à quel point la terminologie législative est approximative et combien elle impose de rechercher la volonté de législateur. Les notions paraissant les plus simples sont peut-être celles qui ont causé les plus vifs errements. La plus simple « chose » est encore pétrie d'incertitudes relatives à sa potentielle immatérialité et l'on ignore toujours où commence et où s'arrête la personne humaine, l'« autrui »²⁵¹⁸. Le principe d'interprétation stricte s'est détaché, depuis fort longtemps, de l'interprétation littérale « *inexacte et stérilisante* »²⁵¹⁹, en ce qu'elle postule la perfection de la loi. Il est, par ailleurs, vain de chercher une disposition pénale d'importance qui n'ait été enrichie, appauvrie ou annoncée par la jurisprudence²⁵²⁰.

Or, le rôle de la jurisprudence est encore plus déterminant, s'agissant de l'interprétation de dispositions favorables à la personne poursuivie. Toute la théorie de la justification a, ainsi, été bâtie par la jurisprudence criminelle à partir de textes étroits. Le législateur, en hommage au travail du juge, a entériné cette œuvre, dans le Code pénal de 1992. Les faits justificatifs légaux qui semblent les plus précis ne dispensent pas de l'appréciation judiciaire. En matière de dissimulation du visage lors de manifestations, par exemple, il est fait expressément réserve du motif légitime et des « *manifestations conformes aux usages locaux* »²⁵²¹. Bien que cette dernière exception semble mieux balisée que celle de motif légitime, « *c'est au juge que reviendra la tâche de déterminer si telle pratique peut être qualifiée d'usage local* »²⁵²² et par là-même, déclarée conforme au droit. Tout en apparaissant plus précise que le motif légitime, cette exception n'en est qu'une illustration qui n'échappe pas à la balance judiciaire des valeurs en cause. La difficulté est, par conséquent, semblable. Les juges devront apprécier

²⁵¹⁷ Voir, sur la sécurité illusoire des règles dites rigides, STATI M.-O., *Le standard juridique*, Th. Paris, 1927, n° 62.

²⁵¹⁸ Sur l'absence de définition légale et souvent jurisprudentielle des termes, voir STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux, 2009.

²⁵¹⁹ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 1997.

²⁵²⁰ Voir, pour ce constat déjà ancien, CRUET J., *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908, p. 62.

²⁵²¹ Cf. *supra* n° 417.

²⁵²² ROBERT A.-G., « Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », *RSC* 2009. 882.

l'existence et le caractère ininterrompu de la tradition en cause, ainsi que les circonstances, les lieux et les personnes auxquels elle s'applique²⁵²³. Cet examen lui permettra de vérifier si les circonstances justifient ou non, la création d'un risque abstrait pour l'ordre public.

523. La contingence des normes légales de justification. On a vu, précédemment, que le standard de motif légitime pouvait apparaître de manière transitoire au sein des incriminations. C'est ainsi que cette exception générique a été remplacée, en matière de discrimination, par une liste d'exceptions précises qui ne cessent de se multiplier. En tentant d'entériner ou de devancer les solutions jurisprudentielles, la loi devient tout aussi mouvante, sans jamais pouvoir prétendre à l'exhaustivité. La fréquence des interventions législatives au gré des événements médiatiques et des évolutions réelles ou supposées de l'opinion publique, accentue les incertitudes dans les domaines sensibles de la répression. Le double mouvement contradictoire d'extension, puis de restriction de la justification légale de l'aide au séjour irrégulier illustre parfaitement cette contingence. L'émoi suscité par certaines condamnations, notamment pour des faits d'hébergement par un interne en médecine de sa concubine et future épouse enceinte²⁵²⁴ ou encore d'une belle-mère malade²⁵²⁵, avaient d'abord conduit à l'extension du champ de la justification. La loi du 11 mai 1998 avait accordé l'immunité familiale au conjoint des ascendants ou descendants de l'étranger, aux frères et sœurs de l'étranger et à leur conjoint, ainsi qu'à la personne qui vit notoirement en situation maritale avec lui²⁵²⁶. Toutefois, la loi du 26 novembre 2003 relative à la maîtrise de l'immigration est, ensuite, venue exclure l'immunité des conjoints en cas de séparation. En outre, La loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, a également écarté l'immunité, en cas de polygamie imposée ou même subie par l'étranger bénéficiaire de l'aide²⁵²⁷. Enfin, un projet de loi a été présenté au Sénat, le 28 septembre 2012²⁵²⁸, qui propose cette fois d'étendre l'immunité familiale aux membres de la famille du conjoint de l'étranger²⁵²⁹. Bien

²⁵²³ *Ibid.*

²⁵²⁴ Pau 27 avril 1994, cité par C. SAAS, « Les aspects pénaux du droit au logement des étrangers en situation irrégulière ou précaire » *AJDI* 2010. 623.

²⁵²⁵ Metz 4 oct. 1989, n° 046737, *AJDI* 2010. 623.

²⁵²⁶ Voir Loi n° 98-34911 mai 1998 relative à l'entrée et au séjour des étrangers en France et au droit d'asile.

²⁵²⁷ Loi n° 2006-911, 24 juill. 2006, art. 41.

²⁵²⁸ *Projet de loi relatif à la retenue pour vérification du droit au séjour et modifiant le délit d'aide au séjour irrégulier pour en exclure les actions humanitaires et désintéressées*, Enregistré à la Présidence du Sénat le 28 septembre 2012 (procédure accélérée), n° 789 : www.senat.fr.

²⁵²⁹ L'article 8 explique qu'actuellement « les membres de la famille du conjoint ne sont pas visés, ce qui conduit à des situations paradoxales : un beau-père peut être aidé par son gendre (puisque'il est le conjoint de sa descendante) mais un gendre ne peut être aidé par son beau-père, dès lors que les ascendants du conjoint ne sont pas mentionnés. De même, une personne peut, sans être poursuivie, aider la sœur de son conjoint, mais pas le conjoint de sa sœur. Le projet de loi rationalise donc le champ des immunités familiales ».

que les modifications favorables ne soient pas soumises au principe de non-rétroactivité de la loi pénale, il n'en reste pas moins que la rigueur du droit positif a pu dissuader des personnes de venir en aide à des clandestins en état de vulnérabilité.

524. La sécurité équivalente des règles souples et rigides de justification. Au regard de la contingence de nombreux faits justificatifs légaux et de leur nécessaire adaptation à chaque espèce, la sécurité des règles rigides semble bien illusoire. Il paraît clair que la justification n'encourt guère plus le grief d'insécurité juridique par la technique du standard que par une technique plus classique. Au demeurant, le standard justificatif n'est pas sans recéler des critères stables d'application, tirés de sa finalité et qui s'affinent progressivement.

2) La précision progressive du standard de motif légitime

525. L'émergence de critères stables de la légitimité de l'acte. Le motif légitime répond bien aux traits caractéristiques du standard qui impliquent, en premier lieu, une appréciation relevant de l'équité²⁵³⁰. Il ne semble pas exiger « *de connaissances juridiques précises et strictement appliquées, mais plutôt du sens commun et de l'intuition des choses* »²⁵³¹. De prime abord, il peut paraître aisé, en effet, de reconnaître une raison légitime. Cette indétermination du motif légitime suscite, pourtant, les craintes de la doctrine, faisant valoir que « *Sans doute aussi le bon sens suffira-t-il en pratique à éviter tout excès dans la répression, mais le bon sens reste empreint de subjectivité et la subjectivité peut malheureusement parfois confiner à l'arbitraire* »²⁵³². Dans un souci de prévisibilité, mieux vaut sans doute des notions larges et accessibles à tous, que des énumérations complexes, lacunaires et contingentes. On a vu, à cet égard, que certains faits justificatifs trop précis, heurtent le bon sens, en ce qu'ils ne recouvrent pas suffisamment l'entraide familiale, ni l'aide humanitaire. La notion de légitime défense des intérêts supérieurs à ceux sacrifiés que sous-tend le motif légitime, reste d'une appréhension simple, accessible au sens commun. ROUBIER considérait, d'ailleurs, que l'arbitraire n'était pas à craindre car les juges « *introduisent peu à peu des sous-directives plus précises* »²⁵³³, éclairant les contours du standard. A force d'applications, les standards juridiques se précisent progressivement. En

²⁵³⁰ STATI M.-O., *Le standard juridique*, Th. Paris, 1927, p. 43.

²⁵³¹ *Ibid.*

²⁵³² ROBERT A.-G., « Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », *RSC* 2009. 882.

²⁵³³ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1951, n° 12, p. 113.

cherchant des données concrètes d'application, le juge finit par dégager des critères stables et objectifs²⁵³⁴. C'est ainsi que la jurisprudence criminelle a pu considérer que le motif légitime relevait des « *circonstances de la cause* »²⁵³⁵. Cela revient à réajuster l'appréciation de l'acte infractionnel en fonction de son contexte objectif de réalisation. La légitimité du motif invoqué renvoie à un jugement de valeur sur l'utilité sociale concrète de la transgression. La finalité justificative de ce standard guide les juges et finit par se scinder en « *sous-directives* », grâce à toute une série d'éléments de fait servant à sa caractérisation. La jurisprudence a, de cette manière, dégagé les critères de nécessité et de proportionnalité de l'acte permettant de vérifier l'illicéité réelle fondant la répression. Ces critères ont ensuite été étendus, même en l'absence de mention expresse, à toute forme de justification, spéciale ou générale, légale ou prétorienne²⁵³⁶. Il n'en a pas été différemment, en matière d'irresponsabilité subjective où la conduite du bon père de famille a été déterminée comme « *raisonnable, prudente, diligente* »²⁵³⁷. La vérification de la possibilité d'éviter l'acte illicite a permis d'établir les modalités d'un jugement de réalité sur l'anormalité du comportement. Il ressort de la jurisprudence que l'imputation morale de l'infraction suppose d'attribuer au standard toutes les qualités positives et négatives de l'auteur, à l'exclusion de ses infériorités intellectuelles ou psychiques. Avec l'essor récent de l'exception de motif légitime, il y a fort à parier que la notion se précisera davantage.

526. L'autolimitation du pouvoir judiciaire. Les critères progressivement dégagés par la jurisprudence, à force d'être mentionnés dans les motivations judiciaires, finissent par lier les juges²⁵³⁸. Avec le temps, les solutions deviennent plus prévisibles car le juge a lui-même besoin d'être guidé dans l'examen des cas. Le juge est un élément plus conservateur qu'il n'y paraît, il a lui-même besoin de la prévisibilité des solutions et il demeure soumis au contrôle unificateur de la Cour de cassation²⁵³⁹. Il en ressort une certaine autolimitation du pouvoir judiciaire. Il n'y a guère eu, du reste, de solution très fantaisiste dans la reconnaissance de faits justificatifs. La jurisprudence tend à apprécier strictement les critères de nécessité et de proportionnalité. Aussi est-ce souvent le législateur qui exhorte le juge à prendre la pleine mesure de son office, comme l'atteste la création de l'exception légale de « *motif légitime* ». Même lorsque l'exception est souple, la jurisprudence reste

²⁵³⁴ Voir STATI M.-O., *Le standard juridique*, Th. Paris, 1927, n° 74 et s.

²⁵³⁵ Crim., 1er août 1878, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 1879. I. 390, *S.* 1878. I. 484.

²⁵³⁶ Cf. *supra* n° 494.

²⁵³⁷ STATI M.-O., *Le standard juridique*, Th. Paris, 1927, p. 43.

²⁵³⁸ *Ibid.*, n° 76.

²⁵³⁹ *Ibid.*, n° 71 et n° 72.

mesurée. A titre d'exemples, la tranquillité de la clientèle d'un restaurant ne constitue pas un motif légitime de refus de recevoir un client atteint d'un glaucome, ne portant pas de lunettes²⁵⁴⁰, pas plus que la préférence des passagers pour le personnel féminin ne justifie le refus d'embaucher un homme à un poste d'hôtesse de l'air²⁵⁴¹. Le motif légitime de transport d'armes, n'est pas suffisamment établi par le fait d'avoir tenté de les vendre lors d'une bourse aux armes²⁵⁴². Enfin, le respect de prétendues normes de sécurité n'est pas un motif légitime de refus de recevoir à bord d'un avion une personne handicapée²⁵⁴³. Dans ces hypothèses, les circonstances objectives relèvent d'intérêts inférieurs à ceux protégés par les textes. L'autolimitation du pouvoir judiciaire est flagrante en matière de motif légitime. La jurisprudence s'est montrée plutôt rétive à la caractérisation de ceux-ci. En deux siècles d'existence, il y a eu bien plus de décisions de rejet que d'admission de ce fait justificatif.

527. Des garanties permettant la généralisation du motif légitime. Si les dispositions répressives sont soumises au principe de légalité criminelle qui protège le justiciable, il n'a vocation à gouverner les causes d'irresponsabilité, favorables au prévenu. Leur libre détermination s'analyse, précisément, comme une garantie complémentaire de la légitimité de la répression. La nature souple du motif légitime, permettant de s'ajuster à chaque infraction, est, à cet égard, en adéquation avec la vérification concrète de l'illicéité réelle des faits. L'indétermination du motif légitime n'est, cependant, ni totale, ni insurmontable. La technique du standard recèle des procédés objectifs d'appréciation de la légitimité des faits, guidés par le respect des valeurs protégées par le droit pénal. La finalité justificative du motif légitime a permis à la jurisprudence de lui appliquer les critères de nécessité et proportionnalité progressivement dégagés. La stabilité des conditions d'application de la justification rend le motif légitime compatible avec l'exigence de prévisibilité de la répression. Il relève, en somme, d'une « *méthode transactionnelle de réalisation du droit* »²⁵⁴⁴ qui concilie rigidité et souplesse, le droit ne pouvant suivre parfaitement ces deux préceptes simultanément. La souplesse du motif légitime, exigée par la dimension concrète de la justification, s'impose d'autant plus qu'elle n'est pas sans présenter des garanties de sécurité juridique qui n'ont rien à envier aux règles dites rigides. La

²⁵⁴⁰ Voir TGI Nantes, 1^{er} mars 1990, *Dr. pén.* 1991. 47.

²⁵⁴¹ Voir TGI Morlaix, 20 janv 1984, *Gaz. Pal.* 1984. I. 121, note DOUCET.

²⁵⁴² Voir Crim., 5 oct. 2011, n° 10-83676 (*inédit*).

²⁵⁴³ Voir Paris, 19 sept. 1994, *JCP* 1995. II. 22511, note MOINE.

²⁵⁴⁴ STATI M. O., *op. cit.*, n° 80.

jurisprudence a donc entrepris son extension, progressive et mesurée, à l'ensemble des infractions.

§ 2 : L'extension du standard de motif légitime à toute infraction

528. Une extension prudente et progressive du domaine du motif légitime. La généralisation de l'exception de motif légitime est à l'image de l'évolution des autres faits justificatifs qui n'en sont, au fond, que des illustrations. Il existait avant la consécration prétorienne de l'état de nécessité ou des droits de la défense, quelques dispositions éparses de portée limitée²⁵⁴⁵. L'ancien Code pénal contenait, en effet, un certain nombre de références spéciales à la nécessité, dans des infractions de faible gravité²⁵⁴⁶. A l'instar de la réserve de motif légitime, elles consistaient à mentionner au sein de l'incrimination que le comportement décrit devait avoir été commis « *sans nécessité* »²⁵⁴⁷. Il en allait ainsi des délits et contraventions d'embarras de la voie publique²⁵⁴⁸, de mauvais traitements envers les animaux domestiques²⁵⁴⁹, de leur destruction²⁵⁵⁰ ou encore des sévices graves et cruels à leur rencontre²⁵⁵¹. Ces références à la nécessité n'avaient certes qu'une portée strictement limitée aux dispositions dans lesquelles elles figuraient²⁵⁵². La jurisprudence les a pourtant généralisé progressivement²⁵⁵³, comme elle le fait désormais pour réserve de motif légitime. La souplesse de cette exception a permis son extension à des infractions similaires à celles choisies par le législateur, comme à des infractions plus graves. Le juge est parfois réticent à contenir la répression dans de justes proportions, qui attend souvent l'impulsion d'exceptions légales pour les étendre, dans le respect de leur essence justificative. La création législative de faits justificatifs spéciaux nommés ou innommés témoigne de ce que la justification n'est pas figée et qu'elle peut encore s'étendre. L'inconvénient majeur de ces interventions réside dans leur caractère lacunaire qui rend indispensable le relai de l'appréciation judiciaire. Rétive à toute consécration *ex nihilo*, la jurisprudence criminelle œuvre prudemment pour la cohérence du droit positif. Réciproquement mais vainement, la loi intègre les évolutions

²⁵⁴⁵ Voir CAPDEPON Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th. Bordeaux, 2011, n° 698.

²⁵⁴⁶ Ces dispositions figurent aujourd'hui dans les articles 521-1 (exception de nécessité par la réserve de tradition locale ininterrompue), R. 654-1 et R. 655-1 du Code pénal.

²⁵⁴⁷ Voir DANTI-JUAN M., « *Etat de nécessité* », *Rép. pén.*, Dalloz, mars 2010, n° 20.

²⁵⁴⁸ Voir anc. C. pén., art. R. 38-11°.

²⁵⁴⁹ Voir anc. C. pén., art. R. 38-12°.

²⁵⁵⁰ Voir anc. C. pén., art. R. 40-9°.

²⁵⁵¹ Voir anc. C. pén., art. 453.

²⁵⁵² Voir MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 1997, n° 441.

²⁵⁵³ Voir, pour la justification d'une construction sans permis, fondée sur la nécessité de fournir un logement décent à ses enfants, T. corr. Colmar, 27 avril 1956, *JCP* 1957. II. 10041, note AUSSEL J.-M.

jurisprudentielles en gage de son approbation. Rivée sur la volonté du législateur, la jurisprudence a d'abord étendu le motif légitime à des infractions dérogatoires au droit commun (A) pour l'étendre, ensuite et de manière plus cohérente, à tout type d'infraction (B).

A) L'extension du motif légitime à des infractions dérogatoires

529. L'extension du motif légitime aux infractions voisines de celles choisies par la loi. La jurisprudence s'est d'abord laissée séduire par la logique du cantonnement de l'exception souple de motif légitime aux infractions particulièrement répressives. Dans l'incapacité de répertorier les innombrables infractions préventives, le législateur a nécessairement oublié des infractions d'omission ou de détention éloignées de l'atteinte redoutée. La jurisprudence a donc procédé par analogie dans un souci de cohérence du domaine d'application de ce fait justificatif apparemment spécial. Afin de pallier les lacunes de la loi, les juges ont entrepris l'extension du domaine du motif légitime aux infractions présentant les mêmes caractéristiques que celles choisies par le législateur, à commencer par les infractions d'omission. Les extensions du champ du motif légitime aux délits de non-représentation d'enfant (1) et d'entrave aux droits collectifs des salariés (2) en témoignent particulièrement.

1) L'extension du motif légitime à la non-représentation d'enfant

530. Les réticences à l'extension du motif légitime aux infractions voisines. La jurisprudence s'est, d'abord, montrée réticente à l'application du motif légitime aux infractions voisines de celles choisies par le législateur. La chambre criminelle avait, en effet, refusé d'étendre le motif légitime du refus de vente à la prohibition des ventes subordonnées²⁵⁵⁴. Elle a, ainsi, relevé que « *l'arrêt constate à l'égard d'un consommateur une subordination de la prestation d'un service à celle d'un autre service, infraction à laquelle demeure étranger le motif légitime* »²⁵⁵⁵. Cette interprétation littérale ne manque pas de surprendre, tant il est vrai que cette infraction semble encore plus artificielle que celle de refus de vente. En tout état de cause, cette question ne présente plus guère d'intérêt puisque l'interdiction des ventes liées est proscrite par le droit de l'Union, selon la Cour de Justice. Elle a affirmé que, sauf exceptions telles que les pratiques déloyales, les normes étatiques ne

²⁵⁵⁴ Voir C. cons., art. L. 121-35 et L. 122-1.

²⁵⁵⁵ Crim., 12 fév. 1990, *Bull. crim.* n° 71.

peuvent interdire les offres conjointes faites par un vendeur à un consommateur²⁵⁵⁶. Comme de nombreuses infractions éligibles à l'exception spéciale de motif légitime, cette infraction n'est pas en conformité avec les normes supranationales et devrait être écartée²⁵⁵⁷.

531. L'évolution jurisprudentielle progressive. Le délit de non-représentation d'enfant²⁵⁵⁸ ne comporte pas la réserve expresse de motif légitime, contrairement à l'infraction voisine de soustraction aux obligations parentales au point de compromettre l'intérêt de l'enfant²⁵⁵⁹. La jurisprudence affirme, néanmoins, de manière récurrente qu'un tel refus est punissable sauf motif légitime. Ainsi, une Cour d'appel a pu considérer que la prévenue qui avait « *toute possibilité de saisir à nouveau le juge d'une demande de suspension des droits du père* », ne justifiait d'aucun « *motif légitime susceptible de l'exonérer de ses obligations* ». La décision est justifiée selon la chambre criminelle car « *en l'absence de tout danger menaçant la personne ou la santé de ses enfants, le comportement de la prévenue ne répond à aucun état de nécessité* »²⁵⁶⁰. Il est vrai que la Cour de cassation se fonde sur l'état de nécessité pour rejeter le pourvoi, mais dans un arrêt ultérieur, elle n'y fait plus référence. Une Cour d'appel admettait, alors, que l'infraction était constituée dès lors que la prévenue avait « *sans motif légitime, refusé de remettre l'enfant à son père* » et que « *selon une jurisprudence bien établie, la résistance de la mineure ne saurait constituer (...) un fait justificatif* » et qu'il s'agissait « *de prétextes insusceptibles en tout état de cause de l'exonérer de sa responsabilité pénale* ». La Cour de cassation devait encore rejeter le pourvoi fondé, cette fois, sur la violation de l'article 227-5 du Code pénal²⁵⁶¹. Ce visa correspond à la logique législative qui laisse apparaître, à tort, les motifs légitimes comme des éléments constitutifs négatifs de l'infraction.

532. L'extension du motif légitime aux délits-obstacle. Les extensions prétoriennes du domaine du motif légitime sont assez peu audacieuses. La jurisprudence semble fixée sur les critères législatifs de sélection des infractions à motif légitime, c'est-à-dire des infractions de faible densité matérielle et axiologique. Il s'agit principalement d'infractions d'omission éloignées d'une atteinte concrète à la valeur protégée. L'extension

²⁵⁵⁶ Voir CJCE 23 avr. 2009, *D.* 2009. *AJ.* 1273, obs. PETIT.

²⁵⁵⁷ Cf. *supra* n° 467.

²⁵⁵⁸ Voir C. pén., art. 227-5.

²⁵⁵⁹ Voir C. pén., art. 227-17.

²⁵⁶⁰ Crim., 2 mai 2002, n° 01-86553 (*inédit*).

²⁵⁶¹ Crim., 26 mars 2003, n° 02-85498 (*inédit titré*).

du motif légitime au délit particulièrement flou d'entrave aux institutions représentatives du personnel en est une bonne illustration.

2) L'extension du motif légitime à l'entrave aux droits collectifs des salariés

533. Un délit-obstacle proche des infractions à motif légitime. Il s'agit d'une « *infraction éclatée* »²⁵⁶² du Code du travail qui se subdivise en plusieurs incriminations pour chaque institution représentative, renvoyant toutes « *notamment* » à la violation par l'employeur d'une grande diversité d'obligations protégeant les droits collectifs des salariés²⁵⁶³. La chambre criminelle a dégagé, de manière récurrente et expresse, la justification par le motif légitime, qu'elle retient dans de rares hypothèses. Cette exception est souvent expliquée par la complexité et les « *contours flous* » d'une incrimination qualifiée de « *labyrinthe* »²⁵⁶⁴. Le délit d'entrave est, en effet, constituée par toute action ou omission faisant directement ou indirectement obstacle à l'exercice du droit syndical ainsi qu'à la mise en place ou au fonctionnement des institutions représentatives du personnel²⁵⁶⁵. L'entrave peut donc viser directement l'institution représentative ou l'exercice du droit syndical, mais peut aussi fragiliser indirectement la situation salariale d'un représentant d'une institution. En outre, le délit ne résulte pas seulement du non-respect d'une disposition législative, réglementaire ou prétorienne, mais aussi d'une application insuffisante ou détournée de cette obligation²⁵⁶⁶. La jurisprudence répressive réprime, par exemple, le refus voire le manque de diligence dans l'organisation d'élections²⁵⁶⁷, le refus de prendre en charge les frais de déplacement induits par des réunions légales²⁵⁶⁸, la pression indirecte sur le comité d'établissement pour qu'il se désiste d'une action en justice²⁵⁶⁹. Généralement conçue comme une infraction formelle²⁵⁷⁰, l'entrave se rapproche d'un délit-obstacle au regard de l'indifférence de la proximité de l'atteinte concrète aux droits collectifs. La tentative est de

²⁵⁶² CÈURET A. et FORTIS E., *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd. 2008, n° 498.

²⁵⁶³ Voir C. trav., art. L. 481-2 (DS), L. 483-1 (CE), L. 263-2-2 (CHSCT), L. 482-1 (DP), L. 483-1-1 (CG), L. 483-1-2 (CEE), etc...

²⁵⁶⁴ WESTER-OUISSE V., « *Travail-Infractions contre la collectivité des salariés* », *J.-Cl. Pénal des Affaires*, fasc. 40, 2004, n° 3.

²⁵⁶⁵ Voir, pour ces éléments de définition, WESTER-OUISSE V., *op.cit.* ; CÈURET A. et FORTIS E., *op. cit.*, n° 510 et s.

²⁵⁶⁶ Voir en ce sens WESTER-OUISSE V., *op.cit.*, n° 4 et s.

²⁵⁶⁷ Voir Crim., 15 mai 2007, n° 06-86896.

²⁵⁶⁸ Voir Crim., 22 nov. 2005, n° 04-87451, *Dr. pén.* 2006, comm. 14, note ROBERT J.-H.

²⁵⁶⁹ Voir Crim., 11 janv. 2000, n° 99-80229.

²⁵⁷⁰ Voir notamment HENNEBELLE D., « La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailleur », *Dr. soc.* 2001. 935.

surcroît réprimée²⁵⁷¹, ce qui rend le risque incriminé particulièrement abstrait. Si la valeur protégée par l'incrimination semble moins dérisoire que celles protégées par la plupart des infractions à motif légitime, la matérialité est tout aussi dérogoire. En dépit des contours imprécis des entraves, la chambre criminelle a affirmé qu'elles ne méconnaissent pas les exigences conventionnelles tenant à la prévisibilité de la loi pénale²⁵⁷².

534. L'insertion prétorienne constante de la réserve de motif légitime. Bien avant sa consécration légale, la chambre criminelle avait eu recours à l'état de nécessité pour justifier l'employeur n'ayant pas respecté de délai de convocation du comité d'entreprise pour une consultation sur la fermeture de l'établissement, en raison des risques d'accidents du travail engendrés par une grève²⁵⁷³. Depuis lors, il est de jurisprudence constante que, toute mutation de poste non autorisée et contre le gré d'un salarié protégé équivaut à un licenciement irrégulier constitutif d'une entrave « *à moins que l'employeur n'en apporte la pleine justification* »²⁵⁷⁴. Là encore, la Cour de cassation semble s'être inspirée d'une disposition légale relative au harcèlement professionnel permettant à l'employeur de « *prouver que ses agissements ne sont pas constitutifs d'un tel harcèlement et que sa décision est justifiée par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement* »²⁵⁷⁵. De même, les juges posent clairement que « *pour écarter toute responsabilité pénale l'employeur doit rapporter la preuve que la mesure était pleinement justifiée par des considérations étrangères au droit syndical* » et que l'infraction est constituée à défaut de preuve de « *l'incompétence* » ou « *du manque de performance de la partie civile* ». La chambre criminelle souscrit à cette motivation, en considérant que l'infraction d'entrave est constituée en « *l'absence de motif sérieux justifiant la mesure autorisée* »²⁵⁷⁶. Elle a également pu affirmer que « *constitue l'infraction d'entrave le refus, sans motif légitime, (...) de consulter le comité d'établissement sur l'instauration, pour les salariés de cet établissement, d'horaires de travail individualisés* »²⁵⁷⁷ ou encore le refus « *sans motif légitime (...) de communiquer au comité d'entreprise un document (...) nécessaire à l'information de cette institution* »²⁵⁷⁸. Il est vrai

²⁵⁷¹ Voir C. trav., art. L. 263-2-2 (CHSCT), L. 482-1 (DP).

²⁵⁷² Voir Crim., 22 nov. 2005, préc.

²⁵⁷³ Voir Crim., 16 mars 1982, *Sté Meyart (inédit)*.

²⁵⁷⁴ Voir Crim., 30 juin 1987, *RSC* 1988. 329, obs. LYON-CAEN A., 4 janv. 1990, *Bull. crim.* n° 11 févr. 1994, *Bull. crim.* n° 68 ; 6 janv. 2004, *Bull. crim.* n° 4 ; 22 nov. 2005, n° 04-87021, *Dr. pén.* 2006, comm. 14, note ROBERT J.-H.

²⁵⁷⁵ C. trav., art. L. 122-52.

²⁵⁷⁶ Crim., 28 janv. 1997, *Dr. soc.* 1997. 456., note COHEN M., (« Les effets du procès-verbal d'un inspecteur du travail »), où la Cour rattache à tort le motif sérieux à l'intention coupable.

²⁵⁷⁷ Crim., 16 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 164.

²⁵⁷⁸ Voir Crim., 18 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 390, *RJS* 1998. 56, n° 76.

que la jurisprudence n'a de cesse que de ramener le motif légitime à la constitution de l'infraction. Toutefois, la charge de la preuve de cette justification, clairement attribuée au prévenu²⁵⁷⁹, achève de convaincre qu'il s'agit bien d'une cause d'exonération de responsabilité. Il en va de même de la discrimination syndicale du Code du travail²⁵⁸⁰, puisque la Cour de cassation explique maladroitement qu'il incombe à l'employeur qui la conteste, d'établir que la disparité de situation est « *justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination* »²⁵⁸¹.

535. L'émancipation du juge à l'égard d'une logique législative discutable. Ces exemples appellent deux séries de remarques. La première tient au fait que toutes ces infractions sont assez semblables aux infractions à motif légitime, souvent matérialisées par des refus ou abstentions et protégeant des valeurs plutôt secondaires. La seconde se résume à l'idée que la jurisprudence semble souscrire à la logique législative du recours à un fait justificatif dérogatoire pour pallier les excès d'une répression dérogatoire. Or, l'exception de motif légitime ne permet pas de préciser le champ infractionnel des incriminations excessives et doit pouvoir s'appliquer de manière générale et non spéciale. C'est bien ce qui ressort de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, lorsqu'elle considère que l'infliction d'une peine d'emprisonnement ne se justifie pas pour le seul fait d'être en séjour irrégulier « *sans motif justifié* »²⁵⁸². La jurisprudence criminelle a, donc, progressivement pris ses distances avec le cantonnement peu cohérent du champ d'application d'un fait justificatif standard.

B) L'extension du motif légitime à tout type d'infraction

536. Les faits justificatifs *sui generis* comme motifs légitimes prétoriens. La jurisprudence étend progressivement l'exception de motif légitime à tout type d'infraction. Aussi l'infraction classique d'abus de confiance qui suppose une atteinte concrète au droit de propriété, a-t-elle pu être considérée comme résultant de « *l'utilisation par (une association), sans motif légitime, de sa trésorerie à des fins étrangères à son objet* »²⁵⁸³. Au-delà de

²⁵⁷⁹ Voir particulièrement Crim. 25 juin 2002, n° 01-84339 (*inédit*).

²⁵⁸⁰ Voir C. trav., art. L. 412-2.

²⁵⁸¹ Voir notamment Soc., 28 sept. 2004, *Dr. soc.* 2004. 1147, obs. RADE C.

²⁵⁸² CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, D. 2011. 1283, 1400, 1880, *AJDA* 2011. 878, § 62.

²⁵⁸³ Crim., 17 déc. 2008, n° 07-87611, *Bull. crim.* n° 257, *AJ pénal* 2009. 130, obs. Royer, où la Cour ne conteste pas cette définition de l'infraction faisant réserve du motif légitime mais casse l'arrêt d'appel aux motifs que les

l'expression de motif légitime, il est possible de considérer tous les faits justificatifs dits *sui generis* comme des motifs légitimes d'origine prétorienne. La jurisprudence tend, en effet, à faire expressément référence à l'absence de motif légitime quand elle ne le caractérise pas. Lorsqu'elle retient, au contraire, l'existence de circonstances justificatives, elle les vise précisément, en faisant état de la valeur qui prime sur l'infraction. **Or, toutes les valeurs pénalement protégées sont potentiellement des motifs légitimes d'infractions protégeant des valeurs inférieures.** Les hypothèses de justification autonomes, dégagées par la jurisprudence, telles que la diffamation faite de bonne foi ou encore de vol dans le but d'assurer sa défense en justice, ne seraient autres que des motifs légitimes de réalisation d'infractions matérielles protégeant des valeurs essentielles. Aussi, la liberté d'expression (1) et les droits de la défense (2) peuvent-ils être considérés comme des applications du standard de motif légitime.

1) La liberté d'expression comme motif légitime

537. La notion ambiguë de « bonne foi » comme justification objective de la diffamation. La jurisprudence s'est montrée aussi prudente en matière de diffamation faite de « bonne foi » qu'en matière de vol dans le but d'assurer sa défense en justice. Elle a, souvent, eu recours au défaut d'élément moral pour fonder l'irresponsabilité pénale. La plupart des commentateurs ne s'y sont pas trompés car la matérialité de ces infractions emporte la présomption d'intention²⁵⁸⁴, en dépit des circonstances justificatives. La jurisprudence fait un détour inutile par le reflet subjectif de l'acte alors que l'utilité sociale de la démarche, suffit pleinement à établir l'irresponsabilité. La conscience de légitimité de l'atteinte qui s'en déduit, est indifférente et ne s'oppose pas à la conscience de l'atteinte. Par crainte de heurter un principe de légalité mal compris, la jurisprudence préfère, parfois, contrarier la cohérence du droit pénal, nuisant alors véritablement à l'autorité de loi. Face aux critiques, la Cour de cassation a du affiner son analyse au point de réaffirmer plus clairement que *« le fait justificatif de bonne foi distinct de l'exception de vérité des faits diffamatoires se caractérise par la légitimité du but poursuivi, l'absence d'animosité personnelle, la prudence et la*

subventions à l'association avaient été faite en pleine propriété, en sorte que la condition préalable de remise précaire faisait défaut.

²⁵⁸⁴ Voir ROUSSEAU F., *op. cit.*, n° 125 ; CONTE P., « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », in *Mél. CHAVANNE A.*, Litec 1990, p. 49, *Contra SAINT-PAU J.-C.*, note ss Crim. 24 mai 2005, préc.

mesure dans l'expression ainsi que par le sérieux de l'enquête »²⁵⁸⁵. Si elle proclame qu'il s'agit bien d'un fait justificatif autonome, elle semble encore orienter subjectivement ses critères. On s'aperçoit, d'emblée, que la légitimité du but et l'absence d'animosité ne peuvent que résulter de la matérialité justificative des faits. Or, le défaut d'illicéité exclut tout rattachement à une cause d'irresponsabilité subjective, puisqu'il n'y a plus rien à imputer. La prudence, la mesure et le sérieux des propos renvoient, en outre, à un contrôle de proportionnalité, témoignant de l'application des règles générales de la justification. Enfin, la jurisprudence rappelle constamment que *« la bonne foi doit être appréciée en tenant compte notamment du caractère d'intérêt général du sujet sur lequel portent les propos litigieux, et du contexte politique dans lequel ils s'inscrivent »*²⁵⁸⁶. L'ensemble des critères employés sont objectifs et permettent de faire prévaloir la liberté d'expression et de droit à l'information sur l'honneur et la considération attachés à la personne de la victime.

538. L'application du régime probatoire de la justification. La chambre criminelle se fonde expressément sur les valeurs en conflit pour autoriser le reversement de la présomption d'illicéité engendrée par la caractérisation de l'infraction. Ainsi, *« le droit à un procès équitable et la liberté d'expression justifient que la personne poursuivie du chef de diffamation soit admise à produire, pour les nécessités de sa défense, les pièces de nature à établir la vérité des faits ou sa bonne foi, sans qu'elles puissent être écartées des débats au motif qu'elles auraient été obtenues par des moyens déloyaux »*²⁵⁸⁷. Elle expliquait, encore récemment, que *« si la présomption d'intention de nuire, résultant des imputations diffamatoires elles-mêmes, peut être combattue et éventuellement détruite par la preuve de l'existence de faits justificatifs (...), c'est à la personne poursuivie et à elle seule qu'incombe cette preuve devant la juridiction de jugement »*²⁵⁸⁸. La charge de la preuve est clairement attribuée au prévenu, ce qui achève de convaincre qu'il ne s'agit plus de caractériser l'infraction mais de l'exonérer de sa responsabilité. Si les juges ne sont pas tenus de relever d'office les circonstances justificatives, ils devraient conserver la faculté de participer à l'administration de la preuve. Or, la jurisprudence se montre particulièrement ferme, qui considère qu' *« en matière de diffamation, si le prévenu peut démontrer sa bonne foi par l'existence de circonstances particulières, c'est à lui seul qu'incombe cette preuve, sans que*

²⁵⁸⁵ Civ. 1^{ère}, 17 mars 2011, *Bull. civ.*, n° 11-10784, où la Cour reprend les exigences dégagées progressivement par la chambre criminelle.

²⁵⁸⁶ Crim., 19 janvier 2010, n° 09-84.408, *Bull. crim* n° 12.

²⁵⁸⁷ *Ibid.*

²⁵⁸⁸ Crim., 11 avr. 2012, n° 11-86331.

les juges aient le pouvoir de provoquer, compléter ou parfaire l'établissement de celle-ci »²⁵⁸⁹. Cette sévérité accrue de la chambre criminelle semble cantonnée à la diffamation, souvent liée à des affaires sensibles au plan politique. En l'espèce, le directeur d'une agence de notation des médias avait dénoncé comme trafiqué, un reportage sur les affrontements dans la bande de Gaza mettant en relief les agressions du Gouvernement israélien à l'encontre des populations civiles. Gageons que la solution, consistant à priver le juge de son pouvoir de participer à la recherche de l'illicéité réelle des faits, restera isolée.

539. Des motifs légitimes dénommés par les valeurs dominantes en cause. La liberté d'expression et d'information, sous-tendue par l'exception de bonne foi, tout comme l'égalité des armes dans le procès sont de simples valeurs protégées dont la sauvegarde est susceptible de légitimer l'atteinte des valeurs de moindre importance. Ces faits justificatifs, plus souples que les faits justificatifs spéciaux, ne sont pas spécifiques à une incrimination en particulier. En tant qu'application du standard de motif légitime, les droits de la défense comme la liberté d'expression s'appliquent potentiellement à bien des qualifications qu'il serait illusoire de chercher à répertorier. L'exonération de responsabilité dépendra de l'appréciation concrète de la nécessité et de la proportion de chaque acte circonstancié.

2) Les droits de la défense comme motif légitime

540. Les droits de la défense comme application du standard de motif légitime. La chambre criminelle exige, pour justifier le recel de violation du secret de l'instruction, que les juges du fond recherchent si les documents produits ne sont pas nécessaires à l'exercice des droits de la défense. Cette solution répétée²⁵⁹⁰ a finalement été entérinée par la loi du 4 janvier 2010²⁵⁹¹. Les mêmes motifs furent également repris, en matière de vol et d'abus de confiance, par deux arrêts de principe²⁵⁹². Pérenne depuis lors²⁵⁹³, la solution est largement

²⁵⁸⁹ Crim., 28 février 2012, n° 08-83.926 et 08-83.978, où la Cour d'appel avait ordonné avant dire droit au fond, la communication, par la société France 2, des « rushes » du film de la journée du 30 septembre 2000, pris par son cameraman.

²⁵⁹⁰ Voir notamment Crim., 11 février 2003, *JCP* 2003, I, n° 162, chron. VERON M. et *ibid.* II. 10061, note DREYER E., *D.* 2004, p. 317, obs. DE LAMY B.

²⁵⁹¹ Loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 modifiant l'article 35 de la Loi du 29 juillet 1881.

²⁵⁹² Crim., 11 mai 2004 (2 arrêts), *RPDP* 2004, p. 875, chron. SAINT-PAU J.-C.; *D.* 2004, p. 2326, note GABA H.; *D.* 2004, p. 2779, obs. ROUJOU DE BOUBÉE G.; *JCP* 2004, II, 10124, note GIRAULT C.; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 635, chron. FORTIS E.; *Rev. sc. crim.* 2004, p. 866, chron. VERMELLE G.; *L.P.A.* 2005, p. 9 chron. COZETTE A.; *RTD com.* p. 823, obs. BOULOC B.; *Dr. pén.* 2004, comm. 122, note VERON M. Comp., s'agissant d'une entrave à la circulation non justifiée par la libre participation à une manifestation sur la

analysée comme la consécration d'un fait justificatif tiré des droits de la défense²⁵⁹⁴ difficilement rattachable à ceux existants²⁵⁹⁵. La discussion est désormais réduite au fait de savoir si la jurisprudence a dégagé une nouvelle cause générale et autonome de justification²⁵⁹⁶ ou une autorisation, alors implicite, de la loi *lato sensu*²⁵⁹⁷. Cette dernière analyse est, somme toute, cohérente avec la plupart des créations jurisprudentielles qui ont consisté, avant tout, à donner leur pleine mesure à des textes épars²⁵⁹⁸, tout en s'inspirant des principes généraux du droit pénal²⁵⁹⁹. Selon la jurisprudence, « *le principe supérieur, de valeur constitutionnelle, des droits de la défense, doit conduire à admettre la libre production, dans un procès, de pièces écrites* »²⁶⁰⁰. Certains déplorent qu'elle ne vise pas directement l'article 6§1 de la Convention européenne des droits de l'Homme²⁶⁰¹. La nécessaire protection des valeurs garanties par des normes supra légales se dispense de mention législative spéciale.

voie publique, Crim. 8 mars 2005, *Bull. crim.*, *RPDP* 2005. 638, obs. PIN X., *RSC* 2005. 836, obs. VERMELLE G.

²⁵⁹³ Crim. 10 mai 2005, *JCP E* 2005. 1879, note DAURY-FAUVEAU M. (Absence de preuve de la nécessité du vol à l'égard de la défense) ; Crim., 9 juin 2009, *D.* 2009. 306, note GABA H.-K. ; *RPDP* 2009. 858, chron. FOURNIER S. Voir, pour la restriction du domaine de la justification aux litiges prud'homaux, SORDINO M.-C., « Précision sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », *Dr. pén.* 2010, étude 6. Voir, pour l'application de cette cause de justification à un abus de confiance, Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85079.

²⁵⁹⁴ Voir pour raisonnement fondé sur les droits de la défense CONTE P., « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution à la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.*, 2009, étude 8, n° 1 ; OLLARD R., « Limitation du domaine de la justification par l'exercice des droits de la défense : un salarié ne peut jamais voler des documents de l'employeur que pour se défendre dans un litige prud'homal », note ss Crim. 9 juin 2009, *Lexbase hebdo*, n° 363, 17 sept. 2009, n° N9172BLB. Voir plus précisément, sur la conception normative des droits de la défense, CAPDEPON Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th. Bordeaux, 2011, n° 698.

²⁵⁹⁵ Voir, pour une démonstration étayée de l'absence de rattachement, CAPDEPON Y., *op. cit.*, n° 689.

²⁵⁹⁶ Voir en ce sens ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 126 et s. ; DANIEL J., *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Th. Lyon III, 2006, n° 340 ; LASSERE-CAPDEVILLE J., « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », *RPDP* 2006, n° 17.

²⁵⁹⁷ Voir en ce sens SAINT-PAU J.-C., note ss Crim., 11 mai 2004, préc., p. 879 ; MAYAUD Y., « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », *Mél. GASSIN*, PUAM, 2007. p. 304 ; CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 275 ; RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, 6^{ème} éd. 2011, n° 116.

²⁵⁹⁸ Voir pour les dispositions éparses en matière de droits de la défense, CAPDEPON Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, *op. cit.*, n° 675 et s. ; pour l'évolution légale et jurisprudentielle de la justification spéciale de la discrimination, ROUSSEAU F., *L'imputation dans la responsabilité pénale*, *op. cit.*, n° 106.

²⁵⁹⁹ Voir, pour une proposition de rattachement au principe constitutionnel des droits de la défense, PIN X., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 226.

²⁶⁰⁰ TGI Paris, 2 oct. 1998, *JCP* 1998. II. 10189, note DERIEUX.

²⁶⁰¹ Voir, pour la critique de l'absence de visa de l'article 6§1 de la CESDH, DREYER E., *Droit pénal général*, Litec 2010, n° 1113, note 9 (non repris dans la dernière édition). Voir dans le même sens PIN X., « L'infraction juste », *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 585, spéc. p. 594, où l'auteur se réfère également à l'article préliminaire du Code de procédure pénale.

Conclusion du chapitre I

541. La cohérence de la généralisation du motif légitime avec ses conditions souples. La libre détermination judiciaire des circonstances légitimes n'affecte pas le principe de légalité criminelle attaché aux incriminations et non aux causes d'exonération de responsabilité. Bien au contraire, la prise en compte des réalités de chaque espèce, offerte par la technique du standard, renforce la légitimité de répression. Le juge ne remet pas en cause l'appréciation abstraite de l'illicéité de l'acte, puisque la reconnaissance de la constitution de l'infraction est un préalable au mécanisme justificatif. Il se contente de vérifier la nocuité sociale réelle de l'infraction, au regard des circonstances concrètes qui échappent par définition à la loi. Non seulement, la vérification concrète de l'illicéité réelle de l'infraction apparaît comme une garantie supplémentaire pour les libertés, mais elle assure une certaine sécurité juridique, comparé aux incessantes fluctuations des dispositions spéciales. Ainsi, la notion souple de motif légitime n'est pas dépourvue de critères stables d'appréciation. Les exigences jurisprudentielles de nécessité et de proportionnalité permettent de régler, de manière suffisamment prévisible, les conflits de valeurs qui se présentent dans les faits. D'une part, les principes gouvernant la justification comblent les lacunes de la loi qui ne peut régenter tous les conflits à venir. D'autre part, ils sont susceptibles de déroger favorablement aux dispositions justificatives trop restrictives, comme en droit des étrangers. Les qualités d'adaptabilité et de stabilité de l'exception générique de motif légitime ont progressivement permis son extension jurisprudentielle à des infractions de nature contraventionnelle, puis à des infractions plus graves. Le juge s'est donc émancipé, non sans prudence, d'une logique législative sujette à caution, puisque la souplesse du motif légitime lui confère une vocation générale. La loi ne saurait cantonner la justification aux incriminations dérogatoires au droit commun. Par ailleurs, c'est en vain qu'elle tente d'entériner les créations jurisprudentielles, telles que la justification par les droits de défense ou par la liberté d'expression qui sont autant de motifs légitimes particuliers. Rien ne sert de lister l'ensemble des valeurs susceptibles de prévaloir, selon les circonstances, sur des valeurs de moindre importance. Il semble bien plus utile de théoriser les conditions générales de la justification. Il convient, par conséquent, d'analyser plus précisément les principes généraux de la justification, permettant au standard de motif légitime de s'appliquer à tout type d'infractions.

Chapitre II :

Les conditions d'application générales du motif légitime

542. La légitimité des atteintes nécessaires ou insignifiantes. La justification d'une infraction suppose que sa réalisation « *représente un plus grand bien ou un moindre mal que celui que l'incrimination entend conjurer* »²⁶⁰². L'incrimination ne correspond qu'abstraitement à la lésion d'un bien juridique, en sorte que le comportement y répondant n'est présumé injuste que jusqu'à preuve contraire. Or, la légitimité concrète de l'infraction se démontre soit par l'utilité sociale de l'atteinte qui serait nécessaire à la préservation d'un bien supérieur, soit par l'indifférence sociale de l'atteinte qui ne léserait véritablement aucun bien²⁶⁰³. Aux côtés du principe de nécessité, il y aurait, donc, place pour un principe d'insignifiance qui priverait, également, la répression de son fondement. **En effet, ce n'est pas tellement l'utilité sociale de l'acte qui fonde sa justification mais, plus largement, son absence de nocuité sociale qui suffit à rendre inutile toute répression.** Il est possible de soutenir, de ce point de vue, que « *la justification tient au fait qu'un acte habituellement délictueux cesse de l'être quand, par les circonstances de son accomplissement, il ne porte plus atteinte à l'ordre social* »²⁶⁰⁴. Si les exigences de nécessité et de proportion se présentent comme les principes généraux de la justification, permettant d'établir la conformité au droit de toute atteinte, en l'absence de prévision textuelle, il en irait de même du critère d'insignifiance. On pourrait objecter que l'atteinte dérisoire ne correspond à aucune nécessité ni aucun conflit de valeur. A l'analyse, cependant, il ressort que la liberté de commettre des actes socialement insignifiants répond bien à une nécessité sociale contrairement à leur répression. C'est pourquoi les circonstances légitimes sont celles qui ôtent l'illicéité de l'atteinte, du fait de sa nécessité *lato sensu* ou de sa simple insignifiance²⁶⁰⁵. Aussi, la justification s'entend-elle, de manière particulièrement large, non seulement des atteintes socialement utiles (section 1) mais encore des atteintes socialement insignifiantes (section 2).

²⁶⁰² PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 222.

²⁶⁰³ Voir pour cette présentation MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 399 et s. ; PIN X., « L'infraction juste », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 585, spéc. p. 591.

²⁶⁰⁴ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 285.

²⁶⁰⁵ Voir LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 626.

Section 1 : La justification des atteintes socialement utiles

543. La relativité des exigences de nécessité et de proportionnalité. La jurisprudence ne distingue pas toujours clairement les critères de nécessité et de proportion. La doctrine considère, même parfois, que la proportionnalité se rapporte à l'exigence de « *stricte nécessité* »²⁶⁰⁶. L'acte proportionné est, d'ailleurs, appréhendé dans le système de *common law* comme celui qui est « *raisonnablement nécessaire* »²⁶⁰⁷. La proportionnalité peut, en effet, se concevoir comme inhérente à la nécessité *lato sensu*, dont elle ne serait qu'une facette. **Afin de déterminer la nécessité d'une atteinte, il convient de vérifier non seulement l'adéquation, mais encore la mesure de l'acte de sauvegarde d'une valeur, compte tenu du péril encouru et de la valeur sacrifiée.** L'appréciation de ce double critère applicable à chaque infraction revêt, par conséquent, une certaine souplesse. Cette adaptabilité aux valeurs en présence est reconnue par le Code pénal qui prévoit, notamment, que la proportionnalité des atteintes aux personnes s'apprécie de manière plus rigoureuse que lorsqu'elle porte sur les atteintes aux biens²⁶⁰⁸. Si la même relativité n'est pas expressément consacrée à l'endroit de la nécessité, elle est sous-entendue de manière plus implicite. Certaines dispositions s'opposent, ainsi, à ce que des atteintes particulièrement intolérables puissent être considérées comme nécessaires, en évinçant par exemple la justification des crimes contre l'humanité²⁶⁰⁹. En outre, la jurisprudence tente d'adapter le critère de nécessité aux enjeux propres à chaque espèce, pour ne requérir son caractère absolu ou impérieux que pour la justification des atteintes graves. Aussi, la vérification de l'utilité sociale concrète de chaque infraction est-elle rendue possible par le recours aux critères souples de nécessité (§2) et de proportionnalité de l'atteinte (§2).

²⁶⁰⁶ PIN X., « La nécessité en droit pénal », in *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble, Société française pour le droit international, Pedone, 2007, p. 85, spéc. p. 93 ; obs. ss Crim., 7 févr. 2007 et 4 avr. 2007, *RPDP* 2007. 373.

²⁶⁰⁷ HEATHCOTE S., « La nécessité en *common law* », in *La nécessité en droit international*, préc., p. 97.

²⁶⁰⁸ Voir, pour la légitime défense, C. pén., art. 122-5.

²⁶⁰⁹ Cf. *supra* n° 271.

§ 1 : La nécessité de l'atteinte

544. L'assouplissement du critère de nécessité. La jurisprudence succombe, parfois, à l'amalgame des causes objectives et subjectives d'irresponsabilité. Or, il convient de rechercher les critères utiles du motif légitime, c'est-à-dire de renoncer à ceux qui feraient double emploi avec une autre cause d'irresponsabilité, tel que celui d'irrésistibilité permettant de reverser la présomption d'imputabilité de l'acte. L'écueil de la confusion de la nécessité et de la contrainte est aussi ancien que répandu. Dans les pays anglo-saxons, en effet, la nécessité est appréhendée comme une catégorie d'exceptions qui recouvre, notamment, la légitime défense et la contrainte²⁶¹⁰. Si les conceptions germaniques ont eu une influence outre-Atlantique, où l'on distingue la nécessité en tant qu'agissant sur l'utilité objective de l'acte ou sur la volonté de l'auteur, il n'en va pas de même outre-Manche, où la distinction est encore controversée²⁶¹¹. Les stigmates de la confusion entre irrésistibilité et nécessité de l'atteinte sont encore perceptibles en droit français. Même lorsque la nécessité est dûment envisagée comme l'indispensabilité sociale de l'atteinte, l'appréciation est tellement rigoureuse qu'elle confine, parfois, à l'impossibilité d'agir autrement. Or, contrairement à l'impossibilité qui n'est pas susceptible de degré, l'indispensabilité est susceptible de s'adapter à l'importance des valeurs en présence. C'est ainsi qu'au critère inadapté de l'irrésistibilité de l'atteinte (A), doit se substituer le critère adaptable de l'indispensabilité de l'atteinte (B).

A) Le critère inadapté de l'irrésistibilité de l'atteinte

545. Le rejet des exigences d'impossibilité et d'imprévisibilité. Pour justifier la commission d'infractions, la jurisprudence tend à exiger l'imprévisibilité du péril et parfois même l'impossibilité d'éviter l'atteinte. Les velléités de confusion des circonstances justificatives et contraignantes²⁶¹² sont encore plus marquées, dans le domaine des infractions à motif légitime. Cette attraction tient, d'abord, au fait que les infractions en cause recouvrent de nombreuses abstentions et que des causes d'empêchement sont souvent invoquées au soutien de l'irresponsabilité pénale de l'auteur. Elle tient, ensuite, au fait que ces infractions

²⁶¹⁰ Voir HEATHCOTE S., art. préc., p. 98 et 99.

²⁶¹¹ *Ibid.*

²⁶¹² Sur cette question, Cf. *supra* n° 221.

sont largement contraventionnelles et que l'article 121-3 alinéa 5 semble faire de la force majeure l'unique cause d'irresponsabilité, en la matière. Il convient, néanmoins, de se garder d'attirer dans le giron du motif légitime toutes les causes d'irresponsabilité, objectives comme subjectives, en se dispensant de leurs critères stricts d'application. Or, il a été démontré que la caractérisation d'une conscience justificative était parfaitement inutile, lorsque l'utilité objective du comportement, au regard des circonstances, était pleinement acquise. Il en va de même de toute autre cause de non-imputabilité, dont la caractérisation ne saurait jouer sur l'appréciation objective de la licéité réelle de l'acte. Il sera, par conséquent, établi qu'en matière de justification, l'impossibilité d'éviter l'atteinte est une condition surabondante (1) et que l'imprévisibilité de l'atteinte est une condition inopérante (2).

1) La surabondance de l'impossibilité d'éviter l'atteinte

546. La critique de l'impossibilité comme motif légitime. De nombreuses illustrations du motif légitime évoquent des empêchements ou des impossibilités. Rien de moins surprenant, car les dispositions justifiées se rapportent largement, en droit pénal et comme ailleurs, à des obligations de faire. On retrouve, en effet, l'exception de motif légitime relativement à des obligations de comparaître à des audiences ou de se présenter à des commissions²⁶¹³. Il est, dès lors, assez tentant d'appréhender le motif légitime en tant que circonstance contraignante, sans en exiger toutes les conditions classiques et en se dispensant, notamment, de l'absence de faute antérieure. C'est le cas du motif légitime d'indisponibilité du produit dans le refus de vente²⁶¹⁴ et du motif légitime d'incarcération dans l'abandon de famille²⁶¹⁵. Or, il n'est pas nécessaire de justifier, par le motif légitime, les faits correspondant à des causes d'irresponsabilité subjectives, indifférentes à l'utilité sociale objective de la démarche. La confusion entre les circonstances légitimes et contraignantes²⁶¹⁶ est, pourtant, accentuée dans le domaine contraventionnel, car seule la force majeure est visée par l'article 121-3 alinéa 5 du Code pénal. C'est ainsi que l'on peut lire qu'en matière de contraventions, *« La preuve par le prévenu de son absence de faute (il se prétend 'de bonne foi') ou encore celle d'un fait justificatif ne produit aucun effet exonératoire : le débat sur la culpabilité n'est*

²⁶¹³ Pour des illustrations, Cf. *supra* n° 402.

²⁶¹⁴ Voir Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 273.

²⁶¹⁵ Voir Crim., 26 mars. 1957, *Bull. crim.* n° 282.

²⁶¹⁶ Sur cette question, Cf. *supra* n° 221.

pas ouvert en présence d'une infraction matérielle »²⁶¹⁷. La distinction entre les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité manque encore de netteté. La conception parfois trop stricte de la nécessité n'est pas de nature à clarifier le débat.

547. La critique de la nécessité comme impossibilité. Aucune justification n'a été accordée à la mère qui a volé de la viande pour « *améliorer* » l'équilibre alimentaire de ses enfants²⁶¹⁸. Si la jurisprudence attend que les personnes soient à l'article de la mort, comme elle le faisait au 19^{ème} siècle²⁶¹⁹, c'est qu'elle exige, outre l'utilité sociale de l'acte, une véritable contrainte morale. Le bon père de famille ne pourrait, en effet, éviter de commettre une infraction contre les biens pour nourrir son enfant. Il est encore plus fréquent, en matière d'omission, que la nécessité soit appréciée à ce point strictement qu'elle confine à l'impossibilité. Cette sévérité à l'endroit du danger justificatif peut conduire à des solutions aberrantes, en particulier, lorsque l'infraction protège une valeur secondaire. C'est ainsi qu'une juridiction allemande n'a pas cru bon de justifier le séjour irrégulier de celui qui refusait d'effectuer ses obligations militaires dans le pays qu'il avait fui²⁶²⁰. Le condamné s'était vu reconnaître le statut de réfugié turc, par l'Allemagne, en application de la Convention de Genève. A la suite d'une infraction à la législation des stupéfiants, les autorités allemandes avaient prononcé son expulsion. A défaut de passeport, l'expulsion n'était pas matériellement possible, car les autorités turques avaient déchu l'intéressé de sa nationalité pour soustraction aux obligations militaires. La délivrance d'un nouveau passeport étant subordonnée à l'exécution du service militaire, les juges ont considéré qu'il ne s'agissait pas d'un effort inacceptable pour l'intéressé²⁶²¹, en dépit du péril encouru.

548. Le rejet de la confusion entre nécessité et contrainte. Non seulement la nécessité est souvent conçue comme une impossibilité d'éviter l'atteinte, mais elle tend à n'être caractérisée qu'en l'absence de faute antérieure, à l'instar de la contrainte. Or, l'imprévisibilité du péril ne relève pas plus de l'appréciation de l'utilité sociale de l'acte que l'impossibilité d'agir autrement.

²⁶¹⁷ MORVAN P., « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 283, spéc. p. 286

²⁶¹⁸ Poitiers, 11 avr. 1997, *JCP G* 1997. II. 22933, note OLIVE A.

²⁶¹⁹ Voir Amiens, 22 avr. 1898, *DP* 1899. II. 239, note JOSSERAND L.

²⁶²⁰ Voir, pour la critique de cette solution « *confinant à l'absurdité* », SAAS C. et TRAUTMANN S., « Actualités du droit pénal allemand en 2010 », *RSC* 2011. 253.

²⁶²¹ *Ibid.*

2) L'inopérance de l'imprévisibilité de l'atteinte

549. La critique de l'exigence du défaut de faute antérieure. Par assimilation au régime de la contrainte²⁶²², la jurisprudence ferme généralement la voie de la justification à ceux qui se sont fautivement placés en état de nécessité²⁶²³. Ainsi, la destruction de barrières n'a pas été justifiée par la nécessité objective d'éviter la collision imminente avec un train, car le prévenu avait franchi le passage à niveau au feu rouge²⁶²⁴. Or, il était tout à fait possible de justifier la nécessaire destruction de biens et de sanctionner la faute antérieure de manière autonome. Une contravention aux règles de la circulation routière aurait pu être caractérisée, à l'époque des faits. La mise en danger délibérée de la vie d'autrui pourrait, désormais, être retenue en pareille hypothèse. Il convient, par conséquent, de rechercher si la faute préalable est suffisamment grave, en tant que telle, pour recevoir une qualification pénale. Sous l'égide de l'ancien Code pénal, la justification d'un délit d'entrave avait été, également, refusée car l'urgence invoquée était due à la propre carence du chef d'entreprise²⁶²⁵. Là encore, les juges auraient pu rechercher si cette carence préalable ne constituait pas déjà une entrave à la représentation du personnel, eu égard à l'étendue de cette incrimination formelle et à la répression de sa tentative²⁶²⁶. Non seulement, l'exigence d'absence de faute préalable est discutable de manière générale²⁶²⁷, mais son essence subjective la rend clairement inapte à modifier l'appréciation objective de l'utilité sociale de l'infraction, au moment des faits²⁶²⁸. D'ailleurs, d'autres pays, tels que l'Allemagne, maintiennent la justification, en dépit de la faute antérieure²⁶²⁹. Ces critiques sont de nature à expliquer un certain reflux de cette condition jurisprudentielle.

²⁶²² Voir pour cette critique MERLE R. et VITU A., *Problèmes généraux de la science criminelle, Droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 469, p. 593.

²⁶²³ Voir en ce sens PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 231.

²⁶²⁴ Rennes 12 avr. 1954, S. 1955. II. 85, note BOUZAT P. Voir, dans le même sens, Crim., 25 juin 1958, *Lesage*, D. 1958, juripr. p. 693, note MRMP, JCP G 1959. II. 10941, note LARGUIER J.

²⁶²⁵ Voir Crim., 28 févr. 1979, *Sté Duval (inédit)*, cité par CŒURET A. et FORTIS E., *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd. 2008, n° 546.

²⁶²⁶ Cf. *supra* n° 534.

²⁶²⁷ Voir, pour la critique de la prise en compte de la faute antérieure pour l'appréciation de la légitimité de l'intérêt fondant le droit d'agir, WICKER G., « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, Mél. SERRA Y., Dalloz, 2006, p. 455, spéc. p. 457.

²⁶²⁸ Voir notamment DREYER E., *Droit pénal général*, Litec, 2^{ème} éd. 2012, n° 1183, RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipses, 2^{ème} éd. 2006, n° 342.

²⁶²⁹ Voir PIN X., « La nécessité en droit pénal », in *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble, Société française pour le droit international, Pedone, 2007, p. 85, spéc. p. 88.

550. Le reflux de l'exigence du défaut de faute antérieure. Si l'exigence d'un danger imprévisible ne ressort pas du Code pénal actuel, certains arrêts sont invoqués à l'appui du maintien de cette exigence. Dans une affaire où l'état de nécessité fut écarté, une faute de l'auteur avait certes été mentionnée, mais la commission du délit n'avait pas été considérée comme le seul moyen de conjurer le péril²⁶³⁰, ce qui semble pour le moins déterminant. Une autre affaire, fréquemment exposée comme illustrant la prise en compte de la faute, n'apparaît pas non plus comme un exemple très concluant²⁶³¹. Les juges du fond avaient, d'ailleurs, retenu l'état de nécessité pour justifier la destruction d'un ours pyrénéen²⁶³² et le chasseur avait été relaxé, en dépit de sa prise de risque préalable. A défaut d'illicéité de l'acte, ils avaient conclu, en toute logique, à l'impossibilité d'engager la responsabilité civile de l'auteur. La Cour d'appel qui ne devait se prononcer que sur les intérêts civils, avait toutefois pris en compte le comportement antérieur du chasseur pour exclure l'état de nécessité²⁶³³. Comme elle ne pouvait remettre en cause la relaxe, ce raisonnement était instrumentalisé pour reconnaître à tort la responsabilité civile. En outre, elle est venue affirmer, de manière contradictoire, que la reconnaissance du fait justificatif n'excluait pas toute responsabilité civile. Si ce raisonnement était exact, elle n'aurait pas cherché à écarter la justification. Il a été démontré, au demeurant, que la responsabilité civile ne peut être engagée à défaut d'illicéité du fait générateur et qu'il existe un autre recours en réparation mieux adapté aux actes d'intérêt général²⁶³⁴. Si la chambre criminelle a approuvé la solution et rejeté le pourvoi, elle n'a pas souscrit à la motivation. Elle précise, en effet, que le chasseur s'est lui-même placé en situation de danger et qu'« *une faute d'imprudence suffit à caractériser l'élément moral du délit d'atteinte à la conservation d'espèces animales non domestiques protégées* ». Si l'affirmation est discutable au regard de l'article 121-3 du Code pénal, elle représente l'aveu que la Cour de cassation se place bien au moment de la prise de risque préalable pour tenter de qualifier les faits. Une contravention aurait, d'ailleurs, pu être retenue, si les pouvoirs publics avaient pris des mesures d'interdiction de chasse dans le secteur concerné²⁶³⁵. Cet arrêt montre, en tout état de cause, que chaque fait doit être apprécié de manière autonome. Il va donc dans le sens de la jurisprudence rendue en matière d'infractions à motif légitime qui ne tient pas compte du comportement préalable de l'auteur.

²⁶³⁰ Voir Crim., 22 sept. 1999, n° 98-84.520, D. 2000. 114, obs. ROUJOU DE BOUBÉE G., RSC 2000. 385, obs. BOULOC B.

²⁶³¹ Voir Crim., 1^{er} juin 2010, n° 09-87.159, D. 2010. 1792, et 2468, obs. TREBULLE F.-G.; AJ pénal 2010. 393, obs. LASSERRE CAPDEVILLE J.

²⁶³² Voir C. envir., art. L. 411-1, L. 415-3 et L. 415-4.

²⁶³³ Voir Pau, 10 sept. 2009, n° 08/00559, D. 2010. 484, note POTASZKIN T.

²⁶³⁴ Pour la responsabilité de l'Etat du fait des collaborateurs occasionnels du service public, Cf. *supra* n° 350.

²⁶³⁵ Cette carence ne constituait pas une cause d'exonération selon la cour d'appel.

Le refus de vente justifié par l'indisponibilité du produit²⁶³⁶, témoigne de l'indifférence du défaut préalable d'approvisionnement, lorsqu'il n'existe pas d'obligation pénale en ce sens²⁶³⁷. La soustraction légitime aux obligations parentales pour cause d'incarcération²⁶³⁸ l'illustre encore mieux puisque l'interpellation policière pour ivresse publique avait été, par le passé, considérée comme prévisible et exclusive de la contrainte²⁶³⁹.

551. La distinction entre irrésistibilité et indispensabilité de l'atteinte.

L'impossibilité de prévoir et d'éviter l'atteinte procède d'un jugement de réalité sur la normalité de l'atteinte, à même de renverser la présomption d'imputabilité. L'appréciation de l'indispensabilité sociale de l'atteinte procède, au contraire, d'un jugement de valeur apte à renverser la présomption d'illicéité. Non seulement l'indispensabilité est un critère mieux adapté à la justification, mais il est aussi adaptable en fonction de la gravité de l'atteinte, alors que l'impossibilité ne connaît pas de graduation.

B) Le critère adaptable de l'indispensabilité de l'atteinte

552. Le rejet d'une nécessité impérieuse et absolue. La doctrine s'accorde à dire que « *les faits justificatifs ne sont admis que si la voie de l'infraction est absolument et évidemment nécessaire* »²⁶⁴⁰. Cela revient à exiger la caractérisation de circonstances rendant l'atteinte indispensable à la sauvegarde d'un bien juridique en péril. La nécessité ne doit, cependant, pas être appréciée avec la même rigueur selon qu'il s'agit de justifier un crime ou une contravention. La nécessité impérieuse et absolue de l'acte n'est exigée que pour les atteintes les plus graves. Lorsque la nocuité sociale de l'acte est plus faible, il n'a pas forcément à être l'unique recours, dès lors qu'une menace existe et qu'il permet de la conjurer. D'ailleurs, tout acte adéquat à la sauvegarde d'une valeur protégée est par définition socialement nécessaire. Le caractère indispensable de l'atteinte doit, par conséquent, pouvoir s'adapter aux enjeux de chaque espèce. Les critères irréductibles de la nécessité se rapportent essentiellement à la caractérisation d'une menace d'un bien juridique protégé (1) ainsi qu'à celle d'un acte de sauvegarde du bien juridique menacé (2).

²⁶³⁶ Voir Crim., 21 oct. 1998, préc.

²⁶³⁷ Voir Crim., 16 juin. 1981, *Bull. crim.* n° 208.

²⁶³⁸ Voir Crim., 26 mars. 1957, préc.

²⁶³⁹ Voir Crim., 29 janv. 1921, *Tremintin*, S. 1922. I. 85, note ROUX J.-A.

²⁶⁴⁰ Voir notamment PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 231.

1) L'existence d'une menace d'un bien juridique protégé

553. L'appréciation de l'imminence du danger en fonction de la gravité de l'atteinte. Il suffit que les circonstances de l'infraction laissent apparaître une menace pour un bien juridique protégé. Les caractères actuel et imminent du péril, exigés en matière de légitime défense et d'état de nécessité, permettent de justifier le recours à la violence contre les personnes. Ces exigences autorisent à se substituer aux forces de l'ordre, lorsque leur intervention n'est pas possible, au regard de l'urgence de la situation. Si la sollicitation des forces de police est envisageable en cas d'agression contre les personnes ou les biens, elle n'a aucun intérêt face à d'autres types de menace. En présence d'un risque pour la liberté d'expression ou pour les droits du procès équitable, le recours à la police serait vain. Leur protection ne suppose, par conséquent, aucune atteinte au monopole étatique de la violence, justifiant des conditions d'urgence. Rivée sur les exigences textuelles étroites de l'état de nécessité, la doctrine tend parfois à considérer que le danger ne saurait être simplement éventuel, pour que la réaction infractionnelle soit justifiée²⁶⁴¹. Or, les solutions de rejet de l'état de nécessité, invoquées au soutien de cette conception restrictive, s'expliquent davantage par la disproportion de l'acte, comme dans l'hypothèse où un éducateur fit primer un intérêt éducatif incertain sur l'intégrité physique d'une victime de ses élèves²⁶⁴². Il est bien évident que l'éventualité du péril conjuré ne saurait permettre de justifier que des infractions mineures. On recense, à cet égard, de nombreuses hypothèses de justification d'atteintes de faible gravité qui ne supposent ni l'actualité, ni la certitude du risque. Il en va ainsi du recel de secret professionnel justifié par les droits de la défense, dans une action en diffamation. Le recel d'informations protégées qui permet la réalisation de la diffamation est, généralement, antérieur aux poursuites et, partant, à la nécessité de se défendre²⁶⁴³. L'infraction justifiée se déroule à un moment où le risque pour l'égalité des armes n'est qu'éventuel, en l'absence de procédure judiciaire. Il en va de même de la justification de l'appréhension illégale par un salarié de documents appartenant à son employeur, « *en vue de les produire dans une instance prud'homale* », pour contester un éventuel licenciement²⁶⁴⁴. La chambre criminelle ne tient pas compte, en effet, de l'absence d'engagement de la procédure de licenciement au

²⁶⁴¹ Voir particulièrement PIN X., « La nécessité et le droit pénal », in *La nécessité en droit international*, op. cit., p. 90, 91 et 94, où l'auteur distingue selon le fait justificatif en cause, les droits de la défense supposant une certaine « *anticipation* ».

²⁶⁴² Voir, pour la justification infructueuse de son abstention de porter secours à une personne agressée, pour ne pas perdre tout crédit auprès des jeunes délinquants encadrés, en compromettant l'efficacité de son action de prévention, Crim., 21 nov. 1974, *JCP* 1975. II. 18143, note CHAMBON, *RSC* 1976. 89, obs. LARGUIER J.

²⁶⁴³ Voir l'article 35 de la Loi du 29 juillet 1881 (modifié par la loi n° 2010-1 du 4 janvier 2010 - art 1^{er}).

²⁶⁴⁴ Crim., 11 mai 2004, *RPDP* 2004. 875, chron. SAINT-PAU J.-C.

moment du vol ou de l'abus de confiance, dès lors que le salarié a été « *avisé du projet* » de rupture de contrat de travail²⁶⁴⁵ et qu'il existe, donc, une forte probabilité de licenciement. Elle a, plus récemment, confirmé la justification du vol, par un salarié « *avisé du projet de son employeur de rompre son contrat* », des documents « *dont la production était strictement nécessaire à l'exercice de sa défense dans la procédure prud'homale qu'il a engagée peu après* »²⁶⁴⁶. Il n'en va pas différemment de la justification du *happy slapping*, lorsque « *l'enregistrement ou la diffusion (...) est réalisé afin de servir de preuve en justice* »²⁶⁴⁷. Ces solutions démontrent, au surplus, que le danger justificatif n'a pas à être accidentel, contrairement à ce qui est, parfois, affirmé²⁶⁴⁸.

554. La compensation de l'éventualité du danger par sa gravité. On a vu que la loi pouvait exceptionnellement porter atteinte aux libertés, en incriminant un risque hypothétique d'atteinte, à condition que les valeurs en cause l'exigent et que le risque soit d'une extrême gravité. De même, il semblerait assez logique que les citoyens puissent conjurer des risques éventuels, s'ils sont particulièrement graves. C'est en ce sens que se sont prononcés les juges du fond qui ont relaxé des prévenus, poursuivis pour avoir volontairement détérioré une parcelle de maïs génétiquement modifié appartenant à la société Monsanto²⁶⁴⁹. Ils considéraient, alors, que la preuve avait été rapportée que l'infraction répondait à l'état de nécessité résultant du danger actuel de diffusion incontrôlée d'organismes génétiquement modifiés, dont la dissémination avait été autorisée contrairement au « *droit constitutionnel à un environnement sain* », sur la base de dispositions non conformes aux directives communautaires. La solution a été âprement décriée, en ce qu'elle bafouait l'exigence d'un risque certain²⁶⁵⁰, alors même que la jurisprudence admet le danger vraisemblable, pour justifier des actes dépourvus d'utilité sociale objective. Il est vrai que le tribunal reconnaissait que les conséquences environnementales de la diffusion irréversible de gènes modifiés n'étaient pas maîtrisées et que ses conséquences dans la chaîne alimentaire restaient indéterminées. Au fond, ce n'était pas tant le danger qui était considéré comme potentiel que son degré de gravité. En outre, les prévenus invoquaient, dans le cadre d'essais

²⁶⁴⁵ *Ibid.*

²⁶⁴⁶ Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85079, *JurisData* n° 20411-011610 ; *JCP G* 2011. 1020, note DETRAZ S. (où l'auteur souligne les difficultés probatoires de ces solutions).

²⁶⁴⁷ C. pén., art. 222-33-3 al. 3.

²⁶⁴⁸ Voir particulièrement FELDMAN J.-P., « Les 'faucheurs d'OGM' et la Charte de l'environnement », *D.* 2006. 814. Voir aussi PIN X., obs. ss Crim., 7 févr. 2007 et 4 avr. 2007, *RPDP* 2007. 373.

²⁶⁴⁹ Voir T. corr. Orléans, 9 déc. 2005, n° 2345/S3/2005, *D.* 2006. 814, note FELDMAN J.-P.

²⁶⁵⁰ Voir particulièrement FELDMAN J.-P., « Les 'faucheurs d'OGM' et la Charte de l'environnement », *D.* 2006. 814.

de plein champ, l'atteinte à la propriété des exploitants ne recourant pas aux semences transgéniques ainsi qu'à la liberté de choix des producteurs et des consommateurs. Mais, l'argument majeur résidait dans le non-respect du principe de précaution de la Charte de l'environnement de 2004 qui a vocation à s'appliquer « *Lorsque la réalisation d'un dommage, bien qu'incertaine en l'état des connaissances scientifiques, pourrait affecter de manière grave et irréversible l'environnement (...)* »²⁶⁵¹. Le tribunal a pleinement souscrit à l'analyse, en affirmant que le droit constitutionnel de vivre dans un environnement équilibré et respectueux de la santé est « *accompagné de l'affirmation d'un nécessaire principe de précaution* »²⁶⁵². Il concluait par le fait que les infractions étaient « *rendues nécessaires par l'insuffisante transposition en droit interne des normes conventionnelles applicables* »²⁶⁵³. La plupart des commentateurs considèrent que le principe de précaution entre en contradiction avec le danger actuel de l'état de nécessité²⁶⁵⁴. Il n'est, pourtant, pas impossible de considérer que le danger actuel résulte de l'atteinte effective au principe de précaution, lui-même justifié par l'ampleur de la menace pour l'environnement et la santé.

La chambre criminelle qui s'était, déjà, prononcée sur des faits similaires, a cependant maintenu son refus de reconnaître l'état de nécessité. Dans un arrêt non publié, elle a considéré que « *le choix entre les intérêts en présence avait été prédéterminé par le législateur en faveur de l'intérêt sacrifié par les prévenus* », en se gardant bien de faire état de l'absence de transposition des directives²⁶⁵⁵. Du reste, elle n'a pas jugé utile de se prononcer sur la reconnaissance par la Cour européenne des droits de l'homme d'un « *droit à la vie* » incluant un « *droit à un environnement sain* »²⁶⁵⁶. Cette réticence à prendre en compte les normes supra légales se retrouve dans des arrêts plus récents où il est précisé que « *la Charte de l'environnement ne saurait être invoquée, en l'espèce, pour fonder l'existence d'un état de nécessité* » et que le « *principe de précaution (était) affirmé à l'époque des faits par le seul droit communautaire* »²⁶⁵⁷. Selon certains commentateurs cela signifie que « *les faits*

²⁶⁵¹ « (...) les autorités publiques veillent, par application du principe de précaution et dans leurs domaines d'attributions, à la mise en œuvre de procédures d'évaluation des risques et à l'adoption de mesures provisoires et proportionnées afin de parer à la réalisation du dommage » (Art. 5).

²⁶⁵² Selon lui, ce principe « impose une particulière retenue dans la mise en œuvre d'essais en plein champ d'organismes transgéniques, susceptible de permettre la diffusion incontrôlée dans l'environnement de gènes modifiés ».

²⁶⁵³ Le législateur n'avait pas transposé les directives 90/220/CEE du Conseil du 23 avril 1990 et 2001/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 mars 2001 sur les « OGM ».

²⁶⁵⁴ Voir notamment MAYER D. « La violence est-elle un mode légitime de contestation de la loi ? », D. 2003. 1315 ; PIN X., obs. ss Crim., 7 févr. 2007 et 4 avr. 2007, RPD 2007. 373.

²⁶⁵⁵ Crim., 19 nov. 2002 (inédit), D. 2003. 1315, note MAYER D.

²⁶⁵⁶ Ibid.

²⁶⁵⁷ Crim., 7 févr. 2007 (inédit), D. 2007. 573, note DARSONVILLE A., (« La destruction d'OGM ne relève pas de l'état de nécessité »), D. 2007. 1310, note FELDMAN J.-P.

commis étaient évidemment antérieurs à l'adoption de la Charte de l'environnement de l'année suivante »²⁶⁵⁸. L'argument est faible en présence d'une disposition favorable, mais il témoigne de ce que la gêne de la jurisprudence provient davantage du caractère injuste d'un danger légalement autorisé que de son caractère certain. Elle se montre, en effet, plus sévère dans son contrôle de la légitimité des actes que dans celui de la légitimité des lois. Si les lois sont présumées légitimes à l'inverse des actes infractionnels présumés illégitimes, il n'y a pas de raison que le renversement de ces présomptions ne soit pas soumis à la même rigueur. On ne saurait plaider pour un strict contrôle de la légitimité des infractions sans défendre la même intensité de contrôle à l'endroit de la légitimité de la répression. Il a été, précédemment, démontré que si laxisme judiciaire il y avait, il résidait davantage dans les réticences à procéder à l'examen de la conventionalité des lois.

555. L'adaptation des critères de nécessité à la gravité du danger et de l'acte.

De la même manière que l'appréciation de l'existence du danger dépend de sa gravité et de celle de l'atteinte, l'appréciation de l'adéquation de l'atteinte au péril est modulable en fonction de la gravité des enjeux.

2) L'existence d'un acte de sauvegarde du bien juridique menacé

556. L'atteinte grave comme unique moyen de sauvegarde. L'absolue nécessité exigée par la Cour de cassation²⁶⁵⁹ et la Cour européenne²⁶⁶⁰ pour justifier l'usage de la force armée se comprend parfaitement. Les atteintes aux valeurs essentielles, notamment à la vie et à l'intégrité physique des personnes, doivent apparaître comme l'unique moyen de sauvegarde des valeurs en conflit. Une fois encore, l'exigence doit s'adapter aux valeurs en cause, en gardant à l'esprit que l'absolue nécessité n'est même pas vérifiée à l'égard des lois pénales, pourtant attentatoires aux libertés fondamentales. Par un arrêt de cassation non publié, la chambre criminelle a, néanmoins, très sévèrement considéré que l'implantation de mobile homes sur un terrain en méconnaissance du plan d'occupation des sols²⁶⁶¹ ne saurait être justifiée, dès lors que les motifs de la cour d'appel ne permettent pas de caractériser « *en quoi la violation des règles d'urbanisme aurait seule permis d'éviter une situation de*

²⁶⁵⁸ FELDMAN J.-P. « Les 'faucheurs' fauchés par la Cour de cassation », *D.* 2007. 1310.

²⁶⁵⁹ Voir Crim., 18 fév. 2003, *Bull. crim.* n° 41, *Dr. pén.* 2003, comm. 57, obs. VERON M.

²⁶⁶⁰ Voir CEDH, 27 sept. 1995, *Mac cann, Farel et Savage c/ R.-U.*, RSC 1996. 426, obs. KOERING-JOULIN R.

²⁶⁶¹ Voir Code de l'urbanisme, art. L. 480-4, L. 480-5 et L. 480-7.

péril »²⁶⁶². Il se déduit, également, des arrêts de rejet non publiés, confirmant les condamnations des « faucheurs d'OGM », que l'infraction commise doit constituer le « *seul moyen* »²⁶⁶³ de conjurer le danger. A supposer que cette exigence soit invariable, les juges du fond, qui ont systématiquement reconnu l'état de nécessité, ont pu considérer qu'il ne saurait être soutenu que les prévenus disposaient d'autres moyens d'agir pour obtenir satisfaction. Les initiatives « *à fonction purement informative* », de débat public ou d'action de sensibilisation, ne permettaient pas de lutter efficacement contre la diffusion incontrôlée dans l'environnement de gènes modifiés ni de faire cesser, à court terme, ce danger²⁶⁶⁴. La chambre criminelle n'a pas souscrit à l'argument de la « *nécessité impérieuse de commettre l'infraction du fait de l'opposition systématique des pouvoirs publics et de l'impossibilité d'un débat public sur des opérations de culture expérimentale des organismes génétiquement modifiés* »²⁶⁶⁵. Elle s'est contentée d'affirmer qu'il existe d'autres moyens d'expression dans une société démocratique, sans tenir compte du « *contexte d'opacité et d'opposition systématique qui entoure les opérations, de cultures expérimentales des OGM* » ni vérifier « *si la répression était nécessaire au regard des textes consacrés par la Convention* »²⁶⁶⁶. Or, dans une société démocratique, les instances d'évaluation des risques et du contrôle de la diffusion des « OGM » devraient être indépendantes des industriels du secteur. Il convient de relever, à cet égard, qu'un arrêt non publié du 3 mai 2011 se fonde sur « *deux avis de l'EFSA* » qui ont conclu « *au caractère improbable de ses nuisances pour la santé humaine ou animale et pour l'environnement* »²⁶⁶⁷. Les conflits d'intérêts avec les industriels de l'agroalimentaire, tels que *Monsanto*, entretenus par cette Autorité européenne de sécurité des aliments et dénoncés depuis des années par les eurodéputés²⁶⁶⁸, ont été officiellement reconnus par le Parlement européen²⁶⁶⁹. Il a voté, le 10 mai 2012 en séance plénière, le report des « *décharges budgétaires* » de l'EFSA, en désapprouvant sa gestion contestable des conflits d'intérêts et, notamment, ceux de la présidente du conseil d'administration²⁶⁷⁰. En

²⁶⁶² Crim., 10 mars 2009, n° 08-86121 (*inédit*).

²⁶⁶³ Crim., 19 nov. 2002 (*inédit*), préc. Voir aussi Crim., 7 févr. 2007 (*inédit*), préc. ; 27 mars 2008, n° 07-83.009 (*inédit*).

²⁶⁶⁴ T. corr. Orléans, 9 déc. 2005, préc.

²⁶⁶⁵ Crim., 7 févr. 2007 (*inédit*), préc.

²⁶⁶⁶ Selon les auteurs du pourvoi.

²⁶⁶⁷ Crim., 3 mai 2011, n° 10-81529 (*inédit*).

²⁶⁶⁸ Il s'agissait notamment de la présence de « lobbyistes » au sein des panels scientifiques et des groupes d'experts.

²⁶⁶⁹ En sachant que ce dernier n'apparaît pas, lui-même, comme le témoignage le plus abouti d'une représentation démocratique transparente et indépendante.

²⁶⁷⁰ Voir FOUCART S., « Le Parlement européen inflige un camouflet à trois agences de l'Union européenne », *Le Monde*, 10 mai 2012 : www.lemonde.fr.

tout état de cause, il n'est pas certain que toute atteinte justifiée doive nécessairement représenter l'unique moyen de sauvegarde de la valeur en conflit.

557. L'atteinte secondaire comme moyen adéquat de sauvegarde. En matière d'infractions contre les biens, la jurisprudence est plus indulgente, bien qu'elle requière que les documents volés par le salarié, en vue de les produire en justice, soient « *strictement nécessaires à l'exercice des droits de la défense* »²⁶⁷¹. Il ne s'agit, pour autant, pas d'exiger l'inexistence d'autres modalités de défense, tant il existe de moyens procéduraux permettant d'éviter le vol, au premier rang desquels figure la production forcée de pièces²⁶⁷². Si la jurisprudence ne voit dans le vol aucune substitution illicite à l'autorité judiciaire, c'est qu'elle considère sans doute qu'il est le moyen de plus sûr d'assurer l'effectivité du droit fondamental de la défense en justice. Des pénalistes ont, alors, expliqué que la nécessité devait être entendue au sens d'une « *aptitude probatoire certaine* »²⁶⁷³. Cette conception souple de la nécessité de l'atteinte ressort, en effet, de la jurisprudence de chambre criminelle, lorsqu'elle censure le rejet de la justification au motif que le salarié aurait pu se contenter de photocopier le document plutôt que de le dérober²⁶⁷⁴. **Le caractère adéquat de l'acte de sauvegarde se présente, donc, comme critère essentiel de la nécessité de l'atteinte.** C'est sans doute ce critère qui prêtait le plus à discussion dans les affaires relative aux destructions de plants de maïs transgéniques. Il ressort d'un arrêt de 2007, que les moyens n'étaient pas adéquats compte-tenu d'une menace dont il n'est pas démontré qu'elle ait été grave, ce qui contredit, par ailleurs, l'argument de l'absence de danger certain²⁶⁷⁵. L'analyse selon laquelle les prévenus n'ont pas montré en quoi la destruction d'une parcelle était un acte de sauvegarde semblait plus pertinente. Dans l'arrêt susmentionné de 2011, on retrouve, d'ailleurs, le même embarras à l'endroit du danger qui est vainement distingué du risque. Les juges expliquent, d'une part, que « *les décisions administratives fondées sur l'observation de simples risques ne permettent pas plus de dégager un danger justifiant les agissements reprochés* » et d'autre part, que le préambule la directive de 2001 « *évoque des risques et non un danger* »²⁶⁷⁶. Enfin, il est relevé de manière tout aussi contradictoire que « *la Directive 2001/ 18/ CE qui prescrit des procédures administratives plus exigeantes contre la*

²⁶⁷¹ Crim., 11 mai 2004 (2 arrêts), *RPDP* 2004, p. 875, chron. SAINT-PAU J.-C ; 4 janv. 2005, *Bull. crim.*, n° 5, *Dr. pén.* 2005, com. n° 72, obs. VERON M.

²⁶⁷² BERGEAUD A., *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010, n° 477 et 478.

²⁶⁷³ *Ibid.*

²⁶⁷⁴ Voir Crim., 21 juin 2011, n° 10-87371, *JurisData* n° 2011-012813.

²⁶⁷⁵ Crim., 7 févr. 2007 (*inédit*), préc.

²⁶⁷⁶ Crim., 3 mai 2011, n° 10-81529 (*inédit*).

*dissémination volontaires des OGM dans l'environnement et qui préconise une action préventive n'était pas encore transcrite en droit français à l'époque des faits, au point que la France a été condamnée à plusieurs reprises, dont la dernière fois le 9 décembre 2008, à une amende de dix millions d'euros ; que si ce **manquement de l'Etat traduisait un risque aggravé** par la faute de celui-ci, il n'en résultait pas l'existence d'un danger actuel ou imminent »²⁶⁷⁷. Il était plus intéressant de relever que les prévenus avaient « **aggravé le risque en transportant, dans la seconde phase de leur action, des maïs transgéniques** » et que les voies légales pouvaient être efficaces puisque « **l'autorisation de dissémination accordée à la SAS Monsanto agriculture France a été ultérieurement annulée par le Conseil d'Etat** »²⁶⁷⁸.*

558. La proportionnalité déterminante de l'utilité sociale de l'atteinte. Si la nécessité ne s'apprécie pas avec la même rigueur selon la gravité du péril et de l'acte de sauvegarde, elle requiert, pour être définitivement acquise, un contrôle de proportionnalité de l'atteinte. Une atteinte démesurée ne saurait être jugée nécessaire, ni même utile socialement. Le contrôle de la proportionnalité de l'atteinte se présente, alors, comme une garantie supplémentaire du mécanisme justificatif. A l'instar du critère de nécessité qui l'englobe, son appréciation varie, de la même manière, au gré des valeurs en conflit.

§ 2 : La proportionnalité de l'atteinte

559. Un examen guidé par la *ratio legis*. L'appréciation de la proportionnalité de l'atteinte consiste à vérifier que les circonstances de l'atteinte permettent d'établir la sauvegarde d'une valeur au moins équivalente à celle sacrifiée. Or, la pondération des valeurs en cause est guidée par la finalité de l'incrimination et par la cohérence globale des textes. La tâche du juge est, de surcroît, facilitée dans le cas où la valeur sauvegardée par le comportement infractionnel est identique à celle protégée par l'interdit pénal. Il va sans dire qu'en pareil cas, il n'y a plus lieu de déterminer quelle valeur prime sur l'autre, puisque le législateur a lui-même indiqué la valeur protégée. Il suffit de la déduire de l'interdit pour en justifier la transgression, s'il est avéré qu'elle préserve davantage la valeur protégée qu'elle ne la menace. A la comparaison des valeurs, se substitue, alors, une comparaison des atteintes. Aussi la caractérisation d'un motif légitime procède-t-elle tantôt de la comparaison

²⁶⁷⁷ *Ibid.*

²⁶⁷⁸ *Ibid.*

traditionnelle des valeurs protégées (A), tantôt de la protection paradoxale d'une valeur par la transgression de sa norme de protection (B).

A) La comparaison traditionnelle de deux valeurs protégées

560. La mesure de l'acte au regard des valeurs en jeu. La justification d'une infraction suppose que les circonstances permettent d'établir que le sacrifice d'un bien juridique protégé a permis la sauvegarde d'un bien supérieur ou égal. Le juge ne détermine pas arbitrairement celui qui doit prévaloir puisqu'il compare les valeurs dégagées et hiérarchisées par la loi elle-même. Lorsque les valeurs sont équivalentes, il procède à une comparaison plus approfondie des menaces en présence. Aussi, la détermination de la prévalence d'une valeur est-elle relativement balisée (1). Elle sera complétée, le cas échéant, par l'appréciation plus poussée de la mesure de l'acte de sauvegarde (2).

1) La détermination balisée de la prévalence d'une valeur

561. Une appréciation facilitée en présence de valeurs inégales. Il va sans dire qu'en présence d'infractions de nature contraventionnelle, telles que les infractions à motif légitime protégeant préventivement des valeurs secondaires, de nombreuses valeurs primaires pourront entrer en conflit. Or, il est assez aisé pour le juge de faire prévaloir les valeurs en fonction de leur rang, car une certaine hiérarchie ressort des textes eux-mêmes et, particulièrement, de la qualification légale des atteintes. La jurisprudence allemande relative à l'aide au séjour irrégulier²⁶⁷⁹ témoigne, à cet égard, de la primauté de la dignité humaine sur la régularité administrative des migrants. La Cour fédérale de justice a précisé, le 2 septembre 2009, que pouvait être utilement invoquée et retenue la justification tirée du fait que la mise à disposition d'un logement permettait d'éviter à l'étranger des conditions indignes d'hébergement²⁶⁸⁰. **L'appréciation de la proportionnalité entre la valeur sacrifiée et la valeur sauvegardée est, de surcroît, facilitée lorsque l'une d'entre elles est proclamée au rang de droit fondamental.** Ainsi, par un arrêt du 10 février 2012, le Conseil d'Etat a

²⁶⁷⁹ Voir § 27 StGB et du § 95 I Nr. 2, *Aufenthaltsgesetz* (équivalent du CESEDA).

²⁶⁸⁰ Voir BGH, 2 sept. 2009, 5 StR 266/09, NStZ 2010. 171, où la Cour explique, par ailleurs, qu'il n'est pas nécessaire que l'aide soit la cause de la survenance du résultat et, partant, qu'elle n'a pas à être la condition *sine qua non* de la commission de l'infraction principale (SAAS C. et TRAUTMANN S., « Actualités du droit pénal allemand en 2010 », RSC 2011. 253.).

consacré l'hébergement d'urgence comme liberté fondamentale, au sens du référé-liberté²⁶⁸¹. Il concerne les personnes sans-abri en situation de détresse, sans distinction de leur situation administrative. Voilà qui devrait faciliter la balance des valeurs à laquelle procède le juge judiciaire et limiter les nombreuses condamnations pénales des faits d'hébergement²⁶⁸². Cette appréciation semble plus délicate lorsque l'infraction réalisée porte atteinte à une valeur essentielle. Les juges du fond qui avaient admis la justification de la destruction de plants de maïs transgéniques ont, en effet, été critiqués pour avoir bafoué « *le droit légitime de propriété (...) au nom d'un 'intérêt social' prétendument supérieur* »²⁶⁸³. Il leur était reproché d'avoir considéré que l'état de nécessité pouvait porter sur « *une collectivité d'individus et, à la limite, (sur) l'ensemble de la collectivité nationale* », alors que la protection d'un bien juridique collectif ou diffus est parfaitement admissible, s'il n'est pas purement formel et idéologique²⁶⁸⁴. A ce titre, la consécration du droit à un environnement sain est, parfois, perçue comme instrumentalisée au profit d'une écologie « *intégriste* »²⁶⁸⁵. L'affaire en cause fut même comparée aux délits d'entrave à l'IVG²⁶⁸⁶ que les convictions personnelles et religieuses ne pouvaient justifier²⁶⁸⁷. Bien que la Charte de l'environnement et le principe de précaution revêtent une valeur constitutionnelle, ils restent appréhendés comme « *des machines à faire exploser le Droit* », comparables aux droits « *inventés dans le Préambule de la Constitution de 1946 (qui) ont phagocyté les droits de 1789, entre autres le droit de propriété* »²⁶⁸⁸. Or, le Conseil économique et social avait précisé que « *La*

²⁶⁸¹ Voir JENKINSON M., « L'hébergement d'urgence : un nouveau droit subjectif justiciable (CE, réf., 10 février 2012, *Karamoko F. c/ Ministre des solidarités et de la cohésion sociale*, n° 356456) », in *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 10 févr. 2012 : combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr.

²⁶⁸² Voir Crim., 4 mars 1991, *JurisData* n° 1991-001032, *Bull. crim.* n° 104, *JCP G* 1991. IV. 228 (Logement de ressortissants italiens, munis de fausses pièces d'identité, prête-nom pour le bail d'appartements et paiement des premiers loyers) ; Poitiers, 29 févr. 1996, *JurisData* n° 1996-047574 (Hébergement d'une future épouse après expiration de son titre de séjour) ; Paris, 24 juin 1997, *JurisData* n° 1997-022168 (Location de studios à des étrangers en situation irrégulière) ; Douai, 17 déc. 1997, *JurisData* n° 1997-121615 (Hébergement d'un ressortissant zaïrois en situation irrégulière à la demande d'une amie) ; Crim., 11 sept. 2002, *JurisData* n° 2002-016213 (Accompagnement d'étrangers en situation irrégulière dans des chambres préalablement louées) ; Grenoble, 17 mai 2002, *JurisData* n° 2002-184665 ; Nancy, 9 avr. 2003, *JurisData* n° 2003-237136 (Hébergement d'un étranger entré irrégulièrement sur le territoire français) ; Aix-en-Provence, 7 avr. 2003, *JurisData* n° 2003-223159 (Logement et organisation d'un mariage simulé moyennant rétribution) ; Paris, 6 janv. 2005, *JurisData* n° 2005-275615 (Hébergement en chambres d'hôtel de seize personnes de nationalité sri lankaise en situation irrégulière).

²⁶⁸³ FELDMAN J.-P., « Les 'faucheurs d'OGM' et la Charte de l'environnement », *D.* 2006. 814.

²⁶⁸⁴ Voir LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 476, note 1084, où l'auteur précise que « *certaines biens juridiques collectifs ou même diffus (environnement intégrité de l'espèce humaine...) sont d'une importance première* ».

²⁶⁸⁵ FELDMAN J.-P., « Les 'faucheurs d'OGM' et la Charte de l'environnement », *préc.*

²⁶⁸⁶ Voir, pour ce parallèle, MAYER D., « La violence est-elle un mode légitime de contestation de la loi ? », *D.* 2003. 1315.

²⁶⁸⁷ Voir T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995. II. Somm. p. 326 ; *TGI Roanne*, 27 juin 1995, *Gaz. Pal.* 1998. I. 2, note BONNEAU.

²⁶⁸⁸ FELDMAN J.-P., *art. préc.*

*reconnaissance du droit à l'environnement (allait) incontestablement se traduire par quelques restrictions à l'exercice d'autres droits, en particulier le droit de propriété, mais c' (était) bien le but poursuivi »*²⁶⁸⁹. Aussi, ne s'agit-il pas de valeurs inégales mais bien de valeurs équivalentes autorisant des dérogations. L'analyse de la légitimité de l'atteinte est, alors, plus délicate, qui suppose l'examen de la proportionnalité du moyen de sauvegarde.

562. L'analyse complémentaire du moyen de sauvegarde. Lorsque les valeurs en conflit sont d'importance inégale, leur pondération est facilitée. Lorsqu'elles sont équivalentes, l'appréciation de la proportionnalité requiert un examen plus approfondi de la gravité de l'acte.

2) L'appréciation plus poussée de la mesure de l'acte de sauvegarde

563. L'hypothèse des atteintes violentes. La justification d'une atteinte ne peut être retenue que lorsque la réaction est proportionnée à la menace²⁶⁹⁰. A ce titre, la reconnaissance de la légitimité des comportements violents ne peut être que restreinte. En matière d'« OGM », des commentateurs ont, précisément, estimé que la violence de l'acte de sauvegarde a été déterminante du refus par la chambre criminelle, de justifier l'atteinte à la propriété²⁶⁹¹. Il est excipé de ce que la désobéissance civile qui fait craindre le « *désordre et l'anarchie* »²⁶⁹² ne saurait être que non violente²⁶⁹³. Il est vrai que la jurisprudence a justifié le délit d'entrave à une mesure de reconduite à la frontière, en précisant que c'était sans violence que le prévenu avait refusé d'embarquer à bord d'un avion à destination de son pays d'origine²⁶⁹⁴. La comparaison manque de pertinence car il s'agissait, en l'occurrence, de violence contre des personnes, dépositaires de l'autorité publique qui plus est. La violence dirigée contre les biens est d'autant plus susceptible de justification que « *la résistance à*

²⁶⁸⁹ Voir l'avis présenté le 12 mars 2003 : www.ladocumentationfrancaise.fr.

²⁶⁹⁰ Voir DANTI JUAN M., *Rép. pén.* Dalloz, V° « Etat de nécessité », n° 46.

²⁶⁹¹ Voir Crim., 19 nov. 2002 (*inédit*), *D.* 2003. 1315, note MAYER D., où le pourvoi arguait d'une conception large de l'article 8 CSEDH, comprenant « *le droit pour toute personne à vivre dans un environnement sain* ». La Cour européenne avait, en effet, estimé que « *les atteintes graves à l'environnement peuvent toucher le bien-être des personnes et les priver de la jouissance de leur domicile, ce qui est de nature à nuire à leur vie privée et familiale* » (CEDH, 19 févr. 1998, *Guerra c/ Italie* (industrie chimique), *RGDIP* 1998. 995, obs. MALJEAN-DUBOIS S.). Voir sur cette question RUSSO C., « Le droit de l'environnement et les décisions de la Commission des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne », *Mél. LE PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 635 s.

²⁶⁹² FELDMAN J.-P., art. préc.

²⁶⁹³ MAYER D., « La violence est-elle un mode légitime de contestation de la loi ? », préc.

²⁶⁹⁴ Toulouse, 15 févr. 2001, *D.* 2003, Somm. p. 175, obs. GOZZI M.-H., *RSC* 2002.116, obs. DELMAS-SAINT-HILAIRE J.-P.

l'oppression » figure parmi les quatre droits naturels et imprescriptibles de l'Homme, aux côtés de la liberté, de la propriété et de la sûreté²⁶⁹⁵. Au fond, les plus solides critiques de la justification des destructions de plants transgéniques portent sur leur adéquation au but poursuivi, plus que sur leur proportionnalité ou sur l'existence même du péril.

Considéré par la doctrine comme infraction violente²⁶⁹⁶, le vol n'en est pas moins susceptible de justification, face à une forte probabilité de risque pour les droits de la défense²⁶⁹⁷. La jurisprudence n'est, toutefois, pas sans poser des limites à l'admission d'une telle atteinte à la propriété. Si elle se borne au constat que les pièces sont « *en relation directe avec les droits revendiqués* »²⁶⁹⁸, elle rejette, tout de même, la justification lorsque le nombre de documents appréhendé apparaît totalement disproportionné²⁶⁹⁹. La limitation du champ d'application de la justification par les droits de la défense aux litiges prud'homaux²⁷⁰⁰ se conçoit, en revanche, moins bien. Alors que la « *nature supra législative* » du principe d'égalité des armes devrait justifier « *toute infraction adéquate* »²⁷⁰¹, on voit mal en quoi le vol serait moins nécessaire et proportionné à la défense du salarié, dans le cadre d'un procès pénal en diffamation²⁷⁰². Il convient, par conséquent, de se garder de déduire d'une solution jurisprudentielle l'éviction générale de certaines infractions du champ de la justification. L'appréciation de la proportionnalité d'une atteinte doit demeurer relative aux circonstances de chaque espèce.

C'est ainsi que le délit d'entrave à la circulation n'a pas été considéré comme proportionné à la liberté de manifester sur la voie publique, soumise à l'obligation de déclaration

²⁶⁹⁵ DDHC, art. 2.

²⁶⁹⁶ Voir notamment DETRAZ S., note ss Crim., 9 juin 2009, *Gaz. Pal.* 2009. 10.

²⁶⁹⁷ Voir notamment Crim., 21 juin 2011, n° 10-87671, *Bull. crim.* n° 149, où la Cour se fonde sur l'« *éventualité* » « *d'une action en justice introduite à son encontre devant la juridiction prud'homale* ».

²⁶⁹⁸ Crim., 23 févr. 2011, n° 10-82679 (*inédit*).

²⁶⁹⁹ Voir Crim., 21 juin 2011, *préc.*, où la Cour a estimé, sans mention précise de la disproportion, que le fait justificatif ne pouvait pas s'appliquer « *dès lors que les documents découverts en (...) possession (du salarié) étaient bien plus nombreux que le seul (...) qui serait à même d'éclairer ladite juridiction sur les difficultés rencontrées avec son ancien employeur* ». Voir, pour l'absence de preuve de la nécessité *lato sensu* du vol à l'égard de la défense, Crim., 10 mai 2005, *JCP E* 2005. 1879, note DAURY-FAUVEAU M.

²⁷⁰⁰ Voir Crim., 9 juin 2009, *D.* 2009. 306, note KOBINA GABA H. ; *RPDP* 2009. 858, chron. FOURNIER S., *Gaz. Pal.* 2009. 10, note DETRAZ S., *RSC* 2010. 128, note FORTIS E.

²⁷⁰¹ Voir, pour cette affirmation, DETRAZ S., « Vol justifié de documents par un salarié », *JCP G* 2011. 1020. Voir, pour l'admission de la transcription, par huissier dans une instance prud'homale, de conversations téléphoniques enregistrées à l'insu des collègues de travail, Crim., 14 janv. 2006, *Bull. crim.* n° 38, *D.* 2007, jurispr. 1184, note SAINT-PAU J.-C.

²⁷⁰² Voir, la critique de la solution, KOBINA GABA H., « Exception au principe des droits de la défense et nature du litige », *D.* 2009. 306, OLLARD R., « Limitation du domaine de la justification par l'exercice des droits de la défense : un salarié ne peut jamais voler des documents de l'employeur que pour se défendre dans un litige prud'homal », *Lexbase hebdo*, n° 363, 17 sept. 2009, n° N9172BLB. Voir, pour une analyse plus positive de la solution, SORDINO M.-C., « Précision sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », *Dr. pén.* 2010, étude 6.

préalable²⁷⁰³. Un auteur a, néanmoins, relevé la motivation excessivement large de l'arrêt d'appel qui affirmait que « *la commission d'infractions à la loi pénale ne saurait être justifiée ni par l'exercice du droit de grève ni par les manifestations sur la voie publique* »²⁷⁰⁴. On peut, en effet, comprendre que l'exercice du droit de grève n'empêche pas la chambre criminelle de censurer la justification de la « *retenue* » d'un chef d'entreprise, même en l'absence de violences caractérisées²⁷⁰⁵. **Mais, le juge ne peut, pas plus que le législateur, exclure abstraitement de la justification par la liberté de réunion ou le droit de grève, tous les crimes et délits, jusqu'aux plus insignifiantes contraventions**²⁷⁰⁶.

564. De la complémentarité de l'appréciation de l'acte à son exclusivité. La comparaison des valeurs en conflit est relativement balisée, lorsqu'elles sont manifestement inégales. Au contraire, lorsqu'elles sont équivalentes, une appréciation plus poussée de la mesure de l'acte de sauvegarde s'impose, à titre complémentaire. Une telle analyse de l'acte devient exclusive, dans un second cas de figure où les circonstances rendent, paradoxalement, l'acte conforme à la même valeur que celle du texte protégée par l'incrimination. L'analyse est d'autant plus aisée qu'elle dispense le juge d'une comparaison des valeurs, pour porter essentiellement sur la comparaison de l'atteinte réalisée, à la menace conjurée.

B) La protection paradoxale d'une valeur par sa transgression

565. La préservation d'une valeur par la transgression de sa norme de protection. Le cas de figure *a priori* atypique de la protection d'une valeur par sa lésion formelle offre des garanties supplémentaires de sécurité juridique. En pareille hypothèse, il ne revient plus au juge de faire prévaloir une valeur sur une autre, mais de peser les menaces en conflit. Il n'a qu'à se fier à la valeur protégée par l'incrimination et rechercher si elle est mieux préservée par la transgression de l'interdit que par son respect, au regard de circonstances relativement rares. Ce type d'appréciation se retrouve souvent en matière d'infractions à motif légitime, en raison de leur matérialité équivoque, mais elle est également susceptible de se rencontrer pour la justification de faits plus graves. Le principe d'interprétation stricte ne saurait commander l'application bornée d'une incrimination à des

²⁷⁰³ Voir Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 77, *RPDP* 2005. 638, obs. PIN X., *RSC* 2005. 836, obs. VERMELLE G.

²⁷⁰⁴ Voir en ce sens PIN X., obs. préc.

²⁷⁰⁵ Voir Crim., 23 déc. 1986, *Bull. crim.*, n° 384, *RSC* 1987. 696, obs. LEVASSEUR. Voir aussi BOULOC B., « La séquestration de dirigeants sociaux », *D.* 2009. 1584.

²⁷⁰⁶ Voir pour cette affirmation PIN X., obs. préc.

faits conformes à sa finalité. Si cette hypothèse de justification est caractéristique des infractions à motif légitime (1), elle ne leur est pas spécifique (2) et peut donc s'appliquer de manière générale.

1) Une justification caractéristique des infractions à motif légitime

566. Les hypothèses d'absence de comparaison des valeurs. Il existe de nombreux cas de soustractions aux obligations parentales où le départ d'un parent du domicile familial peut être analysé comme accompli dans l'intérêt de l'enfant que protège, pourtant, l'incrimination. La jurisprudence a reconnu légitime, les abandons physiques du foyer en raison de la « *nécessité* » de trouver un emploi dans une autre ville²⁷⁰⁷ ou en raison de maltraitances conjugales²⁷⁰⁸. Les motivations ne font pas expressément mention de l'intérêt de l'enfant mais, les circonstances relevées témoignent de ce qu'il est mieux préservé par la commission de l'infraction. L'intérêt de l'enfant serait, sans doute, plus affecté par le fait d'assister aux mauvais traitements subis par son père ou par son absence d'emploi ou de revenus que par son départ du foyer. Il est vrai que dans ces exemples l'intérêt de l'auteur de l'infraction a également été pris en compte. Il existe, en revanche, des hypothèses où seule la valeur protégée par l'incrimination est prise en considération. Il en va ainsi de la détention de données ou d'instruments permettant de porter atteinte à un système de traitement automatisé de données. La mise à disposition de données révélant des failles informatiques se trouve justifiée, lorsqu'elle est adressée au maître du système²⁷⁰⁹. Si la détention ou la mise à disposition de telles informations représente bien un risque hypothétique pour la sécurité des systèmes de données, les circonstances décrites la renforcent plus qu'elles ne la mettent en péril. Il pourrait en aller de même du refus de vendre les quantités demandées par un client, dans des circonstances légitimes de pénurie du produit. Ce comportement correspondant à l'infraction servirait davantage les intérêts du consommateur qu'il ne les desservirait. En cédant tout au même client, le vendeur devrait, en effet, refuser de vendre à d'autres.

567. Le parallèle avec le motif légitime en droit civil. On retrouve des cas de figure similaires en droit civil, notamment s'agissant de l'admission des expertises biologiques dans l'intérêt de la filiation, où la jurisprudence dégage des motifs légitimes de

²⁷⁰⁷ Lyon, 12 juin 1943, *JCP* 1943. II. 2504.

²⁷⁰⁸ Voir T. corr. Clamecy, 10 juill. 1946, *D.* 1946. 412.

²⁷⁰⁹ Voir Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 179, où le motif légitime n'était pas établi car le prévenu ne s'était pas contenté d'alerter *Microsoft* sur les failles, mais les avait diffusées sur le site de l'entreprise.

refus d'y procéder dans l'intérêt même de la filiation. La Cour de cassation affirme, en effet, que « *l'expertise biologique est de droit en matière de filiation, sauf s'il existe un motif légitime de ne pas y procéder* »²⁷¹⁰.

Elle a, ainsi, pu considérer que les conséquences psychologiques qu'entraînerait de manière certaine sur l'enfant, l'expertise biologique constituent un motif légitime de ne pas l'ordonner, en vertu des intérêts supérieurs de l'enfant, lesquels priment la démonstration, ou non, d'une vérité biologique²⁷¹¹. Autrement dit, l'existence de la filiation peut primer, au regard des circonstances concrètes, sur la vérité de la filiation, s'agissant d'une action en contestation de celle-ci. De la même manière, la volonté ferme et continue de l'auteur de la reconnaissance, de son vivant, d'assumer sa paternité, jointe à l'opposition de l'administrateur *ad hoc* de l'enfant, à l'exhumation du corps du père, établissent le motif légitime de ne pas recourir à l'expertise²⁷¹². Il a été procédé au même refus, lorsque le père n'avait pas contesté la paternité de sa fille pendant plus de soixante ans et que la demande en annulation de la reconnaissance présentée par son fils, outre son caractère déstabilisateur, n'était causée que par un intérêt strictement financier²⁷¹³. La jurisprudence tente de concilier, compte tenu des circonstances, les différentes dimensions du lien de filiation. Il s'agit d'apprécier l'utilité de la mesure d'expertise au regard de sa finalité.

568. La valeur mieux protégée par la réalisation de l'infraction. Guidé par la *ratio legis*, le juge doit s'abstenir, quelle que soit l'incrimination, de réprimer ce qu'elle entend protéger. C'est, donc, de manière générale qu'il peut justifier les faits, lorsque la valeur en cause est mieux préservée par la réalisation de l'infraction que par le respect de l'interdit.

²⁷¹⁰ Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103, *D.* 2000. 731, note GARE, *D.* 2001. Somm. 976, obs. GRANET, *ibid.* 1427, obs. GAUMONT-PRAT, *ibid.* 2868, obs. DESNOYER, *JCP* 2000. II. 10409, concl. PETIT, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX, *Defrénois* 2000. 769, note MASSIP, *Dr. fam.* 2000, n° 72, note MURAT, *RJPF* 2000-5/38, note HAUSER, *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE, *ibid.* 27 nov. 2000, note DABURON, *RTD civ.* 2000. 304, obs. HAUSER. Voir aussi Civ. 1^{ère}, 28 nov. 2007, *Bull. civ. I*, n° 371.

²⁷¹¹ TGI Lyon, 5 juill. 2007, *D.* 2007. 3052, note GOUTTENOIRE A., *RTD civ.* 2008. 93, obs. HAUSER J. (contestation de reconnaissance).

²⁷¹² Civ. 1^{re}, 25 avr. 2007, *Bull. civ. I*, n° 163, *Defrénois* 2007. 1640, obs. MASSIP, *AJ fam.* 2007. 273, obs. CHENEDE, *Dr. fam.* 2007, n° 170, note MURAT, *RJPF* 2007-7-8/31, note CORPART, *RTD civ.* 2007. 555, obs. HAUSER.

²⁷¹³ Civ. 1^{re}, 30 sept. 2009, *Bull. civ. I*, n° 197, *JCP* 2009. 533, note BRUSORIO-AILLAUD, *ibid.* 2010. 34, n° 8, obs. FAVIER, *AJ fam.* 2009. 454, obs. CHENEDE, *Dr. fam.* 2009, n° 142, note MURAT, *RJPF* 2010-1/42, note GARE, *RTD civ.* 2009. 711, obs. HAUSER.

2) Une justification non spécifique aux infractions à motif légitime

569. La discrimination dans l'intérêt du discriminé. La chambre sociale admet l'inégalité de traitement entre des salariés, fondée sur les origines, si la faveur accordée repose sur des raisons objectives²⁷¹⁴. La discrimination positive ne semble pas être aussi favorablement accueillie par la chambre criminelle²⁷¹⁵. Le caractère positif des discriminations qu'elle a eu à connaître n'était, toutefois, pas évident, car les prévenus avaient essentiellement privilégié une organisation syndicale²⁷¹⁶ ou une origine²⁷¹⁷ au détriment des autres. Il existe, pourtant, des hypothèses où la discrimination, sans être positive, est réalisée dans l'intérêt même du discriminé, tel que le refus d'accueillir un enfant handicapé dans une enceinte dangereuse pour lui²⁷¹⁸. En l'espèce, les responsables d'un manège d'équitation avaient refusé à un enfant autiste, régulièrement inscrit, la possibilité de participer à un exercice, car son handicap aurait compromis sa propre sécurité et celle des autres participants. La chambre criminelle a, également, justifié le fait de refuser à une femme, un travail pénible exigeant le port de lourdes charges, en dépit d'une réglementation permettant le recrutement de personnel féminin²⁷¹⁹.

En principe, l'infraction est punissable lorsque le handicap physique, notamment, constitue « *la motivation exclusive du refus* »²⁷²⁰. Or dans les exemples précédents, il est possible de considérer que le sexe ou le handicap ont fondé les refus. Ces discriminations se justifient, néanmoins, par les circonstances objectives de danger ou de pénibilité. Les considérations de sécurité sont, certes, conformes à l'intérêt des personnes discriminées, mais elles prévalent aussi sur les considérations d'égalité. Partant, ces motifs légitimes de discrimination procèdent d'avantage d'une balance de valeurs que d'une comparaison des lésions.

²⁷¹⁴ Voir Soc., 9 nov. 2005, *Bull. civ.* 2005, V, n° 312, où la Cour de cassation admet qu'une entreprise puisse verser aux salariés étrangers une prime d'expatriation dès lors que « *cette inégalité vise non seulement à compenser les inconvénients résultant de l'installation d'un individu et de sa famille en pays étranger, mais aussi à faciliter l'embauche des salariés ressortissants non français des parties contractantes afin de contribuer à la création d'un pôle d'excellence scientifique international* ».

²⁷¹⁵ Voir WESTER-OUISSE V., « Travail », *J-Cl. Lois pénales spéciales*, fasc. 60, 2008, n° 42 et n° 18 à 23.

²⁷¹⁶ Crim., 12 sept. 2000, *Gaz. Pal.* 2001 I. jurispr. p. 68, où il n'est pas admis que l'on puisse réserver un emploi à une personne d'origine calédonienne et appartenant au syndicat USTKE.

²⁷¹⁷ Crim., 20 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-022335, où il n'est pas admis que l'on puisse réserver un poste d'animateur sur deux à une personne appartenant à une « *famille issue de l'immigration* ».

²⁷¹⁸ Limoges, 14 mai 1991, *JurisData* n° 046824.

²⁷¹⁹ Crim., 25 mai 1983, *Bull. crim.* n° 154.

²⁷²⁰ TGI Paris, 28 juin 2005, *Gaz. Pal.* 2006. II. 2634, note PAULIN (refus de location d'un appartement à une personne handicapée).

570. L'atteinte à l'intégrité physique pour protéger l'intégrité physique. On retrouve de véritables hypothèses d'absence de conflit de valeurs, en dehors des infractions à motif légitime. Il est assez fréquent, en matière de légitime défense, que le juge n'ait pas à procéder à la pondération des biens juridiques en cause. La plupart du temps l'intégrité physique des protagonistes est seule en cause. La jurisprudence se borne, alors, à apprécier le caractère mesuré ou excessif de la riposte, compte tenu de l'intensité de l'agression. C'est ainsi qu'elle a pu estimer que « *le fait d'avoir continué à frapper (l'agresseur) alors qu'il était au sol ne peut s'assimiler à une défense légitime* »²⁷²¹. Il est évident que la menace de l'intégrité physique justifie l'atteinte à l'intégrité physique. Il reste seulement à apprécier le caractère nécessaire et proportionné de l'acte.

571. La justification des atteintes utiles ou neutres socialement. Si la détermination de l'utilité sociale d'une atteinte implique généralement la protection d'une autre valeur égale ou supérieure, il n'en va pas ainsi de nombreuses circonstances légitimes. Certaines rendent paradoxalement l'acte conforme à la même valeur que celle protégée par le texte d'incrimination. L'analyse est d'autant plus aisée qu'elle dispense le juge d'une comparaison des valeurs, pour porter essentiellement sur la comparaison de l'atteinte réalisée, à la menace conjurée. Qu'il s'agisse du critère de proportionnalité ou de nécessité *stricto sensu*, leur appréciation varie selon les circonstances et la gravité des enjeux. L'atteinte est reconnue légitime dès que les circonstances neutralisent la nocuité sociale de l'acte correspondant à l'incrimination. C'est la raison pour laquelle les atteintes concrètement insignifiantes doivent être justifiées, au même titre que celles qui sont socialement utiles.

Section 2 : La justification des atteintes socialement insignifiantes

572. La reconnaissance implicite du principe d'insignifiance. Des auteurs ont rapproché le « *principe d'insignifiance* », sur lequel se fonde la jurisprudence espagnole pour ne pas réprimer des infractions concrètement négligeables, de l'adage romain *de minimis non curat praetor*²⁷²² que la doctrine française reconnaissait comme étant de droit positif, voici près d'un siècle²⁷²³. La question de l'insignifiance a connu moins de succès en France car les poursuites ne sont pas soumises au principe de légalité, mais à celui d'opportunité. Il existe,

²⁷²¹ Voir Crim., 20 mars 2012, n° 11-84931 (*inédit*), où la Cour confirme cette motivation.

²⁷²² Voir LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 586.

²⁷²³ Voir CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8^{ème} éd. 1995, p. 62 et s.

en effet, des systèmes juridiques qui prennent en compte la modicité de l'infraction au stade procédural et d'autres qui nient l'illicéité substantielle de ces infractions²⁷²⁴. Or, il est possible de considérer que le filtre du classement sans suite n'est pas toujours suffisant et qu'une condamnation, même assortie d'une dispense de peine, serait excessive. Le principe d'insignifiance aurait le mérite d'expliquer l'impunité de fait de certaines pratiques socialement admises, notamment en cas de consentement de la victime. Il permettrait, de surcroît, d'éviter la multiplication des autorisations légales, ponctuelles et lacunaires, de nombreuses atteintes consenties. Ainsi, seule la reconnaissance d'un principe d'insignifiance est susceptible d'expliquer que le consentement de la victime puisse relever, dans une certaine mesure, des faits justificatifs, comme le consacre les principes européens de la responsabilité²⁷²⁵. Il sera, alors, démontré que l'insignifiance peut être appréhendée en tant que motif légitime (§1) et que seule l'insignifiance de l'atteinte consentie (§2) peut expliquer la possibilité d'une justification par le consentement de la victime.

§1 : L'insignifiance comme motif légitime

573. L'insignifiance relevant de circonstances extérieures à l'infraction. Il est vrai que l'insignifiance semble se situer à la charnière de l'illicéité positive et de l'illicéité négative. Mais, lorsque l'insignifiance de l'atteinte procède de circonstances extérieures à la définition de l'infraction, elle ne fait pas obstacle à sa caractérisation, sauf à ajouter au texte une condition supplémentaire. La jurisprudence refuse, à ce titre, d'interpréter de manière restrictive les incriminations, alors que cela lui permettrait de ne pas qualifier pénalement les atteintes insignifiantes. Le contexte de l'infraction peut, au moins et de manière exceptionnelle, priver d'effet la qualification pénale, lorsqu'il permet d'établir l'absence de nécessité concrète de la répression. Partant, l'insignifiance pourrait relever du mécanisme justificatif, dès lors qu'elle procède de circonstances extérieures à la définition légale de l'infraction. Si la jurisprudence ne voit aucun obstacle à la qualification de l'atteinte insignifiante (A), la présomption d'illicéité qui en résulte devrait au moins pouvoir être renversée (B).

²⁷²⁴ Voir sur cette opposition, PRADEL J., *Droit pénal comparé*, op. cit., n° 33.

²⁷²⁵ L'article 7-101 prévoit, en effet, que « la responsabilité peut être écartée si et dans la mesure où l'auteur a agi légitimement », en mentionnant aux côtés de l'autorisation de la loi, de la légitime défense, de l'état de nécessité, de la carence des autorités du fait de l'urgence, le consentement de la victime au dommage ou au risque de dommage (*Principles of european tort law*, élaborés le 16 octobre 2004 par l'European group on tort law : www.egtl.org (version française).

A) L'absence d'obstacle à la qualification de l'atteinte insignifiante

574. L'interprétation littérale et constitution de l'infraction. A supposer que les textes d'incrimination soient conformes au principe de nécessité de la répression, cela ne dispense pas le juge de les interpréter conformément à leur finalité de protection des valeurs²⁷²⁶. Cette interprétation véritablement téléologique devrait permettre de ne qualifier que les atteintes suffisantes au bien juridico-pénal protégé. Or, la jurisprudence qui prend tant de liberté avec le principe d'interprétation stricte dans le sens de l'extension des incriminations, pourrait le faire à meilleur escient, en ne qualifiant pas des atteintes concrètement dérisoires. Elle demeure, paradoxalement, rétive à toute interprétation restrictive (1) et reste rivée, en ce domaine, sur une interprétation littérale (2).

1) La possibilité d'une interprétation restrictive des incriminations

575. La compatibilité entre interprétations téléologique et restrictive. Si MOTULSKY a affirmé que « *la source formelle doit garder son rôle prédominant* » et que « *l'interprétation doit se fonder sur elle* », il a aussi admis que « *si l'assouplissement des sources formelles est indispensable, il ne doit servir les sources réelles qu'à titre d'auxiliaires précieux mais délicats à utiliser et n'y avoir recours exclusivement ni même principalement qu'une fois que les procédés techniques ont été sans succès épuisés* »²⁷²⁷. Cela implique que la lettre de la loi doit présider à son interprétation mais, que lorsqu'elle conduit à des solutions contraires à son esprit, l'interprétation peut, alors, se fonder sur les principes généraux qui la sous-tendent.

La loi permet, ainsi, d'appliquer la contravention de non-port de la ceinture de sécurité²⁷²⁸ à un conducteur qui, sans ceinture, ajusterait de quelques centimètres son créneau dans un parking désert. Or, il est permis de considérer que ce comportement ne présente aucun danger pour la sécurité routière et qu'il serait, donc, insusceptible d'engager une présomption d'illicéité réelle.

²⁷²⁶ Voir LACAZE M., *op. cit.*, n° 589.

²⁷²⁷ MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque, nouv. éd. 2002, n° 13.

²⁷²⁸ Voir C. route, R. 412-1.

Des auteurs rapportent que dans les pays de tradition germanique « *le principe d'exclusive protection des biens juridiques est le principe directeur de l'interprétation juridique* » qui s'oriente de plus en plus vers un « *dépassement du positivisme* »²⁷²⁹. L'interprétation téléologique est, ainsi, souvent menée par les juridictions espagnoles pour limiter l'incrimination à la protection de la valeur protégée par le texte et « *exclure de son champ d'application les comportements qui pourraient littéralement être sanctionnés* »²⁷³⁰. Cette interprétation restrictive serait d'autant mieux acceptée par la doctrine qu'elle respecte les principes fondamentaux du droit pénal. Le principe d'interprétation stricte ne s'y oppose pas, en ce qu'il prône, avant tout, une interprétation fidèle de la norme et, partant, respectueuse de sa finalité.

576. Le rejet jurisprudentiel de l'interprétation restrictive des incriminations.

L'interprétation stricte est trop souvent confondue avec l'interprétation littérale alors que « *la finalité de protection des biens juridico-pénaux commande de substituer une interprétation téléologique guidée par le bien juridique protégé et par les grands principes de nécessité et de proportionnalité auxquels il est profondément lié* »²⁷³¹. Or, contrairement à l'interprétation restrictive, l'interprétation littérale permet la qualification pénale des atteintes insignifiantes.

2) L'ancrage de l'interprétation littérale des incriminations

577. La qualification pénale des atteintes insignifiantes. La doctrine n'a de cesse de dénoncer l'« *interprétation extensive* » à laquelle se livre le juge répressif²⁷³², au nom de l'autonomie du droit pénal²⁷³³. L'interprétation « *restrictive* », plus respectueuse du principe d'interprétation stricte²⁷³⁴, est paradoxalement éludée par l'autorité judiciaire, « *gardienne de la liberté individuelle* » selon la Constitution²⁷³⁵. C'est ainsi qu'en dépit d'un bon sens élémentaire, la jurisprudence en vient à qualifier des faits concrètement dérisoires, dès lors qu'ils correspondent à la lettre de l'incrimination. On en voudra pour preuve un arrêt récent de la chambre criminelle qui pose que « *l'article L. 235-1 du code de la route incrimine le*

²⁷²⁹ LACAZE M., *op. cit.*, n° 348.

²⁷³⁰ *Ibid.*

²⁷³¹ LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 479. L'auteur précise que l'interprétation téléologique n'est pas restreinte à la volonté du législateur (n° 268 et s.).

²⁷³² Voir notamment CLAVERIE-ROUSSET C., « La légalité criminelle », *préc.*, n° 19.

²⁷³³ DREYER E., « La subsidiarité du droit pénal », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 247 et s., n° 8 et s.

²⁷³⁴ RASSAT M.-L., *Droit pénal général*, Ellipse, 2^{ème} éd. 2006, n° 118.

²⁷³⁵ Art. 66, al. 2.

seul fait de conduire un véhicule après avoir fait usage de stupéfiants dès lors que cet usage résulte d'une analyse sanguine » quel que soit le temps qui s'est écoulé entre la prise et la conduite et indépendamment de la disparition de l'emprise du produit²⁷³⁶. Les juges d'appel avaient relaxé le prévenu au motif qu'il résulte d'un consensus national de la société française de toxicologie analytique que la seule présence de « *THC-COOH* » dans le sang à un taux inférieur à 20 ng/ml « *révèle que l'intéressé a fait usage de cannabis plus de six heures (au moins) avant le contrôle, ce dont il se déduit qu'il n'était pas sous l'influence du cannabis lors dudit contrôle* ». Conformément au pourvoi du Procureur général, la Cour de cassation estime que la cour d'appel a méconnu le sens et la portée de l'incrimination et le principe d'interprétation stricte. Le pourvoi arguait, par ailleurs, de l'indifférence du classement de l'infraction dans un chapitre V intitulé « *conduite sous l'influence de substances ou plantes classées comme stupéfiants* » qui renseigne, pourtant, sur la volonté du législateur²⁷³⁷.

Le caractère insatisfaisant de la solution a conduit à la transmission d'une question prioritaire de constitutionnalité portant sur la conformité de ladite incrimination aux principes de légalité criminelle et de nécessité des peines²⁷³⁸. Il lui était reproché de ne prévoir ni taux de substance illicite détectable dans le sang ni durée entre la prise de stupéfiants et la conduite. Le Conseil estime que la définition est suffisamment claire et précise puisque « *l'infraction est constituée dès lors que l'usage de produits ou de plantes classés comme stupéfiants est établi par une analyse sanguine* » et qu'il ne peut être fait grief à la loi de n'avoir pas précisé la quantité de produits stupéfiants présents dans le sang car « *il appartient au pouvoir réglementaire, sous le contrôle du juge compétent, de fixer, en l'état des connaissances scientifiques, médicales et techniques, les seuils minima de détection témoignant de l'usage de stupéfiants* »²⁷³⁹. Le Conseil s'est, ensuite, contenté d'affirmer que « *compte tenu des risques induits par le comportement réprimé, les peines encourues ne sont pas manifestement disproportionnées* ».

A le suivre, seul importe l'établissement de l'usage de stupéfiants, sans considération de l'existence d'une emprise ni du risque concret qui en découle.

²⁷³⁶ Crim., 8 juin 2011, n° 11-81218 (*inédit*).

²⁷³⁷ *Ibid.*

²⁷³⁸ Aux termes du premier alinéa, du paragraphe I de l'article L. 235-1 du code de la route : « *Toute personne qui conduit un véhicule ou qui accompagne un élève conducteur alors qu'il résulte d'une analyse sanguine qu'elle a fait usage de substances ou plantes classées comme stupéfiants est punie de deux ans d'emprisonnement et de 4 500 euros d'amende* ».

²⁷³⁹ Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 QPC, JO 10 déc. 2011, p. 20991.

578. La présomption d'illicéité de l'atteinte insignifiante. L'application à la lettre des incriminations conduit à qualifier des atteintes à l'ordre public concrètement négligeables. Il est, donc, impératif que la présomption d'illicéité qui en découle, puisse être renversée par la caractérisation de circonstances extérieures rendant l'atteinte socialement insignifiante.

B) Le reversement de la présomption d'illicéité de l'atteinte insignifiante

579. L'évolution vers la prise en compte mesurée de l'insignifiance. De récentes évolutions jurisprudentielles indiquent une prise en compte de l'insignifiance sociale de l'atteinte à l'égard de l'existence même de la responsabilité pénale et non pas simplement à l'égard de la mesure de celle-ci. La jurisprudence répressive semble de plus en plus disposée au renversement de la présomption d'illicéité des atteintes insignifiantes. C'est donc par la vérification de la nocuité sociale concrète de l'infraction (1) qu'elle admet l'exonération de la responsabilité du fait des atteintes insignifiantes (2).

1) La vérification de la nocuité sociale concrète de l'infraction

580. L'exemple du proxénétisme. Par un arrêt du 14 mars 2012, la chambre criminelle a refusé de transmettre une question prioritaire de constitutionnalité relative à l'incrimination de proxénétisme, au motif que le juge a le pouvoir de vérifier la nécessité concrète de la répression. La question portait plus précisément sur la contrariété de l'article 225-5 du Code pénal, au droit de mener une vie familiale normale, du Préambule de la Constitution de 1946, ainsi qu'au droit au respect de la vie privée, de la Déclaration de 1789. En posant que « *le proxénétisme est le fait, par quiconque, de quelque manière que ce soit : 1°) d'aider, d'assister ou de protéger la prostitution d'autrui ; 2°) de tirer profit de la prostitution d'autrui, d'en partager les produits ou de recevoir des subsides d'une personne se livrant habituellement à la prostitution (...)* », le texte prêterait « *la qualité d'auteur de l'infraction* » aux personnes qui participent à la vie privée et familiale des personnes prostituées. En outre, il s'appliquerait aussi à celles qui n'ont employé aucune forme de « *contrainte* » ni agi « *par enlèvement, fraude, tromperie, abus d'autorité ou d'une situation de vulnérabilité* » ou par l'offre ou l'acceptation d'avantages « *pour obtenir le consentement d'une personne ayant autorité sur une autre, à des fins d'exploitation* », et qui ne se sont pas liées avec les personnes prostituées « *au seul but de satisfaire les passions d'autrui ou*

d'exploiter le produit de la prostitution ». Il était par conséquent reprocher au texte de s'appliquer trop largement à des comportements socialement utiles ou neutres.

Si la Cour de cassation estime que les dispositions contestées sont applicables à la procédure et n'ont pas déjà été déclarées conformes à la Constitution, elle considère d'une part que la question n'est pas nouvelle, en ce qu'elle porte une disposition dont le Conseil a eu l'occasion de faire application. Elle considère, d'autre part, que la question ne présente pas un caractère sérieux, dès lors que l'incrimination ne fait pas obstacle au droit au respect de la vie privée et familiale, « *seul étant réprimé le fait de sciemment favoriser ou tirer profit de la prostitution d'autrui, le juge contrôlant, en fonction des circonstances de l'espèce, qu'il n'est pas porté une atteinte disproportionnée à l'exercice des droits précités, qui ne serait pas justifiée par les nécessités de la lutte contre le proxénétisme* »²⁷⁴⁰. Elle refuse de transmettre la question au Conseil constitutionnel, afin qu'il contrôle la nécessité abstraite de cette atteinte aux libertés, au prétexte de la possibilité de contrôler la nécessité concrète de la répression. Ces deux types de contrôles devraient, pourtant, demeurer complémentaires. Il est toutefois intéressant de relever que la Cour ne se borne pas à faire état de la justification des atteintes concrètement nécessaires à la protection de la vie privée et familiale. Elle confirme, plus largement, le pouvoir de vérification de la nécessité de la répression, au regard des circonstances. Elle englobe ainsi la justification de toute atteinte nécessaire ou insignifiante. L'absence de nocuité sociale concrète de l'acte ne semble pas faire obstacle à sa qualification préalable. La Cour aurait, alors, procédé à une interprétation restrictive de l'incrimination permettant de ne caractériser que les atteintes suffisamment graves.

581. La reconnaissance d'un pouvoir de vérification et non d'un devoir. Si la chambre criminelle semble reconnaître la possibilité de vérification de l'illicéité réelle de l'acte, elle ne l'impose pas au titre d'une condition de l'infraction. Dès lors que les faits correspondent à la définition, ils sont présumés injustes jusqu'à preuve contraire. La jurisprudence s'oriente donc vers une prise en compte des atteintes concrètement insignifiantes, en tant que cause d'exonération de responsabilité et non en tant que cause de non-constitution de l'infraction.

²⁷⁴⁰ Crim., 14 mars 2012, n° 12-90002, *QPC (inédit)*.

2) L'exonération de la responsabilité du fait des atteintes insignifiantes

582. L'attribution de la charge de la preuve de l'insignifiance de l'acte au prévenu. On a, précédemment, vu que l'accomplissement d'un acte correspondant à un type de comportement incriminé engage une présomption simple de contrariété au droit. La différence entre la *typicité* et l'*antijuridicité* résidant dans la charge de la preuve, il revient, en principe, au prévenu de démontrer que les circonstances concrètes de l'acte l'ont rendu socialement utile ou neutre. Il est vrai qu'il serait envisageable d'aller plus loin, en ne présumant plus seulement l'illicéité réelle de l'infraction, mais son exigence implicite pour la caractérisation de l'infraction. Il faudrait alors présumer que l'infraction exige nécessairement pour sa constitution une atteinte suffisante aux valeurs. Avant de caractériser l'infraction, le juge devrait lui-même établir l'existence d'un risque concret pour le bien protégé. Cela semble être le parti pris de certains pays européens, tels que la Bulgarie dont le Code pénal pose que « *constitue une infraction, toute action ou omission socialement dangereuse qui a été accomplie de manière coupable et qui est déclarée punissable par la loi* » en précisant que « *ne constitue pas une infraction, l'acte qui bien que correspondant aux caractéristiques formelles de l'infraction prévue par la loi, n'est pas socialement dangereux en raison de son insignifiance ou dont la nocuité sociale est manifestement insignifiante* »²⁷⁴¹. Si l'insignifiance est expressément présentée comme une cause de non-constitution de l'infraction, il faut reconnaître que celle-ci est conçue de manière très large, qui englobe la typicité, l'illicéité et la culpabilité. En ne s'opposant, du reste, pas à la correspondance formelle des faits au type d'infraction, le texte revient, au fond, à faire de l'insignifiance une cause d'irresponsabilité. Il en va, ainsi, dans de nombreux systèmes d'inspiration germanique, où il est admis que des circonstances exceptionnelles peuvent exclure le danger normalement créé par le comportement interdit. Il ressort d'une étude comparée qu'en Italie, les juges ordinaires doivent écarter l'application de la loi, lorsque les faits sont « *concrètement inoffensifs* »²⁷⁴².

²⁷⁴¹ Art. 9, al. 1 et 2, Code pénal Bulgare (1968) : www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes (version anglaise).

²⁷⁴² PARIZOT R., *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée. Le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, op. cit., n° 212, où l'auteur estime que cette exigence de la haute Cour est un moyen de se décharger de son contrôle abstrait de la loi.

Le principe d'insignifiance revêt une utilité, toute particulière, en matière de délits-obstacle recelant une présomption d'illicéité « à double détente »²⁷⁴³. C'est le cas de bien des infractions du code de la route qui engagent une présomption d'atteinte à la sécurité routière, de laquelle se déduit un risque pour l'intégrité physique des personnes. Or, la présomption d'atteinte à une valeur dérivée qui implique l'existence d'un risque abstrait pour la valeur primaire doit pouvoir être renversée au regard des circonstances concrètes²⁷⁴⁴. Il est, également, admis que la présomption d'atteinte à la santé publique²⁷⁴⁵ inhérente à la détention ou à la consommation de stupéfiants peut être combattue par la démonstration de l'absence de risque de propagation et de participation à la circulation de la drogue²⁷⁴⁶.

583. L'absence de nécessité concrète de la répression. Les atteintes socialement insignifiantes ne sont, certes, pas nécessaires. La liberté d'accomplir des actes socialement neutres apparaît, en revanche, comme une nécessité sociale. Si l'insignifiance de l'atteinte est justificative au même titre que sa nécessité, c'est que ces deux types de circonstances font perdre à la répression toute raison d'être. Voilà pourquoi le consentement de la victime peut être considéré comme justificatif lorsqu'il rend l'atteinte socialement négligeable. C'est dire avec un auteur que la notion d'*antijuridicité* contient « *la seule théorie capable d'expliquer pourquoi, dans certains cas, le consentement de la victime est une cause d'exonération* »²⁷⁴⁷.

§ 2 : L'insignifiance de l'atteinte consentie

584. L'insignifiance comme fondement du consentement justificatif. Conformément à l'adage *volenti non fit injuria*, le consentement de la victime est considéré comme une cause d'exclusion de la responsabilité civile, sauf si l'objet est indisponible²⁷⁴⁸. Le projet de réforme « TERRE » prévoit, d'ailleurs, que « *ne donne pas non plus lieu à responsabilité le fait dommageable portant atteinte à un droit ou à un intérêt dont la victime*

²⁷⁴³ Voir particulièrement LACAZE M., *op. cit.*, n° 593.

²⁷⁴⁴ *Ibid.*

²⁷⁴⁵ Voir pour la démonstration de l'absence de véritable obligation de veiller à ses propres intérêts, GOGORZA A., *L'obligation de veiller à ses propres intérêts en droit pénal et droit civil*, Th. Bordeaux IV, 2006.

²⁷⁴⁶ Voir, pour cette position appuyée sur la jurisprudence de la Haute juridiction argentine, LACAZE M., *op. cit.*, n° 594. En France, c'est sur le fondement de la nécessité, plus que de l'insignifiance, qu'une personne paraplégique a pu légitimement cultiver des plants de cannabis dont la consommation était le seul moyen de soulager ses souffrances (Papeete, 27 juin 2002, *D.* 2003, jurispr. p. 584, note GOURDON P.).

²⁷⁴⁷ ROBERT J.-R., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis*, 6^{ème} éd. 2005, p. 251.

²⁷⁴⁸ BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009, n° 339 ; MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations, Droit civil*, 5^{ème} éd. 2011, n° 131.

pouvait disposer, si elle a consenti »²⁷⁴⁹. Cette hypothèse ne se rapporterait, cependant, pas à une véritable exonération de responsabilité, puisque l'illicéité est d'emblée exclue, à l'instar de la non-constitution de l'infraction pénale. Il n'est, pourtant, pas inenvisageable de reconnaître, dans une certaine mesure, l'effet justificatif du consentement, lorsqu'il n'est pas l'objet de protection de l'incrimination. Il suffit d'admettre que l'autonomie personnelle permet de relativiser la gravité de l'atteinte. Le consentement pourrait, dès lors, rendre l'atteinte socialement insignifiante, si elle est bénigne ou si elle se combine avec d'autres valeurs protégées. Le droit positif évolue progressivement vers une reconnaissance accrue de la libre disposition de soi, en sorte que l'effet justificatif du consentement est désormais possible (A), à certaines conditions précises (B).

A) La possibilité d'un consentement justificatif

585. La prise en compte variable selon la disponibilité du bien juridique. La doctrine pénale tend à considérer que le consentement fait obstacle à la constitution de l'infraction, lorsque sa définition légale suppose précisément l'absence de consentement de la victime. Les agressions sexuelles²⁷⁵⁰ sont souvent citées en exemple, en ce qu'elles requièrent un procédé contraignant, privant la victime de sa faculté de disposition de sa liberté sexuelle. En dehors des hypothèses de libre disposition de l'objet de l'incrimination, le consentement serait sans effet, car le droit pénal « *n'accorde pas aux volontés individuelles le droit d'aménager les interdictions qu'il édicte* » pour protéger la société dans son entier²⁷⁵¹. On assiste, néanmoins, à une multiplication de cas légaux de justification d'atteintes consenties, alors qu'elles portent sur des biens prétendument indisponibles. Cette évolution témoigne d'une reconnaissance progressive de l'autonomie personnelle et de son pouvoir justificatif. Aux côtés des hypothèses de consentement exclusif de qualification (1), se multiplient des hypothèses légales de consentement justificatif (2) ouvrant la voie de son autonomie.

²⁷⁴⁹ Voir, sur l'article 45 al. 2, GRARE-DIDIER C., « Des causes d'exclusion ou d'exonération de la responsabilité », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (ss. dir. TERRE F.), Dalloz, coll. *Thème et commentaires*, 2011, p. 185, spéc. 187.

²⁷⁵⁰ Voir C. pén., art. 222-22 et s.

²⁷⁵¹ STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux IV, 2009, n° 156.

1) Le consentement exclusif de qualification

586. Le défaut de consentement constitutif de l'atteinte à un intérêt disponible.

On enseigne, généralement, que le consentement s'oppose à la constitution de l'infraction, en présence d'un intérêt protégé disponible, tel que « *la propriété, l'honneur, la liberté d'aller et de venir ou la liberté sexuelle* »²⁷⁵². La même analyse ressort de la doctrine espagnole²⁷⁵³ ou allemande²⁷⁵⁴, qui considère que lorsque les incriminations protègent directement ou indirectement l'autonomie ou la volonté de la victime, le consentement fait obstacle à la *typicité*. Il est des hypothèses assez rares où le défaut de consentement n'est pas suffisant, qui doit se fonder, au surplus, sur un motif légitime. L'article 226-18-1 du Code pénal incrimine, ainsi, « *le fait de procéder à un traitement de données à caractère personnel concernant une personne physique malgré l'opposition de cette personne, lorsque ce traitement répond à des fins de prospection, notamment commerciale, ou lorsque cette opposition est fondée sur des motifs légitimes* »²⁷⁵⁵. La chambre criminelle a approuvé la cour d'appel qui, pour déclarer des prévenus coupables de traitement d'informations nominatives malgré des oppositions légitimes, a relevé que « *le refus des abonnés au téléphone de recevoir des sollicitations commerciales constitue, dès lors qu'il tend à la protection de leur **vie privée**, un motif légitime d'opposition à l'utilisation des données nominatives les concernant en vue d'un traitement informatique à des fins de constitution de fichiers de prospection* »²⁷⁵⁶.

En dehors de la qualification de l'infraction, la doctrine française est plutôt hostile à la reconnaissance du rôle du consentement, puisque l'intérêt privé doit plier devant l'intérêt général²⁷⁵⁷. Des auteurs font, d'ailleurs, valoir que la jurisprudence ne tient pas compte du consentement de la victime, parfois, invoqué en matière d'entrave à la représentation du personnel²⁷⁵⁸. La chambre criminelle a, certes, refusé de prendre en compte l'accord des membres du comité d'entreprise pour ne pas procéder au vote prescrit par la loi²⁷⁵⁹. Cela étant, il n'est pas certain qu'il s'agissait d'un cas d'atteinte consentie par la victime. En l'espèce, le consentement avait été donné par l'instance représentative mais non par le

²⁷⁵² PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012, n° 199.

²⁷⁵³ Voir LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 204.

²⁷⁵⁴ Voir PIN X., « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC* 2003. 273.

²⁷⁵⁵ La peine encourue est de cinq ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende (loi du 6 août 2004, n° 2004-801 - art. 14).

²⁷⁵⁶ Crim. 29 juin 1999: *Bull. crim.* n° 158.

²⁷⁵⁷ Voir en ce sens CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 277.

²⁷⁵⁸ Voir CŒURET A. et FORTIS E., *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd. 2008, n° 546.

²⁷⁵⁹ Voir Crim., 17 juin 1980, *jurispr. Soc. UIMM* 1980. 442.

personnel lui-même, alors que ce sont les droits des salariés qui sont protégés par l'infraction. Les condamnations ne sont pas forcément dues à l'indisponibilité du droit en cause, mais tiennent souvent à la validité du consentement. Aussi, le fait que le consentement des salariés n'empêche pas la répression de la contravention à la règle du repos dominical²⁷⁶⁰, peut-il être analysé sous l'angle du rapport de force qui leur est défavorable et qui affecte leur liberté de consentement²⁷⁶¹. Le consentement joue le même rôle en droit civil, puisqu'il est pris en compte lorsque le fait dommageable lèse un droit dont la victime dispose.

587. Le parallèle avec le rôle du consentement en responsabilité civile. Les effets du consentement de la victime sur la responsabilité civile seraient, de manière assez proche, limités à certain type de dommage. La victime peut valablement consentir aux dommages affectant son patrimoine, ses droits de la personnalité, ou sa tranquillité²⁷⁶². Elle ne pourrait, en revanche, utilement accepter un dommage d'ordre corporel, en raison de l'indisponibilité du corps humain²⁷⁶³. Une partie de la doctrine pénale²⁷⁶⁴ et civile²⁷⁶⁵ s'accorde à considérer que le consentement ne relève pas d'un véritable mécanisme justificatif mais de la détermination *a priori* de l'illicite. Il en irait de même de l'acceptation des risques liés à la pratique normale d'une activité sportive dangereuse. Nombre d'auteurs y voient moins une exonération *a posteriori* qu'une « *une délimitation spécifique du licite et de l'illicéité* »²⁷⁶⁶.

588. La multiplication des cas légaux de justification d'atteintes consenties. Le consentement est considéré sans effet sur la responsabilité pénale comme civile, lorsque la victime n'a pas la libre disposition du droit lésé. Il existe, néanmoins, de nombreuses hypothèses légales de justification des atteintes consenties. Leur multiplication témoigne d'une évolution du droit positif qui offre de nouvelles perspectives dans la prise en compte du consentement.

²⁷⁶⁰ Voir Crim., 5 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 466.

²⁷⁶¹ Voir sur les conditions du consentement, PIN X., « L'infraction juste », art. préc., p. 602 et 603.

²⁷⁶² Voir BRUN P., *op. cit.*, n° 339 ; MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, n° 131 ; TERRE F., SIMLER P., LEQUETTE Y., *Droit civil, Les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd. 2009, n° 737 ; BACACHE-GIBEILI M., *Droit civil*, ss. dir. LARROUMET C., T. V, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd. 2012, n° 156.

²⁷⁶³ Voir C. Civ., art. 16-1.

²⁷⁶⁴ Voir notamment STONESTREET N., *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux VI, 2009, n° 156.

²⁷⁶⁵ Voir FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, T. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis, 2^{ème} éd. 2010, p. 94. *Contra*, FLOUR J., AUBERT J.-L., SAVAUX E., *Droit civil. Les obligations*, t. 2, *Le fait juridique*, Sirey, 12^{ème} éd. 2007, n° 116.

²⁷⁶⁶ TERRE F., LEQUETTE Y., SIMLER P., *op. cit.*, n° 737 ; Voir aussi BACACHE-GIBEILI M., *op. cit.*, *loc. cit.* ; BRUN P., *op. cit.*, n° 341 ; MALAURIE P., AYNES L., STOFFEL-MUNCK P., *op. cit.*, n° 132.

2) Le consentement justificatif sur autorisation de la loi

589. Le consentement comme condition complémentaire de la justification. Des auteurs constatent que le nombre d'infractions pour lesquelles le consentement demeure indifférent diminue et que son efficacité ne cesse de progresser²⁷⁶⁷. Il en va ainsi de certains cas de levée du secret professionnel avec l'accord de la personne concernée²⁷⁶⁸. La Cour de cassation a, d'ailleurs, considéré, dans un arrêt du 28 juin 2012, que le fait justificatif des droits de la défense « *ne s'étend pas aux documents couverts par le secret médical qui ont été remis à l'avocat par la personne concernée et qui ne peuvent être produits en justice qu'avec l'accord de celle-ci* »²⁷⁶⁹. Il existe également des autorisations subordonnées au consentement du sujet passif qui portent sur des atteintes plus graves²⁷⁷⁰. La jurisprudence était initialement hostile à la justification des atteintes à l'intégrité physique, s'agissant de stérilisation²⁷⁷¹ ou de chirurgie génitale pratiquée sur un transsexuel²⁷⁷². Désormais, de nombreuses atteintes consenties sont autorisées dans le domaine médical, qu'il s'agisse de recherches biomédicales²⁷⁷³, de dons d'organes²⁷⁷⁴, de transfusion²⁷⁷⁵, de stérilisation²⁷⁷⁶ ou encore d'interruption de grossesse²⁷⁷⁷. Bien qu'un intérêt thérapeutique soit souvent nécessaire à la justification de l'atteinte, il est conçu de manière lâche, dans le domaine de la chirurgie esthétique, notamment²⁷⁷⁸. Les évolutions législatives en matière d'euthanasie²⁷⁷⁹ ont, de surcroît, ouvert la voie à la participation passive ou indirecte du médecin à la mort d'un patient atteint d'une maladie incurable²⁷⁸⁰. Le droit à l'autonomie personnelle se combine

²⁷⁶⁷ Voir, particulièrement, PIN X., « L'infraction juste », in *Mél. J.-H. ROBERT*, Lexis-Nexis, 2012, p. 600.

²⁷⁶⁸ Voir PIN X., *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. crim.*, t. 36, 2002, p. 214 et s.

²⁷⁶⁹ Civ. 1^{ère}, 28 juin 2012, n° 11-14486 (*à paraître au bulletin*).

²⁷⁷⁰ Voir, sur l'évolution jurisprudentielle, PIN X., « Le consentement à la lésion de soi-même. Vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009, n° 49, p. 83 et s.

²⁷⁷¹ Crim., 1^{er} juill. 1937, S. 1938. I. 183, note TORTAT, où la Cour avait clairement affirmé que les victimes « *ne peuvent donner le droit de violer sur leur propre personne les règles régissant l'ordre public* ».

²⁷⁷² Crim., 30 mai 1991, *Bull. crim.* n° 232.

²⁷⁷³ Voir C. santé publ., art. L. 1122-1 et L. 1122-2.

²⁷⁷⁴ Voir C. santé publ., art. L. 1231-1 et L. 1132-1.

²⁷⁷⁵ Voir C. santé publ., art. L. 1121-3.

²⁷⁷⁶ Voir C. santé publ., art. L. 2223-1.

²⁷⁷⁷ Voir C. pén., art. 223-10.

²⁷⁷⁸ Voir, pour d'autres illustrations, PIN X., *Droit pénal général*, op. cit., n° 198.

²⁷⁷⁹ Voir L. n° 2005-370 du 22 avril 2005, relative au droit des malades en fin de vie.

²⁷⁸⁰ Voir, CONTE P., « Le Code de la santé et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital », in *Mél. B. BOULOC*, Dalloz, 2007, p. 229 et s.

alors à des considérations de dignité de la personne humaine, pour porter une brèche à l'indisponibilité de la vie humaine²⁷⁸¹.

590. La progression du principe d'autodétermination. Si l'effet du consentement a longtemps été perçu comme limité à l'exclusion des infractions qui le protègent spécifiquement, force est de reconnaître que « *le principe d' "autodétermination" s'est imposé progressivement dans notre droit* »²⁷⁸². Sur autorisation de la loi, le consentement combiné à la protection d'autres valeurs est susceptible de justifier des atteintes graves à des intérêts prétendument indisponibles. Ainsi, ce n'est pas tant la loi qui possède une vertu justificative que les valeurs qu'elle sous-tend. Cela explique que le consentement puisse acquérir une certaine autonomie justificative, lorsque les atteintes en cause sont de faible gravité.

B) Les conditions du consentement justificatif

591. Le stricte encadrement du consentement justificatif. En dépit des réticences de la loi et de la doctrine à l'endroit du consentement justificatif, son autonomie est défendue par des auteurs comparatistes²⁷⁸³. Il est, par ailleurs, observé que les solutions ne sont finalement pas si éloignées entre les différents systèmes juridiques²⁷⁸⁴. La spécificité du droit français réside simplement dans le recours accru à des dérogations légales au principe de l'absence d'effet justificatif du consentement de la victime²⁷⁸⁵. Il ne s'agirait pas d'étendre ces exceptions au point de faire du consentement, une cause générale d'exonération. Il serait seulement question d'admettre qu'il puisse permettre de relativiser l'atteinte au bien juridique²⁷⁸⁶ et pour ne la justifier que si elle est mesurée et que le consentement est valable²⁷⁸⁷. C'est dire si l'atteinte acceptée (1) et le consentement accordé (2) doivent être étroitement conditionnés.

²⁷⁸¹ Voir, sur l'étendue de cette brèche, PROTHAIS A., « Euthanasie : notre droit permet plus qu'il n'interdit », *Dr. pén.* 2011, étude 7.

²⁷⁸² Voir, PIN X., « L'infraction juste », art. préc., p. 600.

²⁷⁸³ Voir LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, *op. cit.*, n° 584.

²⁷⁸⁴ Voir PIN X., « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand - Eléments pour une comparaison », *RSC* 2003. 273.

²⁷⁸⁵ Voir, pour une analyse en termes de prise en compte indirecte du consentement, par « l'intermédiaire de l'autorisation de la loi », CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, *op. cit.*, n° 277.

²⁷⁸⁶ LACAZE M., *op. cit.*, n° 585.

²⁷⁸⁷ Voir, PIN X., « L'infraction juste », art. préc., p. 599 et s.

1) Les conditions de l'atteinte acceptée

592. Une atteinte de faible gravité. D'éminents pénalistes ont fait valoir « qu'il importe peu qu'une personne ait accepté qu'une infraction soit commise à son détriment : elle n'est pas seule en cause »²⁷⁸⁸, la répression étant « hors du commerce juridique »²⁷⁸⁹. Au fond, l'obstacle majeur à l'admission du consentement justificatif tient au fait que l'intérêt particulier de la victime irait « directement à l'encontre de l'intérêt général dégagé dans le cadre de la justice publique »²⁷⁹⁰. Il a, pourtant, été objecté qu'il ne s'agit pas de faire prévaloir la liberté de l'individu sur l'intérêt général mais, simplement, d'en tenir compte dans la pondération des biens juridiques en présence. Ainsi, « ce qui doit être mis en balance n'est pas l'intérêt général contre l'intérêt particulier » mais « l'autonomie de la personne contre l'importance du trouble à l'ordre public »²⁷⁹¹. Il s'agit seulement de reconnaître que **la libre disposition de soi fait partie des valeurs contradictoires qui composent l'intérêt général** et qu'elle doit, à ce titre, être prise en compte dans la vérification concrète de la nocuité sociale de l'acte. La jurisprudence européenne s'est, d'ailleurs, considérablement assouplie. Alors qu'elle avait estimé contraire à l'ordre public la pratique de violences sexuelles consenties²⁷⁹², la CEDH considère, désormais, qu'elle « découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »²⁷⁹³. Reconnue dans des systèmes juridiques voisins²⁷⁹⁴, la libre disposition de soi existe de manière sous-jacente dans notre droit, au travers de la « dépénalisation des modes de vie »²⁷⁹⁵, en sorte que le postulat semble s'inverser. Or, admettre que le consentement est susceptible de relativiser la gravité de l'atteinte, revient à admettre qu'il peut la rendre socialement négligeable lorsqu'elle est de nature bénigne. Le principe d'insignifiance permet alors de comprendre l'impunité des atteintes à l'intégrité corporelle dépourvues d'intérêt médical, telles que la pratique du piercing, du tatouage ou de la chirurgie esthétique. Pourrait être pareillement justifiée, toute atteinte à un bien juridique personnel n'affectant pas les droits des tiers et ne

²⁷⁸⁸ MERLE R. et VITU A., *Traité de droit criminel, droit pénal général*, Cujas, 7^{ème} éd. 1997, n° 475.

²⁷⁸⁹ DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P., *J.-Cl. Pén.*, Art. 122-4 à 122-7, n° 3.

²⁷⁹⁰ SALVAGE P., « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991. 699.

²⁷⁹¹ LACAZE M., *op. cit.*, *loc. cit.*

²⁷⁹² CEDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ R.U.*, D. 1998, jurispr., p. 97, LARRALDE J.-M.

²⁷⁹³ CEDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, D. 2005, chron., p. 2973, FABRE-MAGNAN M., *RTD civ.* 2005. 345, obs. MARGUENAUD J.-P.

²⁷⁹⁴ Voir PIN X., « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand - Eléments pour une comparaison », *RSC* 2003. 259 et s.

²⁷⁹⁵ ROMAN D., « A corps défendant (la protection de l'individu contre lui-même) », D. 2007, chron., p. 1284.

causant aucun trouble à l'ordre public, du fait de l'acceptation sociale de la conduite²⁷⁹⁶. Le consentement peut aussi se combiner avec d'autres intérêts de nature coutumière ou culturelle pour légitimer des sports violents ou même des lésions irréversibles causées par la circoncision, dès lors qu'il ne s'agit pas de traitements inhumains, réprouvés socialement²⁷⁹⁷. Aussi, la jurisprudence a-t-elle pu estimer que « la violence inhérente au tournage d'un film à caractère sadomasochiste ne pourrait être légitimée par le consentement de la victime »²⁷⁹⁸.

593. Une atteinte raisonnablement et valablement consentie. S'il importe de mesurer la lésion sur laquelle porte le consentement justificatif, encore faut-il que ce dernier soit certain et valable. Or, la question de la qualité du consentement accordée est, parfois, plus délicate que celle de son objet mesuré.

2) Les conditions du consentement accordé

594. La certitude du consentement et vulnérabilité de la victime. La charge de la preuve du consentement revient au prévenu, lorsque le défaut de consentement n'est pas un élément constitutif de l'infraction. Il lui revient, en outre, d'établir la liberté, l'intégrité et l'antériorité du consentement du sujet passif²⁷⁹⁹. Il convient d'être particulièrement vigilant quant à la vulnérabilité de la victime due à son âge, à sa santé ou à sa condition sociale. Si la circoncision pour des motifs religieux est admise, il a été vu qu'une juridiction allemande venait de considérer qu'un jeune enfant ne pouvait valablement y consentir. Dans le même sens, le législateur a, expressément, exclu toute possibilité de justification par le consentement en matière de bizutage²⁸⁰⁰. Il est possible d'envisager que cette restriction s'explique autant par le caractère dégradant de la pratique que par la difficulté de s'y soustraire librement. Ainsi, la vulnérabilité de certaines personnes peut faire douter de l'authenticité de leur consentement, en particulier lorsqu'elles sont en situation de détresse. C'est ce qui explique les réticences à l'endroit de l'euthanasie. La Cour européenne, tout en reconnaissant le droit à l'autodétermination, a refusé de consacrer un droit à mourir²⁸⁰¹. Dans l'arrêt *Pretty*, elle souscrit à l'argumentation gouvernementale en considérant que

²⁷⁹⁶ Voir pour ces critères, Voir PIN X., *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 116 et s. ; LACAZE M., op. cit., n° 586, où l'auteur explique que le consentement serait insuffisant pour justifier des actes de torture.

²⁷⁹⁷ Ibid.

²⁷⁹⁸ Grenoble, 11 mars 2009, JCP 2009. 65, note ROBERT A.-G.

²⁷⁹⁹ Voir sur ces critères PIN X., *Le consentement en matière pénale*, op. cit., p. 126 et s.

²⁸⁰⁰ Voir C. pén., art. 225-16-1.

²⁸⁰¹ Voir CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty*. c/ R. U., RSC 2002. 645, obs. MASSIAS F.

l'interdiction du suicide assisté est « *conçue pour préserver la vie en protégeant les personnes faibles et vulnérables* »²⁸⁰². Tout en reconnaissant que la plaignante est en pleine possession de ses facultés et de la capacité de consentir en connaissance de cause, elle explique, paradoxalement, qu'il faut protéger à travers son cas, les personnes vulnérables²⁸⁰³. Il semble, par conséquent, préférable que le législateur maintienne le caractère général de la prohibition, en raison des diverses pressions que peuvent subir les malades en phase terminale²⁸⁰⁴. C'est exactement ce que permet la vérification judiciaire *a posteriori* de l'illicéité concrète de l'acte. Il serait parfaitement loisible au juge, dans certaines circonstances insoutenables, de ne pas réprimer l'assistance au suicide, lorsque l'autonomie du sujet passif et sa dignité le justifient pleinement²⁸⁰⁵.

²⁸⁰² § 74.

²⁸⁰³ § 72 et 73.

²⁸⁰⁴ Voir, pour la distinction entre un « *droit à* » la mort et la reconnaissance d'une simple liberté, TRIGEAUD J.-M., « Sur la mort et sur celui qui voulait mourir. Eléments de réflexion », *Politeia* n° 3, 2003. 64, spéc. 70 et s.

²⁸⁰⁵ Voir en ce sens LACAZE M., *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, op. cit., n° 587, où l'auteur relève que la doctrine espagnole rapproche cette hypothèse de celle de l'état de nécessité.

Conclusion du chapitre II

595. De l'utilité sociale de l'acte à l'inutilité sociale de la répression. En tant que standard de la justification, le motif légitime obéit à des conditions souples d'appréciation de la licéité réelle de l'acte. On considère, généralement, que la conformité au droit est acquise, dès lors que l'atteinte est socialement utile. Le critère général de nécessité de l'infraction, dûment distingué de la contrainte, permet d'en apprécier objectivement la légitimité, au regard des circonstances de réalisation. S'il s'agit de déterminer le caractère indispensable et non irrésistible de l'atteinte, la nécessité ne s'apprécie pas avec la même rigueur selon la gravité du péril et de l'acte de sauvegarde. Tout acte adéquat à la sauvegarde d'une valeur protégée revêt *ipso facto* une certaine nécessité. Lorsque l'atteinte réalisée est de faible gravité, elle n'a pas forcément à être l'unique recours, dès qu'elle sauvegarde une valeur suffisante. Il ressort, en outre, de la jurisprudence que le danger encouru peut être seulement éventuel, s'il est particulièrement grave. L'appréciation de la nécessité est, donc, modulable en fonction de la gravité des enjeux. Pour être définitivement acquise, elle requiert, néanmoins, un contrôle de proportionnalité de l'atteinte qui varie, de la même manière, au gré des valeurs en conflit. En principe, le juge apprécie la mesure de l'acte au regard des valeurs en présence mais, lorsqu'elles sont très inégales, leur pondération est tellement aisée qu'elle dispense de la pesée de l'intensité de l'acte. L'analyse approfondie du moyen de sauvegarde ne s'impose, à titre complémentaire, qu'en cas d'équivalence des intérêts. Il est même des hypothèses où l'absence de conflit de valeurs rendra exclusive l'appréciation de l'acte. Lorsqu'une seule valeur est en cause, le contrôle de proportionnalité porte, alors, essentiellement sur la comparaison de l'atteinte réalisée, à la menace conjurée.

La souplesse des conditions générales de la justification se comprend d'autant mieux que l'atteinte n'a pas forcément à être utile car il suffit que les circonstances en neutralisent la nocuité sociale. Les atteintes concrètement insignifiantes apparaissent, de ce point de vue, aussi légitimes que celles qui sont utiles, puisque leur répression n'a plus de sens. La justification des atteintes dérisoires s'impose d'autant plus que la jurisprudence n'est aucunement disposée à interpréter restrictivement les incriminations, afin de ne qualifier que les atteintes suffisamment graves. « *Evidemment contraire à la conception traditionnelle et formelle du principe de légalité, une telle consécration de l'antijuridicité matérielle comme condition de la qualification est pourtant considérée par certains systèmes juridiques comme*

une garantie essentielle de l'Etat de droit au sens matériel du terme »²⁸⁰⁶. Partant, il semble urgent de reconnaître au moins la possibilité de renverser la présomption d'illicéité des atteintes négligeables. L'exonération de responsabilité ne serait, du reste, pas si éloignée des solutions admises dans les pays voisins qui adoptent une conception large de l'infraction recouvrant toutes les conditions de la responsabilité. La reconnaissance d'un principe d'insignifiance aurait, par ailleurs, le mérite d'expliquer les hypothèses de plus en plus nombreuses de consentement justificatif. Il ne s'agirait pas d'étendre les exceptions légales au point de faire du consentement, une cause générale d'exonération, mais seulement d'admettre qu'il puisse permettre de relativiser l'atteinte au bien juridique. Ne seraient justifiées que les atteintes raisonnablement et valablement consenties, si elles sont bien acceptées socialement. Au fond, même lorsque le conflit de valeurs n'apparaît pas, il reste sous-jacent, car c'est la liberté individuelle, en général, et l'autonomie personnelle, en particulier, qui peuvent rendre la répression socialement inutile.

²⁸⁰⁶ LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5., n°43, Voir aussi LACAZE M., *op. cit.*, p. 373 et s.

Conclusion du titre II

596. La libre détermination de l'illicéité réelle négative. La notion souple de motif légitime est en parfaite adéquation avec le mécanisme casuistique de justification des infractions. Le juge doit bénéficier de la plus grande latitude dans la détermination des circonstances justificatives. Il ne s'agit en aucun cas de mettre en cause l'appréciation abstraite de l'illicéité de l'acte mais, de vérifier la nocuité sociale réelle de l'infraction, au regard de ses circonstances de réalisation. La vérification concrète de l'illicéité réelle de l'infraction apparaît comme une garantie auxiliaire du principe de légalité, assurant une application de la loi conforme à la finalité de protection des valeurs. En tant que standard juridique, le motif légitime n'est pas dépourvu de critères stables d'appréciation, permettant de régler, de manière suffisamment prévisible, les conflits de valeurs qui se présentent au gré des espèces. Les principes de nécessité et d'insignifiance, progressivement dégagés par la jurisprudence pour légitimer les atteintes, concilient les exigences contradictoires de sécurité et d'adaptabilité des solutions à la grande diversité des infractions et des circonstances. Ces critères prétoriens transcendent l'ensemble des faits justificatifs et autorisent depuis longtemps les dérogations favorables aux autorisations légales trop étroites. Le juge continue de s'émanciper des restrictions légales, en étendant l'exception de motif légitime à tout type d'infraction, en dépit de la délimitation formelle de son domaine.

L'affectation spéciale d'une exception générale à un domaine dérogatoire de la répression manquait pour le moins de cohérence. La création législative d'un standard de la justification a, toutefois, eu le mérite de montrer que les faits justificatifs généraux étaient insuffisamment adaptés aux infractions de faible gravité. La technique des faits justificatifs spéciaux n'est pourtant pas la panacée, car ils ne peuvent jamais prétendre à l'exhaustivité. D'une part, leurs conditions d'application sont insusceptibles de prendre en compte l'ensemble des circonstances possibles d'accomplissement d'une infraction. D'autre part, même lorsqu'ils sont aussi généraux que l'exception de motif légitime, leur domaine d'application reste nécessairement lacunaire, tant il est difficile de répertorier les innombrables infractions. Seul le juge, auquel sont soumises les différentes espèces, peut procéder à la vérification de l'illicéité concrète d'un comportement et lever sa présomption abstraite de nocuité sociale.

Un standard général de justification s'impose, donc, pour garantir la vérification de la nécessité concrète de la répression.

Conclusion de la seconde partie

597. La libre vérification de l'absence de nécessité concrète de la répression. Si la plupart des auteurs reconnaissent l'édifice prétorien en matière de justification, ils constatent aussi que le législateur l'a progressivement entériné, en sorte que désormais « *toutes les causes de justification se rattachent à l'ordre ou à l'autorisation de la loi* »²⁸⁰⁷. En outre, ils prétendent qu'une « *exploitation maximale* »²⁸⁰⁸ des causes de justification a été faite, ce qui règle la question du pouvoir créateur de la jurisprudence en le supprimant puisqu'il semble appartenir à une époque révolue où les dispositions légales étaient lacunaires, voire inexistantes. Or, la loi ne peut anticiper toutes les circonstances de réalisation des infractions ni prévoir tous les conflits de valeurs possibles. Les faits justificatifs généraux sont insuffisamment adaptés à la grande diversité des infractions, comme l'atteste la multiplication des hypothèses spéciales de justification en matière délictuelle ou contraventionnelle. ROUBIER expliquait à cet égard que « *même dans l'hypothèse où la loi a établi des règles précises, il arrive qu'elle permette l'appréciation des cas particuliers, ce qui entraînera des corrections dans sa mise en œuvre* »²⁸⁰⁹. Il est vrai qu'aussi précises que soient les dispositions légales, elles n'ôtent pas au juge son pouvoir d'appréciation concrète de l'utilité sociale de l'acte replacé dans son contexte de réalisation. Aussi doit-on renoncer avec GENY « *à trouver dans la loi écrite une source complète et suffisante de solutions juridiques* »²⁸¹⁰. Le recours au standard de motif légitime semble en parfait accord avec la vérification *a posteriori* de l'illicéité réelle des infractions. Au demeurant, cette technique souple n'est pas moins prévisible que les règles dites rigides qu'il convient d'adapter à chaque espèce. Le motif légitime ne manque pas de critères objectifs offrant les garanties essentielles de sécurité juridique. Le mécanisme justificatif est, en effet, gouverné par les principes de nécessité et de proportionnalité permettant de concilier stabilité et adaptabilité à tout type d'atteinte. L'appréciation du critère de nécessité *lato sensu* varie selon les circonstances et la gravité des enjeux. Plus l'atteinte sociale sera minime, plus elle sera susceptible d'être jugée adéquate à la protection de valeurs supérieures. La pondération des biens juridiques en conflit est, de surcroît, relayée par celle des menaces en présence. L'examen est particulièrement balisé lorsque les valeurs sont d'inégale importance. Il est

²⁸⁰⁷ CONTE P. et MAISTRE DU CHAMBON P., *Droit pénal général*, op. cit., n° 246.

²⁸⁰⁸ MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010, n° 403.

²⁸⁰⁹ ROUBIER P., *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1951, n° 12, p. 110.

²⁸¹⁰ GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Sirey 1899, n° 58.

également facilité lorsqu'une seule valeur est en cause et qu'il s'agit d'apprécier si la réalisation de l'infraction la préserve plus qu'elle ne la menace. En tout état de cause, la liberté d'appréciation judiciaire n'est pas sans limite, puisque la technique du standard impose le respect de la cohérence globale des textes. Guidé par la *ratio legis*, le juge ne peut appliquer la norme d'incrimination que conformément à sa finalité. D'après MOTULSKY, « *il doit se rappeler que la loi n'est pas une fin en soi et qu'il n'est pas, lui, une machine à en tirer des conclusions toutes faites : il doit constamment s'efforcer de concilier la formule rigide avec les exigences de la réalité vivante* »²⁸¹¹. En présence d'une atteinte socialement utile ou insignifiante, la responsabilité pénale perd sa raison d'être. Ainsi, ce n'est pas tant la nécessité de l'acte qui permet d'écarter l'application de l'incrimination que l'absence de nécessité concrète de la répression qu'elle suppose. La vérification judiciaire de la nocuité sociale concrète des infractions est une garantie essentielle pour le justiciable. Elle n'empiète pas sur le monopole législatif dans la détermination abstraite des atteintes pénalement sanctionnée mais se présente comme l'auxiliaire indispensable du principe de légalité criminelle. La loi ne devrait pas empiéter sur la détermination concrète de l'illicéité négative mais se concentrer sur une meilleure détermination abstraite de l'illicéité positive, afin qu'elle ne soit pas purement formelle.

598. L'exigence préalable de la nécessité abstraite de la répression. L'étude de la restriction formelle du domaine d'application de l'exception générique de motif légitime a laissé apparaître un domaine particulièrement dérogatoire de la répression qui explique l'usage effréné de la justification spéciale. Il s'agit, en effet, d'infractions de faible densité matérielle présentant une menace hypothétique pour des valeurs secondaires. Afin de combler l'insuffisante délimitation positive de l'illicéité, le législateur en appelle à tort à l'illicéité négative. Il accorde alors au juge la plus grande liberté dans le renversement de la présomption d'illicéité artificiellement attachée à ces incriminations préventives. Pour limiter la banalisation de la répression, le législateur entend banaliser l'inversion de charge de la preuve de l'illicéité. Le prévenu doit prouver la nécessité de son acte alors que la nécessité de la répression est en cause. La présomption d'illicéité, préalable au mécanisme de justification, n'a pas lieu d'être lorsque l'incrimination ne satisfait pas aux principes fondamentaux de nécessité et de proportionnalité de la répression²⁸¹².

²⁸¹¹ MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. Bibliothèque, nouv. éd. 2002, n° 13.

²⁸¹² PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, 4e éd. 2011, p. 170, n° 198.

Le juge s'est donc émancipé d'une logique législative sujette à caution en reconnaissant progressivement la vocation générale du motif légitime. La loi ne saurait, en effet, restreindre la justification aux incriminations dérogatoires au droit commun. Le meilleur moyen de préserver le caractère exceptionnel de la justification serait d'assurer un véritable contrôle de la nécessité abstraite de la répression afin qu'elle corresponde à des atteintes graves aux valeurs essentielles. Quand le législateur s'aventure, en revanche, dans des domaines préventifs, relatifs à la discipline collective, il y a plus de probabilités pour que des valeurs supérieures entrent en conflit avec les intérêts secondaires protégés. La généralisation du standard de motif légitime à toute infraction permettrait une production raisonnée de textes prévoyant des faits justificatifs spéciaux, faute de permettre une production raisonnée de textes d'incrimination.

Conclusion générale

L'assouplissement de la justification des atteintes individuelles. L'étude de la finalité axiologique du motif légitime aboutit au renforcement de la théorie objective de la justification. Le mécanisme justificatif se trouve ainsi dégagé des exigences subjectives et formelles qui lui étaient prêtées. Le motif légitime est uniquement subordonné à la caractérisation de circonstances objectives établissant l'absence de nocuité sociale concrète de l'infraction par la résolution d'un conflit de valeurs. L'appréciation de l'*injuste* ne porte en aucun cas sur la volonté de l'agent, celle-ci relevant d'un jugement de réalité sur son aptitude à répondre du reproche et non d'un jugement de valeur sur sa personne. La finalité du motif légitime étant la vérification de l'illicéité réelle de l'acte au regard de son contexte de réalisation, toute caractérisation supplémentaire d'une conscience justificative s'avère proprement inutile. D'une part, la conscience justificative n'est que le reflet de l'utilité sociale de l'acte et ne pourrait donc en être une condition supplémentaire. D'autre part, elle ne saurait venir en renfort du défaut d'utilité sociale, car l'état d'esprit de l'auteur ne modifie en rien le jugement de valeur porté sur l'acte au regard de l'intérêt général. La question de la faute morale doit être logiquement regardée comme secondaire par rapport à celle du trouble à l'ordre public objet de la réprobation sociale. A défaut du fait générateur de responsabilité, tout autre questionnement est vain, l'imputation étant privée d'objet.

Au fond, la théorie subjective de la justification n'a d'intérêt que lorsqu'il existe un *hiatus* entre une volonté de servir l'intérêt général et un acte objectivement contraire au droit. Mais, en pareille hypothèse, il ne s'agit plus du domaine de la justification dont le fondement est objectif et qui opère *in rem*. L'irresponsabilité accordée par la jurisprudence téméraire en matière de justification vraisemblable peut s'expliquer par l'existence d'une cause de non-imputabilité tenant aux circonstances trompeuses. Le second intérêt de l'approche subjective est censé résider dans l'octroi d'une réparation civile au tiers innocent, alors qu'il existe déjà une indemnisation publique des dommages causés par des atteintes nécessaires au bien commun. L'engagement de la responsabilité pour risque de l'Etat évite de faire supporter le dommage au serviteur de l'intérêt général ainsi qu'au bénéficiaire.

La distinction de la raison d'être du reproche et de son attribution à l'agent permet de dûment départir les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité. Elles ont, pourtant, ceci de commun qu'elles se distinguent de la caractérisation de l'infraction soumise au principe de légalité criminelle, en tant qu'objet de la réprobation sociale. L'illicéité et l'imputabilité se présument et leur contestation s'effectue au moyen du standard de légitimité de l'atteinte au regard de la société et du standard de normalité de l'atteinte au regard des capacités de l'agent à l'éviter. La neutralisation de la présomption d'illicéité fondant la responsabilité n'affecte pas l'existence de l'incrimination mais lui garantit une application conforme à sa finalité de protection des valeurs.

L'ancrage axiologique de la responsabilité permet donc de concilier les exigences complémentaires de légalité et de légitimité. Le motif légitime relève alors d'un mécanisme d'exonération et possède, par là même, un effet libératoire de l'obligation pénale. Cette analyse permet d'unifier les effets de la justification, conçue comme affectant tantôt l'élément légal, tantôt l'élément matériel, tantôt l'élément moral de la responsabilité, alors qu'elle neutralise son fondement axiologique. L'irresponsabilité ne saurait à plus forte raison être soumise à ces trois conditions, le défaut d'une seule suffisant pleinement. La finalité justificative du motif légitime ainsi dégagée est en accord avec ses conditions souples de mise en œuvre qui ne tolèrent aucune restriction formelle. Son indétermination ne heurte pas le principe de légalité criminelle mais le renforce en ce qu'elle offre au juge la plus grande liberté dans la prise en compte de l'illicéité réelle de l'atteinte au regard de l'immense variété des circonstances d'espèce et des conflits de valeurs qu'elles recèlent potentiellement.

Le renforcement de la justification des atteintes étatiques. En tant que standard de justification, le motif légitime peut non seulement exonérer de la responsabilité pénale mais également fonder le droit de punir. Si « *le standard pour le législateur tend à la consolidation du droit (...) le standard pour le juge tend à (son) assouplissement* »²⁸¹³. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'homme a déjà déclaré inconstitutionnelles des dispositions violant le droit au respect des biens, au motif que leur caractère rétroactif n'était pas justifié par « *des motifs légitimes* »²⁸¹⁴. S'agissant du droit pénal, l'analyse de l'affectation spéciale du standard de motif légitime a mis en exergue un certain engrenage législatif consistant à pallier les excès répressifs par des procédés contraires à la sécurité des justiciables.

²⁸¹³ JESTAZ P., « Rapport de synthèse », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, RRJ 1988.1182, spéc. p. 1186.

²⁸¹⁴ CEDH, gde ch., 6 oct. 2005, n° 11810/03, *Maurice c/ France* et n° 1513/03, *Draon c/ France*, AJDA 2005.1924, obs. DE MONTECLER M.-C. (dispositions transitoires de la loi du 4 mars 2002).

Or, les exigences de nécessité et de la proportionnalité ne sont pas l'apanage des atteintes individuelles, elles s'adressent d'abord aux atteintes étatiques aux libertés individuelles. Les infractions à motif légitime révèlent pourtant l'insuffisant contrôle de la qualité des normes pénales. L'étude des contrôles opérés par les différents juges sur la base des principes supra légaux a montré qu'il était possible de les renforcer par une vérification accrue de l'adéquation de l'incrimination au but de protection de la société. Il existe des critères techniques d'appréciation de la nécessité des incriminations qui permettraient aux juges de contenir la prolifération des infractions préventives qui apparaissent comme « *le paradigme de la législation symbolique* »²⁸¹⁵.

Il ressort de la doctrine hispanophone qu'au regard de la toute-puissance de ses moyens, l'Etat « *doit absolument rester conscient de ses propres limites et de sa subordination axiologique aux 'biens juridiques' qu'il doit servir, sous peine de trahir sa mission et de devenir tyrannique. En particulier, et comme premier garde-fou, le bien juridique protégé doit toujours être concret, et ne jamais être envisagé de façon purement formelle comme la simple violation de la loi, légalisme qui permet toutes les dérives* »²⁸¹⁶. L'exigence d'un risque concret pour l'ordre public matériel pourrait pallier cette grave dérive théorique²⁸¹⁷, consistant en ce que l'Etat n'identifie plus la « chose publique » à une « *substance dont il servirait les finalités, mais à un attribut qui lui serait inhérent* »²⁸¹⁸. Les excès de la réglementation exigent d'être compensés par un élargissement des pouvoirs du juge, car « *l'inflation des lois, la déflation des valeurs et la constante 'demande de justice', (...) engagent le raisonnement juridique à davantage de souplesse, vers un droit prudentiel* »²⁸¹⁹.

²⁸¹⁵ SERGIO MOCCIA, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société*, 1997, n°2.

²⁸¹⁶ KELLERSON Philippe, « Angel Sánchez De La Torre : Justicia y sanciones penales » (recension en français), *Revue de la BPC*, 2007 : www.philosophiedudroit.org.

²⁸¹⁷ LACAZE M., « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5., n° 43.

²⁸¹⁸ TRIGEAUD J.-M., « Le complexe de Créon : régir les mœurs ou censurer l'Islam et les autres religions. A propos du projet de loi français sur le voile », *Revue de la BPC*, I/2004 : www.philosophiedudroit.org.

²⁸¹⁹ PAPAUX A., *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, LGDJ, coll. *Quid iuris ?*, Bruxelles, 2006, p. 100, où l'auteur dénonce « une volonté toute puissante et une finalité à l'abandon » ainsi qu'un « 'légalisme' prônant, en théorie, la réduction du droit à la loi, de laquelle se déduirait les solutions de tous les cas » et en appel à « la nécessaire médiation du contexte et de l'interprète » (préface).

Face à l'« *idéologie du pragmatisme* »²⁸²⁰ et à un certain utilitarisme de la répression²⁸²¹, un courant doctrinal tend à renoncer à une neutralité axiologique illusoire²⁸²².

Espérant que le droit pénal du XXIème siècle soit libéral²⁸²³, il s'agit d'éviter de participer à la légitimation de toute norme indépendamment de leur contenu²⁸²⁴, et de tenter de contribuer à faire que le « *juste soit fort* »²⁸²⁵.

²⁸²⁰ MASSE M. et GUIDICELLI A. (ss dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaines*, PUF, coll. *Droit et justice*, 2009.

²⁸²¹ Voir sur l'utilitarisme moderne du droit de punir, TZITZIS S., *La philosophie pénale*, PUF, coll. QS, 1996, p. 36 et s., et pour une critique de cette dérive et la recherche d'une conception politique de la justice propre à une société démocratique, RAWLS J., *La justice comme équité. Une reformulation de Théorie de la justice*, La Découverte, coll. *Poche*, 2008 DA ROCHA-CUNHA S., « Actualité d'une pensée de Gustav Radbruch vers un universalisme pluriel et doué de conviction », *Revue internationale de philosophie en ligne*, mai 2008, n° 5 : www.metabasis.it, DELMAS-MARTY M., « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009. 59, FAGET J., *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville Saint-Agne, Érès, coll. *Trajets*, 2002, p. 145, DANET J., « Cinq ans de frénésie pénale », in *La frénésie sécuritaire ; Retour à l'ordre et nouveau contrôle social*, La Découverte, coll. *Sur le vif*, 2008, p. 19 et s. PONCELA P., « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », in *La peine : quel avenir ?*, éditions du Cerf, 1983, p. 51 et s., VIALA A., « La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi de la science juridique », *RRJ* 2001. 673, DEMICHEL A., « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, Chron. p. 213.

²⁸²² Voir particulièrement CAHN O. et PARROT K., « Présentation de la Journée d'Etudes Radicales sur le principe de nécessité en droit pénal (LEJP, Univ. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012) », 18 févr. 2012 : www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr.

²⁸²³ Voir ZAFFARONI R., « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009. 43.

²⁸²⁴ JESTAZ P. et JAMIN C., *La doctrine*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2004, p. 245 et s.

²⁸²⁵ PASCAL, *Pensées*, 1670 (posth.), éd. L. Brunschvicg, Classiques Hachette, Section V, 298.

BIBLIOGRAPHIE

I. Ouvrages généraux, manuels et traités

A. Droit français

1- Histoire, généralités, théorie générale, sociologie, philosophie, criminologie

CALAME P., *La démocratie en miettes*, éd. Charles Léopold Mayer, 2003

CARBONNIER J., *Flexible droit, Pour une sociologie du droit sans rigueur*, LGDJ, 8^{ème} éd. 1995

DABIN J.,

- *La philosophie de l'ordre juridique positif : spécialement dans les rapports de droit privé*, Sirey 1929
- *Théorie générale du droit*, Dalloz, 1969

DURKHEIM E., *Sociologie et philosophie*, PUF, coll. *Quadrige*, 1996, p. 117.

FAGET J., *Sociologie de la délinquance et de la justice pénale*, Ramonville Saint-Agne, Érès, coll. *Trajets*, 2002, p. 145

FERRI E., *La sociologie criminelle*, présentation de GASSIN R., Dalloz, Coll. *Bibliothèque Dalloz*, 3^{ème} éd. 2004

FRAISSE P., *La psychologie expérimentale*, QS PUF, 2010

FREUD S., *Essais de psychanalyse*, Articles 1909-1915, trad. JANKELEVITCH S., Payot, 1927, éd. rev. HESNARD A., 1963, p. 240

GASSIN R., CIMAMONTI S., BONFILS P., *Criminologie*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2011

GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Sirey 1899

GENY F., *Science et technique en droit privé positif*, III, Paris, 1921

GRAMATICA F., *Principes de défense sociale*, Cujas, 1964

GRZEGORCZYK C., *La théorie générale des valeurs et le droit*, Bibliothèque de philosophie du droit, 1982

GUILLAUMIN C., *L'idéologie raciste. Genèse et langage actuel*, Gallimard, 2002

HABERMAS J., *Droit et démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997.

HESNARD A., *Psychologie du crime*, Payot, 1963

JESTAZ P. et JAMIN C., *La doctrine*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 2004

JHERING (DE) R., *L'esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, 3^{ème} éd. I, Paris, 1886

KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Trad. EISENMANN C., Dalloz, 1962

LAINGUI A., et LEBIGRE A., *Histoire du droit pénal*, t. 1, Cujas, coll. *Synthèse*, 1979

LARGUIER J., *Criminologie et science pénitentiaire*, Dalloz, coll. *Mémentos*, 10^{ème} éd. 2005

MONTAIGNE M., *Essais*, L.III, 1588, C. XIII, De l'expérience, Folio classique, Paris 2003, t.III

MONTESQUIEU,

- *Considérations sur les causes de la grandeur des Romains et de leur décadence*, 1734, éd. C. Volpillhac-Auger, Gallimard, coll., *FolioClassique*, 2008, chap. XIV
- *De l'esprit des lois*, livre XI, 1748

MORIN E., *Science avec conscience*, nouvelle éd. coll. *Points*, 1990

- PAPAUX A.**, *Introduction à la philosophie du « droit en situation »*, LGDJ, coll. *Quid iuris ?*, Bruxelles, 2006.
- PASCAL**, *Pensées*, 1670 (posth.), éd. L. Brunschvicg, Classiques Hachette.
- PIAGET J.**, *Problèmes de psychologie génétique*, Denoël-Gonthier, coll. *Bibliothèque Médiations*, Paris 1972
- RAWLS J.**, *La justice comme équité. Une reformulation de Théorie de la justice*, La Découverte, coll. *Poche*, 2008.
- RIPERT G.**, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 4^{ème} éd. 1949
- ROUBIER P.**,
- *Théorie générale du droit : histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, Sirey, 2^{ème} éd. revue et augmentée, 1951
 - *Droits subjectifs et situations juridiques*, Sirey 1963
- ROUSSEAU J.-J.**, *Du contrat social*, 1762, Points, coll. *Seuil*, Paris, 1973
- SALAS D.**,
- *La volonté de punir. Essai sur le populisme pénal*, Paris, Hachette Littératures, 2005
 - *La Justice dévoyée. Critique des utopies sécuritaires*, Les Arènes, 2012
- TRIGEAUD J.-M.**,
- *Justice et tolérance*, Bière, coll. *Bibl. philo. comp.*, vol. 14, 1997.
 - *L'homme coupable. Critique d'une philosophie de la responsabilité*, Bière, coll. *Bibl. philo. comp.*, vol. 17, 1999.
- TROPER M.**, *La philosophie du droit*, Paris, PUF, 2^{ème} éd. 2006.
- TZITZIS S.**, *La philosophie pénale*, PUF, coll. *QS*, 1996.

2 - Droit pénal et procédure pénale

- BERNARDINI R.**, *Droit pénal général*, Gualino, 2003
- BONFILS P.**, *Droit pénal des affaires*, LGDJ, coll. *Manuel*, 2009
- BOULOC B.**, *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Précis*, 22^{ème} éd. 2011
- BOUZAT P. et PINATEL P.**, *Droit pénal général*, T. 2, Dalloz, 2^{ème} éd. 1970
- CHAUVEAU A., HELIE F., et VILLEY E.**, *Théorie du Code pénal*, T. 1, Librairie générale de jurisprudence, 6^{ème} éd. 1887
- CŒURET A. et FORTIS E.**, *Droit pénal du travail*, Litec, 4^{ème} éd. 2008
- CONTE P.**, *Droit pénal spécial*, Litec, 3^{ème} éd. 2007
- CONTE P., MAISTRE DU CHAMBON P.**, *Droit pénal général*, Armand Colin, coll. *Sirey Universités*, 7^{ème} éd. 2004
- CUCHE P.**, *Précis de droit criminel*, 1, Dalloz, 1925
- DECOCQ A.**, *Droit pénal général*, A. Colin, 1971
- DESPORTES F. et LE GUNEHEC F.**, *Droit pénal général*, Economica, 16^{ème} éd. 2009
- DONNEDIEU DE VABRES H.**, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947
- DREYER E.**,
- *Responsabilité civile et pénale des médias*, Litec, 3^{ème} éd. 2011
 - *Droit pénal général*, Litec, 2^{ème} éd. 2012
 - *Droit pénal spécial*, Ellipses, coll. *Cours Magistral*, 2^{ème} éd. 2012
- GARCON E.**, *Code pénal annoté*, t. 1, Sirey, 1952.
- GARCON E. et PELTIER V.**, *Droit de la peine*, Litec, 2010

GARRAUD R.,

- *Précis de droit criminel*, Paris, 2^{ème} éd. 1885
- *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. 1, Sirey, 3^{ème} éd. 1913
- *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. 2, Sirey, 3^{ème} éd. 1914
- *Traité théorique et pratique de droit pénal français*, T. 4, Sirey, 3^{ème} éd., 1922

HELIE F., *Traité de l'instruction criminelle ou théorie d'instruction criminelle, t. IV*, H. Plon, Paris, 2^{ème} éd. 1867

HERZOG-EVANS M., *Droit pénal général*, Vuibert, coll. *Dyna'sup droit*, 3^{ème} éd. 2011

JEANDIDIER W., *Droit pénal général*, Montchrestien, coll. *Domat droit privé*, 2^{ème} éd. 1991

LARGUIER J. et CONTE P., *Droit pénal des affaires*, Armand Colin, coll. *U*, 11^{ème} éd. 2004

LARGUIER J., *Droit pénal général*, Dalloz, 21^{ème} éd. 2008

LEPAGE A., MAISTRE DU CHAMBON P. et SALOMON R., *Droit pénal des affaires*, Litec, 2^{ème} éd. 2010

MALABAT V., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Hyper Cours*, 5^{ème} éd. 2011

MAYAUD Y., *Droit pénal général*, PUF, 3^{ème} éd. 2010

MERLE R. et VITU A.,

- *Traité de droit criminel, Droit pénal spécial*, Cujas, 2^{ème} éd. 1982
- *Traité de droit criminel - Droit pénal général*, T.1, Cujas, 7^{ème} éd. 1997

ORTOLAN J., *Eléments de droit pénal*, T. 1, Paris, 1863

PIN X., *Droit pénal général*, Dalloz, coll. *Cours*, 5^{ème} éd. 2012

PRADEL J.,

- *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. *Précis Droit privé*, 3^{ème} éd. 2008
- *Droit pénal général*, Cujas, 17^{ème} éd. 2008 PAS A JOUR
- *Procédure pénale*, Cujas, 14^{ème} éd. 2008/2009 PAS A JOUR

PRADEL J. et CADOPPI A., *Droit pénal général comparé*, Cujas, coll. *Etude de cas*, 2005

PRADEL J. et DANTI JUAN M., *Droit pénal spécial*, Cujas, 5^{ème} éd. 2010

PRADEL J. et VARINARD A., *Les grands arrêts du droit pénal général*, Dalloz, 7^{ème} éd. 2009

PUECH M., *Droit pénal général*, Litec, 1988

RASSAT M.-L.,

- *Droit pénal général*, Ellipses, coll. *Cours magistral*, 2^{ème} éd. 2006
- *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Précis*, 5^{ème} éd. 2006

RENOUT H., *Droit pénal général*, Paradigme, 14^{ème} éd. 2009

ROBERT J.-H., *Droit pénal général*, PUF, coll. *Thémis droit*, 6^{ème} éd. refondue, 2005

ROUX J.-A., *Cours de droit criminel français, T. 1: Droit pénal*, Sirey, 2^{ème} éd. 1927

SALVAGE P., *Droit pénal général*, PUG, 7^{ème} éd. 2010

SOYER J.-C., *Droit pénal et procédure pénale*, LGDJ, 21^{ème} éd. 2012

VERON M., *Droit pénal spécial*, Sirey, 12^{ème} éd. 2008

VIDAL G. et MAGNOL J., *Cours de droit criminel et de science pénitentiaire*, T. 1, Rousseau, 9^{ème} éd. 1947-1949

VOUIN R. et RASSAT M.-L., *Droit pénal spécial*, Dalloz, coll. *Précis*, 6^{ème} éd. 1988

3 - Droit privé

AUBRY C. et RAU C. F. , par P. ESMEIN, *Droit civil français*, T. 6, Paris, 7^{ème} éd. 1975

BACACHE-GIBEILI M., *Droit civil*, ss. dir. LARROUMET C., T. V, *Les obligations, la responsabilité civile extracontractuelle*, Economica, 2^{ème} éd. 2012

BENABENT A., *Droit civil, les obligations*, Montchrestien, coll. *Domat*, 12^{ème} éd. 2010

BRUN P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Litec, 2009
CABRILLAC R., *Droit des obligations*, Dalloz, coll. Cours, 10^{ème} éd. 2012
DEMOGUE R., *Des obligations en général*, T. III, Paris, 1923
FABRE-MAGNAN M., *Droit des obligations, T. 2, Responsabilité civile et quasi-contrats*, PUF, coll. Thémis, 2^{ème} éd. 2010
FLOUR J., AUBERT J.- L., et SAVAUX E., *Les obligations-Le fait juridique*, T. 2, Armand Colin, 14^{ème} éd. 2011
JOSSERAND L., *Cours de droit civil français*, II, Sirey, 3^{ème} éd. 1939
LE TOURNEAU P. (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, 9^{ème} éd. 2012-2013
MALAURIE P., AYNES L., et STOFFEL-MUNCK P., *Les obligations, Droit civil*, Defrénois, 5^{ème} éd. 2011
TERRE F., SIMLER P. et LEQUETTE Y., *Droit civil, les obligations*, Dalloz, coll. Précis, 10^{ème} éd. 2009
VINEY G. et JOURDAIN P., *Traité de droit civil -Les conditions de la responsabilité civile*, LGDJ, 3^{ème} éd. 2006

4 - Droit public

CHAPUS R., *Droit administratif général*, T. 1, Montchrestien, coll. Domat droit public, 15^{ème} éd. 2001
DEMICHEL A., *Le droit administratif, Essai de réflexion théorique*, LGDJ, 1978
FRIER P.-L. et PETIT J., *Précis de droit administratif*, Montchrestien, coll. Domat droit public, 6^{ème} éd. 2010
LONG M., WEIL P., BRAIBANT G., DELVOLVE P., et GENEVOIS B., *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, Dalloz, 18^{ème} éd. 2011
WALINE J., *Droit administratif*, Dalloz, coll. Précis, 24^{ème} éd. 2012

B – Droit comparé – Droit étranger

DOUCET J.-P., *Précis de droit pénal général*, éd. Faculté de Liège, 1976
FERRAND F., *Droit privé allemand*, Dalloz, 1997
FORTIN J. et VIAU L., *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982
LEGEAIS R., *Grands systèmes de droit contemporains, Approche comparative*, Litec, coll. Manuels, 2004
PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, coll. Précis Droit privé, 3^{ème} éd. 2008
TULKENS F. et VAN DE KERCHOVE M., *Introduction au droit pénal : aspects juridiques et criminologiques*, éd. Story-scientia, 1993
VANDERMEERSCH D., *Eléments de droit pénal et de procédure pénale*, La charte, 2006.
VON LISZT F., *Traité de droit pénal allemand*, traduit de la 17^{ème} éd. allemande (1908) par LOBSTEIN R., Paris, GIARD V. et BRIERE E., 1911, t. I

II. Ouvrages spécialisés, thèses, essais et monographies

A – Droit français

ALLIX D., *Essai sur la coaction*, LGDJ, 1976
ANCEL M., *La défense sociale nouvelle*, Cujas, 2^{ème} éd. 1971
ANTONMATTEI P.-H., *Contribution à l'étude de la force majeure*, LGDJ, 1992
BARBIER H., *La liberté de prendre des risques*, Th. Aix-Marseille III, 2009.

- BAUDRY H.**, *La force majeure en droit pénal*, Th. Lyon, 1938
- BECCARIA C.**, *Des délits et des peines*, 1764-1765, Traduction de AUDEGEAN P., ENS, 2009
- BENEJAT M.**, *La responsabilité pénale professionnelle*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 111, 2012
- BENESSIANO W.**, *Légalité pénale et droits fondamentaux*, PUAM, 2011
- BERGEAUD A.**, *Le droit à la preuve*, LGDJ, 2010
- BERNARDINI R.**, *L'intention coupable en droit pénal*, Th. Nice, 1976
- BLOCH C.**, *La cessation de l'illicite : Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 71, 2008
- BLOCH L.**, *L'exonération en droit de la responsabilité civile*, Th. Bordeaux IV, 2003
- BONNET L.**, *Le but élément constitutif du délit, spécialement dans les lois nouvelles*, Th. Montpellier, 1934
- BOULAICH A.**, *Etude de la capacité pénale dans la doctrine contemporaine*, Th. Toulouse, 1985
- BOURSIER M.-E.**, *Le principe de loyauté en droit processuel*, Dalloz, Coll. *Nouvelle Bibliothèque de Thèses*, volume 23, 2003
- CAPDEPON Y.**, *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Th. Bordeaux, 2011
- CAPITANT R.**, *Introduction à l'étude de l'illicite: L'impératif juridique*, Th. Paris, Dalloz, 1928
- CASILE J.-F.**, *Le Code pénal à l'épreuve de la délinquance informatique*, PUAM 2002
- CHAZAL J.**, *Essai sur la notion de mobile et de but en droit pénal*, Th. Lyon, 1929
- CONTE P.**, *L'apparence en matière pénale*, Th. Grenoble, 1984
- CRUET J.**, *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Flammarion, 1908
- DANA A.-C.**, *Essai sur la notion d'infraction pénale*, LGDJ, 1982
- DANET J.**, *La justice pénale entre rituel et management*, PUR, coll. *L'univers des normes*, 2010
- DANIEL J.**, *Les principes généraux du droit en droit pénal interne et international*, Th. Lyon III, 2006
- DASKALAKIS E.**, *Réflexions sur la responsabilité pénale*, PUF, 1975
- DECHENAUD D.**, *L'égalité en matière pénale*, LGDJ, 2008
- DECIMA O.**, *L'identité de faits en droit pénal*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 74, 2008
- DEJEAN DE LA BATIE N.**, *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit civil français*, LGDJ 1965.
- DE LAMY B.**, *La liberté d'opinion et le droit pénal*, LGDJ, 2000
- DELLIS G.**, *Droit pénal et droit administratif : L'influence des principes du droit pénal sur le droit administratif répressif*, LGDJ, 1997
- DELIYANNIS J.**, *La notion d'acte illicite considéré en sa qualité d'élément de la faute délictuelle*, LGDJ, 1952
- DELMAS MARTY M.**, *Les chemins de la répression*, PUF, coll. *Droit d'aujourd'hui*, 1980
- DELMAS-MARTY M. et TEITGEN-COLLY C.**, *Punir sans juger? De la répression administrative au droit administratif pénal*, Economica, 1992
- DELTEL G.**, *De la considération du but comme élément de la responsabilité*, Th. Toulouse, 1930
- DEPREZ C.**, *Nature juridique des contraventions*, Th. Dactyl., Paris, 1898
- DONNEDIEU de VABRES H.**, *Essai sur la notion de préjudice dans la théorie générale du faux documentaire*, Sirey, 1943
- FORIERS P.**, *De l'état de nécessité en droit pénal*, Bruylant-Sirey, 1951. 321

GAGNIEUR J.- P., *Du motif légitime comme fait justificatif*, Th. Paris, 1941

GARCON E., *Code pénal annoté*, T. 1, Sirey, 1952

GLASER St., *Infraction internationale, ses éléments constitutifs et ses aspects juridiques*, LGDJ, Paris, 1957

GOGORZA A., *L'obligation de veiller à ses intérêts*, Th. Bordeaux, 2006

GRARE C., *Recherches sur la cohérence de la responsabilité délictuelle*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 45, 2005

GRIFFON R., *De l'intention en droit pénal*, Th. Paris, 1911

GUITTET F., *Le motif du licenciement*, Th. Bordeaux IV, 2005.

HABCHY M., *Essai sur la notion de justification*, Th. Paris XII, 1991

ISRAEL N. et GRYN L., *Généalogie du droit moderne – l'état de nécessité*, Payot, 2006

JACOBET DE NOMBEL (DE) C., *Théorie générale des circonstances aggravantes*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol.55, 2006

JACQUEMIN M., *De l'intention en droit pénal*, Th. Paris, 1888

JOSSERAND L., *Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé*, éd. du CNRS, Paris, 1984

JOURDAIN P., *Recherche sur l'imputabilité en matière de responsabilités civile et pénale*, Th. Paris-II, 1982

LAJUS-THIZON E., *L'abus en droit pénal*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol.105, 2009

LEBLOIS-HAPPE J., *Quelles réponses à petite délinquance ?*, PUAM, coll. *Ispéc*, 2002

LEGROS R., *L'élément moral dans les infractions*, Sirey, 1952

LEMOINE E., *La répression de l'indifférence sociale en droit pénal français*, L'Harmattan, Coll. *Logiques juridiques*, Paris, 2002

LUCAS DE LESSAC M.-P., *Décisions de justice civile et répression pénale*, Th. Paris, 1975

MALABAT V., *Appréciation in abstracto et appréciation in concreto en droit pénal*, Th. Bordeaux IV, 1999

MARECHAL J.-Y., *Essai sur le résultat dans la théorie de l'infraction pénale*, L'Harmattan, coll. *Logiques juridiques*, 2003

MARGAINE C., *La capacité pénale*, Th. Bordeaux, 2011

MARGUENAUD J.-P., *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Dalloz, coll. *Connaissance du droit*, 5^{ème} éd. 2010

MASSE M. et GUIDICELLI A., (ss dir.), *Un droit pénal postmoderne ? Mise en perspective des évolutions et ruptures contemporaine*, PUF, coll. *Droit et justice*, 2009

MAYAUD Y., *Le mensonge en Droit pénal*, L'Hermès, 1979

MERLE P., *Les présomptions légales en droit pénal*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. crim.*, T. IX, 1970

MORVAN P., *Le principe de droit privé*, Th. Paris II, 1997

MOTULSKY H., *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé : la théorie des éléments générateurs des droits subjectifs*, Dalloz, coll. *Bibliothèque*, nouv. éd. 2002

MOURGEON J., *La répression administrative*, LGDJ, 1967

MOUYSSSET O., *Contribution à l'étude de la pénalisation*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. Crim.*, T. XLIII, 2008

NAGOUAS-GUERIN M.-C., *Le doute en matière pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 18, 2002

NIZARD L., *Les circonstances exceptionnelles dans la jurisprudence administrative*, LGDJ, 1962

PALLARD R., *L'exception de nécessité en droit civil*, Th. Poitiers, 1949

PALVADEAU E., *Le contrat en droit pénal*, Th. Bordeaux, 2011

PERELMAN C., *Logique juridique : nouvelle rhétorique*, Dalloz, coll. *Méthodes du droit*, 1979

- PHILIPPOT P.**, *Les infractions de prévention*, Th. Nancy, 1977
- PIN X.**, *Le consentement en matière pénale*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. Crim.*, t. 36, 2002
- PIROVANO A.**, *Faute civile et faute pénale*, LGDJ, 1966
- PONCELA P. et LASCOUMES P.**, *Réformer le code pénal. Où est passé l'architecte ?*, Paris, PUF, 1998
- PROTHAIS A.**, *Tentative et attentat*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. Crim.*, t. 24, 1985
- PUECH M.**, *L'illicéité dans la responsabilité civile extracontractuelle*, LGDJ, 1973
- PUECH M.**, *L'erreur en droit pénal*, Annales de l'université des sciences sociales de Toulouse, Tome XXX, Toulouse, 1982
- PY-LEBRUN H.**, *Essai sur la théorie de la culpabilité*, Th. Paris II, 2007
- RAYMOND M.**, *Les infractions de résultat*, Th. Bordeaux IV, 2010
- REBUT D.**, *L'omission en droit pénal, pour une théorie de l'équivalence entre l'action et l'inaction*, Th. Lyon III, 1993
- REVAULT d'ALLONNES M.**, *Pouvoir des commencements, essai sur l'autorité*, Seuil, 2006
- RIGAUD C.**, *De l'influence du motif en matière criminelle*, Th. Paris, 1898
- ROUSSEAU F.**, *L'imputation dans la responsabilité pénale*, Dalloz, coll. *Nouvelle bibliothèque de thèses*, vol. 89, 2009
- SAINT-BONNET F.**, *L'état d'exception*, PUF-Léviathan, 2001
- SAINT-GERAND V.**, *La culpabilité dans la théorie de la responsabilité pénale*, Th. Lyon, 2000
- SALEILLES R.**, *Individualisation de la peine*, Bibliothèque générale des sciences sociales, Felix Alcan, 1909
- SOULIGNAC J.-L.**, *L'élément moral dans les infractions en droit pénal français*, Th. Nancy, 1955
- STARCK B.**, *Essai d'une théorie générale de l'illicéité en sa double fonction de garantie et de peine privée*, L. RODSTEIN, 1947
- STATI M.-O.**, *Le standard juridique*, Th. Paris, 1927
- STONESTREET N.**, *La notion d'infraction pénale*, Th. Bordeaux, 2009
- THELLIER de PONCHEVILLE B.**, *La condition préalable de l'infraction*, PUAM, 2010
- TRALONGO A.**, *Essai sur la bonne foi en droit pénal. Contribution à l'étude de la responsabilité pénale*, Th. Montpellier I, 2009
- VERDUSSEN M.**, *Contours et enjeux du droit constitutionnel pénal*, Bruxelles, Bruylant, 1995
- WAGNER E.**, *La notion d'intention pénale dans la doctrine classique et la jurisprudence contemporaine*, Th. Clermont-Ferrand I, 1976
- WAGNER M.**, *Les effets de l'infraction. Essai d'une théorie générale*, LGDJ, coll. *Bibl. sc. Crim.*, 2011

B - Droit comparé – Droit étranger

- BUCK V.**, *L'influence des Cours constitutionnelles sur la politique pénale. Etude comparée France-Espagne*, Paris, LGDJ, 2002
- DARBELLAY J.**, *Théorie générale de l'illicéité en droit civil et pénal*, Ed. Univ. Fribourg (Suisse), 1955
- LACAZE M.**, *Réflexions sur le concept de bien juridique protégé par le droit pénal*, LGDJ, coll. *des thèses*, n° 39, 2010
- PARIZOT R.**, *La responsabilité pénale à l'épreuve de la criminalité organisée, le cas symptomatique de l'association de malfaiteurs et du blanchiment en France et en Italie*, LGDJ, *Bibl. sc. Crim.*, Tome 48, 2010

III. Articles, notes, études et chroniques

A- Droit français

- ACCOMANDO G. et GUERY C.**, « Le délit de risque causé à autrui ou de la malencontre à l'article 223-1 du Nouveau Code pénal », *RSC* 1994.681
- ADRIESSEN F.**, « Les alternatives au droit pénal ; pour et contre », *Déviance et Société* 1984. 217
- ALFANDARI E.**, « Introduction au dossier 'Immigration et protection sociale' », *Rev. de Dr. San. et Soc.* 1990. 5
- AMBOS K.**, « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des straffprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007 (ss dir. LEBLOIS-HAPPE J.), Société de législation comparée, *Colloques*, vol. 9, p. 147 et s.
- AUBERT J.-L.**, « Le droit transitoire substantiel applicable aux contrats en cours dans la loi Méhaignerie », *Defrénois* 1997, art. 33975, p. 721.
- AUSSEL J.- M.**, « La contrainte et la nécessité en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 254
- BARANGER T.**, « L'article 227-17, l'ultime recours des magistrats », *Le Monde*, 10 mars 2000
- BARRATA A.**, « Les fonctions instrumentales et les fonctions symboliques du droit pénal. Pour une théorie du bien juridique », *Déviance et Société* 1991. 1
- BEAUD O., et WACHSMANN P.**, « La QPC et le procès Chirac ou les impasses de la composition du Conseil constitutionnel », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 113
- BECHILLON (de) D.**,
- « Voile intégral : éloge du Conseil d'Etat en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA* 2010. 467
- « Appel au calme sur la composition du Conseil constitutionnel », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 115
- BENEJAT M.**, « Introduction à la responsabilité pénale professionnelle », in *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice* (ss dir. SAINT-PAU J.-C.), *Cujas*, n° 1, 2011, p. 11.
- BENICHOU D.**, « Cybercriminalité : jouer d'un nouvel espace sans frontière », *AJ Pénal* 2005. 224
- BENILLOUCHE M.**, « La subjectivisation de l'élément moral : plaidoyer pour une nouvelle théorie de la culpabilité », *RSC* 2005. 534
- BERG O.**, « L'influence du droit allemand sur la responsabilité civile française », *RTD civ.* 2006.57
- BIGET C.**, « Propositions relatives au 'délict de solidarité' », *AJDA* 2009.1406
- BINET-GROSCLAUDE A.**, « La décision du Conseil constitutionnel du 10 juin 2009 relative à la loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet : un coup d'arrêt au pouvoir de sanction des AAI ? », *Dr. pén.* 2009, étude 24
- BLOCH C.**, *Définition de la faute*, in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (ss. dir. de TERRE F.), Dalloz, coll. *Thème et commentaires*, 2011. 101
- BOTTIAU A.**, « Les circonstances exceptionnelles en droit privé », *Mél. LANGAVANT E.*, L'Harmattan, 1999, p. 49
- BOULOC B.**, « Présomption d'innocence et droit pénal des affaires », *RSC* 1995. 471

- BON P.**, « La responsabilité sans faute de l'État français envers le collaborateur occasionnel d'une personne privée étrangère », note sous C.E. Sect., 13 janvier 1993, *Mme Galtié*, *RFDA* 1994. 91-98
- BON P.-A.**, « Quelques réflexions sur la causalité en droit pénal », *RPDP* 2006. 291
- BONFILS P.**, « Chronique de droit pénal général », *RPDP* 2006. 123
- BOUDON J.**, « Trois faiblesses de la composition du Conseil constitutionnel », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 110
- BOULOC B.**, « La séquestration de dirigeants sociaux », *D.* 2009. 1584
- BOUMEDIENNE M.**, « L'état d'urgence : concilier la sauvegarde de l'ordre public et la protection des libertés individuelles ? », *Rev. rech. jurid. dr. prospect.*, 2006-4, 1. 2089
- BOURDEAU B.**, « Mise en œuvre de l'article 223-1 du Code pénal : autrui en danger et dogmes en péril », *ALD* 1994. 188
- BOURDIEU P.**, « Pour un savoir engagé », février 2002 : www.monde-diplomatique.fr.
- BOURTHOUMIEUX C.**, « Une critique allemande du positivisme juridique », *RIDC* 1951, vol. 3, n° 1, p. 81 et s.
- CAHN O.**, « Le principe de nécessité en droit pénal - thèse radicale », in *Le principe de nécessité en droit pénal*, Journée d'Etudes Radicales, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012 (à paraître)
- CAHN O. et PARROT K.**, « Présentation de la Journée d'Etudes Radicales sur le principe de nécessité en droit pénal (LEJP, Univ. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012) », 18 févr. 2012 : www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr.
- CAILLE C.**, « Le motif légitime en droit pénal », *RPDP* 1998. 194
- CARBONNIER J.**, « Du sens de la répression applicable aux complices selon l'article 59 du Code pénal », *JCP* 1952. I. 1034
- CARCASSONNE G.**, « Gare au faux bon sens », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 96
- CARDE E.**,
 - « 'On ne laisse mourir personne'. Les discriminations dans l'accès aux soins », *Travailler* 2006. 57
 - « Les discriminations selon l'origine dans l'accès aux soins », *Rev. Santé Publ.* 2007. 99
 - « Les restrictions apportées au droit aux soins des étrangers sont-elles discriminatoires ? La loi et l'illégitime », *Rev. Santé Publique* 2009. 331 : www.cairn.info/revue-sante-publique-2009-3-page-331.htm
- CARTIER M.- E.**, « Contrainte et état de nécessité », *Ann. Fac. Toulouse*, 1982. 27
- CASSIA P., et CLAY T.**, « Le Conseil constitutionnel se meurt, vive la Cour constitutionnelle », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 107
- CATELAN N.**, « Loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet », *RSC* 2010. 442
- CECCALDI S.**, « Sur la nature conjecturale de l'élément moral : l'exemple de la dénonciation calomnieuse », *RSC* 2010. 587
- CEDRAS J.**, « Le dol éventuel : aux limites de l'intention », *D.* 1995, chron. 18
- CHABAS F.**, « La notion de contravention », *RSC*, 1969.1
- CHAVANNE A.**, « Le problème de la répression des délits involontaires », *RSC* 1962. 241
- CHAVENT-LECLERC A.-S.**, note sous Cass. crim. 28 mars 2006, *D.* 2006. 2721
- CHEVALLIER J.-Y.**, « L'état de nécessité », *Mél. BOUZAT P.*, Pedone, 1980, p.117
- CHEVALLIER J.**, « Juriste engagé(e) ? », in *Frontières du droit, critique des droits*, *Mél. LOCHAK D.*, LGDJ, coll. *Droit et société*, vol. 14, 2007, p. 305 et s.

CLAVERIE-ROUSSET C., « La légalité criminelle », *Dr. pén.* 2011, étude 16

COMMARET D., *Avis in Gaz. Pal.* 2005. 10

CONTE P.,

- « La bonne foi en matière de diffamation : notion et rôle », *Mél. CHAVANNE A.*, Litec 1990, p. 49

- « Le lampiste et la mort », *Dr. pén.* 2001. 2. 10

- « Effectivité, ineffectivité, sous-effectivité, sureffectivité... : variations pour droit pénal », *Mél. CATALA P.*, Litec, 2001, p. 125

- « Une fleur de légistique ou le crime en bouton », *JCP* 2002, n° 30, act. 320

- « L'art de légiférer se perd-il ? Réflexion en forme de pamphlet à partir de quelques illustrations de droit pénal », *Mél. LAPOYADE-DESCHAMPS*, PUB 2003, p. 307

- « Bilan de l'application aux accidents du travail des nouveaux principes gouvernants la faute (et quelques réflexions sur l'Etat de droit) » in *Le risque pénal dans l'entreprise*, Litec, coll. *Carré droit*, 2003, p. 19

- « Les silences de la loi et du juge en matière pénale, selon Portalis : matière à commentaires », in *Le discours et le code. Portalis, deux siècles après le Code Napoléon*, Paris, Litec, 2004, p. 31-32

- « Le Code de la santé et le choix de mourir exprimé par le malade : scène de crime à l'hôpital », *Mél. BOULOC B.*, Dalloz, 2007, p. 229

- « Diffamation et sujet d'intérêt général », note sous Cass. crim. 11 mars 2008 : *RPDP* 2008. 869

- « Diffamation et sujet d'intérêt général : précision », *RPDP* 2009. 171

- « La loyauté de la preuve dans la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation : vers la solution à la quadrature du cercle ? », *Dr. pén.* 2009, étude 8, n°1

- « Les Messieurs Jourdain dans les palais de la république : variations sur l'article 121-3 du Code pénal et ses avatars », *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 137

CUTAJAR C., « L'auteur de l'infraction principale et le blanchiment », note sous Cass. Crim. 14 janv. 2004 : *D.* 2004. 1377

DANA A.-C., « La norme pénale, le juge et le citoyen (une idée certaine de la légalité républicaine) », *Mél. DECOCQ A.*, 2004, p. 143

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

DARGENTAS E., « La norme pénale et la recherche autonome des valeurs dignes de la protection pénale », *RPDP* 1977. 413

DARSONVILLE A., « Décision n° 2011-625 DC du 10 mars 2011 : une censure sévère de la LOPPSI 2 ? », *Constitutions* 2011. 223

DAUGAREILH I., « L'audace retenue du Comité européen des droits sociaux », *Rev. de Dr. San. et Soc.* 2005. 55

DATI R., « La justice sans attendre », *Le Monde*, 17 octobre 2007, p. 20

DEBOISSY F. et SAINT-PAU J.-C., « La divulgation d'une information patrimoniale (à propos de l'affaire Calvet) », *D.* 2000, chron. 267

DECHEIX P., « A côté de la légitime défense, le motif légitime : de l'usage de la violence par les agents publics », *D.* 1980, chron. 89

DEFFERRARD F., « Requiem pour un 'capuchard' », *D.* 2009. 2225

DE GREEF E., « *Criminogénèse* », in *Actes du IIe Congrès Intern. de Crim.*, t. VI, PUF, 1952, p. 271

DELMAS-MARTY M.,

- « Pour des principes directeurs de la législation pénale », *RSC* 1985. 225

- « Des principes directeurs de politique criminelle pour l'Europe. Rapport introductif », *RSC* 1987. 32

- « Les standards en droit pénal », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988-4. 1020
- « Les contradictions du droit pénal », *RSC* 2000. 1
- « Violence et massacres : entre droit pénal de l'ennemi et droit pénal de l'inhumain », *RSC* 2009. 59

DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P.,

- « La définition juridique de la complicité de crime contre l'humanité au lendemain de l'arrêt de la chambre criminelle du 23 janvier 1997 (affaire Maurice Papon) », *D.* 1997. 249
- « Sans nécessité, loi pénale ne vaut », *Politeia* n° 5, 2004, p. 113

DEMICHEL A., « Le droit pénal en marche arrière », *D.* 1995, Chron. p. 213.

DETRAZ S.,

- « Enregistrement d'images de violence : un cas de présomption légale de complicité », *Dr. pén.* 2007, étude 23
- « Faut-il maintenir les contraventions dans le domaine pénal ? » in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011 p. 39
- « Vol justifié de documents par un salarié », *JCP G* 2011. 1020

DIEU F.,

- « Le droit de dévisager et l'obligation d'être dévisagé : vers une moralisation de l'espace public ? », *JCP A* 2010. 2355
- « Les manifestations sur la voie publique doivent-elles se vivre à visage découvert ? », *JCP A* 2011. 2306

DOUCET J.-P., « La condition préalable de l'infraction », *Gaz. Pal.* 1972, *chron.* 726

DREYER E.,

- « Pour une contraventionnalisation des échanges illégaux de pair à pair », *RSC* 2007. 61
- « La subsidiarité en droit pénal », *Mél. J.-H. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 247

DUPUIS I., « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, *chron.* 2144

FARBER D.-A., « L'approche de la liberté d'expression par catégories d'expression en droit constitutionnel américain », in *La liberté d'expression aux Etats-Unis et en Europe*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, (dir.) ZOLLER E., 2008, p. 81

FELDMAN J.-P.,

- « Les 'faucheurs d'OGM' et la Charte de l'environnement », *D.* 2006. 814
- « Les 'faucheurs' fauchés par la Cour de cassation », *D.* 2007. 1310
- « Burqa : une loi dangereuse et inutile », *AJDA* 2010. 387

FOUCART S., « Le Parlement européen inflige un camouflet à trois agences de l'Union européenne », *Le Monde*, 10 mai 2012 : www.lemonde.fr

FOURMENT F., « Les frontières du droit pénal et la convention européenne des droits de l'Homme », *RPDP* 2011.125

FRANC M., « Traitement du risque et principe de précaution », *AJDA* 2003. 360

FRANCON A., « L'erreur en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz, 1956, p. 228

FRANCILLON J., « Heur et malheur de la loi Création et Internet : la loi HADOPI censurée par le Conseil constitutionnel », *RSC* 2009. 609

GABOLDE C., « L'exception d'urgence en droit administratif », *D.* 1952, *chron.* 41

GEIGER C., « HADOPI, ou quand la répression devient pédagogique », *D.* 2011. 773

GENEVOIS B., « La composition du Conseil constitutionnel », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 89

- GONZALEZ G.**, « L'inconventionalité des sanctions pour port de tenues à caractère religieux dans les lieux publics ouverts à tous », *JCP G* 2010. 514
- GUIRAUDON V.**, « Construire une politique européenne de lutte contre les discriminations : l'histoire de la directive 'race' », *Sociétés Contemporaines* 2004. 11
- GULPHE P.**, « La distinction entre coauteurs et complices », *RSC* 1948. 665
- GUNEHEC (le) F.**, « Institution d'une circonstance aggravante de *racisme*. Loi n°2003-88 du 3 févr. 2003 », *JCP G* 2003, act. 252
- GIUDICELLI-DELAGE G.**, « La sanction de l'imprudence », *Mél. COUVRAT P.*, 2000, p.523
- GORPHE F.**, « La psychologie appliquée en Justice », in *Traité de psychologie appliquée*, PUF, 1959. 1952
- GRAND R.**, « Le délit d'aide au séjour irrégulier des étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme », *AJDA* 2011. 2205
- GRARE-DIDIER C.**, « Des causes d'exclusion ou d'exonération de la responsabilité », in *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, (ss. dir. de TERRE F.), Dalloz, coll. *Thème et commentaires*, 2011. 185
- GRASSBURGER R.**, « *La criminologie de l'accident de la circulation* », *Bulletin de la Soc. Intern. De Criminologie*, 1958. 215
- HALPERIN J.-L.**, « Débat autour de la décision du Conseil constitutionnel n° 2010-613 DC du 7 octobre 2010 'loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public' », *D.* 2011. 1166
- HANICOTTE R.**, « Visage caché, œil policier... La dissimulation du visage au regard de l'ordre public », *AJDA* 2010. 417
- HAURIOU M.**, « Police juridique et fond du droit », *RTD civ.* 1926. 265
- HENNEBELLE D.**, « La place de l'infraction formelle en droit pénal du travail : regard d'un travailleur », *Dr. soc.* 2001. 935
- HERVIEU N.**, « Délit de solidarité : entre occasion et acte manqués, une décision européenne à la cohérence douteuse (CEDH, 5e Sect. 10 novembre 2011, *Mallah c. France*) », in *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 11 nov. 2011 : www.combatdroitshomme.blog.lemonde.fr
- HERZOG-HEVANS M.**,
- « Deux illustrations de la régression du pouvoir d'individualisation du fait des lois récidive I et II », *AJDP* 2009. 127
 - « Application des peines : la prétendue 'bonne partie' de la loi pénitentiaire », *AJDP* 2009, n°12. 483
- HERZOG J.-B.**, « La prévention des infractions involontaires contre la vie et l'intégrité de la personne humaine » in *La prévention des infractions contre la vie humaine et l'intégrité de la personne*, Cujas 1956, T. 1
- HOSNI N.**, « L'erreur de droit et son influence sur la responsabilité pénale », *RSC* 1999. 711-727
- JENKINSON M.**, « L'hébergement d'urgence : un nouveau droit subjectif justiciable (CE, réf., 10 février 2012, *Karamoko F. c/ Ministre des solidarités et de la cohésion sociale*, n° 356456) », in *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 10 févr. 2012 : combatsdroitshomme.blog.lemonde.fr
- JIMENEZ de ASUA L.**, « L'antijuridicité », *RIDP*, 1951. 273
- JOBARD F. et LEVY R.**, « Police et minorité visible : les contrôles d'identité à Paris », *CESDIP-Open society*, 3 sept. 2009 : www.cesdip.fr.

JOURDAIN P.,

- « Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui ? », *Resp. civ. assur.* 2000, n° spécial sur la responsabilité du fait d'autrui, nov. 2000. 5
- « Les conséquences de la loi du 10 juillet 2000 en droit civil » in *La nouvelle définition des délits non intentionnels par la loi du 10 juillet 2000, Colloque du 1^{er} février 2001 organisé par le centre de recherche en droit privé de Paris-I*, RSC 2001, p. 748
- « La responsabilité pour autrui à la recherche de ses fondements », in *Etudes C. Lapoyade-Deschamps*, Presses universitaires de Bordeaux, 2003, p.67

KLEITZ C., « La réforme du droit de la responsabilité civile : l'arlésienne ? », *Gaz. Pal.* 2010. 10342 (éditorial)

KOBINA GABA H., « Exception au principe des droits de la défense et nature du litige », *D.* 2009. 306

LABORDE-LACOSTE M., « Le but de l'Agent, Elément constitutif de l'Infraction », *Rev. intern. De Droit pénal*, 1926. 125

LACAZE M.,

- « La contravention de port d'une tenue destinée à dissimuler le visage dans l'espace public ; incertitude des fondements juridiques, incohérence des catégories pénales », *Dr. pén.* n° 2, Février 2012, étude 5
- « La pénalisation du séjour irrégulier : variations autour de la nécessité », *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, in *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, Cujas, n° 2, 2012 (à paraître)

LAGACHE V., « Psycho-criminogénèse », in *Actes du IIe Congrès Intern. de Crim.*, t. VI, PUF, 1952, p. 143

LAGRANGE H., « Justice, enfants délinquants, parents condamnés », *L'express*, 16 déc. 1999

LAMY (de) B., « Un nouveau procédé de constitutionnalisation du droit pénal : la QPC. Bilan critique », *Mél. J.-H. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 377

LANGLOIS P., « Que faire de l'interdiction de la discrimination selon l'âge ? », *Dr. soc.* 2006. 155

LARGUIER J.,

- « Homicide et blessures commis en groupe : crime impossible, et présomption de participation ou causalité », *RSC* 1973. 879
- « 'Théorie des ensembles' et qualification pénale », in *Mél. CHAVANNE A.*, Litec, 1990, p. 95

LASSERE-CAPDEVILLE J.,

- « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », *RPDP* 2006, n° 17
- « Délit de trafic de moyens destinés à commettre une atteinte à un système de traitement automatisé de données », *D.* 2010. 806

LEBLOIS-HAPPE J. et COMBEAU P., « Droit pénal et droit administratif », in *Droit pénal et autres branches du droit : regards croisés*, Actes du XXème Congrès de l'AFDP, organisé par l'Institut de sciences criminelles et de la justice de Bordeaux, les 5, 6 et 7 octobre 2011, Cujas, coll. *Actes et études*, 2012 (à paraître)

LEGAL A.,

- « La complicité en matière de délit d'imprudence », *RSC* 1956. 531
- « La notion de coauteur », *RSC* 1962. 749
- « La responsabilité sans faute », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, *Mél. PATIN M.*, Cujas, 1965, p.133

LEGOFFIC C. et WAGNER M., « La pénalisation de la contrefaçon », *Dr. pén.* 2009, étude 26

LE GUNEH F., « L'institution d'une circonstance aggravante de 'racisme' », *JCP*, 2003, éd. G, n°20, act. 252. 869

LEPAGE A.,

- « Un an de droit pénal des nouvelles technologies », *Dr. pén.* 2009, chron. 11, n° 10
- « La volonté d'information ne constitue pas, en soi, un motif légitime en matière de publication des vulnérabilités », *JCP G* 2010. 19

LEPOINTE E.,

- « Le diagnostic judiciaire des faits justificatifs », *RSC* 1969. 547
- « De l'impunité à la non punissabilité », *D.*, 1978, chron. 225
- « Justifié donc irresponsable. Contribution à la théorie darwinienne de la variation des espèces », *D.* 1996, Chron. p. 247

LE POURHIET A.-M., « Pas de changements importants à apporter, mais... », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 103

LESCLOUS V. et MARSAT C., « Circulaires : éléments de bonne foi », *Dr. pén.* 1996, chron. 44

LETURMY L., « Confusion dans la hiérarchie des valeurs », in *Dix ans après la réforme de 1994. Quels repères dans le code pénal ?*, (dir.) DANTI-JUAN M., Cujas, 2005, p. 149

LEVASSEUR G., « Omission de porter secours à une personne cliniquement morte », *RSC* 1994. 109

LOCHAK D.,

- « Réflexions sur la notion de discrimination », *Dr. soc.* 1987. 778
- « La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme », in *Les usages sociaux du droit*, CURAPP-PUF, 1989, p. 252
- « Les discriminations frappant les étrangers sont-elles licites ? », *Dr. soc.* 1990. 76
- « La dénonciation, stade suprême ou perversion de la démocratie ? », in *L'État de droit*, *Mél. BRAIBANT G.*, Dalloz 1997, p.451

MALABAT V.,

- « Le délit de 'mise en danger'. La lettre et l'esprit. », *JCP G* 1999, I, 208. 340
- « Le champ inutile du droit pénal : les doubles incriminations », *Mél. OTTENHOF R.*, Dalloz, 2006, p. 155
- « Les infractions inutiles - plaidoyer pour une production raisonnée du droit pénal », in *Réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinio doctorum*, Dalloz, coll. *Thèmes et commentaires*, 2009, p. 71
- « Délit de participation à une bande violente : petit exercice de lecture à l'intention des membres du Conseil constitutionnel », obs. ss Cons. const. 25 février 2010, *RPDP* 2010. 895
- « Morale et droit pénal », in *Droit et morale* (ss dir. BUREAU D., DRUMMOND F. et FENOUILLET D.), Dalloz, 2011, coll. *Thèmes et commentaires*, Actes du colloque organisé le 4 juin 2010 par le Laboratoire de sociologie juridique de l'Université Panthéon-Assas Paris II, p. 219 et s.
- « Dépénalisation de l'abandon de famille : où la loi de simplification du droit est particulièrement claire et précise », obs. ss Bordeaux, 24 septembre 2010, *RPDP* 2010. 895
- « Les sources du droit pénal : La loi, toute la loi, rien que la loi... Ou presque », in *Droit sans frontières, Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012, p. 83
- « Retour sur le résultat de l'infraction », *Mél. J.-H. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, p. 443

- « Vers une collectivisation de la responsabilité pénale ? », in *La cohérence des châtiments*, Dalloz, coll. *Essai de philosophie pénale et de criminologie*, vol. 10, 2012, p. 27 et s.
- MALABAT V. et SAINT-PAU J.-C.**, « Le droit pénal général malade du sang contaminé », *Dr. pén.* 2004, chron. 4
- MANACORDA S.**, « La théorie générale de l'infraction pénale en France : lacunes ou spécificités de la science pénale », *RD pén. crim.* 1999. 52
- MARECHAL J.-Y.**, « La privation de soins ou d'aliments : une infraction de prévention ? », *D.* 2006. 2446
- MARTY J.-P.**, « Les délits matériels », *RSC* 1982. 49
- MARTY G.**, « Illicéité et responsabilité », *Mél. JULLIOT DE LA MORANDIERE*, 1964. 339
- MATHIOT A.**, « La théorie des circonstances exceptionnelles », in *L'évolution du droit public*, *Mél. MESTRE A.*, Sirey, 1956, p. 413
- MATSOPOULOU H.**, « La dépenalisation de la vie des affaires », *RSC* 2008. 475.
- MAYAUD Y.**,
 - « *Ratio legis* et incrimination », *RSC* 1983. 597
 - « La volonté à la lumière du nouveau Code pénal », *Mél. LARGUIER J.*, PUG, 1993, p.207
 - « Des risques causés à autrui. Application et implication, ou de la naissance d'une jurisprudence », *RSC* 1995. 575-581
 - « Du caractère non intentionnelle de la mise en danger délibérée de la personne d'autrui », *RSC* 1996. 651
 - « De l'article 121-3 du code pénal à la théorie de la culpabilité en matière criminelle et délictuelle », *D.* 1997. 37
 - « De la conduite à 200 km/h : une mise danger sous condition ». note sous *Crim.*, 11 avril 2000, *Bull. crim.* n°161, *D.* 2000. 631
 - « La causalité directe dans les violences involontaires, cause première ou 'paramètre déterminant' ? », *RSC* 2002. 100
 - « Quelle certitude pour le lien de causalité dans la théorie de la responsabilité ? », *Mél. DECOCQ A.*, Litec, 2004, p.475
 - « Erreur en droit pénal », *Cahier des sciences morales et politiques*, PUF 2007. 125
 - « La crédibilité, critère du mensonge punissable en droit pénal », *AJ pénal* 2008. 111
 - « Les droits de la défense, cause d'irresponsabilité pénale », *Mél. GASSIN R.*, PUAM, 2007. 301
- MAZEAUD D.**, « La cause », in *1804-2004, Le Code civil, un passé, un présent, un avenir*, Dalloz 2004. 451
- MAYER D.**,
 - « La violence est-elle un mode légitime de contestation de la loi ? », *D.* 2003. 1315
 - « Peut-on encore enseigner le droit pénal général ? », *Mél. J.-H. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 523
- MIMIN P.**, « L'intention et le mobile », in *La chambre criminelle et sa jurisprudence*, *Mél. PATIN M.*, éd. Cujas, 1965, p.115
- MOCCIA S.**, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société* 1997, n° 2
- MODERNE F.**, « La sanction administrative (éléments d'analyse comparative) », *RFDA* 2002. 483
- MOINE-DUPUIS I.**, « L'intention en droit pénal : une notion introuvable », *D.* 2001, chron. 2146
- MONTEIRO E.**, « Le concept de harcèlement moral dans le code pénal et le code du travail », *RSC* 2003. 283

MORVAN P.,

- « Responsabilité pénale et droit social, avant et après la loi du 10 juillet 2000 », *RJS* 2001. 284
- « L'irrésistible ascension de la faute caractérisée : l'assaut avorté du législateur contre l'échelle de la culpabilité », in *Mélanges J. PRADEL*, Cujas, 2007. 443

MOURY J., « Le droit confronté à l'omniprésence du risque », *D.* 2012. 1020

MULLER Y., « La dépenalisation de la vie des affaires ou... de la métamorphose du droit pénal », *AJ Pénal* 2008. 63 et s.

OLLARD R., « Limitation du domaine de la justification par l'exercice des droits de la défense : un salarié ne peut jamais voler des documents de l'employeur que pour se défendre dans un litige prud'homal », note ss Cass. crim. 9 juin 2009, *Lexbase hebdo* n° 363, 17 sept. 2009, n° N9172BLB

PAGEAUD P.-A., « La notion d'intention en droit pénal », *JCP* 1950. I. 876

PARIZOT R.,

- « 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, chron. 2701
- « L'anticipation de la répression » in *Journée d'Etudes Radicales, Le principe de nécessité en droit pénal*, LEJP, Univ. Cergy-Pontoise, 12 mars 2012 (à paraître)

PATARIN J., « Le particularisme de la théorie des preuves en droit pénal », in *Quelques aspects de l'autonomie du droit pénal*, Dalloz 1956. 8

PEIS-HITIER M.-P., « Recherche d'une qualification juridique de l'espèce humaine », *D.* 2005, chron. 867

PELISSIER J., « Faits justificatifs et action civile », *D.*, 1963, chron. 121

PIN X.,

- « La nécessité en droit pénal », in *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble, Société française pour le droit international, Pedone, 2007, p. 85
- « L'irresponsabilité pénale (Réflexion sur le sens des articles 122-1, 122-2, 122-3 et 122-8 du Code pénal) », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinium doctorum*, Dalloz 2009. 51
- « Le consentement à la lésion de soi-même en droit pénal : vers la reconnaissance d'un fait justificatif ? », *Droits* 2009/49. 103
- « La notion de faute en droit pénal (121-3 = 0 ?) », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 95
- « L'infraction juste », *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 585

PINATEL J., « La théorie pénale de l'intention devant les sciences de l'homme », *Mél. LEBRET J.*, PUF, 1968, p.192

PONCELA P.,

- « Droit de punir et pouvoirs de punir : une problématique d'Etat », *APD* 1983. 123-135
- « L'empreinte de la philosophie utilitariste sur le droit pénal français », in *La peine : quel avenir ?*, éditions du Cerf, 1983, p. 51 et s.

POISSONNIER G., « Un étranger en situation irrégulière n'est pas un délinquant », *D.* 2011. 1880

POULY C., « La crise de l'Etat de Droit au prisme de la jurisprudence du Conseil Constitutionnel », *Politeia* n°5, 2005, p. 181 et s.

PRADEL J.,

- « Principe de la légalité du droit pénal - Atteintes - Rôle des principes généraux du droit et de la coutume », *D.* 2007, Chron. p. 25 et s.
- « La présomption d'innocence : un colosse au pied d'argile ? Droit de la France et droits d'ailleurs », *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 605

- PROTHAIS A.**, « Euthanasie : notre droit permet plus qu'il n'interdit », *Dr. pén.* 2011, étude 7
- PUECH M.**,
- « Scolies sur la faute pénale », *Droits*, Revue française de théorie juridique, PUF, 1987, n°5, p. 82
 - « De la mise en danger d'autrui », *D.* 1994, chron. 153
- RABUT G.**, « Plaidoyer en faveur de l'élément injuste. Pour l'intégration du concept dans la théorie française de l'infraction », in *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice* (ss dir. SAINT-PAU J.-C.), *Cujas*, n° 1, 2011, p. 64 et s.
- RASSAT M.-L.**, « Du Code pénal en général et de l'article 121-3 en particulier (après la loi n° 96-393 du 13 mai 1996) », *Dr. pén.*, 1996, chron. n°28
- RAYMOND M.-A.**, « Les infractions de résultat », in *Travaux de l'institut de sciences criminelles et de la justice* (dir. SAINT-PAU J.-C.), *Cujas*, n° 1, 2011, p. 51
- RAYNAUD P.**, « Positivism juridique et démocratie », in *L'architecture du droit*, *Mél. TROPPER M.*, Economica, 2006, p. 1028.
- RAZAC O.**, « Les ambiguïtés de l'évolution de l'application des peines à l'aune des nouvelles mesures de sureté », *AJDP* 2008. 397
- REBUT D.**,
- « Le principe de légalité des délits et des peines », *RPDP* 2001. 249
 - « Nécessité d'une intention de donner la mort pour caractériser l'élément intentionnel de l'empoisonnement », note sous *Crim.* 18 juin 2003: *D.* 2004. 1623
- REIX M.**,
- « N'aidez plus les étrangers en règle ! L'indifférence de la validité du visa dans la répression de l'aide à l'immigration irrégulière (CJUE 10 avril 2012, *Minh Khoa Vo*, C-83/12 PPU) », *Journal d'Actualités des Droits Européens*, 4 juin 2012, consultable en ligne : www.jade.u-bordeaux4.fr
 - « L'aide au séjour irrégulier : un délit d'exception(s) » *Le droit pénal des étrangers : une législation aux frontières du droit répressif*, in *Travaux de l'Institut de sciences criminelles et de la justice*, *Cujas*, n° 2, 2012, (à paraître)
- REYDELLET M.**, « Tu aideras ton prochain... mais cela peut te conduire en prison ! (réflexions sur le délit d'aide à l'étranger en situation irrégulière) », *D.* 2009. 1029
- RICOEUR P. et alii**, « Causes de l'action » in *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dirigé par CANTO-SPERBER M., PUF, 3^{ème} éd. 2001
- ROBACZEWSKI C.**, « Pour une codification différente des infractions relatives à l'hygiène et à la sécurité du travail », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale*, *Opinium doctorum*, Dalloz 2009. 151
- ROBERT A.-G.**, « Décret n° 2009-724 du 19 juin 2009 relatif à l'incrimination de dissimulation illicite du visage à l'occasion de manifestations sur la voie publique », *RSC* 2009. 882
- ROBERT J.-H.**,
- « Imputation et complicité », *JCP* 1975. I. 2720
 - « Histoire des éléments constitutifs de l'infraction », *RSC* 1977. 218
 - « Unions et désunions des sanctions du droit pénal et de criminelles du droit administratif », *AJDA* 1995. 76
 - « Commentaire de la loi n° 2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet », *Dr. pén.* 2009, étude 25
 - « Pour une restauration des contraventions de police », in *Le droit pénal à l'aube du troisième millénaire*, *Mél. PRADEL J.*, *Cujas*, 2006, p.161
- ROCHE J.**, « Les communes victimes des sauveteurs bénévoles », *D.* 1971, chron. 257
- ROLLAND M.**, « Le délit d'omission », *RSC* 1965. 583

ROMAN D., « A corps défendant (la protection de l'individu contre lui-même) », *D.* 2007. 1284

ROUJOU DE BOUBÉE G.,

- « La genèse de l'acte infractionnel » in *Travaux du colloque de science criminelle de Toulouse*, 30 janv. au 1^{er} févr. 1969, « Confrontation de la théorie générale de la responsabilité pénale avec les données de la criminologie », *Annales de la Faculté de droit et des sciences économiques de Toulouse*, Tome XVII, Fasc. 1, 1969, p. 71
- « Essai d'une théorie générale de la justification », *Ann. Fac. Toulouse*, 1982. 11

ROULHAC C., « Tu ne pourras volontairement outrager le drapeau tricolore que pour des motifs politiques, philosophiques ou artistiques (CE, 19 juillet 2011, *LDH*) », *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 29 juil. 2011

ROUSSEAU F.,

- « L'introduction des faits justificatifs dans le Code civil par l'avant-projet de réforme du droit des obligations et de la prescription », *RPDP* 2008. 539
- « Observations sur la répression inégalitaire de l'imprudence », in *La réforme du Code pénal et du Code de procédure pénale, Opinium doctorum*, Dalloz 2009. 43
- « De quelques réflexions sur la responsabilité collective. Aspects de droit civil et de droit pénal », *D.* 2011. 1983

RUSSO C., « Le droit de l'environnement et les décisions de la Commission des droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour européenne », *Mél. LE PETTITI*, Bruylant, 1998, p. 635

SAINT-PAU J.-C.,

- « La responsabilité du fait d'autrui est-elle devenue une responsabilité personnelle et directe ? », *Resp. civ. assur.* 1998, chron. 22
- « La capacité pénale de l'enfant », in *Le droit et les droits de l'enfant, Champs libres* n° 6, L'Harmattan, 2007, p. 87
- « De la causalité dans l'homicide non intentionnel », obs. ss Cass. crim. 24 mars 2009, 10 fév. 2009, *RPDP* 2009. 847
- « Les causalités dans la théorie de l'infraction », in *Mél. ROBERT J.-H.*, Lexis-Nexis, 2012, p. 684 et s.

SAINT-BONNET F., « L'ironie du sort », in *Réformer le Conseil constitutionnel ?*, *Rev. de droit d'Assas*, n° 5, fév. 2012. 99

SALCEDO C., « Outrage au drapeau tricolore et liberté d'expression : l'autolimitation du Conseil d'Etat », *D.* 2011. 2320

SALVAGE P.,

- « Le lien de causalité en matière de complicité », *RSC* 1981. 25
- « Le consentement en droit pénal », *RSC* 1991. 699

SANCHEZ M., « Soustraction aux obligations légales et à l'obligation scolaire : un possible concours de qualifications », *Dr. Famille* 2004, comm. 136

SASSOUST P., « Du contrôle, par la chambre criminelle, de l'article 223-1 du Code pénal », in *Rapport de la Cour de cassation pour 1998*. 154

SAVATIER R., « L'état de nécessité et la responsabilité civile extra-contractuelle », in *Mél. CAPITANT H.*, 1939, p. 729

SAVEY-GASARD, « Réflexions sur l'article 329 du Code pénal », *RSC* 1960. 29

SCHMIDT J.-C., « L'élément intentionnel en matière de contravention », *RPDP* 1932. 387

SEUVIC J.-F., « Mise en péril des mineurs », *RSC* 2003. 839-840

SEUVIC J.-F. et KOERING-JOULIN R., « Droits fondamentaux et droit criminel », *AJDA* 1998, numéro spécial « Les droits fondamentaux, une nouvelle catégorie juridique ? », p. 117

- SIMARD A.**, « La légalité et la légitimité (d')après Max Weber », *Aspects sociologiques* 2005, Vol. 12, n° 1.
- SICURELLA R.**, « *Nulla poena sine culpa* : un véritable principe commun européen ? », *RSC* 2002. 15
- SLAMA S.**,
- « Délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers : controverses sur la légitimité d'un 'délit d'humanité' », *AJ Pénal*, 2011.495
 - « Dissimulation du visage lors des manifestations : Dark Vador peut manifester si son intention n'est pas d'empêcher son identification par les forces de l'ordre », *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 27 fév. 2011
- SORDINO M.-C.**, « Précision sur le domaine du fait justificatif fondé sur les droits de la défense au profit du salarié », *Dr. pén.* 2010, étude 6
- SPITERI P.**, « L'infraction formelle », *RSC* 1966. 497
- STASIAK F.**, « Dépénaliser : quoi, pourquoi, comment ? », in *Droit pénal : le temps des réformes*, Litec, coll. *Colloques & débats*, 2011, p. 31
- TERNEYRE P.**, « Les adaptations aux circonstances du principe de constitutionnalité. Contribution du Conseil constitutionnel à un droit constitutionnel de la nécessité », *Rev. dr. pub.*, 1987. 1489
- TILLEMENT G.**, « Le contrôle de la nécessité des incriminations par le juge pénal », *Dr. pén.* 2003, chron., n° 34.
- TOUZET J.**, « Le concept d'utilité... fondement de la justice pénale », *RPDP* 1989. 160
- TRIGEAUD J.-M.**,
- « Sur la mort et sur celui qui voulait mourir. Eléments de réflexion », *Politeia* n° 3, 2003. 64
 - « *Le complexe de Créon : régir les mœurs ou censurer l'Islam et les autres religions. A propos du projet de loi français sur le voile* », *Revue de la BPC*, I/2004 : www.philosophiedudroit.org.
- TROUSSE P.**, « Le mobile justificatif », *Rev. dr. pén. et crim.*, 1962-63, p. 430-434
- TURPIN D.**, « La loi n° 2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité: de l'art de profiter de la transposition des directives pour durcir les prescriptions nationales », *RCDI* 2011. 499
- VARINARD A.**, « La théorie de l'infraction impossible : vers la disparition d'un mythe doctrinal », *Mél. CHAVANNE A.*, Litec 1990. 176
- VERON M.**, « Lutter contre le racisme : une troisième voie », *Dr. pén.* 2003, n° 1
- VERGES E.**, « La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mars 2004 », *AJ pénal* 2004, dossier. 181-185
- VIALA A.**, « La notion d'Etat de droit : l'histoire d'un défi de la science juridique », *RRJ* 2001. 673
- VIENNOIS J.-P.**, « La légitime défense en droit de la concurrence ou l'emprunt concevable d'une notion au droit pénal », *RSC* 2004. 295
- VITU A.**, « De l'illicéité en droit criminel français », *Bulletin de la société de législation comparée* 1984. 127,
- VLAMYNCK H.**, « Le maintien de l'ordre : manifestations, réunions publiques et attroupements », *AJ pénal* 2009. 289
- VOGLIOTTI M.**, « La 'Rhapsodie' : fécondité d'une métaphore littéraire pour repenser l'écriture juridique contemporaine. Une hypothèse de travail pour le champs pénal », *RIEJ* 2001. 151
- WICKER G.**, « La légitimité de l'intérêt à agir », in *Etudes sur le droit de la concurrence et quelques thèmes fondamentaux*, *Mél. SERRA Y.*, Dalloz, 2006, p. 455

B – Droit comparé – Droit étranger

- AMBOS K.**, « Théorie de l'infraction pénale », in *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des straffprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007 (ss dir. LEBLOIS-HAPPE J.), Société de législation comparée, *Colloques*, vol. 9, p. 147
- BOURTHOUMIEUX C.**, « La critique allemande de la pensée politique française du XVIIIème siècle et le national-socialisme », *RIDC* 1949, vol. 1, n° 3, p. 299 et s.
- DA ROCHA-CUNHA S.**, « Actualité d'une pensée de Gustav Radbruch vers un universalisme pluriel et doué de conviction », *Revue internationale de philosophie en ligne*, mai 2008, n° 5 : www.metabasis.it.
- DOLCINI E. et MARINUCCI G.**, « La Constitution et le droit pénal en Italie, Structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 317.
- DONNEDIEU de VABRES H.**, *Traité élémentaire de droit criminel et de législation comparée*, Sirey, 1947
- DUCOULOUX-FAVARD C.**, « Le délit d'abus de biens sociaux » in *Les leçons du droit comparé : le juge et la vie des affaires en Allemagne et en Italie*, Actes du colloque d'Orléans, 30 sept. 1996, *Rev. jur. Ouest* 1997, n° spécial, p. 97
- HEATHCOTE S.**, « La nécessité en *common law* », in *La nécessité en droit international*, Colloque de Grenoble, Société française pour le droit international, Pedone, 2007, p. 97
- JESTAZ P.**, « Rapport de synthèse », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988.1182, spéc. p. 1186.
- KELLERSON Ph.**, « Angel Sánchez De La Torre : Justicia y sanciones penales » (recension en français), *Revue de la BPC* 2007 : www.philosophiedudroit.org.
- LEBLOIS-HAPPE J., PIN X. et WALTHER W.**, « Chronique de droit pénal allemand », *RIDP* 2007, Vol. 78, p. 621 et s.
- LICCI G.**, « Quelques remarques sur les racines allemandes du droit pénal italien », *RIDC* 2003. 309
- LIMPENS J.**, « La faute et l'acte illicite en droit comparé », *Mél. DABIN J.*, II, Sirey, p.734
- MARINUCCI G. et DOLCINI E.**, « La Constitution et le droit pénal en Italie, structure de l'infraction et contraintes pour le législateur dans le choix des biens juridiques », *RSC* 1996. 317
- MOCCIA S.**, « Aspects régressifs du système pénal italien », *Déviance et Société* 1997, n° 2
- ORIANNE P.**, « Les standards et les pouvoirs du juges », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988. 1038.
- PETEV V.**, « Standard et principes généraux du droit », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988. 826
- PIN X.**, « La théorie du consentement de la victime en droit pénal allemand », *RSC* 2003. 273
- PINARD D.**, « Le droit et le fait dans l'application des standards et la clause limitative dans la charte canadienne des droits et libertés », in *Les standards dans les divers systèmes juridiques*, *RRJ* 1988. 1068 et s.
- RADBRUCH G.**, « Injustice légale et droit supralégal » (Trad. WALZ M.), *Association française de philosophie du droit* 1994. 304 : www.philosophie-droit.asso.fr
- RIALS S.**, « Les standards, notions critiques du droit », in *les notions à contenu variable en droit*, Travaux du centre national de recherches de logique (ss dir. PERELMAN C. et ELST V.), Bruxelles, 1984, p. 48.
- SAAS C. et TRAUTMANN S.**, « Actualités du droit pénal allemand en 2010 », *RSC* 2011. 253

TUNC A., « La doctrine du mobile légitime dans le droit des sociétés des pays de Common Law », *Mél. MARTY G.*, Université des Sciences sociales, Toulouse, 1978, p. 1085 et s.

VERHAEGEN J.,

- « Légalité et référence aux valeurs, essai de synthèse », in *Licéité en droit positif et référence légales aux valeurs (contribution à l'étude du règlement juridique des conflits de valeurs en droit pénal, public et international)*, Xème journées d'études juridiques Jean Dabin, Bruylant, Bruylant, *Bibliothèque de la faculté de droit de l'Université catholique de Louvain*, Vol. XIV, 1982, p. 674.

- « Notions floues en droit pénal » in *Les notions à contenu variable en droit*, éd. Bruylant, Bruxelles, 1984. 11

WEIGEND T. et al., « Droit constitutionnel allemand », *RSC* 2004. 688

ZAFFARONI R., « Dans un Etat de droit il n'y a que des délinquants », *RSC* 2009. 43

IV. Rapports, colloques, journées d'étude

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)*, La Documentation française, Septembre 2005 : www.ladocumentationfrancaise.fr

COULON J.-M., *Rapport sur la dépenalisation de la vie des affaires*, Doc. fr., Paris, 2008, coll. *Rapports officiels*

ESTROSI C., *Rapport sur la proposition de loi (n° 1641) renforçant la lutte contre les violences de groupes et la protection des personnes chargées d'une mission de service public*, Rapp. n° 1734

FAUCHON P., *Rapport au Sénat*, n° 391, p. 14, disponible sur le site www.assemblee-nationale.fr

GERIN A. et RAOULT E., *Rapport d'information de la mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national*, Rapp. AN n° 2262, 26 janv. 2010, p. 182-183

LEBLOIS-HAPPE J., (ss dir.) *Vers un nouveau procès pénal ? (Neue wege des strafprozesses)*, Actes du colloque de l'Institut Droit et Economie des dynamiques en Europe, Metz, 27 juin 2007, Société de législation comparée, *Colloques*, vol. 9, p. 147.

MASSOT J., *La responsabilité pénale des décideurs publics*, La documentation française 2000

WARSMANN J.-L., *Rapport d'information sur l'évaluation de la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution*, Rapp. AN n° 2838, 5 oct. 201

V. Dictionnaires et encyclopédies

Dictionnaire de philosophie, dir. RUSS J., Armand Colin, 2^{ème} éd. 2000

Dictionnaire Le nouveau petit Robert de la langue française, 2010

Dictionnaire Le petit Larousse, Grand format, 2001

BRAUDO S., *Dictionnaire de droit privé*, V° « Légitimité » : www.dictionnaire-juridique.com

CANTO-SPERBER M., *Dictionnaire d'éthique et de philosophie morale*, dirigé par PUF, 3^{ème} éd. 2001

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, 8^{ème} éd. PUF, coll. *Quadrige Dicos Poche*, 2007

LALANDE A., *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, 17^{ème} éd. 1991

A. Juris-Classeur

ALT-MAES F., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 227-15 et 227-16, « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », fasc. 20 (2011)

AUVRET P., *J.-Cl. Communication*, « Diffamation », fasc. 3130 (2008)

BONNARD H., **BLORET-PUCCIB G.**, *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Contrefaçon de marques de fabrique, de commerce ou de service », Fasc. 20 (2010)

CASTAGNEDE J., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-8, « Mesures applicables aux mineurs », fasc. 20 (2005).

DELMAS SAINT-HILAIRE J.-P., *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4 à 122-7.

DETRAZ S., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Douanes », fasc. 30 (2012)

DREYER E.,

- *J.-Cl. Pénal Annexes*, « Presse », fasc. 9.

- *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Contrefaçon », Fasc. 30 (2006)

DULOUT S., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Transports », fasc. 70 (Avril 2002)

GARCON E. et OLLARD R., *J.-Cl. Pénal*, Art. 322-5 à 322-11-1, « Destructures, dégradations et détériorations dangereuses pour les personnes » (2010)

JOURDAIN P.,

- *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1382 à 1386, Fasc. 160, « Droit à réparation – Notion de faute : contenu commun à toutes les fautes », (2011)

LASSERE-CAPDEVILLE J., V° « Discrimination », *J.-Cl. Pénal Code*, art. 225-1 à 225-4, Fasc. 20 (2011)

MARIE C., *J.-Cl. Civil Code*, Art. 60, « Actes de l'état civil – Changement de prénom », Fasc. Unique (2012)

MASCALA C.,

- *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-4, « Faits justificatifs – Ordre de la loi » (2002)

- *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-5 et art. 122-6, « Faits justificatifs – Légitime défense » (Avril 2012)

- *J.-Cl. Pénal Code*, Art. 122-7, « Faits justificatifs – Etat de nécessité » (Avril 2003)

MAYAUD Y., *J. Cl. Pénal*, Art. 434-13 et 434-14, « Faux témoignage, éléments constitutifs », fasc. 20 (Janvier 2008)

MONTREUIL J., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Armes et munitions, matériels de guerre, poudres et explosifs », fasc. 10 (Juin 1997)

PEDRON P., *J.-Cl. Pénal*, Art. 227-17, Fasc. 20, « Soustraction d'un parent à ses obligations légales », (Juillet 2008)

ROBERT J.-H., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Fraudes », fasc. 50 (2004)

ROMAN P., *J.-Cl. Pénal*, Art. 227-15 et 227-16, « Privation d'aliments ou de soins envers un mineur », fasc. 20 (Mai 2011)

SAENKO L., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Sport », fasc. 20 (2010)

SAINT-PAU J.- C.,

- *J.-Cl. Civil Code*, Art. 1146 à 1155, « Droit à réparation – Exonération de la responsabilité contractuelle – Inexécution imputable à une cause étrangère », fasc. 11-30, (Septembre 2004)

- *J.-Cl. Civil Code*, « Jouissance des droits civils – Droit au respect de la vie privée », Art. 9, Fasc. 10, (2010).

SEGONDS M., *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Étrangers », fasc. 40 (2007)

VITU A., *J. Cl. Pénal*, art. 433-5, « Outrage envers un dépositaire de l'autorité publique »,

WESTER-OUISSE V.,

- *J.-Cl. Pénal des Affaires*, « Travail », fasc. 40, « Travail-Infractions contre la collectivité des salariés » (2008)
- *J.-Cl. Lois pénales spéciales*, « Travail », fasc. 60 (2008)

B. Répertoire Dalloz

AMBROISE-CASTÉROT C., *Rép. pén.*, « Consommation », (2012)
BERNARDINI R., *Rép. pén.*, « Personne morale » (2010)
CANTAT-LAMPIN V., *Rép. Pén.*, « Mendicité » (2009)
CONTE P., *Rép. civ.*, « Responsabilité du fait personnel » (2002)
DALLOZ M., *Rép. pén.*, « Circonstances aggravantes » (2011)
DANTI-JUAN M., *Rép. pén.*, « Etat de nécessité » (2010)
FOURMENT F., *Rép. pén.*, « Dénonciation calomnieuse » (2011)

PLAN DE JURISPRUDENCE

Introduction

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 27 févr. 1964, *Bull. crim.* n° 72, *Gaz. Pal.* 1964. II. 67.

Crim., 21 nov. 1974, *RSC* 1976. 89.

Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 77, *RPDP* 2005. 638.

Crim., 2 sept. 2009, n° 08-87219 (inédit).

Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177.

Crim., 8 févr. 1936, *DP* 1936. I. 44, note DONNEDIEU DE VABRES.

Crim., 16 juin 1981, *Bull. crim.* n° 150.

Crim., 14 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 287.

Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 273.

Crim., 26 mars. 1957, *Bull. crim.* n° 282.

Crim., 2 avr. 1963, *Bull. crim.* n° 150.

Crim., 7 févr. 2007 et 4 avr. 2007, *RPDP* 2007. 373.

Crim., 11 avr. 2012, n° 11-86331.

Cour de cassation - chambre sociale

Soc., 25 févr. 2003, *Bull. civ.* V, n° 66, *Dr. et patr.* 2003. 87, obs. LOISEAU, *Option finance* 2003. 24, obs. LEBRUN.

Cour de cassation - chambres civiles

Civ., 23 nov. 1956, *Trésor public c/ docteur Giry*, *GAJA*, n° 76, *D.* 1957. 34, concl. LEMOINE.

Civ. 1^{ère}, 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor*, *Bull. civ.* I, n° 51, *Gaz. Pal.* 1996. 177.

Civ., 2^e, 7 janv. 1999, *Bull. civ.* II, n° 4, *D.* 1999. IR 34, *Procédures* 1999. Comm. 60, note PERROT.

Civ. 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 103, *D.* 2000. 731, note GARE, *D.* 2001.

Civ. 1^{ère}, 12 juin 2001, *Bull. civ.* I, n° 169.

Civ. 1^{ère}, 24 sept. 2002, *Bull. civ.* I, n° 216.

Civ. 1^{ère}, 25 avr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 163, *Defrénois* 2007. 1640, obs. MASSIP, *AJ fam.* 2007. 273, obs.

CHENEDE, *Dr. fam.* 2007, n° 170, note MURAT, *RJPF* 2007-7-8/31, note CORPART, *RTD civ.* 2007. 555, obs. HAUSER.

Civ 1^{ère}, 30 sept. 2009, *Bull. civ. I*, n° 197, *JCP* 2009. 533, note BRUSORIO-AILLAUD, *ibid.* 2010. 34, n° 8, obs. FAVIER, *AJ fam.* 2009. 454, obs. CHENEDE, *Dr. fam.* 2009, n° 142, note MURAT, *RJPF* 2010-1/42, note GARE, *RTD civ.* 2009. 711, obs. HAUSER.
Civ., 2^{ème}, 26 mai 2011, *D.* 2011. *Actu* 1494, *ibid.* Pan. 2891, obs. BRETZNER, *Dr. et proc.* 2011. 188.

Cour de cassation - chambre commerciale

Com., 16 déc. 2008, *RLDC* 2/2009. 34, obs. MARAUD DES GROTTEES.
Com., 14 févr. 2012, n° 1112.833, *JurisData* n° 2012-002115, *Procédures*, n° 4 avril 2012, com.109, note PERROT.

Juridictions du fond

T. corr. Château-Thierry, 4 mars 1898, *Ménard*, *S.* 1899. II. 1, ROUX.
CA Lyon, 12 juin 1943, *JCP* 1943. II. 2504.
T. corr. Clamecy, 10 juill. 1946, *D.* 1946. 412.
CA Limoge, 14 mai 1991, *JurisData* n° 1991-046824.
T. corr. Paris, 28 juin 2005, *Gaz. Pal.* 2006. II. 2634, note PAULIN.
CA Pau, 15 janv. 2007, n° 05-03490.
CA Saint-Denis de la Réunion, ch. com., 29 janv. 2007, *CGE c/ SA Fibres coopérative*, *AJDA* 2007. 754.
CA Versailles, 12 oct. 2007, n° 07-00354.
CA Bordeaux, 11 juill. 2008, n° 08-00068.
CA Paris, 18 juin 2008, n° 06-12976.
TGI Lyon, 5 juill. 2007, *D.* 2007. 3052, note GOUTTENOIRE, *RTD civ.* 2008. 93, obs. HAUSER.
CA Grenoble, 23 juin 2008, n° 05-04670.
CA Pau, 1^{er} mars 2010, *JCP* 2010, n° 719, obs. ARNAULT.
TGI Paris, réf., 15 févr. 2012, *Diana Z. c/ Google*.

Conseil d'Etat - assemblée plénière

CE Ass., 22 nov. 1946, *Cne de Saint-Priest-la-Plaine*, *Rec.* 279, *GAJA*, n° 57.
CE Ass., 30 nov. 1946, *Faure*, *Rec.* 245.
CE Ass., 23 oct. 1964, *d'Oriano*, *AJ* 1964. 684, chron. PUYBASSET et PUISSOCHET, *D.* 1965. 9, note RUZIE, *Rev. dr. pub.* 1965. 282, concl. BERNARD.

Conseil d'Etat

CE, 28 juin 1918, *Heyriès*, *Rec.* 651, *S.* 1922. 3. 49, note HAURIOU.
CE, 28 fév. 1919, *Dames Dol et Laurent*, *Rev. dr. pub.* 1919. 338, note JEZE, *S.* 1919. III. 33, note HAURIOU.
CE, 30 nov. 1923, *Couitéas*, *Rec.* 789, *S.* 1923. III. 57, note HAURIOU.
CE, 10 nov. 1944, *Langneur*, *D.* 1945. 87, concl. CHENOT.

CE, 18 avr. 1947, *Jarrigion*, S. 1948. III. 33, note RIVERO.
 CE, 21 fév. 1947, *Ginestous*, Rec. 66 CE, 28 mars 1947, *Société Damien*, Rec. 138.
 CE Sect., 17 avr. 1953, *Pinguet*, Rec. 177, S. 1954. III. 69, note ROBERT G., D. 1954. 7, note MORANGE G.
 CE Sect., 25 sept. 1970, *Cne de Batz-sur-Mer*, Rec. 540, AJDA 1970. 37, D. 1971. 55, concl. MORISOT.
 CE, 9 oct. 1970, *Sieur Gaillard RD Publ.*, 1970. 1431, concl. ROUGEVIN-BAVILLE.
 CE, 27 nov. 1970, *Appert-Colin*, AJDA 1970. 37.

Partie I : La finalité du motif légitime ou la recherche du juste

Titre I : La nature objective du motif légitime

Chapitre I : Une conception subjective fondée sur une terminologie équivoque

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 17 févr. 1838, S. 38. I.936.
 Crim., 12 août 1847, D. 1847. V. 510.
 Crim., 18 juin 1852, S. 1952. I. 679.
 Crim., 17 nov. 1892, D. 1893. I. 213.
 Crim., 2 janv. 1903, S. 1904. I. 57, note CHAVEGRIN.
 Crim., 1^{er} août 1908, D. 1909. II. 79.
 Crim., 11 déc. 1924, S. 1925. I. 334.
 Crim., 22 juil. 1926, S. 1928. I. 73, note ROUX.
 Crim., 20 août 1932, *Bull. crim.* n° 207.
 Crim., 24 oct. 1935, *Gaz. Pal.* 5 déc. 1935.
 Crim., 22 juin 1939, *Gaz. Pal.* 26 janv. 1940.
 Crim., 5 juin 1940, DC 1941. 30, note DONNEDIEU DE VABRES.
 Crim., 15 déc. 1943, D. 1945. 131, note DONNEDIEU DE VABRES.
 Crim., 16 janv. 1947, *Bull. crim.* n° 23.
 Crim., 21 oct. 1969, *Bull. crim.* n° 258.
 Crim., 12 mars 1970, D. 1970. 385, note DELMAS-MARTY.
 Crim., 29 nov. 1972, *Gaz. Pal.* 1973. I. 109.
 Crim., 15 mars 1977, D. 1977, I.R., 239.
 Crim., 19 mai 1983, *Bull. crim.* n° 150.
 Crim., 23 oct. 1986, *Bull. crim.* n° 384.
 Crim., 8 janv. 1992, *Bull. crim.* n° 5.
 Crim., 12 mai 1992, *Dr. pén.* 1992, comm. 279.
 Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203, arrêts n° 1 et 2, p. 474, D. 1994, I.R. p. 217, *Dr. pén.* 1994, comm. 237,
 1^{ère} espèce, obs. ROBERT, RSC 1995. 97, obs. BOULOC, et *ibid.* 356, obs. ROBERT.

Crim., 12 juill. 1994, *Bull. crim.* n° 280, *Dr. pén.* 1994, comm. 237 (2^{ème} espèce), obs. ROBERT, *RSC* 1995. 343, obs. BOULOC, et *ibid.* 356, obs. ROBERT.

Crim., 8 juin 1995, *Bull. crim.* n° 211, p. 576, *D.* 1995, I.R., p. 225.

Crim., 30 oct. 1995, *Bull. crim.* n° 335, *D.* 1996, I.R., p. 27, *RSC* 1996. 645, obs. BOULOC, *Dr. pén.* 1996, comm. 70, obs. ROBERT.

Crim., 10 janv 1996, *Bull. crim.* n° 13, *Dr. pén.* 1996, comm. 89, obs. ROBERT.

Crim., 25 janv 1996, *Bull. crim.* n° 50, *Bull. Joly* 1996. 229.

Crim., 3 sept 1996, *Bull. crim.* n° 311.

Crim., 3 sept. 1996, *Dr. pén.* 1997, comm. 4, obs. VERON, *Gaz. Pal.* 1997. I. chron. crim. 20.

Crim., 22 janv 1997, *Jurisdata* n° 001194 (*inédit*), *Dr. pén.* 1997, comm. 83, obs. ROBERT.

Crim., 5 févr. 1997 (*inédit*), *Gaz. Pal.* 1997. I. chron. crim., p. 113.

Crim., 28 mai 1997, *Bull. crim.* n° 209, *D.* 1999, somm. p. 153, obs. ROUJOU DE BOUBEE.

Crim., 18 juin 1997, *Bull. crim.* n° 242, *Dr. pén.* 1997, comm. 147, obs. ROBERT, *JCP* 1998. IV. 1241. 213.

Crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.* n° 336, *Dr. pén.* 1999, comm. 67.

Crim., 7 déc. 1999, *JurisData* n° 00468 (*inédit*), *Dr. pén.* 2000, comm. 77, obs. ROBERT.

Crim., 24 avr. 2001, *Bull. crim.* n° 98, *RSC* 2001. 829, obs. GIUDICELLI-DELAGE.

Crim., 6 fév. 2007, *JCP* 2007. II. 10091, note DREYER.

Cour de cassation – chambre sociale

Soc., 2 déc. 1998, *JCP* 1999. II. 10166, note BOURETZ.

Juridictions du fond

CA Toulouse 21 févr. 2002, *Dr. pén.* 2002, comm. n° 83, obs. VERON.

Chapitre II : Une conception objective fondée sur une matérialité univoque

Haute Cour de justice

Hte C. just., comm. instr., 5 fév. 1993, *D.* 1993, *jurispr.* p. 231, note PRADEL.

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 25 avr. 1885, *S.* 1887. 137 note VILLEY.

Crim., 22 juin 1972, *JCP* 1973. II. 17326 note LARGUIER.

Crim., 21 fév. 1996, *D.* 1997, *jurispr.* p. 234, note PAULIN.

Crim., 7 oct. 1997, *JCP* 1997. IV. 2487.

Crim., 11 févr. 1998, *Bull. crim.* n° 57.

Crim., 14 mai 1998, *Bull. crim.* n° 163.

Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 274, *D.* 1999. 75, note MAYAUD Y., *JCP* 1998. II. 10215, note MAYER.
Crim., 8 déc. 1998, *Bull. crim.* n° 336, *Dr. pén.* 1999, comm. 67.
Crim., 9 mars 1999, *Bull. crim.* n° 34, *JCP* 1999. II. 10188, note DO CARMO SILVA.
Crim., 7 déc. 1999, n° 98-85759 (*inédit*).
Crim., 11 avr. 2000, *Bull. crim.* n° 161., *D.* 2000. 631, note MAYAUD.
Crim., 29 nov. 2000 (*inédit*).
Crim., 20 fév. 2002, *Bull. crim.* n° 38.
Crim., 18 juin 2003, *D.* 2004. 1623 note REBUT.
Crim., 11 mai 2004, *Bull. crim.* n° 113.
Crim., 7 déc. 2005, *Bull. crim.* n° 326, *RPDP* 2006. 152 note MALABAT.
Crim., 22 oct. 2008, *Dr. pén.* 2009, comm. n° 1, obs. VERON.

Cour de cassation - chambre sociale

Soc., 30 juin 2004, *Bull. soc.* n° 187.

Juridictions du fond

CA Douai, 11 janv. 1995, *Gaz. Pal.* 1995. II. 543, *RSC* 1996. 651, obs. MAYAUD.

Titre II : L'effet justificatif du motif légitime

Chapitre I : L'absence d'effet du motif légitime sur les composantes de la responsabilité

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 1^{er} juill. 1997, *Oberschlick c/ Autriche*, *RSC* 1998. 389, obs. KOERING-JOULIN.
CEDH, 29 avr. 1999, *Chassagnou et a. c/ France* : www.dhcour.coe.fr .
CEDH, 8 oct. 2009, *Brunet-Lecomte et Tanant c/ France*, *D. actu*, 19 oct. 2009, obs. LAVRIC.

Cour de cassation - chambre mixte

Ch. Mixte, 24 nov. 2000, *Bull. crim.* n° 354, *BICC* 2001, n° 527. 12 concl. LUCAS, *Gaz. Pal.* 2001. I. 817, note GUERDER.

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 31 janv. 1835, *S.* 1835. I. 564.
Crim., 11 juill. 1844, *S.* 1844. I. 177.
Crim., 16 nov. 1866, *DP* 1867, *juripr.* p. 87.

Crim., 2 déc. 1871, *Dr. pén.* 1871. I. 366.

Crim., 8 déc. 1871, *DP* 1872. I. 193.

Crim., 1^{er} août 1878, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 1879. I. 390, *S.* 1878. I. 484.

Crim., 28 déc. 1900, *DP* 1901. I. 81, note LEPOITTEVIN.

Crim., 18 fév. 1922, *Bull. crim.* 1922, n° 82.

Crim., 20 avr. 1934, *Genty*, *S.* 1935. I. 398.

Crim., 29 déc. 1948, *JCP* 1949. II. 4681.

Crim., 29 déc. 1949, *JCP* 1950. II. 5614.

Crim., 3 nov. 1954, *D.* 1954, *jurispr.* p. 64, note PAGEAUD.

Crim., 16 juin 1955, *JCP* 1955. II. 8851, note VOUIN, *RSC* 1956. 99, obs. LEGAL.

Crim., 13 déc. 1956, in PRADEL et VARINARD, *Les grands arrêts du droit pénal général*, 6^{ème} éd., Dalloz, 2007, n° 43.

Crim., 14 fév. 1957, *Bull. crim.* n° 157.

Crim., 25 juin 1958, *Lesage*, *D.* 1958, *jurispr.* p. 693, *JCP* 1959. II. 10941, note LARGUIER, *RSC* 1959, obs. LEGAL.

Crim., 19 fév. 1959, *Reminiac*, *D.* 1959, *jurispr.* p. 161.

Crim., 26 fév. 1959, *D.* 1959, *jurispr.* p. 301.

Crim., 25 oct. 1962, *Bull. crim.* n° 292 (*Lacour*) et n° 293 (*Benamar et Schieb*), *D.* 1963. 221, note BOUZAT, *JCP* 1963. II. 12985, note VOUIN.

Crim., 6 nov. 1963, *D.* 1965, *jurispr.* p. 323, note VOUIN.

Crim., 25 mars 1965, *Gaz. Pal.* 1965. II. 5.

Crim., 16 fév. 1967, *Bull. crim.* n° 70 (*Cousinet*).

Crim., 25 avr. 1967, *Bull. crim.* n° 129.

Crim., 29 nov. 1972, *Bull. crim.* n° 368, *RSC* 1973. 408, obs. LEVASSEUR.

Crim., 10 juill. 1973, *Bull. crim.* n° 322, *RSC* 1974. 594, obs. LEVASSEUR.

Crim., 31 janv. 1974, *Bull. crim.* n° 50, *RSC* 1975. 679, obs. LARGUIER.

Crim., 15 mars 1977, *Bull. crim.* n° 94, *JCP* 1979. II. 19148, note ROUJOU DE BOUBEE, *RSC* 1977. 817, obs. LEVASSEUR.

Crim., 5 nov. 1977, *Bull. crim.* n° 312.

Crim., 4 janv. 1978, *Bull. crim.* n° 5.

Crim., 11 oct. 1978, *D.* 1979, *IR*, p. 120.

Crim., 18 déc. 1978, *Bull. crim.* n° 357.

Crim., 25 mai 1983, *Bull. crim.* n° 154, *D.* 1983. 575, note SOUSI-ROUBI.

Crim., 5 juin 1984, *Bull. crim.* 1984, n° 209.

Crim., 9 juil. 1984, *D.*, 1984, *IR*, 106, obs. ROUJOU DE BOUBEE, *Gaz. Pal.* 1984. II. 751, note DOUCET.

Crim., 19 nov. 1985, *Bull. crim.* n° 363, *RSC* 1986. 612, obs. LEVASSEUR.

Crim., 16 juil. 1986, *D.* 1988. 390 (2^{ème} esp.), note DEKEUWER, *Gaz. Pal.* 1987. I. somm. 10.

Crim., 7 oct. 1987, *Bull. crim.* n° 341.

Crim., 11 oct. 1989, *Bull. crim.* n° 354.

Crim. 8 janv. 1991, *D.* 1992, *jurispr.* p. 115, note CROISIER-NERAC.

Crim., 3 oct. 1991, *Gaz. Pal.* 1992, somm. p. 38, *Dr. pén.* 1992, comm. 57.

Crim., 26 fév. 1992, *Bull. crim.* n° 88.

Crim., 8 déc. 1992, *Dr. pén.* 1993, comm. n° 128, note VERON.

Crim., 6 janv. 1993, *Dr. Pén.* 1993, comm. n° 103, note VERON, *RSC* 1993. 773, obs. LEVASSEUR.

Crim., 4 mai 1993, *Dr. pén.* 1993, comm. n° 179, obs. VERON.

Crim., 20 oct. 1993, *Gaz. Pal.* 1994. I. Somm. 16.

Crim., 12 oct. 1993, *Dr. pén.* 1994, comm. n° 35.

Crim., 25 mai 1994, *Bull. crim.* n° 203.

Crim., 12 juil. 1994, *Bull. crim.* n° 280, *Dr. pén.* 1994, comm. n° 237, *JCP E.* 1995. 87.

Crim., 16 mai 1995, *Bull. crim.* n° 175.

Crim., 28 juin 1995, *Dr. pén.* 1995, comm. 274, note VERON.

Crim., 10 janv. 1996, *Bull. crim.*, n° 13, *Dr. pén.* 1996, comm. 89, note ROBERT, *RSC* 1996. 847, obs. BOULOC.

Crim., 25 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 50.

Crim., 3 avr. 1996, *Gaz. Pal.* 1996, chron dr. crim., p. 142.

Crim., 21 mai 1996, *Bull. crim.* n° 206, *RSC* 1997. 101, obs. BOULOC, *JCP* 1997. I. 3998, chron. pén., obs. VERON.

Crim., 2 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 342.

Crim., 10 oct. 1996, *Bull. crim.* n° 358.

Crim., 22 janv. 1997, n° 96-81023, *Dr. pén.* 1997, comm. 83, note ROBERT.

Crim., 5 févr. 1997, n° 95-84634, *Gaz. Pal.* 1997, 1, Chron. crim. 113.

Crim., 28 mai 1997, n° 96-82317, *D.* 1999, Somm. comm. p. 153, obs. ROUJOU de BOUBEE.

Crim., 17 déc. 1997, n° 96-86194, *Gaz. Pal.* 1998, 1, Chron. crim. 63.

Crim., 18 juin 1998, *Bull. crim.* n° 247, *Dr. pén.* 1997, comm. 147, note ROBERT.

Crim., 9 juill. 1998, *D.* 1999, somm. 159, obs. SEGONDS.

Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 273, *JCP* 1999. II. 10163, comm. FREUND, *RTD Com.* 1999. 526., obs. BOULOC.

Crim., 24 nov. 1998, *JCP* 1998. II. 10208, note HOUTMANN.

Crim., 28 nov. 1991, *Bull. crim.* n° 446, *D.*, 1993, somm. 18, obs. AZIBERT, *RSC* 1992. 751, obs. LEVASSEUR, *ibid.*, 1993. 90, obs. BOULOC.

Crim., 26 mai 1999, *Gaz. Pal.* 1999. II. 122.

Crim., 7 déc. 1999, n° 98-85759, *Dr. pén.* 2000, comm. 77, note ROBERT.

Crim., 5 janv. 2000, *D.* 2000, jurispr. p. 780, note DE LAMY.

Crim., 1^{er} mars 2000, *RSC* 2000. 839, obs. RENUCCI.

Crim., 14 juin 2000, n° 00-80. 149.

Crim., 24 oct. 2000, n° 0080-170.

Crim., 23 oct. 2001 (2 arrêts), *Dr. pén.* 2002, comm. n° 27, obs. VERON.

Crim., 23 oct. 2001 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 217 et 218, *RSC* 2002. 100, obs. MAYAUD.

Crim., 21 nov. 2001, *D.* 2003. II. 245, note SEGONDS.

Crim., 19 mars 2002, n° 01-83509, *Dr. pén.* 2002, comm. 87, note ROBERT.

Crim., 4 juin 2002, *Bull. crim.* n° 127.

Crim., 18 juin 2002, *Bull. crim.* n° 138.

Crim., 29 oct. 2002, *Bull. crim.* n° 196, *RSC* 2003. 330, obs. MAYAUD.

Crim., 13 nov. 2002, *Bull. crim.* n° 203.

Crim., 19 nov. 2002, *D.* 2003. 1315, note MAYER.

Crim., 7 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 1.

Crim., 11 févr. 2003, *RSC* 2003. 801, obs. GIUDICELLI-DELAGE.

Crim., 18 fév. 2003, *Bull. crim.* n° 41.

Crim., 7 janv. 2004, *Bull. crim.* n° 5.

Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.* n° 77.

Crim., 14 janv. 2004, *Bull. crim.* n° 11, *Dr. pén.* 2004, comm. 50, note VERON.

Crim., 21 sept. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 216, obs. SAINT-PAU.

Crim., 5 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 230.

Crim., 13 oct. 2004, *Bull. crim.* 2004, n° 253.

Crim., 19 oct. 2004, *RPDP* 2005. 235, obs. SAINT-PAU.

Crim., 3 nov. 2004, n° 04-80.011.

Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.* n° 78 (1^{ère} arrêt).

Crim., 5 avr. 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 103 (2^{ème} arrêt).

Crim., 7 juin 2005, n° 03-86.640, *RSC* 2005. 849, obs. MAYAUD.

Crim., 28 juin 2005, *Bull. crim.* n° 196, *D.* 2005, Pan. 2987, obs. ROUJOU DE BOUBEE, *D.* 2006. 561, note FARDOUX, *JCP* 2005. IV. 2906, *AJ pénal* 2005. 328, obs. ROUSSEL, *RPDP* 2006. 123, obs. BONFILS.

Crim., 10 janv. 2006, n° 04-86.428.

Crim., 1^{er} fév. 2006, 05-82.543 (*inédit*).

Crim., 22 mars 2006, *Bull. crim.* n° 85, *RTD com.* 2006. 928, obs. BOULOC, *Dr. pén.* 1994, comm. 87, ROBERT.

Crim., 5 avr. 2006, n° 05-85031, *JurisData* n° 2006-033421, *Dr. pén.* 2006, comm. 102, VERON.

Crim., 25 avr. 2006, *Crusilleau-Carchereux*, n° 05-81.469.

Crim., 11 mai 2006, *JCP* 2006. II. 10207, note FARDOUX, *AJ pénal* 2006. 358, obs. LEBLOIS-HAPPE.

Crim., 20 juin 2006 (*Raymond X*), n° 05-85.702.

Crim., 12 sept. 2006, *JCP* 2007. II. 10006, note FAICT et MISTRETTA.

Crim., 7 fév. 2007, *D.* 2007. 573, obs. DARSONVILLE et *ibid.* 1310, note FELDMAN.

Crim., 9 mai 2007, *Dr. pén.* 2007, comm. 115, ROBERT.

Crim., 31 mai 2007, 06-86.628 (*inédit*).

Crim., 25 sept 2007 (*Alain X*), n° 06-88.099.

Crim., 30 oct. 2007, n° 07-81505, *Dr. pén.* 2008, pan. 2, p. 28 JEAN.

Crim., 4 mars 2008, *Dr. pén.* 2008. comm. 82, obs. VERON.

Crim., 11 mars 2008, *Dr. soc.* 2008. 746, note DUSQUENES.

Crim., 27 mars 2008, 07-83.009 (*inédit*).

Crim., 9 avr. 2008, 07-81.502 (*inédit*).

Crim., 17 juin 2008, pourvoi n°07-87518, *AJ pénal* 2008. 467.

Crim., 18 nov. 2008, *Dr. pén.* 2009. 18 (1^{er} arrêt).

Crim., 20 janv. 2009, n°08-83933, *Dr. pén.* 2009, comm. 53, ROBERT.

Crim., 10 fév. 2009, *RPDP* 2009. 847, comm. SAINT-PAU.

Crim., 31 mars 2009, *RJPF* 2009, n° 6, comm. SAINT-PAU.

Crim., 12 mai 2009, *Dr. pén.* 2009, comm. 108, obs. VERON.

Crim., 16 juin 2009, n°08-87090.

Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 2009, *AJ.* 2935, obs. DARSONVILLE, *D.* 2009. 806, note LASSERRE CAPDEVILLE, *RSC* 2010. 178, note FRANCILLON, *AJ pén.* 2010. 79, obs. ROYER, *JCP* 2010. 19, note LEPAGE, *Dr. pén.* 2010, comm. 3, VERON.

Crim., 15 déc. 2009, *Dr. pén.* 2010, comm. 41, obs. ROBERT.

Crim., 19 janv. 2010, *AJ pén.* 2010. 240, obs. ROYER.

Crim., 26 mai 2010, n° 10-80.392, *D.* 2010. *AJ* 1630.

Juridictions du fond

CA Chambéry, 6 fév. 1907, *D.* 1907. V. 19.

CA Paris, 6 oct. 1944, *D.* 1945, *jurispr.* p. 115.

CA Paris 5 janv. 1945, *Gaz. Pal.* 1945. I. 102.

CA Dijon, 21 mai 1954, *DP* 1867, *juripr.* p. 444.

T. corr. Brest, 20 déc. 1956, *D.* 1957, *jurispr.* p. 348.

CA Colmar, 6 déc. 1957, *D.* 1958. 357 (1^{ère} esp.), note BOUZAT, *S.* 1958. 245, *Gaz. Pal.* 1958. II. 202.

T. corr. Avesnes-sur-Helpe, 19 nov. 1958, *JCP* 1959. II. 11366, note LAPLATTE.

CA Nîmes, 28 mai 1966, *JCP* 1967. II. 15311, note CHAUVEAU.

T. corr. Troyes, 24 mai 1978, *JCP* 1979. II. 19046 (2^{ème} esp.), note BOUZAT.

C. assises Reims, 9 nov. 1978, *D.* 1979, *juris.* p. 92, note PRADEL.

TGI Marseille, 28 janv. 1982, *D.* 1983, *IR*, 402.

T. corr. Agen, 22 mai 1985, *Gaz. Pal.* 1985. II. 587.

CA Dijon, 19 déc. 1985, *Gaz. Pal.* 1985. I. 256.

CA Versailles, 8 avr. 1987, *Gaz. Pal.* 1987. I. 226.

CA Douai, 9 juin 1988, *D.* 1991, somm. 66, obs. AZIBERT.

CA Metz, 8 mars 1990, *JurisData* n° 1990-042132.

T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995. II, somm. 326.

TGI Lyon, 26 sept. 1996, *D.* 1997. 200, note SEILLAN, *RSC* 1997. 833, obs. MAYAUD.

CA Bourges, 21 nov. 1996, *Rev. jur. Centre Ouest*, sept. 1997, n° 20, p. 213.

CA Versailles, 25 sept. 1997, *Dr. pén.* 1997, comm. 149, obs. MARON.

CA Toulouse, 29 janv. 1998, *D.* 1999. 56, note BENOIT.

CA Rennes, 17 févr. 2000, *JCP* 2000. IV. 2341.

CA Paris, 5 avr. 2001, *JurisData* n° 2001-144548.

CA Versailles, 7 mars 2003, *RJDA* 6/2003, n° 657.

CA Aix-en-Provence, 1^{er} juin 2005, *Dr. pén.* 2005, comm. 169 (3^{ème} esp.), obs. VERON.

CA Douai, 6^{ème} ch., 22 juin 2006, *JCP* 2006. IV. 3529.

Chapitre II : L'effet du motif légitime sur le fondement axiologique de la responsabilité

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 21 janv. 1999, *Fressoz et Roire c/ France*, *D.* 2000, chron. 267, DEBOISSY et SAINT-PAU.

CEDH, 14 fév. 2008, *July et SARL Libération c/ France*, *JCP* 2008. II. 10172, note DERIEUX.

Conseil d'Etat – assemblée plénière

CE, Ass., 22 nov. 1946, *Cne de Saint-Priest-la-Plaine*, *Rec.* 279, *GAJA*, n° 57.

CE, Ass., 30 nov. 1946, *Faure*, *Rec.* 245.

CE, Ass., 27 nov. 1970, *Cons. Appert-Collin*, *AJDA*, 1971. 59.

Conseil d'Etat

CE, 21 juin 1895, *Cames*, *Rec.* 509.

CE, 28 mars 1919, *Regnault-Desroziers*, *Rec.* 329, *GAJA*, n° 35.

CE, 24 juin 1949, *Lecomte et Daramy* (2 arrêts), *GAJA*, n° 63.

CE, 18 nov. 1949, *Mimeur*, *Rec.* 492, *GAJA*, n° 32-5.

CE, 27 juill. 1951, *Dame Auberge*, *D.* 1952. 108, concl. GAZIER.

CE, Sect., 17 avr. 1953, *Pinguet*, *Rec.* 177, *S.* 1954. III. 69, note ROBERT, *D.* 1954. 7, note MORANGE.

CE, Sect., 22 mars 1957, *Cie d'assurances l'Urbaine et la Seine*, *GAJA*, n° 32.

CE, Sect., 16 nov. 1960, *Cne de Gouloux*, *Rec.* 628, 10 déc. 1969, *Sieurs Simon, Quarteron et Visserias*, *Rec.* 567

CE, 8 juin 1966, *Ministre des finances c. Lemaire*, *D.* 1967. 343, note LAVROFF.

CE, Sect., 25 sept. 1970, *Cne de Batz-sur-Mer*, *Rec.* 540, *AJDA* 1970. 37, *D.* 1971. 55, concl. MORISOT.

CE, 9 oct. 1970, *Gaillard*, *RD Publ.*, 1970. 1431, concl. ROUGEVIN-BAVILLE.

CE, 27 nov. 1970, *Appert-Colin*, *AJDA* 1970. 37.

CE, 31 mai 1989, *Pantaloni*, *Rec.* 144, *AJ* 1989. 611, chron. HONORAT et BAPTISTE, *D.* 1990. 296, obs. BON et TERNEYRE.

CE, Sect., 13 janv. 1993, *Mme Galtié*, *RFDA* 1994. 91-98, note BON.

CE, 30 avr. 2004, *Cne de Sillingy* : www.conseil-etat.fr.

CE, Sect., 11 fév. 2005, *Gie Axa Courtage*, *Rec.* 45, *AJDA* 2005. 663, *RFDA* 2005. 594, concl. DEVYS, note BON.

CE, Sect., 1^{er} fév. 2006, *Garde des sceaux c/ MAIF*, *AJDA* 2006. 586, chron. LANDAIS et LENICA, *DA* 2006. 602, concl. GUYOMAR, note BONX.

CE, 24 janv. 2007, *SUVA ou Cne de Sausheim*, n° 289646 (inédit) : www.conseil-etat.fr.

CE, Sect., 12 oct. 2009, *CROSS Chevillard*, n° 297075 (publié) : www.conseil-etat.fr.

Cour de cassation - assemblée plénière

Ass. plén., 9 mai 1984, *Bull. civ.*, n° 4, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 208-209 (I), *D.* 1984. 525, concl. CABANNES, note CHABAS, *JCP* 1984. II. 20255, note DEJEAN DE LA BÂTIE, *RTD civ.* 1984. 508, obs. HUET.

Ass. plén., 25 fév. 2000, *D.* 2000. 673, note BRUN, *Resp. civ. assur.* 2000, chron. 11, obs. GROUTEL, *Dr. et patrim.*, 2000, n° 82, p. 107, obs. CHABAS, *RTD civ.* 2000. 582, obs. JOURDAIN, *JCP* 2000. I. 241, obs. VINEY, *ibid.*, II. 10295, concl. KESSOUS, note BILLIAU.

Ass. plén., 29 juin 2007, *Bull. civ.*, n° 7, *BICC* 1^{er} oct. 2007, rapp. PASCAL, avis DUPLAT, *D.* 2007, chron., p. 2408, *ibid. AJ*, 1957, obs. GALLMEISTER, *ibid.*, pan., 2903, obs. BRUN, *JCP* 2007. II. 10150, note MARMAYOU, *JCP E* 2007. 2198, note RADE, *RLDC* 2007/42, n° 2690, note MEKKI, *Resp. civ. assur.* 2007, étude 17, HOCQUET-BERG, *RTD civ.* 2007. 782, obs. JOURDAIN, *Gaz. Pal.* 7-8 nov. 2007, note POLERE.

Cour de cassation - chambres réunies

Ch. réunies, 13 fév. 1930, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 193, *DP* 1930. I. 57, concl. MATTER, note RIPERT, *S.* 1930. I. 121, note ESMEIN.

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 27 nov. 1845, *DP* 1846. 4, n° 94, 12 oct. 1882, *Bull. crim.* n° 233.

Crim., 9 juin 1848, *S.*, 1848. I. 127.

Crim., 17 déc. 1859, in *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 95.

Crim., 9 nov. 1860, *Bull. crim.* n° 229.

Crim., 27 juill. 1867, *DP* 1867. I. 457.

Crim., 27 déc. 1884, *D.* 1885. I. 219.

Crim., 3 juill. 1886, *D.* 1886. 473.

Crim., 16 juin 1887, *Bull. crim.* n° 221.

Crim., 17 fév. 1899, *DP* 1899. I. 326.

Crim., 3 juill. 1909, *DP* 1911. I. 290.

Crim., 2 fév. 1916, *Bull. crim.* n° 130.

Crim., 2 juin 1916, *S.* 1918-1919. I. 189

Crim., 13 juin 1918, *Bull. crim.* n° 239, *S.* 1921. I. 236

Crim., 28 juill. 1921, *S.* 1922. I. 288.

Crim., 28 juill. 1921, *Bull. crim.* n° 312.

Crim., 4 août 1927, *S.* I. 33, 7 déc. 1954, *D.* 1955, jurispr. p. 221.

Crim., 30 oct. 1941, *DP* 1919. I. 67.

Crim., 1^{er} mars 1945, *Bull. crim.* n° 17, *D.* 1945. 265.

Crim., 2 mai 1946, *Bull. crim.* n° 116, *S.* 1948. I. 57, note LEGAL.

Crim., 20 oct. 1949, *Bull. crim.* n° 291.

Crim., 1^{er} fév. 1955, *JCP* 1955. 8582, note PAGEAUD.

Crim., 9 fév. 1956, *JCP* 1956. 9574, note LARGUIER.

Crim., 20 nov 1956, *Bull. crim.* n° 761.

Crim., 25 juin 1958, *Lesage, D.* 1958, *jurispr.* p. 693, *JCP* 1959. II. 10941, note LARGUIER, *RSC* 1959, obs. LEGAL.

Crim., 17 mai 1962, *D.* 1962. 473.

Crim., 25 oct. 1962 (2 arrêts), *Bull. crim.*, n° 292 *Lacour*, et n° 293 *Benamar et Schieb, D.* 1963. 221, note BOUZAT, *JCP* 1963. II. 12985, note VOUIN.

Crim., 18 nov. 1965, *D.* 1966. 248, note COMBALDIEU.

Crim., 9 fév. 1967, *Bull. crim.* n° 62.

Crim., 16 fév. 1967, *Cousinet, Bull. crim.*, n° 70.

Crim., 6 janv. 1970, *Bull. crim.* n° 11.

Crim., 22 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 348.

Crim., 29 déc. 1970, *Bull. crim.* n° 356.

Crim., 25 janv. 1973, *Gaz. Pal.* 1973. I. somm. 94, note DOUCET, *RSC* 1974. 580, obs. LARGUIER.

Crim., 31 janv. 1974, *JCP* 1975. II. 17984, note MAYER-JACK.

Crim., 25 avr. 1974, *Bull. crim.* n° 152.

Crim., 2 mai 1974, *Bull. crim.* n° 156.

Crim., 25 févr. 1975, *Bull. crim.* n° 65.

Crim., 3 nov. 1978, *Bull. crim.* n° 299.

Crim., 17 fév. 1981, *Bull. crim.* n° 63

Crim., 16 janv. 1986, *Perdereau, Bull. crim.* n° 25, *D.* 1986. 265, note MAYER et GAZOUNAUD, p. 839, obs. VITU, et *ibid.* 849, obs. LEVASSEUR, *RSC* 1987. 199 obs. LEVASSEUR, *JCP* 1987. II. 20774, note ROUJOU DE BOUBEE.

Crim., 16 juil. 1986, *D.* 1988. 390 (2^{ème} esp.), note DEKEUWER, *Gaz. Pal.* 1987. I. somm. 10.

Crim., 30 mai 1989, *Bull. crim.*, n° 222.

Crim., 6 sept. 1989, *Dr. pén.* 1990, comm. 55.

Crim., 24 oct. 1989, *Bull. crim.*, n° 380.

Crim., 11 déc. 1989, *Bull. crim.*, n° 471, *RSC* 1991. 347, obs. LEVASSEUR.

Crim., 21 mai 1990, *Bull. crim.* n° 203.

Crim., 28 mai 1990, *Bull. crim.* n° 214.

Crim., 18 sept. 1990, *Bull. crim.* n° 194.

Crim., 13 mars 1991, *Bull. crim.* n° 125.

Crim., 20 juin 1994, *Bull. crim.* n° 246.

Crim., 31 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 56.

Crim., 30 avr. 1996, *Bull. crim.* n° 176.

Crim., 16 fév. 1997, *Bull. crim.* n° 48.

Crim., 26 mars 1997, *Bull. crim.* n° 124, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 218-219 (II), *D.* 1997. 496, note JOURDAIN, *D.* 1998, somm. 201, obs. MAZEAUD, *JCP* 1997. II. 22868, rapp. DESPORTES, *JCP* 1998. II. 10015, note

HUYETTE, *JCP* 1997. I. 4070, n°1, obs. VINEY, *Dr. fam.*, 1997, n° 98, note MURAT, *Resp. civ. assur.* 1997, comm. 292, note GROUTEL, *Petites affiches*, 5 oct. 1999, note ALT-MAES.

Crim., 11 juin 1997, *Gaz. Pal.* 1997. II. 228.

Crim., 8 oct. 1997, *Dr. pén.* 1998, comm. 19, obs. VERON.

Crim., 4 mars 1998, *Bull. crim.* n° 83.

Crim., 16 nov. 1998, *JCP* 1999. II. 10118, note JEANDIDIER.

Crim., 24 nov. 1998, *JCP G* 1998. II. 10208, note HOUTMANN.

Crim., 26 mai 1999, *RSC* 2000. 621, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE.

Crim., 14 avr. 1999, *Bull. crim.* n° 81, *RSC* 1999. 809, obs. BOULOC.

Crim., 20 fév. 2001, *D.* 2001, *jurispr.* p. 3001, note WACHSMANN.

Crim., 19 fév. 2002, *Bull. crim.* n° 35, *RSC* 2002. 809, obs. BOULOC.

Crim., 7 mai 2002, *Bull. crim.* n° 108.

Crim., 8 janv. 2003, *Bull. crim.* n° 5, *D.* 2003. 2661, note GARCON, *JCP* 2003. II. 10159, note JEANDIDIER, *RSC* 2003. 553, obs. BOULOC, *D.* 2004, somm. 310, obs. DE LAMY.

Crim., 8 janv. 2003, *JCP* 2003. II. 10159., note JEANDIDIER.

Crim., 11 fév. 2003, *JCP* 2003. I. 162, chron. VERON, *ibid.* II. 10061, note DREYER, *D.* 2004. 317, obs. DE LAMY.

Crim., 18 fév. 2003, *D.* 2003. 1317, note DEFFERRARD et DURTETTE, *Dr. pén.* 2003, *chron.* n° 22.

Crim., 18 mars 2003 (2 arrêts), *Bull. crim.* n° 69.

Crim., 20 mai 2003, *JCP* 2004. I. 147, n° 5.

Crim., 18 juin 2003, *Bull. crim.* n° 127, *D.* 2004. 1620, note REBUT, somm. 2751, obs. MIRABAIL, *JCP* 2003. II. 10121, note RASSAT, *Dr. pén.* 2003, comm. 97, obs. VERON, *RSC* 2003. 781, obs. MAYAUD, *D.* 2005. 195, note PROTHAIS.

Crim., 14 janv. 2004, *D.* 2004. 1377, note CUTAJAR.

Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.*, n° 77.

Crim., 7 avr. 2004, *Bull. crim.* n° 95, *Dr. pén.* 2004, comm. 121, VERON.

Crim., 11 mai 2004 (2 arrêts), *RPDP* 2004. 875, chron. SAINT-PAU, *D.* 2004. 2326, note GABA, *D.* 2004. 2779, obs. ROUJOU DE BOUBÉE, *JCP* 2004. II. 10124, note GIRAULT, *RSC* 2004. 635, chron. FORTIS, *RSC* 2004. 866, chron. VERMELLE, *LPA* 2005. 9 chron. COZETTE, *RTD com.* 823, obs. BOULOC, *Dr. pén.* 2004, comm. 122, note VERON.

Crim., 15 déc. 2004, n° 03-87827 (*inédit*), *Dr. pén.* 2005, comm. 79, obs. ROBERT.

Crim., 15 déc. 2004, *JCP* 2005. II. 10050, note MARECHAL, *D.* 2005. 2128, note ROYER.

Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.* 2005, *RPDP* 2005. 638, obs. PIN, *RSC* 2005. 836, obs. VERMELLE.

Crim., 13 avr. 2005, *Bull. crim.*, 2005, n° 131.

Crim., 10 mai 2005, *JCP E* 2005. 1879, note DAURY-FAUVEAU.

Crim., 28 mars 2006, *D.* 2006. 2721, note CHAVENT-LECLERE.

Crim., 11 mai 2006, *JCP G* 2006. II. 10207, note FARDOUX, *AJ pénal* 2006. 358, obs. LEBLOIS-HAPPE.

Crim., 28 nov. 2006, *Bull. crim.* n° 294, *RSC* 2007. 79, obs. MAYAUD.

Crim., 11 sept. 2007, *Bull. crim.* n° 198.

Crim., 20 fév. 2008, *Bull. crim.* n° 43, *D.* 2008. 1585, note CUTAJAR, *RSC* 2008. 607, obs. MATSOPOULOU, *AJ pénal* 2008. 234, note DARSONVILLE.

Crim., 11 mars 2008, *Bull. crim.* n° 59, *JCP* 2008. I. 209, n° 3 obs. DREYER.

Crim., 11 mars 2008, *RPDP* 2008. 869.

Crim., 9 juin 2009, *Lexbase hebdo* n° 363, 17 sept. 2009, n° N9172BLB.

Crim., 9 juin 2009, *D.* 2009. 306, note GABA, *RPDP* 2009. 858, chron. FOURNIER.

Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 2009. *AJ.* 2935, obs. DARSONVILLE, *D.* 2009. 806, note LASSERRE CAPDEVILLE, *RSC* 2010. 178, note FRANCILLON, *AJ pénal* 2010. 79, obs. ROYER, *JCP* 2010. 19, note LEPAGE, *Dr. pén.* 2010, comm. 3, VERON.

Crim., 16 juin 2011, n° 10-85079.

Cour de cassation - chambres civiles

Civ., 2^{ème}, 16 nov. 1956, *D.* 1957, jurispr. p. 180, note PONSARD.

Civ., 23 nov. 1956, *Trésor public c/ docteur Giry, GAJA*, n° 76, *D.* 1957. 34, concl. LEMOINE.

Civ., 2^{ème}, 11 juill. 1962, *D.* 1963, jurispr. 40, note AZARD.

Civ., 2^{ème}, 20 nov. 1968, *JCP* 1970. II. 16567, note DEJEAN de la BÂTIE, *RTD civ.* 1969. 337, obs. DURRY.

Civ., 2^{ème}, 8 oct. 1969, *Bull. civ.*, II, n° 269.

Civ., 2^{ème}, 18 avr. 1970, *Bull. civ.* II, n° 88.

Civ., 2^{ème}, 10 juin 1970, *D.* 1970, jurispr. p. 690, *RTD civ.* 1971. 146, obs. DURRY.

Civ., 2^{ème}, 14 juin 1972, *D.* 1973. 423, note LEPOINTE.

Civ., 3^{ème}, 4 juin 1973, *Bull. civ.* III, n° 397.

Civ., 2^{ème}, 20 janv. 1987, *D.* 1987. *IR.* 24.

Civ., 2^{ème}, 22 avr. 1992, *D.* 1992. 353, note BURGELIN, *RTD. civ.* 1992. 768, obs. JOURDAIN.

Civ. 2^{ème}, 12 déc. 1994, *Resp. civ. assur.*, 1995, comm. n° 48.

Civ., 1^{ère}, 30 janv. 1996, *Morand c/ Agent judiciaire du Trésor, Bull. civ.* I, n° 51, *Gaz. Pal.* 1996. 177, note OLIVIER, *JCP* 1996. II. 22608, rapp. SARGOS, *D.* 1997. 83, note LEGRAND.

Civ., 2^{ème}, 28 fév. 1996, *Gaz. Pal.* 1997. I. 86, note JACQUES.

Civ., 2^{ème}, 19 fév. 1997, *Bull. civ.* II, n° 56, *GAJC*, 11^{ème} éd., n° 208-209 (II), *D.* 1997. 265, note JOURDAIN, *ibid.*, somm. 290, obs. MAZEAUD, *JCP* 1997. II. 22848, concl. KESSOUS, note VINEY, *Resp. civ. assur.* 1997, chron. 9, LEDUC, *Gaz. Pal.* 1997. II. 572, note CHABAS, *ibid.* 1998. I. 171, note PUILL, *Dr. fam.*, 1997, n° 83, note MURAT (1^{ère} esp.), *LPA* 15 sept. 1997, note LEBRETON.

Civ., 2^{ème}, 2 avr. 1997, *Bull. civ.* II, n° 101.

Civ., 2^{ème}, 10 mai 2001, *Bull. civ.*, II, n° 96, *D.* 2001. 2851, rapp. GUERDER, note TOURNAFOND, *D.* 2002, somm. 1315, obs. MAZEAUD, *JCP* 2001. II. 10613, note MOULY, *JCP* 2002. I. 124, n° 20, obs. VINEY, *Defrénois*, 2001. 1275, note SAVAUX, *Resp. civ. assur.* 2001, chron. 18, GROUTEL, *Dr. fam.* 2002, chron. 7, JULIEN, *RJPF*, 2001-9/41, note CHABAS, *LPA*, 29 mars 2004, note LAYDU.

Civ., 2^{ème}, 8 avr. 2004, *Bull. civ.*, II, n° 194, *D.* 2004. 2601, note SERINET, *D.* 2005, Pan., 187, obs. MAZEAUD, *JCP* 2004, II. 10131, note IMBERT, *Dr. et patrim.* 2004. 105, obs. CHABAS, *RTD civ.* 2004. 517, obs. JOURDAIN.

Civ., 1^{ère}, 17 mars 2011, n° 11-10.784.

Juridictions du fond

CA Bastia, 8 avr. 1875, *DP* 1875. II. 130, *S.* 1875. II. 298.

TGI Paris, 2 oct. 1998, *JCP* 1998. II. 10189, note DERIEUX.

CA Douai, 21 oct. 2003, *JCP* 2004. II. 10115, note MARECHAL.

CA Rouen, 17 mars 2004, *JCP* 2005. IV. 1432.

CA Bordeaux, 25 janv 2006, *Cah. jurispr. Aquitaine et Midi-Pyrénées* 2006, n° 3, p. 536, obs. GARCON.

CA Saint-Denis de la Réunion (ch. com.), 29 janv. 2007, *CGE c/ SA Fibres coopérative*, *AJDA* 2007. 754.

Partie II : La mise en œuvre du motif légitime ou la prise en compte du réel

Titre I : Le rejet du motif légitime comme fait justificatif spécial innommé

Chapitre I : Le domaine dérogatoire des infractions de risque abstrait

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 19 nov. 1974, *Bull. crim.* n° 335, *RSC* 1975. 689, obs. VITU.

Crim., 8 janv. 1979, *Bull. crim.* n° 10.

Crim., 5 mars 1980, *Bull. crim.* n° 81, *D.* 1980. IR. 335, obs. PUECH.

Crim., 15 juin 1992, *Bull. crim.* n° 234, *RSC* 1993. 783, obs. BOUZAT.

Crim., 11 juill. 1994, *Bull. Crim.* n° 269, *JCP* 1995. II. 22441, note EUDIER.

Crim., 17 oct. 2001, *Bull. crim.* n° 214, *D.* 2002, jurispr. p. 751, note HUYETTE, *Dr. pén.* 2002, 14, obs. VERON.

Crim., 11 juin 2003, *Bull. crim.* n° 120, *Dr. pén.* 2003, comm. 101.

Crim., 30 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 71.

Crim., 12 oct. 2005, *Bull. crim.* n° 259, *JCP* 2006. II. 10022, note LEBLOIS-HAPPE, *D.* 2006, Pan. p. 1649, obs. ROUJOU de BOUBEE, GARE et MIRABAIL, *AJ Pénal* 2005, p. 416, obs. R. P., *Dr. pénal* 2006, Comm. n° 6, note VERON, *Dr. fam.* 2006, Comm. n° 72, note DE LAMY.

Crim., 29 nov. 2005, *JCP* 2006. II. 10160, note ALT-MAES.

Crim., 3 oct. 2007, *Bull. crim.* n° 236, *D.* 2007. *AJ.* 2807, *RSC* 2008. 99, obs. FRANCILLON, *AJ pénal* 2007. 535, obs. ROYER, *Dr. pénal* 2007, chron. 17, obs. LEPAGE.

Crim., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-85764 (*inédit*).

Crim., 23 févr. 2011, n° 09-85540D, *JurisData* n° 2011-004302.

Juridictions du fond

CA Limoges, 5 avr. 1995, *JurisData* n° 1995-041812.
CA Douai, 24 mai 1996, n° 96-00319, *JurisData* n° 1996-046629.
CA Lyon, 28 mars 1997, *RSC* 1997. 636, obs. MAYAUD.
CA Paris, 11^{ème} Ch., 11 juin 2001, *JurisData* n° 2001-159047.
CA Pau, 19 mars 2002, *JCP* 2002. IV. 2923.
CA Douai, 6^{ème} Ch., 5 nov. 2002, n° 02-01350, *JurisData* n° 2002-200817.
CA Toulouse, 3^{ème} ch. corr., 19 juin 2003, *JurisData* n° 2003-220457.
TGI Paris, 13 janv. 2004, *AJ pénal* 2004. 244, obs. REMILLIEUX.
CA Bordeaux, 3^{ème} Ch. corr., 12 févr. 2004, n° 03-005, *JurisData* n° 2004-250981.
CA Paris, 15 févr. 2005, *JurisData*, n° 2005-274040.
CA Paris, 13^{ème} Ch. corr., 8 juin 2005, n° 05-01600, *JurisData* n° 2005-281773.
CA Paris, 11ème Ch. corr., 7 sept. 2005, n° 05-02696, *JurisData* n° 2005-286713.
CA Aix-en-Provence, 13ème Ch. corr., 23 sept. 2005, n° 1186D-2005, *JurisData* n° 2005-284736.
CA Paris 20^{ème} ch., 18 oct. 2005, n°04-04400, *JurisData*, n° 2005-298916.
CA Douai, 15 fév. 2006, *JCP* 2006. IV. 2874.
CA Rouen, 15 fév. 2006, *JurisData* n° 2007-344653.
CA Rennes, 26 janv. 2007, n° 06-02063, *JurisData* n° 2007-335029.
CA Douai, 4^{ème} ch., 15 mai 2007, n° 07-00489.
CA Douai, 5 mai 2010, n°10-00230A, *JurisData*, n° 2010-014573.

Chapitre II : Le recours illusoire à une justification imprécise

Cour de justice de l'Union Européenne

CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, D. 2011. 1283, 1400, 1880, *AJDA* 2011. 878.
CJUE, Gde chbre, 6 déc. 2011, *Achughbabian c. Fce*, Aff. C-329/11 PPU.
CJUE, 10 avr. 2012, *Minh Khoa Vo*, C-83/12 PPU, *Journal d'Actualités des Droits Européens*, 4 juin 2012, note REIX : www.jade.u-bordeaux4.fr.

Cour européenne des droits de l'homme – assemblée plénière

CEDH, Ass. plén., 8 juin 1976, *Engel et autres c/ Pays-Bas*, req. n° 5100/71, Série A n° 22, SUDRE et alii, *Les grands arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, PUF, coll. *Thémis-droit*, 10ème éd. 2009, n° 4, p. 39.

Cour européenne des droits de l'homme

CNCDH, 19 nov. 2009, *Avis sur l'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers* : www.cncdh.fr.

CNCDH, 6 janv. 2011, *Note sur les cas d'application du délit d'aide à l'entrée, à la circulation et au séjour irréguliers* : www.cncdh.fr.

CEDH, 26 avr. 1979, *Sunday Times c/ Royaume-Uni*, n° 6538-74.

CEDH, 7 oct. 1988, *Salabiaku c/ France*, Série A n° 141.

CEDH, 25 mai 1993, *Kokkinakis c/ Grèce*, n° 14307-88.

CEDH, 23 oct. 1995, *Gradinger c/ Autriche*, n° 15963/90.

CEDH, 15 nov. 1996, *Cantoni c/ France*, n° 17862/91.

CEDH, 20 mai 2001, *Franz Fischer c/ Autriche*, n° 37950/97.

CEDH, 20 déc. 2005, *Wisse c/ France*, n° 71611/01.

CEDH, 23 fév. 2010, *Ahmet Arslan et autres c. Turquie*, n° 41135/98.

CEDH, 25 oct. 2011, *Altuğ Taner Akçam c. Turquie*, n° 27520-07.

CEDH, 10 nov. 2011, *Mallah c. France*, n° 29681/08.

CEDH, 15 déc. 2011, *Mor c. France*, n° 28198-09.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 20 janv. 1981, n° 80-127 DC, *JO* 22 Janv. 1981, p. 308.

Cons. const., déc. 25 juill. 1984, n° 84-176 DC, *Rec. Cons. const.* 1984, p. 55.

Cons. const., 3 sept. 1986, DC n° 86-215, *Rec. Cons. const.* 1986, p. 130.

Cons. const., 30 déc. 1987, n° 87-237 DC.

Cons. const., 17 janv. 1989, n° 88-248 DC.

Cons. const., 5 août 1993, n° 93-323 DC.

Cons. const., 18 janv. 1995, n° 94-352 DC.

Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, *JO* 23 juil. 1996, *D.* 1997. 69 et 1998. 147, *JCP* 1996. II. 22709.

Cons. const., 27 avr. 1997, n° 97-389 DC.

Cons. const., 16 juin 1999, n° 99-411 DC, *JO* 19 juin 1999, *JurisData* n° 1999-120476, *D.* 1999, jurispr. p. 589, note MAYAUD, *D.* 2000, somm. p. 197, obs. SCIORTINO-BAYART.

Cons. const., 16 déc. 1999, n° 99-421 DC, *JO* 22 Déc. 1999. 19041.

Cons. const., 12 janv. 2002, n° 2001-455 DC, *JO* 18 Janv. 2002. 1053.

Cons. const., 13 mars 2003, n° 2003-467 DC.

Cons. const., 2 mars 2004, n° 2004-492 DC.

Const. const., 27 juill. 2006, n° 2006-540 DC, cons. 60, *JO* 3 Aout 2006. 11541.

Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

Cons. const. 28 sept. 2009, *JO* 29 oct. 2009, n° 251. 18295.

Cons. const., 22 oct. 2009, décision n° 2009-590 DC.

Cons. const., 25 févr. 2010, n° 2010-604 DC.

Cons. const., 7 oct. 2010, n° 2010-613 DC.

Cons. const., 10 mars 2011, n° 2011-625 DC, *AJDA* 2011. 532, *D.* 2011. 1162, chron. BONFILS, *AJCT* 2011. 182, étude DREYFUS.

Cons. const., 3 févr. 2012, *Mohammed Alki B*, n° 2011-217 *QPC*.

Cons. const., 4 mai 2012, n° 2012-240, *QPC*.

Conseil d'Etat- assemblée plénière

CE, Ass. plén., 25 mars 2010, *Etude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du port du voile intégral* : www.conseil-etat.fr.

Conseil d'Etat

CE, Ord., 5 janv. 2007, n° 300311, *Min. Int. c/ Assoc. Solidarité des Français*, *JurisData* n° 2007-071227, *Rec.* 2007, tables, p. 1013.

CE, 23 févr. 2011, *Syndicat national des enseignements de second degré et alii.*, n° 329477, *AJ pénal* 2011. 240, obs. PECHILLON.

CE, 19 juill. 2011, *Ligue des droits de l'homme*, *Actualités Droits Libertés-CREDOF*, 29 juil. 2011, comm. ROULHAC.

Cour de cassation - assemblée plénière

Ass. plén., 15 avr. 2011, *Bull. crim.* n° 589.

Cour de cassation - chambres réunies

Ch. réun., 21 janv. 1885, *S.* 1885. I. 140.

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 22 fév. 1844, *Bull. crim.*, n° 59.

Crim., 1^{er} avr. 1848, *S.*, 1848, I, 320.

Crim., 21 déc. 1860, *DP* 1861. 5. 114.

Crim., 16 nov. 1866, *S.* 1867. I. 344, *D.* 1867. 87.

Crim., 26 nov. 1869, *DP* 1870. 1. 439.

Crim., 7 juill. 1876, *S.* 1876. I. 96.

Crim., 16 juill. 1898, *S.* 1900. I. 109.

Crim., 3 mai 1912, *Bull. crim.*, n° 247.

Crim., 22 nov. 1912, *Bull. crim.*, n° 570.

Crim., 7 mars 1918, *S.* 1921. I. 89, note ROUX.

Crim., 19 oct. 1922, *S.* 1923. I. 187.

Crim., 17 déc. 1925, *DH* 1926. 53.

Crim., 12 mai 1950, *Bull. crim.*, n° 154.

Crim., 13 juill. 1951, *S.* 1952. I. 118.

Crim., 8 nov. 1951, *Bull. crim.*, n° 288.

Crim., 13 déc. 1956, *Bull. crim.*, n° 840, *D.* 1957, jurispr., p. 349.

Crim., 27 mai 1959, *Bull. crim.* n° 279, *RSC* 1960. 71, obs. LEGAL.

Crim., 12 nov. 1959, *Bull. crim.* n° 488.

Crim., 17 janv. 1962, *Bull. crim.*, n° 39.

Crim., 9 mai 1962, *Bull. crim.* n° 187.

Crim., 1er oct. 1962, *Bull. crim.* n° 271.

Crim., 10 oct. 1962, *Bull. crim.* n° 150.

Crim., 2 avr. 1963, *Bull. crim.* n° 150.

Crim., 31 oct. 1963, *Bull. crim.*, n° 302.

Crim., 22 janv. 1964, *Bull. crim.*, n° 24.

Crim., 7 avr. 1967, *Bull. crim.* n° 106.

Crim., 16 nov. 1976, *Bull. crim.* n° 325.

Crim., 28 avr. 1977, *Bull. crim.*, n° 148, *D.* 1978, jurispr., p. 149, note RASSAT, *JCP* 1978. II. 18931, DELMAS-MARTY, *RSC* 1978. 335, obs. VITU.

Crim., 2 juill. 1987, *Bull. crim.* n° 281, *RSC* 1988. 520, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE.

Crim., 16 nov. 1987, *Bull. crim.*, n° 408.

Crim., 14 mai 1990, *Bull. crim.* n° 192.

Crim., 12 fév. 1990, *Bull. crim.* n° 71.

Crim., 4 fév. 1991, *Bull. crim.*, n° 58, *RSC* 1991. 591, obs. PRADEL.

Crim., 11 mars 1991, *Bull. crim.* n° 120 et 121.

Crim., 17 déc. 1991, *Dr. pén.* 1992, comm. 145, obs. VERON.

Crim., 10 fév. 1992, *Bull. crim.* n° 62.

Crim., 23 avr. 1992, *Bull. crim.*, n° 179, *JCP* 1992. IV. 2730, p. 296.

Crim., 28 juin 1993, *Bull. crim.* n° 225.

Crim., 25 mai 1994, n° 93-85.158 et n° 93-85.205, *JurisData* n° 1994-002899, *Bull. crim.* 1994, n° 203, *Dr. pén.* 1994, comm. 237.

Crim., 10 avr. 1995, *Bull. crim.* n° 153, *RSC* 1996. 113, obs. BOULOC.

Crim., 30 oct. 1995, n° 94-83.386, *JurisData* n° 1995-003675, *Bull. crim.* 1995, n° 335, *Dr. pén.* 1996, comm. 70, obs. ROBERT.

Crim., 31 janv. 1996, *Bull. crim.* n° 57, *RSC* 1996. 670, obs. DELMAS SAINT-HILAIRE.

Crim., 20 fév. 1997, *Bull. crim.* n° 73.

Crim., 6 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 379.

Crim., 4 févr. 1998, n° 97-80118, *JurisData* n° 1998-001514.

Crim., 21 oct. 1998, n° 97-80.981, *Bull. crim.* n° 273, *JCP* 1999. II. 10163, note FREUND, *CCC* 1999, comm. 33, obs. RAYMOND.

Crim., 4 sept. 2002, *Bull. crim.* 2002, n° 157.

Crim., 21 oct. 2003, n° 02-87156, *JurisData* n° 2003-021175.

Crim., 21 janv. 2004, *Dr. pén.* 2004, comm. 87, *RSC* 2004. 645.

Crim., 7 mars 2007, n° 06-83435 (*inédit*).

Crim., 18 nov. 2008, n° 08-83.542, *JurisData* n° 2008-046496, *Dr. pén.* 2009, comm. 40, obs. ROBERT.

Crim., 10 déc. 2008, n° 08-82.029.

Crim., 21 janv. 2009, n° 08-84.001, *JurisData* n° 2009-047167.

Crim., 19 mai 2009, pourvoi n° 08-85614 (*inédit*).

Crim., 29 sept. 2009, n° 08-82.691, *JurisData* n° 2009-049707, *Dr. pén.* 2009, comm. 142, obs. ROBERT.

Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 2009, *AJ.* 2935, obs. DARSONVILLE, *D.* 2009. 806, note LASSERRE CAPDEVILLE, *RSC* 2010. 178, note FRANCILLON, *AJ pén.* 2010. 79, obs. ROYER, *JCP* 2010. 19, note LEPAGE, *Dr. pén.* 2010, comm. 3, VERON.

Crim., 7 avr. 2010, n° 09-82.770 (*inédit*).

Crim. *QPC*, 19 mai 2010, n° 09-82.582 et n° 09-87.651, *Dr. pén.* 2010, comm. 87.

Crim., 9 juin 2010, pourvoi n° 09-85764, (*inédit*).

Crim., 5 janv. 2011, pourvoi n° 10-82813 (*inédit*).

Crim., *QPC*, 11 janv. 2011, n° 10-90.116, *JCP* 2011, 347, note HUET.

Crim., 19 janv. 2011, n° 10-85.159, *JurisData* n° 2011-000643.

Crim., 5 juin 2012, *Avis* n° 9002 : www.courdecassation.fr .

Crim., 11 juil. 2012, n° 11-88.114 : www.courdecassation.fr .

Juridictions du fond

CA Pau, 28 janv. 1962, *JCP* 1962. IV. 1924, p. 209.

TGI Toulouse, 30 oct. 1995, *D.* 1996. 101.

CA Versailles, 7 nov. 1996, *GP* 1997. I. Somm. 241.

CA Grenoble, 22 oct. 1999, *Dr. pén.* 2000, comm. 136, obs. VERON.

CA Paris, 10 déc. 1999, n° 99-04578, *JurisData* n° 1999-109703.

CA Nancy, 3 nov. 2005, n° 04-01509, *JurisData* n° 2005-308811.

CA Aix-en-Provence, 13 juin 2007, n° 2007-401, *JurisData* n° 2007-339850.

Juridictions étrangères

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989).

United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990).

Titre II : Le motif légitime comme standard général de justification

Chapitre I : Le domaine d'application général du motif légitime

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 10 nov. 2011, *Mallah c/ France*, req. n° 29681/08, *Dalloz actu.*, 21 nov. 2011, obs. LAVRIC.

Cour de justice de l'Union Européenne (anciennement CJCE)

CJCE, 23 avr. 2009, *D.* 2009. *AJ.* 1273, obs. PETIT.

CJUE, 28 avr. 2011, *El Dridi*, C-61/11 PPU, *D.* 2011. 1283, 1400, 1880, *AJDA* 2011. 878, § 62.

Conseil constitutionnel

Cons. const., 13 août 1993, n° 93-325 DC, *JO* 18 août 1993, p. 11722.

Cons. const., 16 juill. 1996, n° 96-377 DC, *JO* 23 juil., 1996, *D.* 1997. 69 et 1998. 147, *JCP* 1996 II. 22709.

Cons. const., 5 mai 1998, n° 98-399 DC, *AJDA* 1998. 534, *ibid.* 489, note SCHOETTL, *D.* 1999. 209, note MARCUZOT, *ibid.* 2000. 59, obs. PENA-GAÑA., *RFDA* 1998. 620, note PICARD, *ibid.* 1254, note GOESEL-LE BIHAN, *RDSS* 1998. 863, obs. ALFANDARI.

Cons. Const., 21 sept. 2012, n° 2012-271, *QPC*.

Conseil d'Etat

CE, 15 janv. 2010, *GISTI*, n° 334879, *AJDA* 2010. 68.

CE, 19 juill. 2010, *GISTI*, n° 334878, *RFDA* 2010. 1068.

CE, 20 juin 2012, n° 357798, *QPC (inédit)*.

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 1er août 1878, *Bull. crim.* n° 177, *D.* 1879. I. 390, *S.* 1878. I. 484.

Crim., 20 nov 1956, *Bull. crim.* n° 761.

Crim., 25 juin 1958, *Lesage*, *D.* 1958, *jurispr.* p. 693, *JCP* 1959. II. 10941, note LARGUIER, *RSC* 1959, obs. LEGAL.

Crim., 16 mars 1982, *Sté Meyart (inédit)*.

Crim., 30 juin 1987, *RSC* 1988. 329, obs. LYON-CAEN.

Crim., 12 fév. 1990, *Bull. cim.* n° 71.

Crim., 11 févr. 1994, *Bull. crim.* n° 68.

Crim. 16 oct. 1996, *Bull. crim.*, n° 366, *Dr. pén.* 1997, comm. 8, note ROBERT.

Crim., 28 janv. 1997, *Dr. soc.* 1997. 456., note COHEN.

Crim., 18 nov. 1997, *Bull. crim.* n° 390, *RJS* 1998. 56.

Crim., 11 janv. 2000, n° 99-80229.

Crim., 2 mai 2002, n° 01-86553 (*inédit*).

Crim., 25 juin 2002, n° 01-84339 (*inédit*).

Crim., 11 fév. 2003, *JCP* 2003. I. n° 162, chron. VERON et *ibid.* II. 10061, note DREYER, *D.* 2004. 317, obs. DE LAMY.

Crim., 18 fév. 2003, *D.* 2003. 1317, note DEFFERRARD et DURTETTE, *Dr. pén.* 2003, *chron.* n° 22.

Crim., 26 mars 2003, n° 02-85498 (*inédit titré*).

Crim., 16 sept. 2003, *Bull. crim.* n° 164.

Crim., 6 janv. 2004, *Bull. crim.* n° 4.

Crim., 23 mars 2004, *Bull. crim.* n° 77.

Crim., 11 mai 2004 (2 arrêts), *RPDP* 2004. 875, chron. SAINT-PAU, *D.* 2004. 2326, note GABA, *D.* 2004. 2779, obs. ROUJOU DE BOUBÉE, *JCP* 2004. II. 10124, note GIRAULT, *RSC* 2004. 635, chron. FORTIS, *RSC* 2004. 866, chron. VERMELLE, *LPA* 2005, p. 9 chron. COZETTE, *RTD com.* 823, obs. BOULOC, *Dr. pén.* 2004, comm. 122, note VERON.

Crim., 12 oct. 2004, *JurisData* n° 2004-025368, *Bull. crim.*, n° 239, *AJ pénal* 2004. 446, obs. COSTE, *D.* 2005. 1526, obs. SEGONDS, *RSC* 2005. 65, obs. FORTIS.

Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.*, *RPDP* 2005. 638, obs. PIN, *RSC* 2005. 836, obs. VERMELLE.

Crim., 13 avr. 2005, *Bull. crim.*, 2005, n° 131.

Crim., 10 mai 2005, *JCP E* 2005. 1879, note DAURY-FAUVEAU.

Crim., 24 mai 2005, *RPDP*, n° 1, mars 2006, p. 143-152, note SAINT-PAU.

Crim., 22 nov. 2005, n° 04-87451, *Dr. pén.* 2006, comm. 14, note ROBERT.

Crim., 28 mars 2006, *D.* 2006. 2721, note CHAVENT-LECLERE.

Crim., 15 mai 2007, n° 06-86896.

Crim., 17 déc. 2008, n° 07-87611, *Bull. crim.* n° 257, *AJ pénal* 2009. 130, obs. ROYER.

Crim., 9 juin 2009, *D.* 2009. 306, note GABA, *RPDP* 2009, p. 858, chron. FOURNIER.

Crim., 9 juin 2009, *Lexbase hebdo*, n° 363, 17 sept. 2009, note OLLARD, n° N9172BLB.

Crim., 19 janv. 2010, n°09-84.408, *Bull. crim.*, n° 12.

Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85079.

Crim., 5 oct. 2011, n° 10-83676 (*inédit*).

Crim., 28 fév. 2012, n° 08-83.926 et 08-83.978.

Crim., 11 avr. 2012, n° 11-86331.

Cour de cassation - chambre sociale

Soc., 28 sept. 2004, *Dr. soc.* 2004. 1147, obs. RADE.

Cour de cassation - chambres civiles

Civ., 2^{ème}, 29 mars 1989, *Calvet*, *JCP* 1989. II. 21586, obs. BOUSCAU.

Civ., 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ. I*, n° 103, *D.* 2000. 731, note GARE, *D.* 2001. Somm. 976, obs. GRANET, *ibid.* 1427, obs. GAUMONT-PRAT, *ibid.* 2868, obs. DESNOYER, *JCP* 2000. II. 10409, concl. PETIT, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX, *Defrénois* 2000. 769, note MASSIP, *Dr. fam.* 2000, n° 72, note MURAT, *RJPF* 2000-5/38, note HAUSER, *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE, *ibid.* 27 nov. 2000, note DABURON, *RTD civ.* 2000. 304, obs. HAUSER.

Civ., 1^{ère}, 17 mars 2011, n° 11-10.784.

Juridictions du fond

T. corr. Colmar, 27 avr. 1956, *JCP* 1957. II. 10041, note AUSSEL.

TGI Morlaix, 20 janv 1984, *Gaz. Pal.* 1984. I. 121, note DOUCET.

CA Metz, 4 oct. 1989, n° 046737, *AJDI* 2010. 623.

TGI Nantes, 1^{er} mars 1990, *Dr. pén.* 1991. 47.

CA Paris, 19 sept. 1994, *JCP* 1995. II. 22511, note MOINE.

TGI Saint-Étienne, 8 janv. 1996, *D.* 1998, *Chron.* 154.

CA Versailles, 7 nov. 1996, *GP* 1997. I. Somm. 241.

TGI Paris, 2 oct. 1998, *JCP* 1998. II. 10189, note DERIEUX.

TGI Foix, 8 sept. 2009, n° 713-2009 : www.gisti.org.

Juridictions étrangères

TGI Cologne (*Landgericht, Köln*), 7 mai 2012, *Wa.* 151 Ns 169/11, FERCOT.

Chapitre II : Les conditions d'application générales du motif légitime

Conseil constitutionnel

Cons. const., 9 déc. 2011, n° 2011-204 *QPC*, *JO* 10 déc. 2011. 20991.

Cour européenne des droits de l'homme

CEDH, 27 sept. 1995, *Mac cann, Farel et Savage c/ RU*, *RSC* 1996. 426, obs. KOERING-JOULIN.

CEDH, 19 févr. 1997, *Laskey, Jaggard et Brown c/ RU*, *D.* 1998, *jurispr.*, p. 97, LARRALDE.

CEDH, 19 févr. 1998, *Guerra c/ Italie*, *RGDIP* 1998. 995, obs. MALJEAN-DUBOIS.

CEDH, 29 avr. 2002, *Pretty. c/ R. U.*, *RSC* 2002. 645, obs. MASSIAS.

CEDH, 17 févr. 2005, *K. A. et A. D. c/ Belgique*, *D.* 2005, chron., p. 2973, FABRE-MAGNAN, *RTD civ.* 2005. 345, obs. MARGUENAUD.

Conseil d'Etat

CE, 10 fév. 2012, *Karamoko F. c/ Ministre des solidarités et de la cohésion sociale*, n° 356456.

Cour de cassation - chambre criminelle

Crim., 1^{er} juill. 1937, *S.* 1938. I. 183, note TORTAT.

Crim., 29 janv. 1921, *Tremintin*, *S.* 1922. I. 85, note ROUX.

Crim., 26 mars. 1957, *Bull. crim.* n° 282.

Crim., 25 juin 1958, *Lesage*, *D.* 1958, jurispr. p. 693, *JCP* 1959. II. 10941, note LARGUIER.

Crim., 21 nov. 1974, *JCP* 1975. II. 18143, note CHAMBON, *RSC* 1976. 89, obs. LARGUIER.

Crim., 28 févr. 1979, *Sté Duval* (*inédit*).

Crim., 17 juin 1980, jurispr. Soc. *UIMM* 1980. 442.

Crim., 16 juin. 1981, *Bull. crim.* n° 208.

Crim., 25 mai 1983, *Bull. crim.* n° 154.

Crim., 23 déc. 1986, *Bull. crim.*, n° 384, *RSC* 1987. 696, obs. LEVASSEUR.

Crim., 5 déc. 1989, *Bull. crim.* n° 466.

Crim., 4 mars 1991, *JurisData* n° 1991-001032, *Bull. crim.* n° 104, *JCP* 1991. IV. 228.

Crim., 21 oct. 1998, *Bull. crim.* n° 273.

Crim. 29 juin 1999: *Bull. crim.* n° 158.

Crim., 22 sept. 1999, n° 98-84.520, *D.* 2000. 114, obs. ROUJOU DE BOUBÉE, *RSC* 2000. 385, obs. BOULOC.

Crim., 12 sept. 2000, *Gaz. Pal.* 2001. I. jurispr. p. 68.

Crim., 11 sept. 2002, *JurisData* n° 2002-016213.

Crim., 19 nov. 2002 (*inédit*), *D.* 2003. 1315, note MAYER.

Crim., 18 fév. 2003, *Bull. crim.* n° 41, *Dr. pén.* 2003, comm. 57, obs. VERON.

Crim., 20 janv. 2004, *JurisData* n° 2004-022335.

Crim., 11 mai 2004, *RPDP* 2004. 875, chron. SAINT-PAU.

Crim., 4 janv. 2005, *Bull. crim.*, n° 5, *Dr. pén.* 2005, comm. n° 72, obs. VERON.

Crim., 8 mars 2005, *Bull. crim.*, n° 77, *RPDP* 2005. 638, obs. PIN, *RSC* 2005, p. 836, obs. VERMELLE.

Crim., 10 mai 2005, *JCP E* 2005. 1879, note DAURY-FAUVEAU.

Crim., 14 janv. 2006, *Bull. crim.* n° 38, *D.* 2007, jurispr. 1184, note SAINT-PAU.

Crim., 7 févr. 2007 (*inédit*), *D.* 2007. 573, note DARSONVILLE, *D.* 2007. 1310, note FELDMAN.

Crim., 7 févr. 2007, *RPDP* 2007. 373, obs. PIN.

Crim., 4 avr. 2007, *RPDP* 2007. 373, obs. PIN.

Crim., 27 mars 2008, n° 07-83.009 (*inédit*).

Crim., 10 mars 2009, n° 08-86121 (*inédit*).

Crim., 9 juin 2009, *D.* 2009. 306, note KOBINA GABA, *RPDP* 2009. 858, chron. FOURNIER, *Gaz. Pal.* 2009. 10, note DETRAZ, *RSC* 2010. 128, note FORTIS.

Crim., 27 oct. 2009, *Bull. crim.* n° 179.

Crim., 1^{er} juin 2010, n° 09-87.159, *D.* 2010. 1792, et 2468, obs. TREBULLE, *AJ pénal* 2010. 393, obs. LASSERRE CAPDEVILLE.

Crim., 23 févr. 2011, n° 10-82679 (*inédit*).

Crim., 3 mai 2011, n° 10-81529 (*inédit*).

Crim., 8 juin 2011, n° 11-81218 (*inédit*).

Crim., 16 juin 2011, pourvoi n° 10-85079, *JurisData* n° 2011-011610, *JCP* 2011. 1020, note DETRAZ.

Crim., 21 juin 2011, n° 10-87371, *Bull. crim.* n° 149, *JurisData* n° 2011-012813.

Crim., 14 mars 2012, n° 12-90002, *QPC* (*inédit*).

Crim., 20 mars 2012, n° **11-84931** (*inédit*).

Cour de cassation - chambre sociale

Soc., 9 nov. 2005, *Bull. civ.* 2005, V, n° 312.

Cour de cassation - chambre civile

Civ., 1^{ère}, 28 mars 2000, *Bull. civ.* I, n° 103, *D.* 2000. 731, note GARE, *D.* 2001. Somm. 976, obs. GRANET, *ibid.* 1427, obs. GAUMONT-PRAT, *ibid.* 2868, obs. DESNOYER, *JCP* 2000. II. 10409, concl. PETIT, note MONSALLIER-SAINT-MLEUX, *Defrénois* 2000. 769, note MASSIP, *Dr. fam.* 2000, n° 72, note MURAT, *RJPF* 2000-5/38, note HAUSER, *LPA* 5 sept. 2000, note NEVEJANS-BATAILLE.

Civ., 1^{ère}, 25 avr. 2007, *Bull. civ.* I, n° 163, *Defrénois* 2007. 1640, obs. MASSIP, *AJ fam.* 2007. 273, obs. CHENEDE, *Dr. fam.* 2007, n° 170, note MURAT, *RJPF* 2007-7-8/31, note CORPART, *RTD civ.* 2007. 555, obs. HAUSER.

Civ., 1^{ère}, 28 nov. 2007, *Bull. civ.* I, n° 371.

Civ., 1^{ère}, 30 sept. 2009, *Bull. civ.* I, n° 197, *JCP* 2009. 533, note BRUSORIO-AILLAUD, *ibid.* 2010. 34, n° 8, obs. FAVIER, *AJ fam.* 2009. 454, obs. CHENEDE, *Dr. fam.* 2009, n° 142, note MURAT, *RJPF* 2010-1/42, note GARE, *RTD civ.* 2009. 711, obs. HAUSER.

Civ., 1^{ère}, 28 juin 2012, n° 11-14486 (*à paraître au bulletin*).

Juridictions du fond

CA Amiens, 22 avr. 1898, *DP* 1899. II. 239, note JOSSERAND.

CA Lyon, 12 juin 1943, *JCP* 1943. II. 2504.

T. corr. Clamecy, 10 juill. 1946, *D.* 1946. 412.

CA Rennes 12 avr. 1954, *S.* 1955. II. 85, note BOUZAT.

T. corr. Le Puy-en-Velay, 14 mars 1995, *Gaz. Pal.* 1995. II. Somm. p. 326.

TGI Roanne, 27 juin 1995, *Gaz. Pal.* 1998. I. 2, note BONNEAU.

CA Limoges, 14 mai 1991, *JurisData* n° 1991-046824.
CA Poitiers, 29 févr. 1996, *JurisData* n° 1996-047574.
CA Poitiers, 11 avr. 1997, *JCP* 1997. II. 22933, note OLIVE.
CA Paris, 24 juin 1997, *JurisData* n° 1997-022168.
CA Douai, 17 déc. 1997, *JurisData* n° 1997-121615.
CA Toulouse, 15 févr. 2001, *D.* 2003, Somm. p. 175, obs. GOZZI, *RSC* 2002. 116, obs. DELMAS-SAINT-HILAIRE.
CA Grenoble, 17 mai 2002, *JurisData* n° 2002-184665.
CA Aix-en-Provence, 7 avr. 2003, *JurisData* n° 2003-223159.
CA Nancy, 9 avr. 2003, *JurisData* n° 2003-237136.
CA Paris, 6 janv. 2005, *JurisData* n° 2005-275615.
TGI Paris, 28 juin 2005, *Gaz. Pal.* 2006. II. 2634, note PAULIN.
T. corr. Orléans, 9 déc. 2005, n° 2345/S3/2005, *D.* 2006. 814, note FELDMAN.
TGI Lyon, 5 juill. 2007, *D.* 2007. 3052, note GOUTTENOIRE, *RTD civ.* 2008. 93, obs. HAUSER.
CA Grenoble, 11 mars 2009, *JCP* 2009. 65, note ROBERT.
CA Pau, 10 sept. 2009, n° 08/00559, *D.* 2010. 484, note POTASZKIN.

INDEX ALPHABETIQUE

(Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe)

– A –

Acte préparatoire : 373, 421

Antijuridicité matérielle : V. Illicéité réelle

Atteinte :

– effective : 368

– formelle : 414

– B –

Bien juridique : V. Valeur protégée

Bonne foi : 82 s, **545 s**, 46, 279, 194

But : 45 s., 212

– final : 31 s.

– légitime : 5, 247 s.

– illégitime : 151 s., 209 s.

– transposition matérielle : 90 s.

– C –

Cause : 31 s. 47 s

– du contrat : 105 s.

– de l'intention : 92

Causalité : 206 s., 377

– abstraite : 189 s. 194 s.

– concrète : 193 s.

– paramètre déterminant : 207

du renvoi introuvable.

Circonstances aggravantes : 158

Circonstance objective : 194

Commandement de l'autorité légitime : 6, 440, 288, 238

Condition préalable : 177 s., 320

Consentement : 596 s.

– justificatif : 573 s.

Conscience justificative : 235

Conflit :

– de normes : 257 s. 527

– de valeurs : 290, 512, 527

Contrainte : 450, 557

– physique : 221 s.

– morale : 223

Contravention : 461 s.

Contrôle :

– de constitutionnalité : 19, 478 s.

– de conventionalité : 19, 474 s.

Culpabilité : 185 ; 214

– D –

Délit-obstacle : 17, 461 s.

Diligences normales : V. Standard de normalité

Dol :

– aggravé 76

– général : 61, **152 s.** 187

– *praeterintentionnel* : 192

– spécial 73 s. 94, 156, 209 s.

– spécial négatif : 4, 81 s.

– impliqué : 191

– déduit : 191

– présumé : 191

Dépénalisation : 461 s.

Désobéissance : 415 s.

– E –

Elément constitutif :

– injuste : 11, **267**

– légal : 259

– matériel : 179

–moral : 18 s.

Erreur :

- de droit : 300
- de fait : 232
- inévitabile : 228
- vraisemblable : 229

Etat de nécessité : 242 s. 265,305 s. 498, 504, 279

– F –

Fait juste spécial : 194

Faits justificatifs :

- général : 498
- spécial : 498
- spécial innommé 17, 492

Force majeure : 207, 448, 355

– I –

Individualisation des peines : 134 s., 481

Infraction :

- à motifs légitime : 17, **366 s.**
- d’omission : 410 s.
- de détention : 419 s.
- formelle : 188 s.
- intentionnelle : 153
- non intentionnelle : 153
- participation : 308 s.
- préventive : 366 s.

Imprudence : 175 s. 192 s.

- qualifiée : 205
- simple : 188 s., 199

Imputation : V. Imputabilité

Imputabilité : 167, 186

- contestation : 6, 218 s.
- contravention : 448
- irréfragable : 330
- présomption : 15, 215, 439

Indemnisation publique : 15, **340**

Intention : 32

–définitions plurielles : 92 s.

–définition unique : 152 s.

Interprétation :

- in favorem* : 515
- littérale : 522, 581
- ratio legis* : 568
- réservé : 482
- restrictive : 583
- stricte : 478
- téléologique : 582, 584

Illicéité :

- conscience : 439,447, 451
- formelle : **260**
- positive : 422
- négative : 422
- présomption : 11
- réelle : 10, 150, **252 s.**

– J –

Jugement :

- de réalité : 15, 216
- de valeur : 15,167
- instrument de mesure 130, **172**
- objet : 128, 213

Justification :

- circonstance objective : 164
- hasard : 243
- infraction non intentionnelle : 242
- pouvoir créateur : 264, 279, **257 s.**
- putative : 234 s.
- ultra legem* : 506, 519

– L –

Légitime défense : 234, 242, 264 s. 288 s. 498, 504

- jouissance : 217, 218
- exercice : 216
- présomption : 240

Légitimité : 1, 167

- objet matériel : 121 s.

Libre arbitre : 186

- capacité de jouissance : 217 s.
- capacité d'exercice : 217 s.

Licéité : 167

– M –

Matière pénale : 473

Mobile : 25 s. 255

- dangerosité : 135
- justificatif : 6
- illégitimes : 73 s. 150
- intégration exceptionnelle : 73
- légitime : 9, 70 s. 81 s. 162
- preuve : 159
- principe d'indifférence : 70 s.

Motif : 1 s. 23 s.

- matérialité : 88, 114 s.

Motif légitime :

- charge de la preuve : 8

– N –

Neutralité axiologique : 20

Nocuité sociale : 167

– O –

Ordre public :

- immatériel :390
- matériel :390

– P –

Préjudice : 369

Preuve :

- Infraction : 13, 169
- justification : 8, 295 s., 443 s.

Présomption d'innocence : 442 s.

Principe de nécessité et de proportionnalité :

- de la répression : 19
- de l'infraction : 20, 260, 265

Présomption par implication : 188

Principe d'insignifiance : 20, 582 s.

Principe de légalité : 269

- de la répression : 476 s.
- de l'infraction : 255, 524, 552 s.

– R –

Répression :

- anticipation : 18
- régulation : 17 et s.

Responsabilité administrative : 15, 340 s.

- pour risque : 341
- collaborateurs occasionnels du service public : 15, 342 s.
- exonération : 355

Responsabilité civile : 2,16

- anormalité : 329
- effet *in rem* : 304
- exonération : 328
- illicéité : 226
- pour faute : 332
- sans faute : 335

Responsabilité pénale :

- composantes : 168 s. 213
- conditions : 167
- exonération : 167 s.
- fondement axiologique : 252
- neutralisation *in rem* : 16, 251, 303 s.
- présomption : 14

Résultat : 317 s.

Risque :

- concret : 393, 488
- abstrait : 17 s., 422

– S –

Standard :

- définition : 1 s.
- de justification : 523, 529

–de normalité : 15, 200, 201

–sécurité juridique : 533

Subsomption : 183

– **T** –

Tentative : 195, 212

–de complicité : 296

– impossible : 296

– de préparation : 416 s.

Typicité : 295

–subjective. : 18 s

–objective : 176

– **U** –

Utilité sociale : 7, 238 s., 604

–appréciation concrète : 266

– **V** –

Valeur protégée :

– primaire : 397

– secondaire : 17, 396

– tertiaire : 405

Volonté : 152 s.

–matérialisation : 196

–Présomption : 186

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	11
PARTIE I : LA FINALITE DU MOTIF LEGITIME OU LA RECHERCHE DU JUSTE.....	49
<u>TITRE I : LA NATURE OBJECTIVE DU MOTIF LEGITIME</u>	<u>53</u>
Chapitre I : La conception subjective fondée sur une terminologie équivoque.....	55
Section 1 : La synonymie supposée du motif et du mobile.....	56
§1 : L'absence de définition juridique précise du motif et du mobile	56
A) Des définitions juridiques simplistes	56
1) La définition principale du motif et du mobile en tant que cause	57
2) La définition accessoire du motif et du mobile en tant que but	58
B) Des sophistications criminologiques contrastées	59
1) Le mobile comme cause psychique profonde	60
2) La pluralité des mobiles dans la psychogénèse du crime.....	61
§2 : L'absence subséquente de distinction du motif et du mobile	62
A) Les distinctions criminologiques éludées par le droit pénal	62
1) La distinction criminologique du mobile et du motif.....	62
2) La distinction criminologique de la cause et du but.....	64
B) L'assimilation paradoxale du motif à la notion criminologique de mobile.....	65
1) Le refus des complexités criminologiques.....	65
2) La complexification paradoxale du droit	67
Section 2 : L'attraction imposée du motif vers la faute morale.....	69
§ 1 : Le principe de l'indifférence du motif sur la faute morale	69
A) Une indifférence justifiée par l'assise objective de la répression	70
1) La conception éminemment abstraite de la faute en droit pénal	70
2) Le rejet radical d'une conception concrète de la faute morale.....	72
B) L'absence d'effet du motif sur la faute morale	74
1) Le motif comme confirmation du caractère volontaire de l'acte	75
2) Le refus jurisprudentiel de la suppression de la faute par le motif.....	75
§ 2 : L'intégration exceptionnelle du motif à la faute morale.....	77
A) Les motifs illégitimes en tant que dols spéciaux	78
1) Les réticences de la doctrine classique	78
2) Le consensus doctrinal contemporain.....	80
B) Le motif légitime en tant que dol spécial négatif.....	82
1) Le dol spécial négatif comme effet logique de l'approche subjective	82
2) La présomption illogique d'un dol spécial négatif.....	84

Chapitre II : La conception objective fondée sur une matérialité univoque.....	87
Section 1 : L'incompatibilité entre mobile et existence de la responsabilité	88
§1 : L'impossible réalisation matérielle du mobile.....	88
A) La transposition matérielle comme critère de distinction du mobile et du but	89
1) L'enchevêtrement apparent de la cause et du but	89
a) La conception restrictive de l'objet du but ou l'intention comme exception	90
b) La conception extensive des contours du but ou l'intention élargie à la cause	92
2) Le mobile restreint à une cause interne non transposable matériellement	95
a) L'irréductible singularité du mobile quant à son objet.....	95
b) Les répercussions matérielles du mobile comme cause de la volonté.....	100
B) L'existence matérielle comme critère de distinction du mobile et du motif	104
1) La distinction entre raison et cause	104
2) Le motif comme circonstance objective	106
§ 2 : L'impossible appréciation de la légitimité des mobiles.....	108
A) L'impossible appréciation morale de la légitimité des mobiles.....	108
1) Le caractère éminemment subjectif du jugement d'ordre moral.....	109
2) Le caractère extra-juridique du jugement d'ordre moral	110
B) L'impossible appréciation sociale de la légitimité des mobiles.....	111
1) L'acte comme unique objet du jugement de valeur	111
2) Les circonstances comme unique instrument du jugement de valeur	113
Section 2 : La relégation du mobile à la mesure de la responsabilité.....	115
§1 : Une relégation nécessaire du mobile au choix de la peine	115
A) Le mobile susceptible d'un jugement de réalité	116
1) L'appréciation du degré d'adhésion morale au mobile.....	116
2) L'appréciation du degré d'appartenance du mobile à la personnalité.....	118
B) Le mobile réfractaire à l'application de règles binaires	119
1) La nécessité d'une prise en compte nuancée des mobiles.....	119
2) Le rejet d'une double prise en compte des mobiles	121
§ 2 : Une relégation effective du mobile au choix de la peine.....	123
A) L'absence de mobile illégitime dans les composantes de la responsabilité.....	123
1) La prise en compte exclusive des buts illégitimes au titre du dol	124
a) Le dol général ou la concordance entre le but et la matérialité requise.....	124
b) Le dol spécial ou la discordance entre la matérialité et le but visé	127
2) La présence exclusive des mobiles dans l'aggravation de la responsabilité	130
B) L'absence de mobile légitime dans l'exonération de la responsabilité	134
1) Le rejet de la conception justificative des bons mobiles.....	134
2) La prise en compte exclusive des motifs légitimes dans la justification.....	135

TITRE II : L'EFFET JUSTIFICATIF DU MOTIF LEGITIME.....	141
Chapitre I : : L'absence d'effet du motif légitime sur les composantes de la responsabilité.....	145
Section 1 : L'absence d'effet sur la caractérisation objective de l'infraction.....	147
§ 1 : L'absence d'effet sur la réalisation matérielle de l'infraction	149
A) Le motif légitime impropre à neutraliser la matérialité de l'infraction.....	150
1) Le motif légitime extérieur à la caractérisation de l'acte décrit.....	151
2) Le motif légitime extérieur aux circonstances préalables de l'acte.....	156
B) L'appréciation sociale de l'infraction extérieure à sa réalisation matérielle	160
1) L'illicéité exclue d'une définition stricte de l'infraction	161
2) Une présomption incompatible avec le régime probatoire de l'infraction.....	162
§ 2 : L'absence d'effet sur la prétendue réalisation morale de l'infraction.....	164
A) Correspondance de principe entre les aspects moral et matériel de la faute	164
1) La volonté essentielle de l'acte inhérente à la réalisation de l'acte	165
2) La volonté résiduelle de résultat inhérente à l'aptitude causale de l'acte	167
a) Une causalité concrète facilitée en présence d'un résultat détachable	168
b) Une causalité abstraite suffisante en l'absence de résultat détachable.....	172
B) La dissociation apparente des aspects moral et matériel de l'infraction	174
1) Le relâchement de la volonté ou l'acte non dirigé vers le résultat	175
a) L'imprudence ou la simple possibilité de résultat	176
b) Les imprudences ou la gradation de la probabilité de résultat	182
2) La volonté excédant la matérialité ou l'acte tendu vers un résultat non requis.....	188
a) L'inutilité des buts en redondance avec la matérialité requise	189
b) L'inutile détour par la notion de but pour préciser la matérialité requise	193
Section 2 : L'absence d'effet sur la présomption subjective d'imputabilité.....	196
§1: Le défaut de volonté insusceptible de légitimer l'acte.....	199
A) L'absence de justification par les circonstances contraignantes	200
1) Le rejet de l'assimilation de la contrainte physique à l'absence d'infraction	200
2) Le rejet de l'assimilation de la contrainte morale à la justification	205
B) L'absence de justification par les circonstances trompeuses	210
1) Les circonstances trompeuses comme cause générale de non-imputabilité.....	211
a) L'appréciation invariablement objective des circonstances trompeuses	211
b) La non-imputabilité totale ou partielle selon l'objet de l'erreur.....	215
2) La justification vraisemblable comme circonstance trompeuse.....	219
§ 2 : La volonté de servir l'intérêt social insusceptible de légitimer l'acte.....	222
A) L'inutile exigence d'une conscience justificative	223
1) Le caractère suffisant de l'utilité sociale de l'acte	223
2) L'indifférence de l'état d'esprit de l'auteur d'une infraction justifiée	226
B) L'impossible suppléance du but légitime à l'utilité sociale de l'acte.....	229
1) L'impossible légitimité du but non relayé par la matérialité	230
2) L'indifférence des buts non relayés par des actes légitimes	232

Chapitre II : L'effet du motif légitime sur le fondement axiologique de la responsabilité	237
Section 1 : La neutralisation objective du fondement de la responsabilité.....	238
§ 1 : La présomption d'illicéité comme fondement de la responsabilité	240
A) Un concept réfractaire à toute intégration à l'infraction	241
1) La réduction insatisfaisante de l'illicéité à l'élément légal de l'infraction	242
a) La justification comme conflit de normes	242
b) La dissonance paradoxale des théories legalistes avec le droit positif.....	245
2) L'élévation excessive de l'illicéité au rang d'élément injuste de l'infraction.....	247
B) Un concept salubre en tant que fondement présumé de la responsabilité	251
1) La dissipation du malentendu de la primauté de l'illicéité matérielle.....	252
2) L'utilité retrouvée de l'illicéité en tant que fondement de la responsabilité	255
§ 2 : Le renversement de la présomption objective d'illicéité	260
A) La distinction entre justification de l'infraction et non-imputation à l'agent.....	261
1) L'illicéité réduite à l'appréciation objective de la nocuité sociale de l'acte	262
2) La justification réduite à l'appréciation de l'utilité sociale de l'acte	269
B) La distinction probatoire entre justification et non-constitution de l'infraction.....	272
1) L'absence d'infraction ou l'absence de présomption de responsabilité.....	273
2) La levée de la présomption d'illicéité ou la libération de l'obligation pénale	277
Section 2 : L'étendue <i>in rem</i> de la neutralisation de la responsabilité	281
§ 1 : L'irresponsabilité des participants de l'atteinte nécessaire au bien commun	282
A) La neutralisation de l'illicéité de toutes les participations	284
1) L'absence d'effet sur la réalisation infractionnelle de la participation	285
a) L'absence d'effet sur la typicité de l'acte de participation.....	286
b) La naissance d'une présomption d'illicéité de l'acte de participation.....	290
α- L'emprunt de la présomption d'illicéité de l'infraction facilitée.....	291
β- L'indifférence de l'état d'esprit de l'auteur principal	297
2) Le reversement de la présomption d'illicéité de l'infraction de participation.....	301
a) La neutralisation de l'emprunt d'illicéité des infractions de participation	302
b) L'indifférence de l'état d'esprit des participants d'une atteinte légitime	304
B) L'exonération de toutes les responsabilités fondées sur l'illicéité	307
1) L'exonération de la responsabilité civile pour faute	307
2) L'exonération de la responsabilité civile sans faute	314
§ 2 : La responsabilité de l'Etat du fait des atteintes nécessaires au bien commun	320
A) L'existence d'une responsabilité sans faute du fait des collaborateurs publics	321
1) La réparation des dommages subis par les collaborateurs du service public	322
2) L'extension aux dommages causés par les collaborateurs du service public	325
B) Des conditions d'application favorables aux victimes d'infractions justifiées	327
1) L'établissement de la condition générale de lien causal avec le préjudice	327
2) L'établissement de l'exigence spéciale de collaboration au service public	331

PARTIE II : LA MISE EN ŒUVRE DU MOTIF LEGITIME OU LA PRISE EN COMPTE DU REEL

..... 339

TITRE I : LE REJET DU MOTIF LEGITIME COMME FAIT JUSTIFICATIF SPECIAL INNOMME.. 343

Chapitre I : Le domaine dérogatoire des infractions de risque abstrait 345

Section 1 : L'absence d'atteinte effective aux valeurs primaires 347

§ 1 : Une prévalence logique de la gravité de l'acte sur ses conséquences..... 347

A) Le caractère secondaire de l'atteinte effective aux valeurs..... 348

1) Le préjudice comme critère inopérant de l'infraction..... 348

2) L'atteinte effective comme critère non nécessaire de l'infraction 350

B) Le glissement vers l'indifférence de l'atteinte effective redoutée 352

1) Admission raisonnable de l'infraction formelle..... 353

2) L'admission sans limite de l'infraction-obstacle 358

§ 2 : Une banalisation critique de la répression à défaut d'atteinte réelle..... 361

A) Une banalisation confortée par la dilution de la notion de résultat..... 362

1) L'adoption d'une conception formelle du résultat 362

2) Le mépris pour la conception substantielle de l'atteinte 364

B) L'admission d'un lien purement abstrait entre acte et résultat redouté..... 365

1) L'absence de correspondance entre résultat légal et atteinte concrète 366

2) L'admission des risques purement hypothétiques d'atteinte..... 367

Section 2 : L'absence de menace concrète de valeurs secondaires 369

§ 1 : La faible densité axiologique des infractions à motif légitime 370

A) La protection des valeurs de moindre importance 371

1) La protection de valeurs dérivées ou secondaires 372

2) La protection d'obligations extra-pénales..... 375

B) La protection des valeurs de moindre substance..... 379

1) La mutation conséquente des valeurs protégées 380

2) La dilution subséquente de la matérialité incriminée..... 382

§ 2 : L'insuffisante densité matérielle des infractions à motif légitime 383

A) La matérialité dérisoire des omissions incriminées 384

1) Le déficit causal insuffisamment compensé des omissions 386

2) Le déficit matériel injustifié des insoumissions..... 391

B) La matérialité dérisoire des actions incriminées 394

1) La prédominance des détentions éventuellement préparatoires..... 394

2) La présence résiduelle d'actions hypothétiquement attentatoires 401

Chapitre II : Le recours illusoire à une justification imprécise 409

Section 1 : L'inadaptation du recours à l'illicéité négative..... 409

§1 : L'illicéité incertaine confortée par le motif légitime 410

A) L'inaptitude du motif légitime à garantir l'illicéité de l'infraction..... 411

1) Une condition indéterminée contraire à l'illicéité formelle de l'infraction..... 411

2) Une condition négative contraire à l'illicéité réelle de l'infraction..... 412

B) Une exception à même d'inverser la charge de la preuve de l'illicéité.....	415
1) La perte du caractère exceptionnel de la justification.....	415
2) L'atteinte subséquente à la présomption d'innocence	419
§2 : L'imputabilité automatique épargnée par le motif légitime	423
A) L'indifférence du défaut de conscience de l'illicéité des contraventions	424
1) Une responsabilité objective selon la lettre de l'article 121-3 du Code pénal	425
2) Une responsabilité quasi-objective selon la jurisprudence	427
B) L'indifférence du défaut de conscience de l'illicéité des délits-obstacle	431
1) L'insuffisante possibilité de contestation de la présomption	431
2) Le contenu insuffisant de la présomption	435
Section 2 : La nécessaire délimitation de l'illicéité positive	437
§1 : Des qualifications aux frontières du droit pénal	438
A) Une fonction régulatrice relevant du droit administratif.....	438
1) Le non-respect de la différence de nature entre répression pénale et administrative	439
2) Le non-respect de la différence d'intensité entre répression pénale et administrative	441
B) La nécessaire dépenalisation des infractions contraventionnelles	443
1) Une « <i>administrativisation</i> » cohérente des infractions contraventionnelles	444
2) L'existence des garanties inhérentes à toute répression.....	447
§ 2 : L'insuffisance des contrôles de la légitimité de la répression	450
A) L'insuffisant contrôle de la légalité des délits et des peines	451
1) La faiblesse des contrôles de la clarté et de la précision des textes	452
2) L'insuffisant renvoi au pouvoir d'appréciation des juges.....	456
B) L'insuffisant contrôle de la nécessité des délits et des peines.....	459
1) Un contrôle de proportionnalité au détriment de la nécessité de la répression	460
2) Les modalités d'un véritable contrôle de la nécessité de la répression	465
TITRE II : LE MOTIF LEGITIME COMME STANDARD GENERAL DE JUSTIFICATION	477
Chapitre I : Le domaine d'application général du motif légitime.....	479
Section 1 : L'insuffisante détermination légale des circonstances légitimes.....	480
§ 1 : L'incontournable recours aux règles générales de la justification	480
A) L'illusoire détermination abstraite de la légitimité des infractions.....	481
1) L'inadaptation des faits justificatifs généraux à l'ensemble des infractions.....	481
2) L'impossible exhaustivité des faits justificatifs spéciaux de toute infraction	483
B) L'invariable vérification concrète de la légitimité des infractions.....	485
1) L'appréciation de la nécessité et de la proportion sur mention textuelle	486
2) L'appréciation de la nécessité et de la proportion sans mention textuelle	487
§ 2 : Le rejet des dérogations spéciales aux règles générales de la justification.....	488
A) L'existence de dispositions contraires aux règles générales de la justification	489
1) Une justification large des infractions commises à l'encontre des étrangers	490
2) Une justification étroite des infractions commises en faveur des étrangers.....	492

B) Le pouvoir de procéder à une extension <i>contra legem</i> de la justification	494
1) Un pouvoir implicitement reconnu par la Cour européenne	495
2) Un pouvoir explicitement reconnu par le Conseil d'Etat	497
Section 2 : La libre détermination judiciaire des circonstances légitimes	499
§ 1 : L'adaptabilité du standard de motif légitime à toute infraction	499
A) L'indétermination nécessaire du standard de motif légitime	500
1) La compatibilité du standard de justification avec le principe de légalité	501
2) La complémentarité du standard de justification et du principe de légalité	502
B) L'indétermination relative du standard de motif légitime	504
1) La relativité des objections liées à l'insécurité juridique	505
2) La précision progressive du standard de motif légitime	507
§ 2 : L'extension du standard de motif légitime à toute infraction	510
A) L'extension du motif légitime à des infractions dérogatoires	511
1) L'extension du motif légitime à la non-représentation d'enfant	511
2) L'extension du motif légitime à l'entrave aux droits collectifs des salariés	513
B) L'extension du motif légitime à tout type d'infraction	515
1) La liberté d'expression comme motif légitime	516
2) Les droits de la défense comme motif légitime	518
Chapitre II : Les conditions d'application générales du motif légitime	521
Section 1 : La justification des atteintes socialement utiles	522
§ 1 : La nécessité de l'atteinte	523
A) Le critère inadapté de l'irrésistibilité de l'atteinte	523
1) La surabondance de l'impossibilité d'éviter l'atteinte	524
2) L'inopérance de l'imprévisibilité de l'atteinte	526
B) Le critère adaptable de l'indispensabilité de l'atteinte	528
1) L'existence d'une menace d'un bien juridique protégé	529
2) L'existence d'un acte de sauvegarde du bien juridique menacé	532
§ 2 : La proportionnalité de l'atteinte	535
A) La comparaison traditionnelle de deux valeurs protégées	536
1) La détermination balisée de la prévalence d'une valeur	536
2) L'appréciation plus poussée de la mesure de l'acte de sauvegarde	538
B) La protection paradoxale d'une valeur par sa transgression	540
1) Une justification caractéristique des infractions à motif légitime	541
2) Une justification non spécifique aux infractions à motif légitime	543
Section 2 : La justification des atteintes socialement insignifiantes	544
§ 1 : L'insignifiance comme motif légitime	545
A) L'absence d'obstacle à la qualification de l'atteinte insignifiante	546
1) La possibilité d'une interprétation restrictive des incriminations	546
2) L'ancrage de l'interprétation littérale des incriminations	547

B) Le reversement de la présomption d'illicéité de l'atteinte insignifiante	549
1) La vérification de la nocuité sociale concrète de l'infraction	549
2) L'exonération de la responsabilité du fait des atteintes insignifiantes	551
§ 2 : L'insignifiance de l'atteinte consentie	552
A) La possibilité d'un consentement justificatif	553
1) Le consentement exclusif de qualification	554
2) Le consentement justificatif sur autorisation de la loi	556
B) Les conditions du consentement justificatif	557
1) Les conditions de l'atteinte acceptée	558
2) Les conditions du consentement accordé	559
BIBLIOGRAPHIE	569
PLAN DE JURISPRUDENCE	597
INDEX ALPHABETIQUE	623

Résumé : Dans la plupart des disciplines juridiques, le motif légitime se présente comme un standard de justification des actes. Il fait obstacle à l'application de la norme, en fondant un droit ou en exonérant d'un devoir. Le droit pénal se montre réticent à l'endroit de cette notion floue qui connaît pourtant un essor sans précédent. Afin de justifier la marge d'appréciation laissée au juge, le motif légitime est généralement conçu comme un mobile, ce qui accentue la confusion entre les causes objectives et subjectives d'irresponsabilité. L'insuffisance de l'approche formelle du mécanisme justificatif explique sa subjectivation progressive. L'analyse du motif légitime suppose de revisiter la théorie de la justification à travers une conception substantielle de l'illicéité, apte à unifier son régime. L'étude de la finalité justificative du motif légitime permet de mieux comprendre la souplesse de ses conditions de mise en œuvre. Le motif légitime renverse la présomption d'illicéité fondant la responsabilité. Le jugement de valeur porté sur l'infraction est la raison d'être du reproche social. Elle se distingue de son attribution à l'auteur qui relève d'un jugement de réalité sur sa volonté. Le motif légitime procède des circonstances extérieures à l'infraction autorisant la vérification concrète de son illicéité. La nature objective du motif légitime est conforme à son effet exonératoire de responsabilité opérant *in rem* et non *in personam*. Ses conditions d'application semblent, en revanche, doublement dérogoires au droit commun de la justification, tant à l'égard de ses critères larges que de son domaine étroit. Il est cantonné à des infractions de risque abstrait pour des valeurs secondaires dont la présomption d'illicéité est artificielle. Le prévenu doit rapporter la preuve de la légitimité concrète de son acte, alors que la légitimité abstraite de la répression est sujette à caution. L'expansion de ce domaine dérogoire de la répression révèle l'insuffisant contrôle de sa nécessité abstraite. En tout état de cause, la mention spéciale du motif légitime est inutile car toute infraction en fait implicitement réserve, en sorte qu'il se conçoit comme un standard général de justification. Il confère au juge la libre appréciation de la nécessité concrète de la répression, au regard du contexte de chaque espèce qui échappe par nature à la loi ne pouvant régler *a priori* tous les conflits de valeurs. La justification *a posteriori* des infractions socialement nécessaires ou insignifiantes renforce l'autorité de la loi en garantissant une application conforme à sa finalité de protection des valeurs.

The legitimate reason in criminal law. Contribution to the general theory of justification. In many legal disciplines, the legitimate reason is a model of justification of acts. The legitimate reason prevents the enforcement of the law, either by creating a right or by exempting someone from a duty. Despite an unprecedented boom, criminal law is hesitant about this vague notion. In order to justify judges' assessment margin, the legitimate reason is commonly considered as a motive. This accentuates the confusion between objective and subjective causes of irresponsibility. The formal approach of the justificatory process is inadequate, making the process increasingly biased. The analysis of the legitimate reason requires a re-examination of the justification theory using a solid understanding of unlawfulness which can help standardize its implementation. The study of the legitimate reason's justificatory function allows a better understanding of the flexibility of its implementation requirements. The legitimate reason reverses the presumption of unlawfulness on which liability is based. The cause of liability is conditioned by the value judgment made about the offence, whereas the judgment of the reality of the offender's intention is the condition of his imputation. The legitimate reason stems from circumstances that are external to the offence, and which enable the review of its lawfulness. The objective nature of the legitimate reason is aligned with the fact that it exempts from liability *in rem* and not *in personam*. However, the requirements for its application seem exceptional to the common law of justification in two regards: its broad criteria and its narrow field. It is limited to offences of abstract risk that protect secondary values for which the presumption of unlawfulness is artificial. The defendant must prove the legitimacy of his act whereas the abstract legitimacy of the suppression is unconfirmed. The expansion of this dispensatory field of suppression reveals an inadequate control of its abstract necessity. In any case, bringing up legitimate reason is useless as it is implicit to any offence and is considered as a general model of justification. It leaves the judge free to assess the necessity of the penalty on a case by case basis, as the law, by nature, cannot resolve all value conflicts. The post facto justification of socially necessary offences or even trivial offences reinforces the authority of the law by ensuring an enforcement that is aligned with the law's aim of protecting values.

Mots-clés : Standard de justification, mobile, circonstance objective, utilité sociale, illicéité formelle/réelle, jugement de valeur, normalité, infraction, causalité, imputabilité, charge de la preuve, responsabilité pénale/civile/administrative, présomption, exonération, valeur protégée, risque abstrait, anticipation de la répression, dépénalisation, contrôle de constitutionnalité/conventionnalité, légitimité de la norme, interprétation, principes de légalité/de nécessité/ d'insignifiance.

Keywords: Standard of justification, motive, objective circumstance, social benefit, formal/real unlawfulness, value judgement, normalcy, offence, causality, imputability, burden of proof, civil/criminal/administrative liability, presumption, exemption, protected value, abstract risk, crack-down anticipation, decriminalization, review of constitutionality, conformity to a convention, norm legitimacy, interpretation, principle of legality/necessity/insignificance.